



Stadt Luzern  
Finanzdirektion

Pensionskasse Stadt Luzern  
Pensionskommission

Zürich, 15. Juli 2021  
20-0187

## Rechtsgutachten

betreffend

### Verhältnis der Stadt Luzern zur Pensionskasse Stadt Luzern und diverse Fragen zur Corporate Governance

erstattet von

Dr. iur. Erich Peter  
LL.M. Taxation  
Rechtsanwalt

#### RECHTSANWÄLTE

Reto Gyax  
lic. iur., Rechtsanwalt, MBA INSEAD

Martin Kurer  
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Erich Peter  
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Thomas Spoerri  
lic. iur., Rechtsanwalt,  
Fachanwalt SAV

Daniele Graber  
lic. iur., Dipl. Ing. HTL \*

Daniel Kraus  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Walter Maffioletti  
lic. iur., Rechtsanwalt, MRICS

Andrea Silvio Mathis  
lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Carlo Peer  
Dr. iur., Rechtsanwalt

Nathalie Wirch  
lic. iur., Rechtsanwältin

\* nicht im kantonalen Anwaltsregister  
eingetragen

**VIALEX**

VIALEX Rechtsanwälte AG  
Pfungstweidstrasse 31  
CH-8005 Zürich

+41 44 545 90 90 T  
+41 44 545 90 95 F

info@vialex.ch  
www.vialex.ch

MwSt.-Nr. CHE-245.536.700 MWST

Eingetragen im kantonalen Anwaltsregister

## Inhaltsverzeichnis

I. Management Summary.....	4
II. Ausgangslage.....	6
A. Hintergrund.....	6
B. Auftragserteilung.....	7
C. Unterlagen.....	8
III. Fragestellung.....	8
1. Verhältnis von FinR zu LOR.....	8
2. Arbeitgebervertretungen.....	9
3. Arbeitnehmervertretung.....	9
4. Regelungsbedarf.....	10
5. Selbständige unabhängige PKSL und Garantie der Stadt Luzern.....	10
IV. Beurteilung.....	11
A. Verhältnis zwischen FinR (Stadt) und LOR (PKSL).....	11
1. Autonomie der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung.....	11
1.1 Finanzierungsvorlage des Bundes.....	11
1.2 Umfang der Kompetenzen des Gemeinwesens.....	12
a. Gesetzesmaterialien.....	12
b. Rechtsprechung.....	13
c. Literatur.....	14
1.3 Zwischenfazit zur Regelungskompetenz des Gemeinwesens.....	17
1.4 Umsetzung der Finanzierungsvorlage durch die Stadt Luzern.....	20
2. Verhältnis zwischen Erlass und Reglement.....	22
2.1 Inhaltliche Abgrenzung im Allgemeinen.....	22
2.2 Verhinderung von Widersprüchen.....	23
2.3 Normenhierarchie.....	24
a. Allgemeine Grundsätze.....	24
b. Anwendung bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen.....	25
c. Hierarchie zwischen FinR und LOR.....	25
d. Einfluss der Staatsgarantie.....	26
3. Einflussnahme des Gemeinwesens auf die Organisation.....	28
3.1 Einfluss auf die Willensbildung.....	28
a. Im Allgemeinen.....	28
b. Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen.....	29
3.2 Einfluss auf die Rechtsgrundlagen.....	30
3.3 Wahl und Zusammensetzung des obersten Organs.....	31
3.4 Aktuelle Rechtsgrundlagen der PKSL.....	32
3.5 Konkrete Einflussmöglichkeiten der Stadt auf die Organisation der PKSL.....	33
B. Arbeitgebervertretungen.....	34
1. Unabhängigkeit des obersten Organs.....	34
1.1 Bundesrechtliche Vorgaben.....	34

1.2	Vorgaben Stadt Luzern.....	36
2.	Grenzen der Interessenvertretung.....	37
2.1	Schweigepflicht.....	37
a.	Gesetzliche Grundlage.....	37
b.	Umfang.....	38
2.2	Zulässigkeit einer Instruktion.....	40
a.	Weisungsrecht des Arbeitgebers im Allgemeinen.....	40
b.	Instruktion betreffend die Stiftungsrats­tätigkeit.....	40
c.	Einflussnahme mittels Eignerstrategie.....	41
2.3	Fazit.....	43
3.	Vertretung der angeschlossenen Arbeitgeber.....	44
3.1	Regelungskompetenz.....	44
3.2	Sinn und Zweck der Vertretung angeschlossener Arbeitgeber.....	45
3.3	Regelungsmöglichkeiten.....	46
3.4	Fazit.....	48
C.	Arbeitnehmervertretung.....	48
1.	Grundsatz.....	48
2.	Abgrenzung und Konkretisierung.....	49
2.1	Qualifikation als Arbeitnehmervertreter.....	49
2.2	Wahl externer Personen.....	50
3.	Rentenbezüger im obersten Organ.....	51
3.1	Rechtsslage.....	51
3.2	Rechtsprechung.....	52
3.3	Regelung der PKSL.....	53
3.4	Würdigung.....	53
D.	Unabhängigkeit und Garantie.....	55
1.	Aufsichtsverantwortung der Stadt Luzern über die PKSL.....	55
2.	Leistungsgarantie des Gemeinwesens.....	56
2.1	Im Allgemeinen.....	56
2.2	Zulässigkeit der Beschränkung.....	58
E.	Regelungsbedarf.....	59
1.	Paritätische Besetzung der PKOM.....	59
2.	Zulässigkeit externer Mitglieder in der PKOM.....	60
3.	Instruktionsrecht betreffend die Arbeitgebervertreter.....	60
4.	Weitere Aspekte.....	61
4.1	Beteiligung angeschlossene Arbeitgeber.....	61
4.2	Staatsgarantie.....	61
V.	Beantwortung der Fragestellung.....	62
1.	Verhältnis von FinR zu LOR.....	62
2.	Arbeitgebervertretungen.....	65
3.	Arbeitnehmervertretung.....	67
4.	Regelungsbedarf.....	68
5.	Selbständige unabhängige PKSL und Garantie der Stadt Luzern.....	70

**I. MANAGEMENT SUMMARY**

- 1 Die aktuelle Regelung der Zuständigkeiten zwischen der Stadt Luzern und der Pensionskasse Stadt Luzern (PKSL) ist in einigen Aspekten nicht bundesrechtskonform.
- 2 Die Zusammensetzung der Pensionskommission (PKOM) verletzt die paritätische Verwaltung gemäss Art. 51 BVG. Die Vorgabe der Stadt Luzern, dass die Arbeitnehmenden zwingend einen (stimmberechtigten) alterspensionierten Versicherten der PKSL als einen ihrer sieben Vertreter wählen müssen, verletzt deren Anspruch auf paritätische Verwaltung in zweifacher Hinsicht. Erstens kann der PKSL-Rentner (nicht zuletzt im Lichte der neuesten Rechtsprechung) nicht als Arbeitnehmervertreter qualifizieren. Zweitens liegt der Stichtagsentscheid (bei einem tatsächlichen Verhältnis von sechs Arbeitnehmervertretern zu sechs Arbeitgebervertretern) konstant beim Präsidium, welches vom Stadtrat gewählt wird. Art. 2 Abs. 2 des Finanzierungsreglement (FinR) ist zwingend zu ändern. Dies gilt auch bezüglich des nur für die Stadt Luzern bestehenden impliziten Anspruchs, externe Fachpersonen in die PKOM zu wählen. Die Tatsache, dass die Stadt Luzern auf freiwilliger Basis die Leistungen der PKSL garantiert, hat auf diese Beurteilung keinerlei Einfluss.
- 3 Für ihre eigenen Vertreter in der PKOM kann die Stadt Luzern Anforderungsprofile erstellen. Diese Kompetenz steht ihr betreffend die Arbeitnehmervertreter hingegen nicht zu. Ebenfalls unzulässig ist ein Instruktionsrecht der Stadt Luzern gegenüber ihren Vertretern in der PKOM. Dies gilt auch für Arbeitgebervertreter, welche Arbeitnehmer der Stadt Luzern sind. Selbstverständlich haben die Arbeitgebervertreter der Stadt Luzern in der PKOM die Interessen der Stadt zu vertreten. Aufgrund der unbeschränkten persönlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder der PKOM ist eine Instruktion derselben durch die Stadt betreffend ihr Verhalten bei Wahlen und Abstimmungen aber bundesrechtswidrig. Zulässig ist es hingegen, wenn die Stadt ihren Vertretern ihre Haltung bezüglich anstehender Entscheid darlegt. Aufgrund der kantonalrechtlichen Vorgaben kann dies durchaus auch im Rahmen einer Eignerstrategie erfolgen, obwohl die PKSL in rein wirtschaftlicher Hinsicht keine Beteiligung der Stadt Luzern ist. Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR ist bezüglich des Instruktionsrechts zwingend zu ändern. Auch auf den Aspekt der Instruktion hat die freiwillige Leistungsgarantie der Stadt Luzern keinen Einfluss.
- 4 Die Stadt Luzern kann im Rahmen ihrer Kompetenz, sowohl die Organisation der PKSL als auch den Kreis der anschlussberechtigten Arbeitgeber in den Grundzügen zu regeln, selbständig bestimmen, ob und wie die angeschlossenen Arbeitgeber auf Arbeitgeberseite in der PKOM vertreten sind. Angesichts der Tatsache, dass die Arbeitnehmenden der angeschlossenen Arbeitgeber den grösseren Teil der Versicherten der PKSL ausmachen, und der möglichen Folgen einer Anschlussvertragskündigung durch grössere Arbeitgeber, erscheint es als sinnvoll, die angeschlossenen Arbeitgeber an der Willensbildung der PKSL zu beteiligen. Eine Wahl von Geschäftsleistungsmitgliedern der angeschlossenen Arbeitgeber (oder von anderen Personen, welche an

deren Willensbildung massgeblich beteiligt sind) als Arbeitnehmervertreter ist bundesrechtswidrig.

- 5 Die Geschäftsführung der PKSL wird gemäss Art. 54 Abs. 2 des Leistungs- und Organisationsreglements (LOR) von der PKOM auf Antrag des Stadtrats gewählt. Die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung einer Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen ist hingegen gemäss Art. 51a Abs. 2 lit. j BVG eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des obersten Organs. Das Antragsrecht resp. die Tatsache, dass die PKOM bezüglich der Wahl der Geschäftsführung nur ein Vollzugsorgan sein soll, verletzt Bundesrecht und ist zwingend zu ändern. Auch hierauf hat die freiwillige Staatsgarantie der Stadt Luzern keinen Einfluss.
- 6 Vor diesem Hintergrund sind prima facie die folgenden Aspekte durch eine Revision von Art. 2 Abs. 2 FinR (i.V.m. Art. 52 Abs. 2 LOR) und Art. 54 Abs. 2 LOR zwingend zu ändern:
  - Die „Rentnervertretung“ darf nicht zulasten der Arbeitnehmerseite gehen;
  - Die Regelung des Stichentscheid bei Stimmgleichheit darf nicht zulasten der Arbeitnehmerseite gehen;
  - Die implizite Möglichkeit der Wahl einer externen Fachperson als Vertreter in der PKOM darf nicht auf die Arbeitgeberseite beschränkt sein;
  - Das Instruktionsrecht des Stadtrats gegenüber den Arbeitgebervertretern verletzt die erforderliche Unabhängigkeit des obersten Organs;
  - Das Antragsrecht des Stadtrats betreffend die Wahl der Geschäftsführung durch die PKOM kollidiert mit der unentziehbaren Aufgabe der PKOM, die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu wählen und abzuberaufen.

## II. AUSGANGSLAGE

### A. Hintergrund

- 7 Die Pensionskasse Stadt Luzern (PKSL) ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Mit den Änderungen im BVG zur Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften vom 17. Dezember 2010 wurde bezweckt, die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen zu entpolitisieren.
- 8 Bei der PKSL wurden per 1. Januar 2013 das Leistungs- und Organisationsreglement (LOR) und das Finanzierungsreglement (FinR) in Kraft gesetzt. Für das LOR ist die Pensionskommission (PKOM) verantwortlich, das FinR wird vom Grossen Stadtrat von Luzern erlassen.
- 9 Die Struktur und Governance der PKSL stammen somit aus dem Jahr 2012, wo dem Grossen Stadtrat von Luzern die Umsetzung der BVG-Revision über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften unterbreitet wurde. Dabei wurde gemäss den gesetzlichen Vorgaben die Hoheit des obersten Organs der PKSL (PKOM) gestärkt und der Stadt nebst der Finanzierung der Kasse lediglich noch das Wahl- und Instruktionsrecht der sechs Arbeitgebervertreter (inkl. Präsidium) zugesprochen.
- 10 Da die Stadt Luzern eine freiwillige Leistungsgarantie aussprach, jedoch keinen direkten Einfluss auf das LOR hat, wurde bei der seinerzeitigen Revision auf das erwähnte Instruktionsrecht beim Bericht und Antrag an den Grossen Stadtrat von Luzern vom 19. September 2012 (B+A 34/2012) hingewiesen.
- 11 Bei der Aufteilung der Reglemente in das LOR und das FinR wurde darauf geachtet, dass die Revision abgesehen von den zwingenden Vorgaben des BVG zu keinen materiellen Änderungen führe. Ziel der Revision war einzig, die zwingenden Vorgaben des revidierten BVG umzusetzen.
- 12 Auch wenn der PKOM mit der Revision eine grössere Bedeutung zukam, wurde an der Wahl und Zusammensetzung derselben keine Änderung vorgenommen. Früher hatte stets der Finanzdirektor der Stadt Luzern das Amt des PKOM-Präsidenten innegehabt, ab 1998 nahm dieses Amt der Stabchefs der Finanzdirektion wahr, seit 1. Januar 2020 hat der Stadtrat erstmals eine externe Person zum PKOM-Präsidenten gewählt. Dadurch, dass das PKOM-Präsidium immer einer Arbeitgebervertretung zukomme, sei der direkte Informationsfluss zum Stadtrat gewährleistet.
- 13 Trotz der Trennung der Regelung von Leistungen und Finanzierung wurden die zusätzlichen Leistungen der Stadt im Finanzierungsreglement beibehalten (Art. 13 Teuerungsanpassung und Art. 14 AHV-Ersatzrente). Die Beibehaltung der Garantie der Stadt Luzern für die Leistungen der PKSL wurde damit begründet, dass dies nur ein theoretisches Risiko für die Stadt darstelle, da eine negative Entwicklung der PKSL

frühzeitig erkennbar sei und gegebenenfalls auch die Aufsichtsbehörde einschreiten würde. Im Jahr 2016 wurden sodann Bestimmungen zur Sanierung eingefügt (Art. 12a und Art. 12b FinR; B+A 29/2015).

- 14 Mit der Ablösung im Präsidium (externer, unabhängiger Präsident) auf Anfang 2020 und dem Umstand, dass lediglich eine einzige Person aus dem Kreis der Arbeitgebervertreter in einem Angestelltenverhältnis mit der Stadt Luzern steht (die Vertreterin der Dienstabteilung Personal) rückte die Frage nach der Zweckmässigkeit des Instruktionsrechts auch in Kontext von geänderten BVG-Vorschriften wieder etwas ins Zentrum.
- 15 Im Herbst 2020 wurde mit der Revision des LOR und FinR gestartet mit dem Ziel, die Höhen der versprochenen Leistungen wie auch den gesamten Leistungskatalog zu überprüfen. Im gleichen Zug sollen auch andere notwendige reglementarische Anpassungen vorgenommen werden. Beide Rechtserlasse sollen per 1. Januar 2023 in Kraft treten.
- 16 Mit dem B+A 34/2012 wurde in einem ersten Schritt die Verselbständigung der PKSL nach den Vorgaben des BVG vollzogen. Es stellt sich nun die Frage, war dieser Schritt ausreichend, vollständig und wie ist die Situation der Stadt Luzern und der PKSL im Vergleich zu den zwingenden Vorgaben des BVG und zu der aktuellen Best Practice der Organisation einer öffentlich-rechtlichen Pensionskasse zu beurteilen.
- 17 In den heutigen Reglementen sind Bestimmungen vorhanden, welche die Organisation der PKSL und das Mitwirken der Stadt als Arbeitgeberin umschreiben (u.a. Wahl von Arbeitgebervertretern in der PKOM in Art. 2 FinR oder Antragsrecht der operativen Geschäftsführung in Art. 54 LOR). Im Rahmen des gewünschten Gutachtens soll geklärt werden, ob diese Bestimmungen mit heute geltendem Recht im Bereich BVG für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen noch vereinbar sind. Falls nein, soll im Weiteren aufgezeigt werden, welche Ein- und Mitwirkungsmöglichkeiten durch den Stadtrat bzw. auf Arbeitgeberseite für ihre Aufgabenerfüllung bei der PKSL möglich sind und wie sich die Haftungsfrage bei allfälligen Instruktionen der Arbeitgebervertreter durch den Stadtrat verhalten.

## **B. Auftragserteilung**

- 18 Nach einem telefonischen Erstkontakt mit Primo d' Andrea (PKSL) am 11. Mai 2021 wurde dem Unterzeichneten am 26. Mai 2021 seitens der Stadt Luzern und der Pensionskasse der Stadt Luzern ein Entwurf der Ausgangslage und der Gutachterfragen gestellt.
- 19 Mit Datum vom 31. Mai 2021 wurde dem Unterzeichneten durch die Stadt Luzern und die Pensionskasse Stadt Luzern der Auftrag für die Erstellung des vorliegenden Gutachtens erteilt.

## C. Unterlagen

- 20 Dem Gutachter wurden folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:
1. Leistungs- und Organisationsreglement der Pensionskasse Stadt Luzern vom 26. Februar 2013 (LOR; Systematische Rechtssammlung 0.8.5.1.2; Ausgabe 1. Januar 2021; aktuelle Fassung)
  2. Finanzierungsreglement der Pensionskasse Stadt Luzern vom 8. November 2012 (FinR; Systematische Rechtssammlung 0.8.5.1.1; Ausgabe 1. Januar 2017; aktuelle Fassung)
  3. Bericht und Antrag an den Grossen Stadtrat von Luzern vom 19. September 2012 (StB874); B+A 34/2012; Umsetzung der BVG-Revision über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften; Finanzierungsreglement PKSL, (im Folgenden: Bericht und Antrag)
  4. Geschäftsbericht 2020 Pensionskasse Stadt Luzern (mit Zusammensetzung der PKOM)
  5. Weitere Informationen / Reglemente gemäss Homepage der Pensionskasse Stadt Luzern (www.pksl.ch)

## III. FRAGESTELLUNG

- 21 Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausgangslage wurden dem Unterzeichneten die im Folgenden dargestellten gutachterlich abzuklärenden Fragen unterbreitet. Vereinbarungsgemäss wird aufgrund der Budgetvorgaben auf eine vertiefte Recherche nach einer Best Practice zu diversen Aspekten der Fragestellung sowie eine begründete Darstellung von Handlungsvarianten für die PKSL und die Stadt Luzern vorerst verzichtet.

### 1. Verhältnis von FinR zu LOR

- 1.1 *«Das BVG sieht bei den öffentlich-rechtlichen Pensionskassen die Möglichkeit vor, dass entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden. Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den beiden «Gesetzgebern» (hier Stadt Luzern [Regelung der Finanzierung] und PKSL). Wie sind die beiden Regelungskompetenzen gegeneinander abzugrenzen (Inhalt) und wie wird sichergestellt, dass die beiden Erlasse sich nicht widersprechen? Sind die beiden «Gesetzgeber» einander gleichgestellt oder gibt es eine Hierarchie bzw. eine allgemein gültige Kollisionsregel (wie Gesetzgeber – Verordnungsgeber oder Bundesrecht – Kantonales Recht). Was kann diesbezüglich aus dem BVG abgeleitet werden (Prinzip der Paritätischen Leitung und Art. 50 Abs. 2) und was hat sich dazu für eine Best Practice entwickelt, auch im Kontext der Garantie der Stadt? (kurzes Statement zur Situation)?»*

- 1.2 «Welche Möglichkeiten bestehen zur Einflussnahme der Stadt Luzern in die Organisation der PKSL, insb. Wahl und Zusammensetzung der PKOM-Mitglieder, kann sie Anforderungsprofile für PKOM-Mitglieder definieren (generell oder nur für AG-Vertretungen)?»
- 1.3 «Welche Regelungsmöglichkeiten bestehen für die Stadt Luzern bezüglich Wahl und Organisation der PKSL Organe? Wie sind die bestehenden Organisationsnormen vor diesem Hintergrund zu beurteilen (Art. 2 FinR und Art. 54 LOR)?»

## 2. Arbeitgebervertretungen

- 2.1 «Die Arbeitgebervertretungen haben die Aufgabe/Funktion die Interessen der Arbeitgeberin in das oberste Führungsorgan der PK einfließen zu lassen. Gleichzeitig unterliegen sie indes einer persönlichen Haftung (Art. 52 BVG). Was ergeben sich daraus für Rückschlüsse auf die Instruktion der Vertretungen durch die Arbeitgeberin? Ist die Situation unterschiedlich zu beurteilen, wenn die Arbeitgebervertretung gleichzeitig Arbeitnehmerin der Arbeitgeberin ist (hier: Vertretung der Dienstabteilung Personal)?»
- 2.2 «Zusammensetzung der Arbeitgebervertretungen: Die angeschlossenen Betriebe (insgesamt 20 Betriebe) sind derzeit auf der Arbeitgeberseite nicht in der PKOM vertreten. Die angeschlossenen Betriebe sind nur durch Arbeitnehmer-Vertretungen vertreten. Mit der Auslagerung und Verselbständigung ehemaliger Dienstabteilungen (ewl, vbl, viva) bilden indes die Versicherten der angeschlossenen Betriebe die Mehrheit gegenüber den Versicherten der Kernverwaltung der Stadt Luzern. Was gibt es für Best Practice Vorgaben bei der Zusammensetzung der Arbeitgebervertretungen? Könnte eine entsprechende Vorgabe (Bsp. Stadt Zürich Wahlkreise) von der Stadt Luzern vorgeschrieben werden oder würde eine solche Norm zum Regelungsbereich der PKSL/PKOM gehören?»
- 2.3 «Welche Möglichkeiten und Instrumente gibt es zur Instruktion der Arbeitgebervertretungen (Best Practice)? Ist dazu eine Strategie zu formulieren analog der Eignerstrategie bei den Beteiligungen?»

## 3. Arbeitnehmervertretung

- 3.1 «Wie ist die Rolle eines Pensioniertenvertreters in der PKOM im Kontext der neusten Rechtsprechung zu beurteilen (Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR)? Kann dieser weiterhin über ein Stimmrecht verfügen, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass in der PKOM derzeit eine Überparität zugunsten der Arbeitnehmer besteht, im Gegenzug das Präsidium fix und mit Stichentscheid versehen als Arbeitgebervertreter figuriert?»
- 3.2 «Darf es sein, dass Mitglieder der obersten Leitungsorgane (Verwaltungsräte oder Geschäftsleitung) der angeschlossenen Betriebe als Arbeitnehmervertreter Mitglied der PKOM sind oder widerspricht dies dem Prinzip der paritätischen Zusammensetzung?»

#### 4. Regelungsbedarf

- 4.1 *«Wie sind FinR und LOR vor diesem Hintergrund (Frage 1 und 2) zu beurteilen? Gibt es zwingenden Revisionsbedarf und worin bestehen die Optimierungsmöglichkeiten?»*
- 4.2 *«Regelungsbereich PKOM: Gibt es eine Empfehlung für eine Struktur des Regelungsbereichs der PKOM? Ist eine Aufteilung in einzelne Reglemente zu den einzelnen Themen Leistung, Organisation sowie Wahlverfahren zu empfehlen? Wie ist die Abgrenzung zu einem nicht öffentlich publizierten Geschäftsreglement (Regelung der internen Abläufe) zu gestalten?»*

#### 5. Selbständige unabhängige PKSL und Garantie der Stadt Luzern

- 5.1 *«Die Stadt Luzern hat die Aufgabe eine PK für ihre Mitarbeitenden zur Verfügung zu stellen. Welche Aufgaben erwachsen ihr daraus gegenüber der PKSL (vgl. Art. 9 der Organisationsverordnung: Personalvorsorge als Aufgabe der Finanzdirektion)? Ergeben ihr daraus Aufsichtsaufgaben? Wenn ja, wie ist die Abgrenzung zu den BVG-Aufsichtsorganen?»*
- 5.2 *«Derzeit übernimmt die Stadt eine Garantie für die Leistungen der PKSL (Art. 12 FinR). Sie hat sich indes dafür entschieden, die Finanzierung und nicht die Leistungen zu regeln. Wie ist dies zu beurteilen? Entspricht dies der Best Practice oder besteht Handlungs- bzw. Optimierungsbedarf?»*
- 5.3 *«Die Stadt Luzern regelt die Finanzierung, der PKSL obliegt die Regelung der Leistungen. Was ergeben sich aus dieser Trennung für Rechte und Pflichten der Stadt Luzern?»*
- 5.4 *«Darf eine Einschränkung der Garantie auf städtische Arbeitsverhältnisse erfolgen? (Keine Garantie für Leistungen der angeschlossenen Betriebe)?»*

## IV. BEURTEILUNG

### A. Verhältnis zwischen FinR (Stadt) und LOR (PKSL)

22 Für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen dem FinR und dem LOR werden zuerst die aktuelle Rechtslage zur Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung vom Gemeinwesen und die Hintergründe dieser Gesetzgebung dargestellt.

#### 1. Autonomie der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung

##### 1.1 Finanzierungsvorlage des Bundes

23 Per 1. Januar 2012 sind die Strukturreform in der beruflichen Vorsorge und die Bestimmungen zur Finanzierung von Vorsorgeeinrichtung öffentlich-rechtlicher Körperschaften in Kraft getreten. Die Vorlage zur Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften hatte zum Ziel, die finanzielle Sicherheit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen zu gewährleisten und diese aus der Verwaltungsstruktur herauszulösen und zu verselbstständigen.<sup>1</sup> Erforderlich wurden diese verschärften Gesetzesbestimmungen durch die Tatsache, dass viele Gemeinwesen in der Vergangenheit die Interessen der eigenen Finanzen mit denjenigen der eigenen Vorsorgeeinrichtung zu sehr vermischt haben. Die Kantone und Gemeinden haben in unzähligen Fällen auf mannigfaltige Weise zum Nachteil der Versicherten Einfluss auf die Geschicke der Vorsorgeeinrichtung genommen.<sup>2</sup>

24 Der Bundesrat erachtet die Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung als zentralen Pfeiler. Ziel der Finanzierungsvorlage war es denn auch, für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen (praktisch) gleich lange Spiesse zu schaffen.<sup>3</sup> Dazu sollten die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen in einem eigenen Rechtsträger verselbstständigt werden. Mit der rechtlichen Verselbstständigung sollte gewährleistet werden, dass die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen im operativen Bereich autonom und handlungsfähig und keinem politischem Druck ausgesetzt sind.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften; im Folgenden: Botschaft Finanzierung), vom 19. September 2008, BBl 2008 8411, 8430.

<sup>2</sup> Vgl. u.a. Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8419 f.). Diesem Verhalten wollte der Bundesgesetzgeber Einhalt gebieten (vgl. Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8429 und 8456 f.).

<sup>3</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8456.

<sup>4</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457.

- 25 Mit der Finanzierungsvorlage wurde der Entscheidungs- und Organisationsspielraum des Gemeinwesens bezüglich die Regelung der beruflichen Vorsorge des eigenen Personals eingeschränkt.<sup>5</sup> Gemäss Botschaft des Bundesrats soll das Gemeinwesen zwar auch weiterhin die Möglichkeit haben, mit einem öffentlich-rechtlichen Erlass einen gewissen Einfluss auf die Vorsorgeeinrichtung nehmen zu können. Allerdings muss es sich auf einen der beiden Parameter (Finanzierung oder Leistung) beschränken und so dem obersten Organ die Möglichkeit und Verantwortung belassen, den anderen Parameter mit Blick auf die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung flexibel festzusetzen.<sup>6</sup>

## 1.2 Umfang der Kompetenzen des Gemeinwesens

- 26 Im Rahmen der Umsetzung der Finanzierungsvorlage mussten die Gemeinwesen ihre öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen auch in finanzieller, rechtlicher und organisatorischer Hinsicht verselbständigen und damit aus der Verwaltung herauslösen.<sup>7</sup> Die bundesrechtliche Vorgabe zur Regelungskompetenz (Art. 50 Abs. 2 BVG) und zur Verselbständigung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen (Art. 48 Abs. 2 BVG) führt immer wieder zu Diskussionen.
- 27 Verschiedene Gemeinwesen insbesondere auf kantonaler und kommunaler Ebene bekundeten teilweise Mühe mit der vom Bundesgesetzgeber erzwungenen Entpolitisierung der beruflichen Vorsorge. Vor dem Hintergrund der oftmals sehr langen Verbundenheit der Gemeinwesen mit ihren eigenen Vorsorgeeinrichtung war dies durchaus nachvollziehbar. Aufgrund der Tatsache, dass neu auch bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen einzig das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die Verantwortung für die finanzielle Sicherheit trägt, obwohl das Gemeinwesen einen Teil der Bestimmungen erlassen kann, rechtfertigt es sich, die Frage nach dem zulässigen Mass der Einflussnahme durch das Gemeinwesen genau zu prüfen.

### a. Gesetzesmaterialien

- 28 Zum Umfang der Kompetenzen des Gemeinwesens hält der Bundesrat in seiner Botschaft zur Finanzierungsvorlage fest, dass das Gemeinwesen die „Grundzüge der Vorsorgeeinrichtung“ in einem Erlass regeln kann. Diese Regelung soll sich auf die Aspekte Rechtsform, Anschlusskreis, Rentenalter, Primatwahl, Leistungen oder Finanzierung, Umschreibung des versicherten Verdienstes, Grundzüge der Organisa-

---

<sup>5</sup> Art. 50 Abs. 2 BVG.

<sup>6</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8466. Selbstverständlich kann das Gemeinwesen auf die Festsetzung von Beitrags- oder Leistungsparametern verzichten und dem obersten Organ auf diese Weise die volle Autonomie und Verantwortung bezüglich der finanziellen Sicherheit gewähren.

<sup>7</sup> Art. 48 Abs. 2 BVG; Botschaft Finanzierung BBl 2008 8413, 8456 f., 8465 f.

tion, Voraussetzungen für und das Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen und Umfang der Staatsgarantie (sofern gegeben) beschränken. Es gelte eine Regelung zu finden, welche einerseits der besonderen Rolle des Gemeinwesens als Garantiegeber und andererseits der Handlungsfähigkeit des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung Rechnung trägt. Einerseits soll das Gemeinwesen die Sicherheit haben, dass seine Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung begrenzt bleiben. Andererseits soll das oberste Organ über den erforderlichen Spielraum verfügen, um das finanzielle Gleichgewicht der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung sicherzustellen.<sup>8</sup>

- 29 Die Details der Ausgestaltung der Vorsorge sollen im vom obersten Organ zu erlassenden Reglement verankert werden. Die operative Verantwortung soll ausschliesslich beim obersten Organ liegen.<sup>9</sup> Die Gemeinwesen sollen grundsätzlich auch weiterhin die Möglichkeit haben, mit einem öffentlich-rechtlichen Erlass (Gesetz, Verordnung oder ein von der Exekutive zu genehmigendes Reglement) finanzierungs- oder leistungsseitig einen gewissen Einfluss auf die Vorsorgeeinrichtung ihres Gemeinwesens nehmen zu können. Allerdings sollen sich die Legislative und Exekutive auf einen der beiden Parameter (Finanzierung oder Leistung) beschränken und so dem obersten Organ die Möglichkeit und Verantwortung belassen, den anderen Parameter mit Blick auf die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung flexibel festzusetzen.<sup>10</sup>
- 30 In der parlamentarischen Beratung wurde Art. 50 Abs. 2 BVG nicht diskutiert. Ständerat und Nationalrat stimmten dem Vorschlag des Bundesrats zu, wie er in der Botschaft und im Entwurf zur Revision dargelegt wurde.<sup>11</sup> Auch den Protokollen der vorberatenden Kommissionen<sup>12</sup> ist nichts zu entnehmen, was den Willen des Gesetzgebers konkretisieren würde.<sup>13</sup>

## b. Rechtsprechung

- 31 Eine Rechtsprechung zur Kompetenzausscheidung nach Art. 50 Abs. 2 BVG in seiner heute geltenden Fassung ist annähernd inexistent.
- 32 In einem Fall betreffend die Änderung der Statuten einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung hielt das Bundesgericht lediglich fest, dass solche Statuten grund-

---

<sup>8</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457.

<sup>9</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8458.

<sup>10</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8466.

<sup>11</sup> AB 2010 S 59; AB 2010 N 1288.

<sup>12</sup> Finanzkommission des Ständerats (FK-S), Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats und des Nationalrats (SGK-S und SGK-N).

<sup>13</sup> Protokoll FK-S vom 22. Januar 2008; Protokolle der SGK-S, insb. vom 11. Mai 2009 und 15./16. Juni 2009, 29; Protokolle der SGK-N, insb. vom 25./26. März 2010 und 24./25. Juni 2010, 1.

sätzlich durch das Gemeinwesen erlassen werden, welchem die betreffende Einrichtung angehört. Sie bilden öffentliches Recht, weshalb – nach dem Grundsatz der Parallelität der Form – eine Statutenänderung nur durch eine Gesetzesrevision möglich ist. Der statutarische Begriff des versicherten Lohns kann demnach beispielsweise nicht auf dem Wege der Verständigung zwischen Arbeitgeber und Vorsorgeeinrichtung geändert werden.<sup>14</sup>

- 33 Betreffend die Frage der kantonalen Unterstellung einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung unter das kantonale Vergaberecht führte das Bundesgericht in einem anderen Fall aus, dass die Finanzierungsvorlage eine Entpolitisierung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen zum Ziel hatte. Eine öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung müsse ihre eigenen Bestimmungen über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung, die Kontrolle und das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten regeln. Die Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens seien begrenzt worden. Das Gemeinwesen könne nur entweder den Leistungs- oder den Finanzierungsbereich regeln.<sup>15</sup>
- 34 Eine klare bundesgerichtliche Haltung zur Frage der Kompetenzausscheidung zwischen Gemeinwesen und öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtung kann dieser Rechtsprechung nicht entnommen werden. Zumindest tendenziell kann aufgrund des letztgenannten Entscheids aber davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht bezüglich der Frage, ob der materielle Umfang der finanzierungs- resp. leistungsseitigen Bestimmungen grosszügig auszulegen sei, eine eher strengere Auffassung vertritt.

**c. Literatur**

- 35 Gemäss KONRAD/LAUENER bezweckt Art. 50 Abs. 2 BVG die gesteigerte Unabhängigkeit und Verantwortung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung und die Minderung der politischen Einflussnahme seitens des Gemeinwesens. Das Gemeinwesen müsse sich daher auf die Grundsätze der Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung beschränken und dürfe nur noch die Leistungen oder die Finanzierung regeln, um dadurch seine finanziellen Verpflichtungen und Risiken begrenzen zu können.<sup>16</sup> Trotz eines klaren Grundsatzes, dass das Gemeinwesen nur noch die Leistungen oder

---

<sup>14</sup> BGE 141 V 495 E. 4.2, 4.3.3, 5.3, 6.3, 7.3 und 8.3.

<sup>15</sup> BGE 142 II 378 E. 3.4.2.

<sup>16</sup> BSK-Berufliche Vorsorge-KONRAD/LAUENER, Art. 50 N 41. Vgl. zum Ganzen auch ERICH PETER, Ver selbständigung von öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen – Offene Fragestellungen, in: SZS 2013, 39 ff.; TOMAS POLEDNA/ERICH PETER, Staatsgarantie bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen – Übergang vom alten zum neuen Rechts, in: SZS 2011, 225 ff.

die Finanzierung regeln dürfen, weisen KONRAD/LAUENER auf bestehende Abgrenzungsprobleme hin.<sup>17</sup>

- 36 GÄCHTER befasst sich vertieft mit diesen Abgrenzungsproblemen. Er betont, dass die Einflussmöglichkeit des Gemeinwesens durch die Finanzierungsvorlage gesichert, aber auch begrenzt werden soll. Unter Hinweis auf die Botschaft zur Finanzierungsvorlage hält er fest, dass das Gemeinwesen die Grundzüge resp. Grundsätze der Vorsorgeeinrichtung regeln kann, während deren Umsetzung in die Kompetenz des obersten Organs falle.<sup>18</sup> So könne das Gemeinwesen neben der Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung beispielsweise auch die Arbeitgeber festlegen, die der Vorsorgeeinrichtung angehören oder ihr beitreten können, während das oberste Organ über die detaillierte Ausgestaltung des Verhältnisses der Vorsorgeeinrichtung zu den Arbeitgebern zu befinden habe. Das Gemeinwesen könne auch das Versicherungsprimat sowie die Grundzüge der Finanzierung oder der Leistungen festlegen, während dem obersten Organ (wiederum) die Kompetenz zur Bestimmung der diesbezüglichen Details zukomme. Schliesslich könne das Gemeinwesen auch die Voraussetzungen für und das Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen festlegen, während die Ausgestaltung des Massnahmenplans zur Herstellung der vollen Kapitalisierung in die Kompetenz des obersten Organs falle.<sup>19</sup>
- 37 Gemäss GÄCHTER hat der Gesetzgeber eine Abgrenzung in doppelter Hinsicht vorgenommen. Einerseits habe er abschliessend festgelegt, welche Grundzüge das Gemeinwesen in seinem Erlass regeln soll. Andererseits habe er die nicht abschliessende Regelungskompetenz des obersten Organs aufgezeigt, welche nicht mehr einem Genehmigungsvorbehalt der politischen Behörde untersteht. Die operative Verantwortung und Führung liege ausschliesslich beim obersten Organ.<sup>20</sup>
- 38 Entsprechend der gesetzgeberischen Absicht, den Einfluss des Gemeinwesens auf die Regelung der Grundsätze der Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung sowie der Finanzierung oder der Leistungen zu beschränken, würden sich in der Praxis einerseits Fragen stellen zu den Grenzen dieser Grundsatz-Regelungskompetenz und andererseits zum materiellen Umfang der Regelung der Finanzierung oder der Leistungen.<sup>21</sup>
- 39 Betreffend die Regelung des *vorzeitigen Altersrücktritts* ist GÄCHTER beispielsweise der Auffassung, dass ein Gemeinwesen, welches sich für die Regelung der Finanzierung

---

<sup>17</sup> BSK-Berufliche Vorsorge-KONRAD/LAUENER, Art. 50 N 42 ff. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER verweisen im Wesentlichen einfach auf die Botschaft (KoSS-GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, Art. 50 N 15 f.).

<sup>18</sup> THOMAS GÄCHTER, Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts: Sicherstellung und Begrenzung der Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens im Rahmen von Art. 50 Abs. 2 Satz 2 BVG, in: Pilliers du droit social – Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider, 2019, 212 und 214.

<sup>19</sup> GÄCHTER, 214 f.

<sup>20</sup> GÄCHTER, 215.

<sup>21</sup> GÄCHTER, 217 f.

entschieden hat, durchaus festlegen dürfe, ob und ab welchem Mindestalter eine vorzeitige Pensionierung überhaupt möglich sein soll. Die detaillierte Umsetzung des vorzeitigen Altersrücktritts liege aber in der Kompetenz des obersten Organs der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung.

- 40 Zum gleichen Ergebnis kommt GÄCHTER (offenbar gerade noch) bei der Gewährung einer *Berufsinvalidenrente*, sofern das Gemeinwesen, welches sich für die Regelung der finanzierungsseitigen Bestimmungen entschieden hat, nur den Grundsatz der Gewährung derselben in seinem Erlass regelt, die Bestimmung der Leistungshöhe aber dem obersten Organ überlässt.<sup>22</sup>
- 41 Betreffend die Regelung von *Anlagevorschriften* durch ein Gemeinwesen, welches sich für die Regelung der Finanzierungsseite entschieden hat, verweist GÄCHTER auf die Volksinitiative „Für ein Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften“ und die diesbezüglich unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur. SCARTAZZINI erachtet die Festlegung von Anlagevorschriften durch das Gemeinwesen für unzulässig. Die Frage der Vermögensanlage sei auf Bundesebene in Art. 71 BVG und dessen Ausführungsbestimmungen vollumfänglich und abschliessend geregelt. Zudem würden die Vermögensanlage und die -verwaltung zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organs i.S.v. Art. 51a Abs. 2 BVG gehören. Schliesslich spreche Art. 50 Abs. 2 BVG von der Finanzierung im engeren Sinne, wozu die Verwaltung des Vermögens nicht gehöre.<sup>23</sup> KIESER/SANER sind hingegen der Auffassung, Art. 50 Abs. 2 BVG sei weit auszulegen. Diese Bestimmung wolle nur verhindern, dass das Gemeinwesen sowohl die Finanzierungs- als auch die Leistungsseite regle. Dies schliesse nicht aus, dass das Gemeinwesen in seinem Erlass neben der Finanzierungs- oder der Leistungsseite auch weitere Fragen regle.<sup>24</sup> Die Auffassung von KIESER/SANER überzeugt aber nicht, da sie einerseits nicht zwischen teil- und vollkapitalisierten Vorsorgeeinrichtungen unterscheidet und andererseits den Absichten des Gesetzgebers widerspricht, die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen den privatrechtlichen möglichst stark anzunähern, um gleich lange Spiesse zu schaffen.
- 42 Gleicher Meinung ist auch GÄCHTER. Er spricht sich (mit SCARTAZZINI) zu Recht für eine strengere Auslegung von Art. 50 Abs. 2 BVG aus. Gerade der Anlagebereich sei anfällig für politische Einflussnahme. Unter Hinweis auf BGE 142 II 369 E. 5.4.2 hält er fest, dass Art. 71 BVG und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen zu den Vermögensanlagen einen abschliessenden Rahmen definieren, welcher vom obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung konkretisiert werden soll, das letztlich auch haftungsrechtlich verantwortlich sei. Auch GÄCHTER ist der Auffassung, dass die Anlagevorschriften nicht zum Bereich der Finanzierung gezählt werden können. Sowohl

---

<sup>22</sup> GÄCHTER, 218 ff.

<sup>23</sup> GUSTAVO SCARTAZZINI, Verbot von Luzerner Kriegsgeschäften, in: SZS 2018, 383 ff.

<sup>24</sup> UELI KIESER/KASPAR SANER, Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen – Zur Zulässigkeit kommunaler und kantonaler Restriktionen bei der Vermögensanlage, in: AJP 2017 S. 332.

aus der Zwecksetzung als auch den Materialien zu Art. 50 Abs. 2 BVG ergebe sich, dass die Vermögenserträge nicht Teil der Finanzierung sind.<sup>25</sup>

### 1.3 Zwischenfazit zur Regelungskompetenz des Gemeinwesens

- 43 Grundsätzlich soll das Gemeinwesen gemäss dem Willen des Gesetzgebers für die eigene Vorsorgeeinrichtung nur noch die Finanzierungs- oder die Leistungsseite regeln können. Da es sich aber um eine eigene öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung handelt, muss das Gemeinwesen dennoch auch über einige weitere Aspekte entscheiden können. Diese zusätzliche Regelungskompetenz ist primär im Zeitpunkt des Gründungsaktes der Vorsorgeeinrichtung von Bedeutung.
- 44 Bezüglich der Regelungskompetenz *im Zeitpunkt der Gründung* der Vorsorgeeinrichtung unterscheiden sich denn auch öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Arbeitgeber nicht voneinander. Der privatrechtliche Arbeitgeber, der eine eigene Vorsorgeeinrichtung gründet, bestimmt naturgemäss als Stifter den Inhalt der Stiftungsurkunde. Das oberste Organ besteht zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht und kann entsprechend auch keine diesbezügliche Kompetenz und Verantwortung wahrnehmen.
- 45 *Nach der Gründung* der Vorsorgeeinrichtung kommt einem privatrechtlichen Arbeitgeber und Gründer (in der Regel Stifter) aber nurmehr die Rolle eines angeschlossenen Arbeitgebers zu, welcher seinen Einfluss lediglich noch im Rahmen seiner gesetzlichen (und allenfalls vertraglichen) Mitbestimmungsrechte geltend machen kann. In diesem Zeitpunkt kann die Situation eines Gemeinwesens mit derjenigen eines privaten Arbeitgebers aber nicht mehr vollständig gleichgesetzt werden. Zwar hatte die Finanzierungsvorlage unter anderem die möglichst weitgehende Gleichbehandlung von vollkapitalisierten öffentlich-rechtlichen mit privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen zum Ziel. Dennoch ist der Wille des Gesetzgebers aufgrund der Materialien so zu verstehen, dass er dem Gemeinwesen zugestehen will, gewisse Aspekte in den Grundzügen selbst zu regeln.
- 46 Das Gemeinwesen hat also nicht nur (1.) seine ganz allgemeinen Einflussmöglichkeiten als Arbeitgeber im Rahmen der gesetzlichen, reglementarischen und anschlussvertraglichen Möglichkeiten, (2.) die Kompetenz, die Finanzierung oder die Leistungen zu regeln, sondern (3.) auch die Kompetenz, gewisse (in der Botschaft zur Finanzierungsvorlage abschliessend aufgezählte Aspekte) in den Grundzügen zu regeln.
- 47 Um das korrekte Ausmass dieser zusätzlichen Grundsatz-Regelungskompetenz resp. die Zulässigkeit einer konkreten Regelung durch das Gemeinwesen beurteilen zu können, ist ein Blick auf die frühere Rechtslage und die Motivation des Gesetzgebers zur Änderung dieser Rechtslage erforderlich. Vor Einführung der geänderten Rechtsgrundlagen war die gesteigerte Einflussmöglichkeit des Gemeinwesens auf die eigene

---

<sup>25</sup> GÄCHTER, 220 ff.

Vorsorgeeinrichtung vor allem darin begründet, dass einerseits die Exekutive des Gemeinwesens (als oberstes Organ der Vorsorgeeinrichtung) in der Verantwortung stand und andererseits viele Gemeinwesen mit ihrem Vermögen die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung garantierten (sei es als direkter Schuldner der versprochenen Leistungen im Falle einer unselbständigen Anstalt oder als Garantiegeber im Falle einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung). Das Gemeinwesen trug damit die operationelle und die finanzielle Verantwortung für die Vorsorgeeinrichtung.

- 48 Diese doppelte Verantwortung des Gemeinwesens existiert bei vollkapitalisierten öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen nicht mehr. Die Verantwortung des Gemeinwesens für seine vollkapitalisierte Vorsorgeeinrichtung unterscheidet sich heute nicht mehr von derjenigen eines privaten Arbeitgebers. Die Hauptmotivation für die Rechtsänderung war, dass vor dem Hintergrund der teilweise desaströsen finanziellen Lage gewisser öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen der Einfluss der Gemeinwesen auf die Vorsorgeeinrichtungen klar begrenzt, die berufliche Vorsorge dieser Gemeinwesen entpolitisiert und die Autonomie dieser Vorsorgeeinrichtungen gestärkt werden sollte.<sup>26</sup>
- 49 In diesem Zusammenhang ist klar festzuhalten, dass es im Rahmen der Vorbereitungen der Finanzierungsvorlage nie die Absicht des Gesetzgebers war, einerseits dem obersten Organ die Verantwortung für die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des obersten Organs zu übertragen sowie diesem die volle Haftung i.S.v. Art. 52 BVG zu übertragen, andererseits aber dem Gemeinwesen Einflussmöglichkeiten zuzugestehen, welche es dem obersten Organ erschweren, seine volle Verantwortung wahrzunehmen.
- 50 Diesbezüglich sind die Ausführungen von GÄCHTER zu den drei vorgenannten Spezialfragen (vorzeitiger Altersrücktritt, Berufsinvalidität und Anlagevorschriften) denn auch überzeugend.<sup>27</sup> Das oberste Organ kann beispielweise nicht die volle Verantwortung für die Vermögensverwaltung übernehmen, wenn ihm gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt wird, durch das Gemeinwesen als Arbeitgeber auferlegte Restriktionen in der Vermögensverwaltung respektieren zu müssen (nota bene ohne dass das Gemeinwesen dafür haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könne). Die Verantwortung in der Vermögensverwaltung kann vom obersten Organ nur wahrgenommen werden, wenn es diesbezüglich seine Entscheide auch frei fällen kann.
- 51 Nichts anderes gilt aber auch für die Sicherstellung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung. In diesem Bereich ist gar eine noch strengere Sichtweise

---

<sup>26</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8417 ff und 8429 ff.

<sup>27</sup> Dies halten auch KONRAD/LAUENER im neuesten Kommentar zu Art. 50 Abs. 2 BVG fest (BSK-Berufliche Vorsorge-KONRAD/LAUENER, Art. 50 N 42 ff.).

angebracht. Die Nennung der „Voraussetzungen für und Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen“ in der abschliessenden Liste der in den Grundzügen vom Gemeinwesen zu regelnden Aspekte<sup>28</sup> ist heikel, wenn nicht gar falsch. Dies insbesondere deshalb, weil die Botschaft diesbezüglich keine Unterscheidung trifft zwischen teil- und vollkapitalisierten öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen und der Bundesrat in diesem Zusammenhang von der Rolle des Gemeinwesens als Garantiegeber spricht.<sup>29</sup> Bei den Sanierungsbestimmungen handelt es sich weder klarerweise um finanzierungs- noch klarerweise um leistungsseitige Bestimmungen.

- 52 Das oberste Organ kann seine fundamentale Verantwortung für die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung<sup>30</sup> nur dann wahrnehmen, wenn es – bei Festlegung der Beiträge durch das Gemeinwesen – frei über die Sanierungsmassnahmen entscheiden kann. Der Gesetzgeber beabsichtigte nicht, dem obersten Organ einer vollkapitalisierten Vorsorgeeinrichtung, welche nicht von einer Staatsgarantie des Gemeinwesens profitiert, zwar die Verantwortung für die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung zu übertragen, die Kompetenz zum Erlass von Sanierungsbestimmungen aber in das Ermessen des Gemeinwesens zu stellen. Selbst eine Regelung nur der Grundzüge der Sanierung durch das Gemeinwesen, kann die Entscheidungsfreiheit des obersten Organs unter Umständen massiv beeinflussen. Vor dem Hintergrund der alleinigen Verantwortung des obersten Organs für die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung ist der Erlass von Sanierungsbestimmungen durch das Gemeinwesen (insbesondere wenn keine Staatsgarantie besteht) nur in einem Umfang zulässig, der die Handlungsfreiheit des obersten Organs in keiner Weise einschränkt.
- 53 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass Art. 50 Abs. 2 BVG grundsätzlich eng auszulegen ist. Das Gemeinwesen darf frei entscheiden, ob es die finanzierungs- oder die leistungsseitigen Bestimmungen der Vorsorge erlassen möchte. Es darf auch die in der Botschaft zur Finanzierungsvorlage abschliessend aufgezählten Aspekte<sup>31</sup> in den Grundzügen regeln, wobei es insbesondere beim Erlass von Sanierungsbestimmungen allergrösste Zurückhaltung zu üben hat. Weitergehende Aspekte der beruflichen Vorsorge dürfen vom Gemeinwesen nicht geregelt werden. Nur so kann das oberste Organ einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung seine Aufgaben gemäss Art. 51a Abs. 2 BVG und seine Verantwortung nach Art. 51a Abs. 1 BVG wahrnehmen.

---

<sup>28</sup> Vgl. Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457.

<sup>29</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457.

<sup>30</sup> Art. 51a Abs. 1 BVG.

<sup>31</sup> Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung; Arbeitgeber, welche der Vorsorgeeinrichtung angehören oder ihr beitreten können; Rentenalter; Beitrags- oder Leistungsprimat; Finanzierung *oder* Leistungen; Umschreibung des versicherten Verdienstes; Abweichungen von der Beitragsparität zulasten des Arbeitgebers; Grundzüge der Organisation und Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Dienstaufsicht; Voraussetzungen für und Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen und Umfang der Staatsgarantie, soweit eine solche vorgesehen ist (Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457).

#### 1.4 Umsetzung der Finanzierungsvorlage durch die Stadt Luzern

- 54 Die Stadt Luzern hat die Finanzierungsvorlage des Bundes grundsätzlich dahingehend umgesetzt, dass sie sich für die Regelung der Beiträge entschieden und ein Finanzierungsreglement erlassen hat. Die Art und Weise, wie diese Umsetzung erfolgt ist, muss aber genauer betrachtet werden.
- 55 Obwohl der Stadtrat in seinem Bericht und Antrag an den Grossen Stadtrat von Luzern zur Umsetzung der BVG-Revision über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften vom 19. September 2012<sup>32</sup> auf die bundesrechtliche Vorgabe verweist, wird deren Inhalt nicht korrekt zitiert, was der Umsetzung durch die Stadt Luzern eine spezielle Richtung gegeben hat.
- 56 Art. 50 Abs. 2 BVG hält fest, dass bei einer Vorsorgeeinrichtung des öffentlichen Rechts die öffentlich-rechtliche Körperschaft entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung erlassen kann. Aufgrund der Formulierung dieser Norm kann das *Gemeinwesen* nur die Bestimmungen über die Finanzierung oder diejenigen über die Leistungen erlassen. Die grundsätzliche Regelungskompetenz betreffend aller Fragen, welche nicht die Finanzierung (resp. die Leistungen) betreffen, liegt demnach bei der Vorsorgeeinrichtung und nicht beim Gemeinwesen.
- 57 In seinem Bericht und Antrag hat der Stadtrat hingegen (unter Verweis auf Art. 50 Abs. 2 BVG) eine Formulierung gewählt, welche seine Auffassung vermuten lässt, dass der Fokus der Regelungshoheit auch nach Umsetzung der Finanzierungsvorlage immer noch beim Gemeinwesen liege. Obwohl er darauf hinweist, dass die Finanzierungsvorlage den Einfluss der Gemeinwesen auf die berufliche Vorsorge ihres Personals beschränken wollte, hat er mehrfach festgehalten, dass neu die *Vorsorgeeinrichtung* entweder die Versicherungsleistungen oder die Finanzierung in eigenen Bestimmungen selbständig regeln können muss.<sup>33</sup> Entsprechend regelt das FinR denn auch nicht nur die Finanzierung der PKSL sondern enthält auch Leistungs- und Sanierungsbestimmungen sowie Bestimmungen über die Mitgliedschaft.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Stadtrat Stadt Luzern, Bericht und Antrag an den Grossen Stadtrat von Luzern vom 19. September 2012 (StB 874), B+A 34/2012, Umsetzung der BVG-Revision über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Finanzierungsreglement PKSL.

<sup>33</sup> B+A 34/2012, 2 und 6.

<sup>34</sup> Finanzierungsreglement der Pensionskasse Stadt Luzern (FinR) vom 8. November 2012, Systematische Rechtssammlung Nr. 0.8.5.1.1), Art. 4.5 (Mitgliedschaft), Art. 12a und 12b (Sanierungsmassnahmen) und Art. 13-15 (Zusatzleistungen der Stadt Luzern). Die Regelung der Zusatzleistungen im FinR ist gemäss Auffassung des Stadtrats zulässig, weil es sich hierbei um rein überobligatorische Leistungen handelt, welche ausschliesslich vom Arbeitgeber bezahlt werden, und die Finanzierung von der Leistung nicht getrennt werden kann (B+A 34/2012, 10).

- 58 Während also die bundesrechtliche Vorgabe von Art. 50 Abs. 2 BVG dem Gemeinwesen nur die Finanzierung eines Teilbereichs der beruflichen Vorsorge (Finanzierung oder Leistungen) zuweist, wendet der Bericht und Antrag der Stadt Luzern diese Einschränkung der Regelungskompetenz auf die Vorsorgeeinrichtung an.
- 59 Diese Umdeutung der Regelungskompetenz wäre nur unter der Bedingung unproblematisch, dass (1.) eine Vorsorgeeinrichtung nur die Leistungen oder die Finanzierung zu regeln hätte und (2.) die inhaltliche Zuordnung als finanzierungs- oder leistungsseitige Bestimmung eindeutig wäre. Beides ist hingegen nicht der Fall.
- 60 Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 BVG ergibt, hat eine Vorsorgeeinrichtung weit mehr zu regeln als nur die Finanzierung oder die Leistungen. Denn diese Bestimmung zählt auf, zu welchen Themen die Vorsorgeeinrichtung zwingend Bestimmungen zu erlassen hat.
- 61 Aus dem Zusammenspiel von Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 BVG ergibt sich im Weiteren, dass die Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung nicht ein Bereich ist, welcher vom Gemeinwesen geregelt werden darf. Denn während Art. 50 Abs. 1 lit. a BVG von „Leistungen“ und lit. c von „Verwaltung und Finanzierung“ spricht, wird die Regelungskompetenz des Gemeinwesens in Abs. 2 auf „Leistungen“ oder „Finanzierung“ beschränkt. Auch dies zeigt, dass der Bundesgesetzgeber dem Gemeinwesen einzig den Erlass von Leistungsbestimmungen oder von Bestimmungen zur Finanzierung zugestehen wollte.
- 62 Schliesslich ist auch festzuhalten, dass reglementarische Bestimmungen nicht im Sinne eines digitalen Systems klarerweise entweder der Finanzierungs- oder der Leistungsseite zugeordnet werden können. Vielmehr enthalten gewisse Reglementsbestimmungen finanzierungs- und leistungsseitige Aspekte, während andere keinen der beidem Aspekte enthalten. Reglementarische Sanierungsbestimmungen regeln beispielsweise unter anderem auch die Erhebung von Sanierungsbeiträgen, welche grundsätzlich der Finanzierung der Vorsorgeeinrichtung dienen. Sie regeln aber auch den Leistungsbereich, indem beispielsweise die Verzinsung in Unterdeckung modellmässig begrenzt oder der WEF-Vorbezug beschränkt wird. Zu berücksichtigen ist auch, dass selbst die Regelung von Sanierungsbeiträgen erstens der Leistungsseite dient, da sie die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung sicherstellen soll, und zweitens von den anderen Sanierungsbestimmungen nicht losgelöst betrachtet und zum Erlass einem anderen Organ zugewiesen werden kann. Denn die Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung ist in ein Gesamtkonzept eingebettet, welches letztlich in der Verantwortung des obersten Organs, mithin der Vorsorgeeinrichtung liegt.
- 63 Aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben liegt die grundsätzliche Regelungskompetenz für den Bereich der beruflichen Vorsorge für das Personal eines Gemeinwesens nicht beim Gemeinwesen, sondern bei dessen Vorsorgeeinrichtung. Wenn sich folglich ein Gemeinwesen entscheidet, die Bestimmungen über die Finanzierung zu erlas-

sen, darf es nur diesen Bereich regeln, während alle anderen Aspekte wie die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung, die Kontrolle und das Verhältnis zu den Arbeitgebern, den Versicherten und Anspruchsberechtigten Sache der Vorsorgeeinrichtung ist.

- 64 Trotz der fundamentalen Änderung des bisherigen Systems der Führung von öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen durch die Finanzierungsvorlage sollte deren Umsetzung nur in formeller, nicht aber in materieller Hinsicht vollzogen werden. So hielt der Stadtrat in seinem Bericht und Antrag auch fest, dass die Umsetzung der Finanzierungsvorlage des Bundes durch die Stadt Luzern, zu keinen materiellen Änderungen der heutigen Regelung über die Pensionskasse Stadt Luzern führen soll. Der Stadtrat wollte nicht, dass die „Diskussion über die Systemänderung“ durch materielle, inhaltliche Fragen überlagert wird.<sup>35</sup>

## 2. Verhältnis zwischen Erlass und Reglement

### 2.1 Inhaltliche Abgrenzung im Allgemeinen

- 65 Die inhaltliche Abgrenzung zwischen dem Erlass des Gemeinwesens über die berufliche Vorsorge und der Regulierungskompetenz der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen.

- 66 Dem Gemeinwesen stehen grundsätzlich zwei Regelungsbereich zu:

1. Es kann entweder die Finanzierung der Vorsorgeeinrichtung oder die Leistungen derselben in einem eigenen Erlass regeln. In diesem Bereich ist eine detaillierte Regelung durch das Gemeinwesen zulässig. Selbstverständlich kann das Gemeinwesen aber auch hier nur die Grundsätze regeln und die Detaillierung der Bestimmungen dem obersten Organ übertragen.
2. Zusätzlich kann es in seinem Erlass die Grundsätze resp. Grundzüge der folgenden Themen bestimmen:
  - a. Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung
  - b. Kreis der anschlussberechtigten Arbeitgeber
  - c. Höhe des Rentenalters
  - d. Wahl des Versicherungsprimats
  - e. Umschreibung des versicherten Verdienstes
  - f. Abweichung von der Beitragsparität zulasten des Arbeitgebers
  - g. Organisation und Verhältnis zur (internen) Dienstaufsicht
  - h. Voraussetzungen für und Vorgehen bei Sanierungsmassnahmen (dies aber nur unter grösster Zurückhaltung)
  - i. Umfang der Staatsgarantie (sofern vorgesehen).

---

<sup>35</sup> B+A 34/2012, 8.

- 67 Keine Regelungskompetenz hat das Gemeinwesen in allen Aspekten der Vorsorge, welche nicht unter die vorgenannten Begriffe fallen. Ebenfalls keine Regelungskompetenz kommt dem Gemeinwesen bezüglich der (detaillierten) Ausgestaltung der Aspekte zu, bei welchen es nur die Grundzüge regeln darf.
- 68 Vor dem Hintergrund, dass das Gemeinwesen bezüglich der von ihm erlassenen Bestimmungen (insb. für die Konsequenzen derselben auf die finanzielle Situation der Vorsorgeeinrichtung) keine Verantwortung trägt, ist der Umfang der vom Gemeinwesen zu erlassenden Regelungen im Zweifelsfall eng auszulegen. Dies zeigt sich ganz besonders bei der Konkretisierung der Sanierungsbestimmungen. Die Verantwortung für die finanzielle Lage der Vorsorgeeinrichtung trägt einzig das oberste Organ. Eine zu weit gehende Regelung der Grundzüge durch das Gemeinwesen kann den Handlungsspielraum des obersten Organs in der Sanierung der Vorsorgeeinrichtung derart einschränken, dass eine Sanierung erschwert, verzögert oder gar verunmöglicht wird, ohne dass das Gemeinwesen hierfür die Verantwortung i.S.v. Art. 52 BVG übernehmen müsste.
- 69 Das Gemeinwesen muss sich bei jeder Norm seines Erlasses fragen,
1. ob es sich wirklich um eine finanzierungs- resp. leistungsseitige Bestimmung handelt (je nachdem ob sich das Gemeinwesen für die Regelung der Finanzierung oder der Leistungen entschieden hat). Sollte diese Frage nicht bejaht werden können, ist zu prüfen,
  2. ob die fragliche Norm einen Aspekt regelt, der vom Gemeinwesen in den Grundzügen geregelt werden darf. Wenn diese Frage bejaht werden kann, ist zu eruieren
  3. ob sich das Gemeinwesen inhaltlich auch auf die Regelung der Grundzüge beschränkt hat, oder ob die Bestimmung in ihrem Detaillierungsgrad in die Kompetenz des obersten Organs eingreift.

## **2.2 Verhinderung von Widersprüchen**

- 70 Vor dem Hintergrund der klaren materiellen Kompetenzausscheidung zwischen Gemeinwesen und Vorsorgeeinrichtung (resp. dem obersten Organ derselben), sollten Widersprüche zwischen dem Erlass des Gemeinwesens und den reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung gar nicht entstehen können.
- 71 Dies gilt umso mehr, wenn das Gemeinwesen die Vorsorgeeinrichtung in das Vorbereitungsverfahren des Erlasses im Sinne einer Einladung zum Mitbericht oder gar zur Redaktion des Erlass-Entwurfes des Gemeinwesens einbezieht.

72 Sollten sich der Erlass des Gemeinwesens und die reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung dennoch in relevanter Weise materiell widersprechen, stellt sich die Frage der Normenhierarchie, auf welche nachstehen eingegangen wird.

## 2.3 Normenhierarchie

### a. Allgemeine Grundsätze

73 Unter Normenhierarchie versteht man das Über- oder Unterordnungsverhältnis der Rechtsnormen. Hierzu bestehen verschiedene Kollisionsregeln, welche zu beachten sind.

74 Die Regel *lex superior derogat legi inferiori* besagt, dass eine in der Normenhierarchie höher stehende Norm Vorrang hat vor einer niedriger stehenden Norm. So steht beispielsweise die Bundesverfassung über einem Bundesgesetz, welches über einer Verordnung steht, welche wiederum einer Dienstanweisung vorgeht. Im Weiteren bricht Bundesrecht kantonales Recht, indem die Kantone nur insoweit souverän sind, als diese Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist.<sup>36</sup> Zudem haben die Kantone Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz umzusetzen.<sup>37</sup> Schliesslich gewährleistet der Bund eine Kantonsverfassung nur dann, wenn sie dem Bundesrecht nicht widersprechen.<sup>38</sup> Kantonales Recht wiederum steht über dem kommunalen Recht, da die Gemeindeautonomie lediglich nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet ist.<sup>39</sup>

75 Wenn zwei sich widersprechende Normen auf gleicher Stufe stehen, geht nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* (Regel zur systematischen Auslegung) die spezielle Norm der allgemeinen vor. Der weitere Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* (Derogationsregel) besagt, dass eine jüngere Norm einer älteren vorgeht. Etwas komplexer ist die Situation, wenn die Regel zur systematischen Auslegung mit der Derogationsregel kollidiert, weil die *lex posterior* zugleich *lex generalis* ist.<sup>40</sup> Diese Art der

---

<sup>36</sup> Art. 3 und 42 ff. BV.

<sup>37</sup> Art. 46 Abs. 1 BV.

<sup>38</sup> Art. 51 Abs. 2 BV.

<sup>39</sup> Art. 50 BV.

<sup>40</sup> In BGE 135 II 338 hat sich das Bundesgericht ansatzweise mit der vorliegende Fragestellung befasst, als es das Verhältnis des Lotterieggesetzes (LG) vom 8. Juni 1923 zur interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten (IVLW) vom 7. Januar 2005 zu klären hatte. Im konkreten Fall sprach es sich dafür aus, dass die spätere allgemeine Normierung Vorrang hat vor der älteren spezialgesetzlichen Normierung. Dieser Entscheid ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Bundesrat die Spielbanken- und auch die Lotterieggesetzgebung total revidieren wollte, weil diese den aktuellen Transparenz- und Schutzbedürfnissen nicht mehr gerecht wird. Da der Ende 2002 in die Vernehmlassung gegebene Entwurf mehrheitlich auf Kritik stiess und die Kantone vorschlugen, die festgestellten Mängel im Rahmen einer interkantonalen Vereinbarung zu beheben, sistierte der Bundesrat am 18. Mai 2004 die geplante Revision.

Kollision, bei welcher sich eine ältere Spezialnorm und eine jüngere generelle Norm gegenüberstehen, ist (im Einzelfall) unter Heranziehung aller relevanten Auslegungsmaterialien zu klären. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass der Grundsatz *lex posterior generalis non derogat priori speciali* gilt, nach welchem ein jüngeres generelles Gesetz eine ältere spezialgesetzliche Norm nicht aufheben kann. Nur wenn es sich beim älteren generellen Gesetz um eine eigentliche «Kodifikation», also um eine auf möglichste Vollständigkeit angelegte Regelung eines bestimmten Rechtsgebietes handelt, spricht eine starke Vermutung für eine Aufhebung der älteren Sonderregeln.<sup>41</sup>

**b. Anwendung bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen**

- 76 *Erlasse* von Gemeinwesen stellen entweder bundes-, kantonal- oder kommunalrechtliche Gesetz oder Verordnungen dar. Die vorstehend dargestellten Kollisionsregeln kommen zur Anwendung, wenn sich zwei (sich widersprechende) Erlasse gegenüberstehen, d.h. Normen, die von einem zur Gesetzgebung im weiteren Sinne autorisierten Organ erlassen worden sind.
- 77 Bei einem Widerspruch zwischen einer Norm des *Reglements* einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung mit dem Erlass des entsprechenden Gemeinwesens kann hingegen nicht (unbesehen) auf die vorstehend dargestellten staatlichen Kollisionsregeln zurückgegriffen werden. Denn das Reglement einer Vorsorgeeinrichtung (auch wenn sie als öffentlich-rechtliche Anstalt konstituiert ist) stellt keinen Erlass im staatsrechtlichen Sinne dar. So spricht denn auch Art. 50 Abs. 2 BVG – betreffend die Verankerung von Bestimmungen durch die Vorsorgeeinrichtung – von einem Reglement, während die Festlegung von Normen durch das Gemeinwesen in einem Erlass erfolgen soll.
- 78 Hingegen sind die staatsrechtlichen Grundsätze der Normenhierarchie anwendbar, wenn ein berufsvorsorgerechtlicher Erlass eines Gemeinwesens mit den Bestimmungen des BVG im Widerspruch steht. Das BVG als Bundesgesetz geht einem Erlass auf Stufe kommunales Gemeinwesen immer vor. Ein kommunaler Erlass hat in jedem Fall bundesrechtskonform zu sein. Der in Art. 50 Abs. 2 BVG erwähnte Erlass des Gemeinwesens muss das materielle Recht des Bundes (BVG sowie BVV 1 und BVV 2, FZG sowie FZV etc.) respektieren und darf diesem inhaltlich nicht widersprechen.

**c. Hierarchie zwischen FinR und LOR**

- 79 Beim FinR handelt es sich um einen Erlass der Stadt Luzern, welcher durch das demokratisch gewählte Legislativ-Organ der Stadt erlassen wurde und damit *demokratisch*

---

<sup>41</sup> FRANZ BYDLINSKI, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 572 f. m.w.H.

*legitimiert* ist. Das LOR hingegen ist die (reglementarische) Umsetzung des bundesrechtlichen Vorsorgerechts, mithin eine interne Normierung eines der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekts. Der LOR kommt kein gesetzgeberischer Charakter zu. Sie stellt den Inhalt der vorsorgevertraglichen Vereinbarung zwischen der PKSL und ihren Versicherten dar.

- 80 Natürlich besitzt auch das LOR – als von der Vorsorgeeinrichtung erlassenes Reglement – eine spezielle Legitimation, da die Arbeitnehmenden das Recht haben, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Anzahl Vertreter zu entsenden, wie der Arbeitgeber. Die paritätische Legitimation ist aber schwächer als die demokratische.
- 81 Zudem kommt die *Entscheidungsmacht über den Inhalt* der beiden Regulierungen dem Gemeinwesen (und nicht der Vorsorgeeinrichtung) zu. Denn das Gemeinwesen entscheidet darüber, ob (1.) die Vorsorgeeinrichtung die Leistungen oder die Finanzierung (oder beides) zu regeln hat und ob (2.) das Gemeinwesen weitere Aspekte der Vorsorge in den Grundzügen regeln möchte. Insofern bestimmt das FinR – unter Einhaltung der bundesrechtlichen Vorgaben – den Inhalt des LOR.
- 82 Aufgrund der demokratischen Legitimation des Erlasses des Gemeinwesens und der faktischen Entscheidungsmacht des Gemeinwesens über die beiden Regulierungen könnte also geschlossen werden, dass das FinR dem LOR generell vorgeht. Dies würde aber zu kurz greifen. Denn sowohl das FinR als auch das LOR vollziehen das vom Bundesgesetzgeber vorgegebene Recht der beruflichen Vorsorge. Beide Regulierungen haben sich an die bundesrechtlichen Vorgaben zu halten und können von Versicherten in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren bezüglich einer fehlenden Bundesrechtskonformität beanstandet werden.
- 83 Der *zulässige materielle Gehalt* von Bestimmungen des kommunalen berufsvorsorgerechtlichen Erlasses (FinR) ergibt sich aus Art. 50 Abs. 2 BVG. Eine Norm eines solche Erlasses, welche entweder die Vorgaben der Regelungskompetenz aufgrund der Finanzierungsvorlage verletzt oder aus anderem Grund als bundesrechtswidrig erkannt wird, kann einer ihr widersprechenden Bestimmung eines Vorsorgereglements nie vorgehen. Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 50 Abs. 2 BVG lassen sogar darauf schliessen, dass der Erlass des Gemeinwesens und das Reglement der Vorsorgeeinrichtung als gleichwertig zu betrachten sind.

#### d. Einfluss der Staatsgarantie

- 84 Die Staatsgarantie für die Leistungen einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung wurde mit der Finanzierungsvorlage (Art. 72c BVG) erstmals bundesgesetzlich explizit geregelt. Früher ergaben sich Inhalt und Tragweite der Staatsgarantie aus den

kantonalrechtlichen Bestimmungen und insb. aus Art. 69 Abs. 2 aBVG und Art. 45 aBVG 2.<sup>42</sup>

- 85 Die heutige bundesgesetzliche Regelung der Staatsgarantie beschränkt sich hingegen auf Vorsorgeeinrichtung im Teilkapitalisierungssystem. Wenn sich ein Gemeinwesen im Zuge der Verselbständigung seiner Vorsorgeeinrichtung dafür entschied, das Teilkapitalisierungssystem anzuwenden, musste es die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung bis zum Erreichen des vollen Ausfinanzierungsgrads garantieren.
- 86 Wenn ein Gemeinwesen zugunsten seiner versicherten Mitarbeitenden die Erbringung von Leistungen durch seine im Vollkapitalisierungssystem finanzierte Vorsorgeeinrichtung garantiert, so geschieht dies auf freiwilliger Basis. Die gesetzlichen Vorgaben zur Staatsgarantie im Teilkapitalisierungssystem sind nicht anwendbar. Hingegen sind die demokratischen Vorgaben der Rechtsetzung des Gemeinwesens zur Änderung resp. Aufhebung der Staatsgarantie zu beachten.
- 87 Einziger Sinn und Zweck der neu eingeführten Staatsgarantie im Bereich der beruflichen Vorsorge war es, den Gemeinwesen im Rahmen der Umsetzung der Finanzierungsvorlage zu ermöglichen, das Teilkapitalisierungssystem zu wählen, ohne dabei die Recht der Versicherten zu verletzen. Den Gesetzesmaterialien kann nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber dem Gemeinwesen aufgrund seiner Staatsgarantie einen gesteigerten Einfluss auf die Kompetenz zum Erlass von vorsorgerechtlichen Bestimmungen oder das Mitbestimmungsrecht gewähren wollte.
- 88 Damit hat eine allfällige Staatsgarantie (sei es als Garantie im Rahmen des Teilkapitalisierungsverfahrens i.S.v. Art. 72a ff. BVG, sei es als freiwillige, aussergesetzliche Leistungsgarantie im Vollkapitalisierungsverfahren) keinen Einfluss auf die vorstehende Beurteilung zum zulässigen Ausmass der Regelungskompetenz des Gemeinwesens.
- 89 Obwohl die PKSL im Vollkapitalisierungssystem bilanziert, übernimmt die Stadt Luzern die Garantie dafür, dass die PKSL ihre Verpflichtungen erfüllt.<sup>43</sup> Abweichend von der Regelung in Art. 72c Abs. 1 BVG ist die Garantieleistung im Falle einer Teilliquidation aber explizit ausgenommen.<sup>44</sup> Diese Regelung der Staatsgarantie stellt eine freiwillige (aussergesetzliche) Garantie dar. Die Stadt Luzern wäre aufgrund des Bundesrechts nicht dazu verpflichtet, eine solche Garantie zu stellen. Aus dieser freiwilligen Staatsgarantie kann denn auch in concreto keine gesteigerte Regelungskompetenz oder ein gesteigertes Mitspracherecht abgeleitet werden. Dies umso weniger als selbst eine gesetzliche vorgeschriebene Staatsgarantie i.S.v. Art. 72c BVG keine erweiterte Regelungs- oder Mitbestimmungskompetenz generiert.

---

<sup>42</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich: PETER, 44, 49 ff.; POLEDNA/PETER, 229 ff.

<sup>43</sup> Art. 12 Abs. 1 FinR.

<sup>44</sup> Art. 12 Abs. 2 FinR.

90 Betreffend die von der Stadt abgegebene Garantie dürfen zudem zwei weitere Aspekte nicht unterschlagen werden. Erstens ist es überaus unrealistisch, dass diese reine Leistungsgarantie je abgerufen werden müsste. Dieser Auffassung ist im Übrigen auch der Stadtrat, wenn er in seinem Bericht und Antrag festhält, dass die Gefahr einer Garantieleistung höchstens theoretischer Natur sei.<sup>45</sup> Zweitens deckt die Garantie zum überwiegenden Teil einen Leistungsbereich ab, der in die Aufgabenstellung des Sicherheitsfonds gehört und für welchen die PKSL periodisch ihre Beitragspflicht gegenüber dem Sicherheitsfonds erfüllt.

91 In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass die im Bericht und Antrag festgehaltene Begründung des Stadtrats betreffend die Wahrnehmung der Grundsatzgesetzgebung durch die Stadt nicht überzeugend ist. Tatsächlich unterscheidet sich das finanzielle Engagement der Stadt für die berufliche Vorsorge seiner Mitarbeitenden nicht von demjenigen vieler privater Arbeitgeber. Weder die Finanzierung einer weitergehenden Vorsorge noch die Leistung von überparitätischen Beiträgen ist aussergewöhnlich. Hinzu kommt, dass die Verankerung einer Leistungsgarantie, von welcher die Versicherten realistischerweise nie profitieren werden und die zu einem grossen Teil einen Bereich abdeckt, der durch den Sicherheitsfonds sowieso abgedeckt ist, keinen wirtschaftlichen Wert für die Versicherten oder die PKSL darstellt.

### **3. Einflussnahme des Gemeinwesens auf die Organisation**

#### **3.1 Einfluss auf die Willensbildung**

##### **a. Im Allgemeinen**

92 Die Arbeitnehmer haben das Recht, in das oberste Organ die gleiche Anzahl von Vertretern zu entsenden wie der Arbeitgeber.<sup>46</sup> Die Vorsorgeeinrichtung hat reglementarisch insbesondere die Wahl der Versicherten, die angemessene Vertretung der beschiedenen Arbeitnehmerkategorien, die paritätische Vermögensverwaltung und das Verfahren bei Stimmgleichheit zu regeln.<sup>47</sup>

93 Diese paritätische Verwaltung gilt in der obligatorischen und in der weitergehenden beruflichen Vorsorge.<sup>48</sup> Sinn und Zweck der paritätischen Verwaltung liegt darin, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu stärken. Hierbei handelt es sich um eine Mini-

---

<sup>45</sup> B+A 34/2012, 12.

<sup>46</sup> Art. 51 Abs. 1 BVG.

<sup>47</sup> Art. 51 Abs. 2 BVG.

<sup>48</sup> Art. 49 Abs. 2 Ziff. 7 BVG.

malvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer, von der zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann, indem mehr Arbeitnehmervertreter als Arbeitgebervertreter in das oberste Organ gewählt werden.<sup>49</sup>

- 94 Aus diesem Schutzgedanken heraus wurden in den vergangenen Jahren durch Lehre und Rechtsprechung diverse Aspekte geklärt. So werden Personen, die beim Unternehmen an wesentlichen Entscheiden beteiligt sind oder die Willensbildung des Unternehmens wesentlich beeinflussen können, nicht als Arbeitnehmervertreter anerkannt. Die Arbeitnehmer können sich zudem durch externe Personen im obersten Organ vertreten lassen, sofern die reglementarischen Grundlagen dies vorsehen. Wenn dem Arbeitgeber die Vertretung durch externe Personen zugestanden wird, muss sie auch den Arbeitnehmenden offen stehen.
- 95 Aufgrund des Schutzgedankens von Art. 51 BVG hat sich die Lehre und Praxis in der Vergangenheit einzig mit dem Schutz der Arbeitnehmer zur Mitwirkung an der Willensbildung der Vorsorgeeinrichtung beschäftigt. Die Mitwirkung des Arbeitgebers wurde hingegen nicht näher betrachtet und beschrieben.
- 96 Vor dem Hintergrund der bundesrechtlichen Vorgaben sind dem Arbeitgeber betreffend seine eigenen Auswahl- und Bestimmungsmöglichkeiten denn auch einzig durch den Schutzgedanken zugunsten der Arbeitnehmer Schranken gesetzt. Allfällige zusätzliche Schranken können sich allenfalls aufgrund der reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung selbst ergeben, welche mittels Verweis im Anschlussvertrag Bestandteil desselben sind.

**b. Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen**

- 97 Nach altem Recht hatte das paritätische Organ einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung lediglich ein Anhörungsrecht.<sup>50</sup> Das oberste Organ einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung war regelmässig die Exekutive des Gemeinwesens resp. es wurde von derselben bestimmt. Seit der Umsetzung der Finanzierungsvorlage ist die paritätische Verwaltung einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich nicht mehr anders geregelt als diejenige einer privatrechtlichen.<sup>51</sup>
- 98 Bei einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen nimmt heute das Gemeinwesen (als Arbeitgeber) seinen bundesrechtlich abschliessend geregelten Einfluss auf die Willensbildung durch seine Mitarbeit in der paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung wahr.

---

<sup>49</sup> OFK-Vetter-Schreiber, BVG 51 N 1.

<sup>50</sup> Art. 51 Abs. 5 aBVG.

<sup>51</sup> Art. 51 BVG.

### 3.2 Einfluss auf die Rechtsgrundlagen

- 99 Wie vorstehend dargelegt, beschränkt sich die Einflussmöglichkeit des Gemeinwesens betreffend den Inhalt der rechtlichen Grundlagen seiner Vorsorgeeinrichtung auf die Regelung entweder der Finanzierung oder der Leistungen sowie auf die Regelung von weiteren konkreten Aspekten in den Grundzügen (vgl. Rz 65 ff.).
- 100 Zu diesen Aspekten gehört auch die Organisation (und das Verhältnis zur internen Dienstaufsicht). Das Gemeinwesen kann also die Grundzüge der Organisation der Vorsorgeeinrichtung in seinem Erlass regeln. Wie weit die Regelung dieser Grundzüge der Organisation gehen darf, ist bis dato weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung beschrieben worden.
- 101 Auch mit rein organisatorischen Bestimmungen kann das Gemeinwesen massgeblich Einfluss auf die Entscheidungen der Vorsorgeeinrichtung nehmen. Vor dem Hintergrund der grundsätzlich eng auszulegenden Bestimmung von Art. 50 Abs. 2 BVG und der von bundesrechts wegen alleinigen Verantwortung des obersten Organs hat sich das Gemeinwesen deshalb auch bei der Regelung der Grundzüge der Organisation seiner Vorsorgeeinrichtung grösste Zurückhaltung aufzuerlegen.
- 102 Vorliegend gilt es durchaus zu beachten, dass die Stadt Luzern die Leistungen der PKLS garantiert.<sup>52</sup> Allerdings ist zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber die Möglichkeiten der Einflussnahme eines Gemeinwesens auf die Organisation der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung im Zusammenhang mit einer bestehenden Staatsgarantie nicht erhöht hat.
- 103 Dies gilt schon für eine gesetzlich zwingend auszusprechende Staatsgarantie zugunsten einer Vorsorgeeinrichtung im Teilkapitalisierungsverfahren und muss erst recht gelten würde für eine freiwillige (bundesrechtliche nicht zwingend vorgeschriebene) Staatsgarantie. Denn eine solch freiwillige Garantie kann vom Gemeinwesen jederzeit einseitig widerrufen werden.
- 104 Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Finanzierungsvorlage die Möglichkeiten der Einflussnahme durch das Gemeinwesen auf die Geschicke seiner eigenen Vorsorgeeinrichtung ganz bewusst begrenzen wollen. Dabei hat er das Vorliegen einer Staatsgarantie in keiner Weise mit einer dadurch gesteigerten Einflussnahme verbunden.
- 105 Das Gemeinwesen ist demnach aufgrund von Art. 50 Abs. 2 BVG resp. der diesbezüglichen Gesetzesmaterialien befugt, die Organisation der Vorsorgeeinrichtung in den Grundzügen zu regeln. Die weitergehende Regelung der Organisation der Vorsorgeeinrichtung obliegt als nicht delegierbare und nicht entziehbare Aufgabe dem obersten Organ.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Art. 12 Abs. 1 FinR.

<sup>53</sup> Art. 51a Abs. 2 lit. f BVG.

- 106 Selbstverständlich existiert keine klare Abgrenzung zwischen den Begriffen „Regelung der Organisation in den Grundzügen“ und „detaillierte organisatorische Regelung“. Vor dem Hintergrund des vereinbarten Aufwands für das Gutachten kann entsprechend auch weder eine Auslegeordnung diesbezüglich bestehender kantonaler und/oder kommunaler Bestimmungen noch eine Best Practice dargestellt werden.
- 107 Ausgehend vom unbestrittenen gesetzgeberischen Willen der Beschränkung des Einflusses der Gemeinwesen auf die eigene Vorsorgeeinrichtung kann aber die folgende Regel als Richtschnur gelten:

*Wann immer eine kantonale resp. kommunale berufsvorsorgerechtliche Bestimmung bezweckt, die Einflussnahme des Gemeinwesens auf die Willensbildung der eigenen Vorsorgeeinrichtung massgeblich zu vergrössern, wird es sich kaum mehr um eine Regelung grundsätzlicher Aspekte im Sinne der Bundesgesetzgebung handeln.*

### 3.3 Wahl und Zusammensetzung des obersten Organs

- 108 Die Zusammensetzung des obersten Organs setzt sich aus zwei grundsätzlich getrennten Aspekten zusammen. Einerseits hat die Vorsorgeeinrichtung zu gewährleisten, dass die Arbeitnehmer ihre Vertreter im obersten Organ unmittelbar oder durch Delegierte wählen können. Andererseits steht dem Arbeitgeber das Recht zu, seine Vertreter im obersten Organ direkt zu bestimmen.<sup>54</sup>
- 109 Betreffend die Arbeitnehmervertretung ist – wie bereits dargelegt – festzuhalten, dass die gesetzliche Regelung der paritätischen Verwaltung in Art. 51 BVG eine Arbeitnehmerschutzvorschrift darstellt. Entsprechend wurden in der Lehre und Rechtsprechung Aspekte diskutiert, welche das Recht der Arbeitnehmer, sich durch ihresgleichen vertreten zu lassen, konkretisiert haben. Eine Einflussnahme des Arbeitgebers auf eine mögliche inhaltliche Differenzierung oder die fachliche Qualität der Arbeitnehmervertretung war nie ein Thema. Dies umso weniger als die Verantwortung für die Wahl der Arbeitnehmervertreter, die angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien und die Aus- und Weiterbildung der Mitglieder des obersten Organs in die Verantwortung desselben fällt (und nicht in diejenige des Arbeitgebers).<sup>55</sup>
- 110 Betreffend die Festlegung der eigenen Vertretung im obersten Organ durch den Arbeitgeber bestehen keine gesetzlichen Vorgaben. Die einzige in der Praxis entwickelte Vorgabe besteht darin, dass sich Arbeitgeber nur dann durch externe Fachpersonen im obersten Organ vertreten lassen dürfen, wenn dies reglementarisch so vorgesehen ist und die Vertretung durch externe Personen auch den Arbeitnehmenden zugestanden wird.

<sup>54</sup> Art. 51 Abs. 1-3 BVG.

<sup>55</sup> Art. 51 Abs. 2 lit. a und b sowie Art. 51a Abs. 2 lit. i BVG.

- 111 Bei einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung darf das Gemeinwesen die Organisation ganz generell nur in den Grundzügen regeln. Bestimmungen über die Wahl von Arbeitnehmervertretern in das oberste Organ würden den Rahmen einer Regelung der Grundsätze verletzen. Das Gleiche gilt für Bestimmungen über die zu erfüllenden fachlichen oder anderweitigen Anforderungen an die Arbeitnehmervertreter (Qualifikation, aktives und/oder passives Wahlrecht, etc.).
- 112 Hingegen darf das Gemeinwesen als solches im Rahmen seiner Regelungskompetenz i.S.v. Art. 50 Abs. 2 BVG die Zusammensetzung des obersten Organs in seinen Grundzügen regeln. Die Grundzüge beschränken sich hierbei aber wohl auf die Anzahl der Mitglieder und die Regelung des Vorsitzes (nicht aber auf die Regelung des Verfahrens bei Stimmgleichheit). Zudem darf das Gemeinwesen als kantonaler resp. kommunaler Gesetzgeber bestimmen, wie diejenigen angeschlossenen Arbeitgeber, welche nicht zur Kernverwaltung zählen, in die Willensbildung des obersten Organs eingezogen werden sollen. Schliesslich darf das Gemeinwesen natürlich als Arbeitgeber ein Anforderungsprofil für die eigenen Arbeitgebervertreter erstellen.

### 3.4 Aktuelle Rechtsgrundlagen der PKSL

- 113 Die PKOM ist das oberste Organ der PKSL.<sup>56</sup> Sie nimmt die Gesamtleitung der PKSL i.S.v. Art. 51a Abs. 1 BVG war. Entsprechend ist sie auch zuständig für den Erlass der Reglemente.<sup>57</sup>
- 114 Betreffend die Wahl und Zusammensetzung der PKOM verweist das LOR auf das FinR.<sup>58</sup> Die PKOM besteht aus 13 Personen, wovon sieben Personen von der Mitgliederversammlung und sechs Personen (darunter das Präsidium, ein Mitglied des Ausschusses und eine Vertretung der Dienstabteilung Personal) vom Stadtrat gewählt (und instruiert) werden. Die von der Mitgliederversammlung gewählten Personen müssen Mitglieder der Kasse sein, wobei eine zum Personal eines angeschlossenen Arbeitgebers gehören und eine alterspensioniert sein muss.<sup>59</sup> Die Mitglieder der PKOM werden auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt. Die Amtsdauer ist mit derjenigen der Gesamterneuerungswahlen des Stadtrats gleichgeschaltet.<sup>60</sup>
- 115 Die weiteren Details der PKOM sind ausschliesslich im LOR festgehalten. Es finden jährlich vier ordentliche Sitzungen statt, die vom Präsidium (oder bei dessen Verhinderung vom Vizepräsidium) geleitet werden und zu denen spätestens mit einer Frist von 10 Tagen eingeladen wird.<sup>61</sup> Die PKOM ist beschlussfähig, wenn mindestens je

<sup>56</sup> Art. 49 Abs. 1 und 2 LOR; Art. 2 Abs. 1 FinR.

<sup>57</sup> Art. 49 Abs. 2 lit. e LOR; Art. 2 Abs. 1 FinR.

<sup>58</sup> Art. 50 LOR.

<sup>59</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a und b FinR.

<sup>60</sup> Art. 2 Abs. 3 FinR.

<sup>61</sup> Art. 51 Abs. 1-3 LOR.

die Hälfte der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmervertreter anwesend sind. Beschlüsse werden mit dem absoluten Mehr der anwesenden Stimmen gefasst. Bei Stimmengleichheit hat das Präsidium den Stichentscheid.<sup>62</sup>

- 116 Die von der Stadt Luzern im FinR festgehaltene Regelung der PKOM kann bezüglich ihrer materiellen Tiefe als moderat bezeichnet werden und verletzt die Idee der bloss grundsätzlichen Regelung der Organisation nicht. Auf die Zulässigkeit dieser Grundsatzregelung bezüglich des Grundsatzes der paritätischen Verwaltung wird später eingegangen (vgl. Rz 181 ff. nachstehend).
- 117 Interessant ist hingegen, dass die Geschäftsführung der PKSL von der PKOM auf Antrag des Stadtrats gewählt wird.<sup>63</sup> Diesbezüglich ist in Erinnerung zu rufen, dass das oberste Organ die Gesamtverantwortung für die Geschäfte der Vorsorgeeinrichtung trägt. Die Mitglieder des obersten Organs haften für die Auswirkungen ihrer Entscheidungen solidarisch mit ihrem gesamten privaten Vermögen.<sup>64</sup> Hinzu kommt, dass die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu den als nicht übertragbar und nicht entziehbar bezeichneten Aufgaben des obersten Organs zählen.<sup>65</sup> Das Antragsrecht des Stadtrats kann daher keine zwingende Wahlvorgabe, sondern höchstens eine unverbindliche Wahlempfehlung sein. Bei einer Interpretation als zwingend zu beachtender Vorschlag würde das Gemeinwesen die bundesrechtliche Vorgabe zur Unabhängigkeit des obersten Organs der öffentlichen-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung verletzen.
- 118 Die PKOM ist folglich an einen Antrag des Stadtrats zur Wahl der Geschäftsführung i.S.v. Art. 54 Abs. 2 LOR nicht gebunden und darf frei entscheiden, einen solchen Antrag bei ihrer Wahl der Geschäftsführung nicht zu berücksichtigen. Die PKOM ist demnach nicht verpflichtet, dem Antrag des Stadtrats Folge zu leisten.
- 119 Da es sich bei dieser Bestimmung um eine Norm des LOR handelt, welches die PKOM in eigener Kompetenz revidieren kann, sollte diese Bestimmung revidiert resp. das darin enthaltene Antragsrecht des Stadtrats gestrichen werden.

### **3.5 Konkrete Einflussmöglichkeiten der Stadt auf die Organisation der PKSL**

- 120 Im Rahmen der vorliegenden Begutachtung ist es weder möglich noch sinnvoll, in allgemeiner Weise aufzuzeigen, welche Regelungsmöglichkeiten die Stadt bezüglich Wahl und Organisation der PKSL Organe zustehen.

---

<sup>62</sup> Art. 52 Abs. 1 und 2 LOR.

<sup>63</sup> Art. 54 Abs. 2 Satz 1 LOR.

<sup>64</sup> Art. 51a Abs. 1 und Art. 52 BVG.

<sup>65</sup> Art. 51a Abs. 2 lit. j BVG.

- 121 Ganz grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass mit der Umsetzung der Finanzierungsvorlage die Kompetenz zum Erlass der kassenspezifischen Bestimmungen vom Gemeinwesen (Stadt Luzern) auf das oberste Organ (PKOM) übergegangen ist. Die Stadt kann zwar weiterhin die Finanzierung der PKSL regeln, und dies auch in ausführlicher Weise. Die Regelung der Organisation der PKSL durch die Stadt ist aber nur noch in den Grundzügen möglich.
- 122 Anstelle einer allgemeinen rein theoretischen Darlegung möglicher Handlungsoptionen ist es viel effizienter, bestehende oder zukünftige konkrete Gestaltungsideen des Stadtrats und der PKOM von einem juristischen Experten beurteilen zu lassen.

## **B. Arbeitgebervertretungen**

### **1. Unabhängigkeit des obersten Organs**

#### **1.1 Bundesrechtliche Vorgaben**

- 123 Vor dem Hintergrund der früheren fehlenden Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen von den politischen Behörden<sup>66</sup> schlug der Bundesrat in der Finanzierungsvorlage vor, dass diese in einem eigenen Rechtsträger verselbstständigt werden sollen, entweder als Stiftung oder als Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit.<sup>67</sup> Mit der rechtlichen Verselbstständigung soll gewährleistet sein, dass die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen im operativen Bereich autonom sowie handlungsfähig und dem politischem Druck nicht mehr so stark ausgesetzt sind.<sup>68</sup>
- 124 Der Bundesrat wollte die Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen vor allem dadurch stärken, dass (1.) deren Rechtsstellung derjenigen der privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen möglichst weitgehend angeglichen wird, (2.) sie rechtlich, finanziell und organisatorisch verselbstständigt werden, (3.) die für die Vorsorge massgeblichen Grundsätze in einem Erlass geregelt werden, deren Umsetzung aber vollständig in der Kompetenz des obersten Organs liegen sollen und (4.) die

---

<sup>66</sup> Vgl. den Bericht der parlamentarischen Untersuchungskommission des Kantons Basel-Stadt zur Aufklärung der Vorkommnisse bei der Pensionskasse des Basler Staatspersonals sowie bei weiteren von der Finanzverwaltung verwalteten Fonds vom 20. Dezember 2004 oder das Gutachten von Ernst & Young über die Kreditgewährung des Kantons Zürich an den Ferienverein POSCOM.

<sup>67</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457.

<sup>68</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8457, m.H.a. den Bericht der parlamentarischen Untersuchungskommission zwecks Klärung und Bewertung der Vorkommnisse und Entwicklungen bei der Bernischen Lehrerversicherungskasse (BLVK) an den Grossen Rat vom 11. August 2005.

operative Verantwortung für die Vorsorgeeinrichtung ausschliesslich dem obersten Organ zukommen soll.<sup>69</sup>

- 125 Gemäss Art. 51 Abs. 1 BVG haben die Arbeitnehmer das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden wie der Arbeitgeber. Der Vorsitz im obersten Organ soll grundsätzlich abwechselnd durch den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer wahrgenommen werden. Das paritätische Organ kann den Vorsitz aber abweichend regeln.<sup>70</sup> Zu beachten ist, dass die Kompetenz, eine abweichende Regelung zu beschliessen, dem obersten Organ zusteht. Die Beschlussfassung des obersten Organs ist gesetzlich nicht geregelt und kann von diesem selbst festgelegt werden.<sup>71</sup>
- 126 Die Mitglieder des obersten Organs unterliegen der treuhänderischen Sorgfalt und müssen in ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtung wahren. Zu diesem Zweck sorgen sie dafür, dass aufgrund ihrer persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse kein Interessenkonflikt entsteht.<sup>72</sup> Gemeint sind hierbei nicht die systemimmanenten Interessenkonflikte.
- 127 Denn es gilt zu beachten, dass die berufliche Vorsorge im Milizsystem durchgeführt wird, und gewisse Interessenkonflikte allgegenwärtig und systemimmanent sind. Die Arbeitnehmervertreter im obersten Organ haben die Interessen der Arbeitnehmenden zu vertreten, werden aber in ihrer Tätigkeit insbesondere im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG einzig daran gemessen, wie Sie die Interessen der Versicherten und damit der Vorsorgeeinrichtung wahrnehmen. Die Vertreter der Arbeitgeber werden ebenfalls allein daran gemessen, dass sie die Interessen der Vorsorgeeinrichtung wahrnehmen. Entsprechend dürfen sie nicht instruktionsgebunden sein und haben allein im Interesse der Vorsorgeeinrichtung zu handeln. Hinzu kommt, dass die Mitglieder des obersten Organs in aller Regel auch Versicherte der Vorsorgeeinrichtung sind und damit auch immer wieder Beschlüsse zu fassen haben, welche einen Einfluss auf ihre persönliche finanzielle Situation haben. In diesen Situationen steht ausser Diskussion, dass Stiftungsratsmitglieder bei Entscheiden, die einen Einfluss auf ihre persönliche Situation haben werden, in einem Interessenkonflikt stehen und eigentlich in den Ausstand treten müssten. Diese systemimmanenten Interessenkonflikte werden aber als Teil des sozialpartnerschaftlich geführten Systems der zweiten Säule akzeptiert ohne dass ein Ausstand verlangt würde.

---

<sup>69</sup> Botschaft Finanzierung, BBl 2008 8459.

<sup>70</sup> Art. 51 Abs. 3 BVG.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 N 40 und 44.

<sup>72</sup> Art. 51b Abs. 2 BVG.

## 1.2 Vorgaben Stadt Luzern

- 128 Die Mitglieder der PKOM haben die berufsvorsorgerechtlichen Interessen der Versicherten und der Rentenberechtigten zu wahren. Sie haben sich loyal zu verhalten und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten.<sup>73</sup> Sie haben Interessenkonflikte zu vermeiden und alle Interessenverbindungen offenzulegen, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen können.<sup>74</sup>
- 129 Die PKOM nimmt die Gesamtleitung der Kasse *im Rahmen des vom Grossen Stadtrats erlassenen FinR* wahr.<sup>75</sup> Die Wahl und Zusammensetzung der PKOM werden im von der Stadt erlassenen FinR geregelt.<sup>76</sup> Sechs Mitglieder der 13-köpfigen PKOM werden vom Stadtrat gewählt und instruiert, darunter auch das Präsidium, ein Mitglied des Ausschusses und einer Vertretung der Dienstabteilung Personal.<sup>77</sup> Die Stadt Luzern übernimmt die Garantie, dass die Verpflichtungen der Kasse erfüllt werden.<sup>78</sup>
- 130 Der Stadtrat hielt in seinem Bericht und Antrag an den Grossen Stadtrat von Luzern zur Umsetzung der BVG-Revision über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften vom 19. September 2012<sup>79</sup> fest, dass die Stadt ihre Interessen in Zukunft nicht mehr vorwiegend auf dem Weg der Rechtsetzung im Parlament durchsetzen könne, da viele wesentliche Entscheide in der PKOM getroffen werden. Eine Instruktion resp. engere Führung der Arbeitgebervertretung in der Pensionskommission sei bis anhin nicht erforderlich gewesen, da die Stadt die wichtigsten Entscheide ohnehin einseitig und hoheitlich durch das (frühere) Reglement PKSL gefällt habe.<sup>80</sup>
- 131 Aufgrund der nach neuem Recht grösseren Bedeutung der Arbeitgebervertretung müsse die Stadt ihre wesentlichen Arbeitgeberinteressen neu in der PKOM durchsetzen. Aus diesem Grund soll das Mandat der Mitglieder der PKOM gemäss dem Willen des Stadtrats ein gebundenes Mandat sein, für welches die Arbeitgebervertreter von der Stadt instruiert werden. Der Stadtrat könne der Arbeitgebervertretung verbindliche Anweisungen erteilen, was er insbesondere bei der Gestaltung des LOR sowie bei weiteren Fragen von grundsätzlicher Bedeutung mache.<sup>81</sup>

---

<sup>73</sup> Art. 17 Abs. 1 LOR.

<sup>74</sup> Art. 17 Abs. 1 LOR.

<sup>75</sup> Art. 49 Abs. 1 lit. a LOR.

<sup>76</sup> Art. 50 LOR.

<sup>77</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR.

<sup>78</sup> Art. 12 Abs. 1 FinR.

<sup>79</sup> Stadtrat Stadt Luzern, Bericht und Antrag an den Grossen Stadtrat von Luzern vom 19. September 2012 (StB 874), B+A 34/2012, Umsetzung der BVG-Revision über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Finanzierungsreglement PKSL.

<sup>80</sup> B+A 34/2012, 9.

<sup>81</sup> B+A 34/2012, 9.

132 Hinzu kommt, dass die Reglementsbestimmung, nach welcher der Stadtrat auch das Präsidium der PKSL bezeichne<sup>82</sup>, den direkten Informationsfluss zwischen Stadtrat und PKSL sichere. Diese Lösung sei gegenüber den Versicherten fair und unbestritten, da zugunsten der Arbeitnehmer eine Überparität bestehe.<sup>83</sup>

## 2. Grenzen der Interessenvertretung

133 Wie vorstehend dargestellt, beansprucht der Stadtrat zum Zwecke der Durchsetzung der Interessen der Stadt das Recht, seine von ihm gewählten Mitglieder (inklusive dem Präsidenten) der PKOM für ihre Tätigkeit in der PKSL zu instruieren. Der Stadtrat versteht die Tätigkeit als Arbeitgebervertreter in der PKOM als gebundenes Mandat, für welches er seinen Vertretern verbindliche Anweisungen erteilen kann.

134 Diese Sichtweise impliziert zudem eine Informationspflicht der Arbeitgebervertreter gegenüber dem Stadtrat betreffend die in der PKOM zu behandelnden Geschäfte. In der Folge wird daher zuerst die Schweigepflicht behandelt.

### 2.1 Schweigepflicht

#### a. Gesetzliche Grundlage

135 Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der beruflichen Vorsorge beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.<sup>84</sup> Die Schweigepflicht ist grundsätzlich einzuhalten. Die Ausnahmeregelungen<sup>85</sup>, welche die betreffenden Personen von der Verschwiegenheit entbinden, sind gesetzlich abschliessend geregelt.<sup>86</sup>

136 Grundlage für die Regelung von Art. 86 BVG bildet das Datenschutzgesetz. Danach verweigert ein Bundesorgan die Datenbekanntgabe, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen, offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person, gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften dies verlangen.<sup>87</sup> Art. 86 BVG gilt nur im obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge.<sup>88</sup> Da eine Aufteilung der Schweigepflicht

---

<sup>82</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR.

<sup>83</sup> B+A 34/2012, 9.

<sup>84</sup> Art. 86 BVG.

<sup>85</sup> Art. 86a, Art. 86b oder Art. 87 BVG.

<sup>86</sup> BSK Berufliche Vorsorge-EMMEL, Art. 86 N 2.

<sup>87</sup> Art. 19 Abs. 4 DSGVO.

<sup>88</sup> Vgl. Art. 49 Abs. 2 BVG und Art. 89a Abs. 6 ZGB.

aber kaum umzusetzen ist, sollten umhüllende Vorsorgeeinrichtungen die gesamte Vorsorge der Schweigepflicht nach Art. 86 BVG unterwerfen.<sup>89</sup>

- 137 Von der Schweigepflicht erfasst sind alle Personendaten, von welchen die zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Durchführung der beruflichen Vorsorge erfahren.<sup>90</sup>

**b. Umfang**

- 138 Wie weit die Schweigepflicht der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter betreffend die Geschäfte des obersten Organs geht, ist in der Lehre umstritten. Die vor einigen Jahren erfolgte reglementarische Konkretisierung der Schweigepflicht durch die BVK<sup>91</sup> ging den Gewerkschaften zu weit. Insbesondere die Schweigepflicht betreffend alle Geschäftsvorfälle, *insbesondere auch gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern und den Arbeitnehmerorganisationen*, empfinden sie als störend. Sie vertreten die Ansicht, dass ein Mitglied des obersten Organs vor wichtigen Weichenstellungen in der Vorsorgeeinrichtung mit dem Arbeitgeber oder den Arbeitnehmerverbänden müsse Rücksprache nehmen können.<sup>92</sup>
- 139 GÄCHTER ist der Auffassung, dass die Mitglieder des obersten Organs gesetzlich verpflichtet sind, in vielen Punkten auch gegenüber dem Arbeitgeber resp. den Arbeitnehmerverbänden Schweigen zu bewahren. Mitglieder des obersten Organs – und nicht die entsprechenden Verbände im Hintergrund – hätten als gewählte Vertreter die berechtigten Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu wahren. Zudem seien die Mitglieder des obersten Organs nicht Delegierte der Verbände, sondern Vertreter von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die rechtliche Verselbständigung der Vorsorgeeinrichtungen (vom Arbeitgeber) habe auch den Zweck gehabt, den Einfluss von Arbeitgeber und Arbeitnehmerverbänden so gering wie möglich zu halten. Hauptzweck der Verselbständigung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen sei es gewesen, den externen politischen Einfluss zu minimieren und auf die Wahl der Vertreter im Stiftungsrat zu beschränken. GÄCHTER meint, dass die Mitglieder des obersten Organs über alle konkreten Geschäfte der Vorsorgeeinrichtung Stillschweigen gegenüber Dritten zu wahren haben. Sie dürfen sich nur dann straflos mit Dritten

---

<sup>89</sup> BSK Berufliche Vorsorge-EMMEL, Art. 86 N 3.

<sup>90</sup> ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Wie gelangt der Vorsorgeausweis zur versicherten Person, in: Berufliche Vorsorge, Stellwerk der Sozialen Sicherheit, Dr. iur. Hermann Walser zum 70. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2013, 297.

<sup>91</sup> «Die Organe der BVK sowie alle mit der Verwaltung betrauten Personen sind zur strikten Verschwiegenheit über alle ihnen zur Kenntnis gelangenden persönlichen und finanziellen Verhältnisse der versicherten Personen, der Rentner, der Hypothekenehmer sowie über alle Geschäftsvorfälle verpflichtet, insbesondere auch gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern und den Arbeitnehmerorganisationen.» (Art. 37 Organisationsreglement BVK).

<sup>92</sup> JORGE SERRA, Rahmenbedingungen für Stiftungsräte III – Zu weit gehende Schweigepflicht, in: SPV 04/2016, 59.

über konkrete Geschäftsvorgänge austauschen, wenn (1.) die Tatsachen bereits bekannt seien oder (2.) eine ausdrückliche Ermächtigung durch den Stiftungsrat vorliege.<sup>93</sup>

- 140 Auch ISABELLE VETTER SCHREIBER und ISABELLE HÄNER haben in zwei Rechtsgutachten festgehalten, dass die Umschreibung der Schweigepflicht in Art. 86 BVG sehr weit zu verstehen und nicht nur auf persönliche Daten von Versicherten und Ähnliches beschränkt ist. Von der Schweigepflicht seien sämtliche Geschäftsvorfälle innerhalb einer Vorsorgeeinrichtung umfasst, die nicht öffentlich bekannt sind oder deren Bekanntgabe nicht gesetzlich oder durch einen entsprechenden Entscheid des obersten Organs gerechtfertigt ist. Den Mitgliedern des obersten Organs sei es nicht gestattet, sich mit aussenstehenden Dritten über konkrete Geschäfte der Vorsorgeeinrichtung auszutauschen. Selbst das Abstimmungsverhalten im obersten Organ (und zwar auch das eigene) unterliege der Schweigepflicht.
- 141 KURT PÄRLI vertritt in einem Gegengutachten, welches vom PK-Netz in Auftrag gegeben wurde, die Auffassung, dass der Zweck der Schweigepflicht der Schutz der Persönlichkeit der Versicherten und des Arbeitgebers sei. Zudem solle das Vertrauen der Versicherten und der Bevölkerung allgemein in die berufliche Vorsorge gestärkt werden. Die Schweigepflicht sei zwar umfassend, nicht auf Personendaten i.S.d. DSG beschränkt und betreffe alle Informationen, die einem Mitglied des obersten Organs im Rahmen seiner Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind. Allerdings könne für nicht personenbezogene Daten zwecks Wahrnehmung der Interessenvertretung die in Art. 86a Abs. 5 lit. a BVG verankerte Ausnahme von der Schweigepflicht wegen überwiegender Interessen geltend gemacht werden.
- 142 Die vorherrschende Auffassung von GÄCHTER, VETTER-SCHREIBER und HÄNER ist überzeugend. Die von PÄRLI mit der Regelung in Art. 86a Abs. 5 lit. a BVG begründete Ausnahme von der Schweigepflicht ist zudem unzutreffend, da sich diese Ausnahmebewilligung zur Datenbekanntgabe an die Vorsorgeeinrichtung richtet und nicht an die zur Verschwiegenheit verpflichteten Mitglieder des obersten Organs.

---

<sup>93</sup> THOMAS GÄCHTER, Entscheidungsfindung in Stiftungsräten – Schweigepflicht schützt auch die Vorsorgeeinrichtungen, in: SPV 05/2016, 88 f.

## 2.2 Zulässigkeit einer Instruktion

### a. Weisungsrecht des Arbeitgebers im Allgemeinen

- 143 Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.<sup>94</sup>
- 144 Mit der Eingliederung in die Arbeitsorganisation wird der Arbeitnehmer der für die abhängige Arbeit typischen Weisungsgewalt des Arbeitgebers unterworfen. Das Weisungsrecht dient der näheren Bestimmung der Arbeits- und Treuepflicht.<sup>95</sup>
- 145 Innerhalb des gesetzlichen und vertraglichen Rahmens sind erteilte Weisungen vom Arbeitnehmer zu befolgen. Wo das Weisungsrecht überschritten wird, endet auch die Befolgungspflicht. Insbesondere zwei Grenzen der Weisungspflicht sind vorliegend von Bedeutung: (1.) Wenn der Arbeitnehmer durch eine Weisung in einen unvorhersehbaren Gewissenskonflikt gerät, schützt ihn der Grundsatz von Treu und Glauben; (2.) wenn zwischen der Weisung und der Arbeit oder dem Betrieb kein unmittelbarer Zusammenhang besteht, mithin eine Weisung zum ausserdienstlichen Verhalten erfolgt, muss diese nur in Ausnahmefällen befolgt werden. Zudem steht dem Arbeitgeber kein Einfluss auf die sachliche Ausführung der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu, wenn dieser einer persönlichen rechtlichen Verantwortlichkeit unterworfen ist.<sup>96</sup>
- 146 Das allgemeine Weisungsrecht des öffentlichen Arbeitgebers richtet sich materiell nach seinen eigenen personalrechtlichen Erlassen.

### b. Instruktion betreffend die Stiftungsratsstätigkeit

- 147 Vor diesem Hintergrund und der erklärten Absicht der Stadt Luzern, ihre Arbeitgeberinteressen in der PKOM durch eine Instruktion ihrer Vertreter durchzusetzen, ist zu prüfen, inwieweit die Stadt ihre Vertreter im obersten Organ tatsächlich instruieren darf, anlässlich einer Diskussion oder Abstimmung eine bestimmte Position einzunehmen.
- 148 Weder die Literatur noch die Rechtsprechung haben sich bis dato vertieft mit dieser Thematik auseinandergesetzt. Dies liegt wohl insbesondere auch daran, dass erstens der faktische Einfluss einer Weisung des Arbeitgebers auf das Abstimmungsverhalten

---

<sup>94</sup> Art. 321*d* Abs. 1 und 2 OR.

<sup>95</sup> BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 321*d*N 1 ff.

<sup>96</sup> BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 321*d*N 7 f.

des Arbeitgebervertreters kaum feststellbar ist und sich zweitens in den Rechtsgrundlagen der Vorsorgeeinrichtungen regelmässig auch keine explizite Bestimmung betreffend Instruktion (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR) findet.

- 149 Ein wesentlicher Grundpfeiler der beruflichen Vorsorge in der Schweiz ist die sozialpartnerschaftliche Führung der Vorsorgeeinrichtungen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen zusammen die Geschicke der Vorsorgeeinrichtung des eigenen Betriebs lenken. Hierzu entsenden sie in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung gleich viele Vertreter.
- 150 Selbstverständlich sollen diese Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter auch die Interessen der jeweiligen Partei bei der Entscheidungsfindung und Beschlussfassung über Themen der Vorsorgeeinrichtung vertreten. Diese Interessenvertretung ist aber nur bis zu einem gewissen Grad möglich. Gemessen wird das Verhalten der Mitglieder des obersten Organs denn auch nicht an der Art und Weise, wie sie die Interessen ihrer Arbeitskollegen resp. ihres Arbeitgebers vertreten. Sowohl aus den Corporate Governance Bestimmungen als auch aus den berufsvorsorgerechtlichen Haftungsnormen<sup>97</sup> ergibt sich unzweideutig, dass die Mitglieder des obersten Organs alleine der Vorsorgeeinrichtung verpflichtet sind.
- 151 Die Mitglieder des obersten Organs haften überdies *solidarisch* mit ihrem *ganzen privaten Vermögen* für den *gesamten Schaden*, welcher der Vorsorgeeinrichtung durch ein absichtliches oder fahrlässiges Verhalten (oder eine entsprechende Unterlassung) zugefügt worden ist.<sup>98</sup> Bis dato hat das Bundesgericht in seinen Haftungsurteilen jeweils offengelassen, ob das Institut der differenzierten Solidarität in der beruflichen Vorsorge anwendbar ist. Die einzelnen Mitglieder des obersten Organs müssen demnach immer noch damit rechnen, für die Fehler anderer Mitglieder selbst dann mit dem eigenen Vermögen für den ganzen Schaden zur Rechenschaft gezogen zu werden, wenn sie selbst in die schädigende Handlung oder Unterlassung nicht involviert waren.

### c. Einflussnahme mittels Eignerstrategie

- 152 Gemäss dem kantonalen Gesetz über den Finanzhaushalt der Gemeinden (FHGG) kann sich eine Gemeinde an einem Unternehmen gemäss § 44 Abs. 1 Gemeindegesetz (GG) mittels Finanz- oder Sacheinlage und mittels Einsitzrecht im strategischen Leistungsorgan beteiligen.<sup>99</sup> Das Beteiligungscontrolling, welches aus der Beteiligungsstrategie und dem Beteiligungsspiegel besteht, bezweckt unter anderem die Wahrung der Eignerinteressen, die Koordination zwischen Eigner- und Unternehmensinteressen und die Umsetzung der Risikopolitik.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Art. 52 und Art. 56a BVG.

<sup>98</sup> Art. 52 Abs. 1 BVG.

<sup>99</sup> § 26 FHGG.

<sup>100</sup> § 27 FHGG.

- 153 Als Organisationen mit kommunaler Beteiligung gelten „rechtlich selbständige Organisationen, an die eine kommunale Aufgabe übertragen wurde und an denen die Gemeinde finanziell entweder beteiligt ist oder in denen sie Anspruch auf einen Sitz im strategischen Leistungsorgan hat“.<sup>101</sup> Aufgrund dieser Definition würde die PKSL (zumindest aufgrund des Anspruchs der Stadt auf einen Einsitz im obersten Organ) als kommunale Beteiligung qualifizieren.
- 154 Das Gemeindesgesetz hält allerdings als Grundsatz fest, dass die Gemeinde trotz Übertragung einer Aufgabe an einen externen Leistungserbringer Aufgabenträgerin bleibt. Sie muss die Aufgabenerfüllung überwachen und trägt die Gesamtverantwortung für die Aufgabenerfüllung. Sie muss auch sicherstellen, dass sie die übertragenen Aufgaben nach Ablauf einer angemessenen Frist wieder selber ausführen oder sie einem andern externen Leistungserbringer zur Ausführung übertragen kann.<sup>102</sup>
- 155 Hinzu kommt, dass in den Materialien zum FHGG, welches am 20. Juni 2016 erlassen wurde, bezüglich des Beteiligungsmanagements kein Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen (PKSL) genommen wird. Es ist daher davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber die verselbständigten öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Gemeinden nicht als Beteiligungen dieser Gemeinwesen qualifiziert.
- 156 Vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Finanzierungsvorlage des Bundes und der Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen würde ein Einbezug der PKSL in das Beteiligungsmanagement der Stadt denn auch der Unabhängigkeit der PKSL widersprechen.
- 157 Der Kanton Luzern selbst hat auf der Grundlage seines Gesetzes über die Steuerung der Finanzen und Leistungen<sup>103</sup> für seine Vorsorgeeinrichtung (LUPK) eine Eignerstrategie definiert. Einleitend hält er darin allerdings zu Recht fest, dass die Beteiligung des Kantons Luzern an der LUPK innerhalb der Beteiligungen des Kantons eine besondere Stellung einnimmt. Das von der LUPK verwaltete Vermögen gehöre nicht dem Kanton, sondern den Versicherten. Die Arbeitgeberbeiträge des Kantons würden keine Staatsbeiträge darstellen, die einer Steuerung im Sinne des Beitragscontrollings bedürfen. Die Rolle des Kantons im Vorstand der LUPK sei die eines angeschlossenen Arbeitgebers und nicht die eines Eigners. Seine Interessen würden durch die Arbeitgebervertreter wahrgenommen, wobei

---

<sup>101</sup> Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 22. September 2015, Gesetz über den Finanzhaushalt der Gemeinden, 14.

<sup>102</sup> § 45 GG.

<sup>103</sup> Gesetz über die Steuerung der Finanzen und Leistungen (FLG) vom 13. September 2010, § 20e (SRL 600).

die unternehmerischen Freiheiten der LUPK berücksichtigt würden.<sup>104</sup> Der Regierungsrat formuliert denn auch in seiner Eignerstrategie zur LUPK lediglich seine *Erwartungen* an die Adresse der Arbeitgebervertreter im Vorstand der LUPK.

- 158 Dieser Ansatz ist so lange unproblematisch, als sich der Regierungsrat bewusst ist, dass die an die Arbeitgebervertreter adressierten Erwartungen in keiner Weise einer Instruktion gleichkommen. Die formulierten unternehmerischen und wirtschaftlichen Ziele sind denn auch unproblematisch. Zur Erwartung einer rechtzeitigen Information über geplante Sanierungsmassnahmen (wie auch bei der Erwartung, dass sich der Präsident des Vorstandes mindestens einmal jährlich mit dem Regierungsrat zu einer Aussprache trifft) ist allenfalls festzuhalten, dass diese die bundesrechtlich verankerte Pflicht zur Verschwiegenheit der Mitglieder des obersten Organs nicht brechen können. Auch die als soziale und politische/ökologische Ziele formulierten Erwartungen stellen gemäss ihrem Wortlaut keine unzulässige Einflussnahme dar.<sup>105</sup> All dies selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass die Arbeitgebervertreter für Abstimmungen und Wahlen tatsächlich nicht konkret instruiert werden.

### 2.3 Fazit

- 159 Aufgrund einer Gesamtwürdigung der bundesrechtlichen Grundlagen betreffend die Pflichten des obersten Organs, der herrschenden Lehre zur Schweigepflicht über die Tätigkeit im obersten Organ und insbesondere vor dem Hintergrund der sehr weitgehenden Verantwortlichkeit der Mitglieder desselben ist eine Weisungsgebundenheit der Arbeitgebervertreter sinnwidrig resp. ein Instruktionsrecht des Arbeitgebers betreffend die Tätigkeit im obersten Organ unzulässig.
- 160 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers resp. des Gemeinwesens endet da, wo die persönliche rechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers resp. Mitglieds des obersten Organs beginnt. Für die Tätigkeit als Arbeitgebervertreter im obersten Organ besteht eine uneingeschränkte persönliche Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers. Entsprechend kann dieser für seine Tätigkeit im obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung keinen Weisungen des Arbeitgebers resp. des Gemeinwesens unterliegen.
- 161 Die Arbeitgebervertreter haben die Interessen des Arbeitgebers im obersten Organ auch dann zu vertreten, wenn sie keiner Weisung resp. Instruktion unterliegen. Die Interessen des Arbeitgebers sind so zu vertreten, wie diese von den Arbeitgebervertretern wahrgenommen werden.

---

<sup>104</sup> Kantons Luzern, Eignerstrategie 2017 des Kantons Luzern für die Luzerner Pensionskasse (öffentlich-rechtliche Anstalt), 1.

<sup>105</sup> Kantons Luzern, Eignerstrategie 2017 des Kantons Luzern für die Luzerner Pensionskasse (öffentlich-rechtliche Anstalt), 2 f.

- 162 Dennoch werden die Arbeitgebervertreter im Haftungsfall ausschliesslich daran gemessen, wie gut sie die Interessen der Vorsorgeeinrichtung vertreten haben, welche sehr oft von den Interessen des Arbeitgebers abweichen. Dies gilt auch für Arbeitgebervertreter, welche in einem Dienstverhältnis mit dem Arbeitgeber resp. dem Gemeinwesen stehen.
- 163 Vor diesem Hintergrund kann auch die Frage nach den Möglichkeiten und Instrumenten einer Instruktion der Arbeitgebervertreter nur dahingehend beantwortet werden, dass eine verbindliche Instruktion nicht zulässig ist. Eine Formulierung von reinen Erwartungen des Stadtrats an die von ihm gewählten Arbeitgebervertreter (selbst wenn dies unter der unzutreffenden Überschrift Eignerstrategie erfolgt) ist hingegen nicht zu beanstanden. Allerdings müssen sich sowohl der Stadtrat als auch die Arbeitgebervertreter jederzeit im Klaren sein, dass die Erwartungen des Stadtrats nur so weit erfüllt werden dürfen, als sie mit den Interessen der PKSL übereinstimmen.

### 3. Vertretung der angeschlossenen Arbeitgeber

#### 3.1 Regelungskompetenz

- 164 Die Organisation der Vorsorgeeinrichtung ist in deren reglementarischen Bestimmungen festzuhalten.<sup>106</sup> Betreffend die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung ist gesetzlich unter anderem vorgeschrieben, dass die Vorsorgeeinrichtung die Wahl der Arbeitnehmervertreter und eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien zu regeln hat.<sup>107</sup>
- 165 Eine zwingende reglementarische Verankerung einer angemessenen Berücksichtigung der angeschlossenen Arbeitgeber im obersten Organ ist hingegen gesetzlich nicht vorgesehen. Dies ist nachvollziehbar, handelt es sich bei Art. 51 BVG doch erklärermassen um eine Arbeitnehmerschutzbestimmung. Der Gesetzgeber überliess die konkrete Ausgestaltung der Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und der Vorsorgeeinrichtung zu einem grossen Teil der Vertragsfreiheit der beiden Parteien. Die Festlegung der Organisation und das Verhältnis zu den angeschlossenen Arbeitgebern und die Voraussetzungen für die Unterstellung weiterer Arbeitgeber sind nicht übertragbare und nicht entziehbare Aufgaben des obersten Organs.<sup>108</sup>
- 166 Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen können die gesetzlich vorgeschriebenen reglementarischen Bestimmungen in einem Erlass des Gemeinwesens verankert werden.<sup>109</sup> Dem Gemeinwesen steht dabei die Kompetenz zu, in seinem Erlass

---

<sup>106</sup> Art. 50 Abs. 1 lit. b BVG.

<sup>107</sup> Art. 51 Abs. 2 lit. a und b BVG.

<sup>108</sup> Art. 51a Abs. 2 lit. f und p BVG.

<sup>109</sup> Art. 50 Abs. 2 BVG.

auch die Grundzüge betreffend die Organisation und den Kreis der anschlussberechtigten Arbeitgeber zu regeln (vgl. Rz 28 ff. und 65 ff.).

- 167 Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage darf das Gemeinwesen die Grundzüge des Verhältnisses der angeschlossenen Arbeitgeber zur Vorsorgeeinrichtung und deren Involvierung resp. Mitsprache in der Organisation der Vorsorgeeinrichtung in den Grundzügen bestimmen, während das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die detaillierte Ausgestaltung dieser beiden Aspekte selbst regeln muss. Das Gemeinwesen kann aber auch darauf verzichten, diese Grundzüge zu regeln und die Regelungskompetenz vollständig in die Hände des obersten Organs legen.
- 168 Eine Regelung der erweiterten Mitsprache der angeschlossenen Arbeitgeber kann somit sowohl durch die Stadt Luzern selbst (allerdings nur in den Grundzügen) als auch durch das oberste Organ der PKSL (allenfalls in den Grundzügen, sicher aber in der detaillierten Ausgestaltung) erfolgen. Sollten sich die Stadt Luzern und die PKSL nicht einvernehmlich auf ein gemeinsames Verständnis der Regelungskompetenz dieses Aspektes einigen können, kann die Stadt hierbei die Führung in der Regelung (der Grundsätze) übernehmen.
- 169 Dieses Resultat ergibt sich aus den Materialien zu Art. 50 Abs. 2 BVG und nicht aus der Tatsache, dass die Stadt auf rein freiwilliger Basis eine Garantie für die Leistungen der PKSL verankert hat und diese Garantie (mit Ausnahme einer durch den austretenden Arbeitgeber selbst verursachten Teilliquidation in Unterdeckung) auch für die angeschlossenen Arbeitgeber gilt.<sup>110</sup> Wie bereits festgehalten (vgl. Rz 90 f.) ist die Stadt gesetzlich nicht verpflichtet, für die vollkapitalisierte PKSL eine Leistungsgarantie abzugeben, die einerseits nie wird abgerufen werden müssen und die andererseits in überwiegendem Mass eine Leistungsbereich abdeckt, für den die PKSL dem Sicherheitsfonds beitragspflichtig ist.
- 170 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Stadt Luzern in den Grundzügen selbst regeln darf, wie die angeschlossenen Arbeitgeber in die Tätigkeit des obersten Organs einzubeziehen sind.

### **3.2 Sinn und Zweck der Vertretung angeschlossener Arbeitgeber**

- 171 Per Ende 2020 sind der PKSL (neben der Stadt Luzern) 17 weitere Arbeitgeber angeschlossen. Diese angeschlossenen Arbeitgeber vereinigen auf sich 2'308 der insgesamt 3'629 Aktivversicherten der PKSL, mithin rund 63.5 Prozent des Bestandes an Aktivversicherten. Unter Berücksichtigung des gesamten Rentnerbestands von 1'657 Personen ergibt dies einen Anteil von 43.7 Prozent am Gesamtbestand der Versicherten der PKSL. Es ist nachvollziehbar und durchaus angemessen, wenn insbesondere

---

<sup>110</sup> Art. 12 FinR.

die grösseren angeschlossenen Arbeitgeber aus diesen tatsächlichen Verhältnissen einen Anspruch auf direkte Mitbestimmung im obersten Organ der PKSL ableiten.

- 172 Aufgrund der Formulierung von Art. 2 Abs. 1 lit. b und c LOR ist anzunehmen, dass die angeschlossenen Arbeitgeber von Rechts wegen nicht zu einem Anschluss an die PKSL verpflichtet sind. Ohne Prüfung der Rechtsgrundlagen der Stadt Luzern<sup>111</sup> und der angeschlossenen Arbeitgeber kann aber nicht abschliessend beurteilt werden, ob eine gesetzliche Anschlusspflicht besteht.
- 173 Zudem ist aufgrund des Teilliquidationsreglements nicht erstellt, ob im Falle der Auflösung eines Anschlussvertrags die Rentner bei der PKSL verbleiben oder dem austretenden Arbeitgeber mitgegeben werden können. Wenn auch die Anschlussverträge der PKSL eine zwingende Mitnahme des Rentnerbestands nicht festhalten, bleibt dieser bei der Kündigung eines Anschlussvertrags bei der PKSL, ohne dass diese im Rahmen der durchzuführenden Teilliquidation die dadurch entstehenden finanziellen Belastungen dem austretenden Kollektiv übertragen könnte.
- 174 Ohne vertiefte Prüfung muss daher davon ausgegangen werden, dass die der PKSL angeschlossenen Arbeitgeber die Möglichkeit haben, ihre Anschlussverträge aufzulösen und ihre Rentner in der PKSL zurückzulassen. Dies würde für die PKSL und damit letztlich auch für die Stadt Luzern ein grosses finanzielles Risiko darstellen.

### 3.3 Regelungsmöglichkeiten

- 175 Eine umfassende Auslegeordnung zu den Möglichkeiten einer gesteigerten Involvierung der angeschlossenen Arbeitgeber in die Entscheidungsfindung des obersten Organs ist aufgrund der Vorgaben zu diesem Gutachten nicht möglich.
- 176 Dennoch soll ganz kurz aufgezeigt werden, wie die drei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Kantons Zürich diesen Aspekt geregelt haben.
1. Die Zusammensetzung des Stiftungsrats der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (BVK) richtet sich nach deren Organisationsreglement.<sup>112</sup> Der Stiftungsrat besteht aus 18 Mitgliedern, wovon neun Arbeitgebervertreter sind.<sup>113</sup> Die BVK hat nicht nur die Wahl der Arbeitnehmervertreter sondern auch diejenige der Arbeitgebervertreter der angeschlossenen Arbeitgeber nach Wahlkreisen geordnet. Die Bildung der Wahlkreise erfolgt unter Berücksichtigung des Tätigkeitsgebiets der Direktion (und der nachgelagerten Verwal-

---

<sup>111</sup> Insb. Reglement über das Beteiligungsmanagement der Stadt, Eignerstrategien für die wichtigen Beteiligungen etc.

<sup>112</sup> Art. 5 Wahlreglement BVK.

<sup>113</sup> Art. 7 Abs. 1 Organisationsreglement BVK.

tungseinheiten) bzw. der Branchenzugehörigkeit der angeschlossenen Arbeitgeber sowie nach der jeweiligen Anzahl Versicherter.<sup>114</sup> Die Arbeitgeber wählen im Wahlkreis, dem sie angehören.<sup>115</sup> Die Zahl der Stimmen eines Arbeitgebers entspricht der Zahl seiner am 1. Januar des Wahljahres bei der BVK versicherten Arbeitnehmer.<sup>116</sup> Die Arbeitgebervertreter des Kantons werden vom Regierungsrat mitgeteilt.<sup>117</sup> Der Kanton Zürich verfügt über vier Arbeitgebervertreter im Stiftungsrat, während die angeschlossenen Arbeitgeber (Gesundheitsinstitutionen, Bildungsorganisationen, Gemeinden und Übrige) zusammen fünf Arbeitgebervertreter stellen können.<sup>118</sup>

2. Die Pensionskasse Stadt Zürich (PKZH) gewährt den angeschlossenen Arbeitgebern zwei von neun Arbeitgebersitzen im obersten Organ.<sup>119</sup> Eine qualitative oder quantitative Konkretisierung des Anspruchs der einzelnen angeschlossenen Arbeitgeber existiert nicht. Das Wahlreglement hält lediglich fest, dass die angeschlossenen Arbeitgeber eine Vertretung nominieren können und bei mehr als zwei gültigen Nominationen eine schriftliche, nicht geheime Wahl erfolgt, sofern unter den Kandidaturen keine Einigung möglich ist.<sup>120</sup>
3. Die Regelung der Pensionskasse der Stadt Winterthur (PKSW) ist sehr rudimentär. Das Organisationsreglement hält lediglich fest, dass der Stiftungsrat aus acht bis zwölf Personen besteht.<sup>121</sup> Die Wahl der Arbeitgebervertreter erfolgt durch den Stadtrat. Die angeschlossenen Arbeitgeber sind angemessen zu berücksichtigen.<sup>122</sup>

<sup>177</sup> Die Organisationsbestimmungen der BVK sind sehr detailliert und verleihen den angeschlossenen Arbeitgebern einen Anspruch auf eine quasi mathematisch berechnete Mitbestimmung im obersten Organ. Die sehr rudimentäre Regelung der PKSW gibt dem Stadtrat von Winterthur einerseits die volle Kompetenz, über das Ausmass der Berücksichtigung der angeschlossenen Arbeitgeber zu befinden, verpflichtet ihn andererseits aber dennoch, die angeschlossenen Arbeitgeber tatsächlich angemessen zu berücksichtigen. Die Wahlvorgaben der PKZH stellen einen Mittelweg dar. Sie geben den angeschlossenen Arbeitgebern einen reglementarischen Anspruch auf zwei Sitze

---

<sup>114</sup> Art. 7 Organisationsreglement BVG i.V.m. Art. 6 Wahlreglement BVK.

<sup>115</sup> Art. 7 Abs. 1 Wahlreglement BVK.

<sup>116</sup> Art. 9 Abs. 1 Wahlreglement BVK.

<sup>117</sup> Art. 9 Abs. 3 Wahlreglement BVK.

<sup>118</sup> Anhang I zum Wahlreglement BVK

<sup>119</sup> Art. 2 Abs. 1 Wahlreglement PKZH.

<sup>120</sup> Art. 7 Wahlreglement PKZH.

<sup>121</sup> Ziff. 2.1 Abs. 1 Organisationsreglement PKSW.

<sup>122</sup> Art. 3 Abs. 2 Wahlreglement PKSW.

im Stiftungsrat (offenbar unabhängig davon, ob dies auch dem Versichertenverhältnis entspricht).

### 3.4 Fazit

- 178 Eine Missachtung der gerechtfertigten Forderung der angeschlossenen Arbeitgeber nach mehr Mitbestimmung im obersten Organ könnte zur Folge haben, dass insbesondere die grösseren Anschlüsse die PKSL verlassen und dabei unter Umständen ihren Rentnerbestand zurücklassen. Dies hätte negative Auswirkungen auf die finanzielle Lage der PKSL und die finanziellen Verpflichtungen der Stadt.
- 179 Die Tatsache, dass die Stadt Luzern eine freiwillige Leistungsgarantie ausgesprochen hat, von welcher die angeschlossenen Arbeitgeber formalrechtlich (zumindest teilweise) erfasst sind, ist kein Grund, den angeschlossenen Arbeitgebern ein gesteigertes Mitspracherecht zu verwehren. Faktisch können die angeschlossenen Arbeitgeber nämlich von dieser Garantie gar nicht profitieren. Im Fall einer Teilliquidation aufgrund der Auflösung des Anschlussvertrags greift die Garantie gar nicht und die Wahrscheinlichkeit, dass die PKSL ihre Leistungen dereinst tatsächlich nicht mehr erbringen könnte, ist absolut unrealistisch. Hinzu kommt, dass die Garantie zu einem grossen Teil einen Bereich abdeckt, der sowieso in die Leistungspflicht des Sicherheitsfonds gehört.
- 180 Es erscheint daher als sinnvoll und klug, wenn sich die PKSL und die Stadt Luzern ernsthaft mit dem Gedanken einer Beteiligung der angeschlossenen Arbeitgeber an den Entscheidungsfindungen der PKSL und einer angemessenen Vertretung derselben im obersten Organ befassen. Wie der kurze Überblick über einige Regelungen im Kanton Zürich zeigt, bestehen hierbei unzählige Variationsmöglichkeiten.

## C. Arbeitnehmervertretung

### 1. Grundsatz

- 181 Die Arbeitnehmer haben das Recht, in das oberste Organ die gleiche Anzahl von Vertretern zu entsenden wie der Arbeitgeber.<sup>123</sup> Diese paritätische Verwaltung gilt in der obligatorischen und in der weitergehenden beruflichen Vorsorge.<sup>124</sup>
- 182 Sinn und Zweck der paritätischen Verwaltung liegt darin, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu stärken. Hierbei handelt es sich um eine Minimalvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer, von der zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann,

---

<sup>123</sup> Art. 51 Abs. 1 BVG.

<sup>124</sup> Art. 49 Abs. 2 Ziff. 7 BVG; ausführlicher hierzu: BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 8 f.

indem mehr Arbeitnehmervertreter als Arbeitgebervertreter in das oberste Organ gewählt werden.<sup>125</sup>

- 183 Aus diesem Schutzgedanken heraus wurden in den vergangenen Jahren durch Lehre und Rechtsprechung diverse Aspekte geklärt, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

## 2. Abgrenzung und Konkretisierung

### 2.1 Qualifikation als Arbeitnehmervertreter

- 184 Der gesetzlichen Ordnung ist nicht zu entnehmen, wie der Arbeitnehmerbegriff definiert ist und wer i.S.v. Art. 51 BVG als Arbeitnehmer oder als Arbeitgeber zu gelten hat.
- 185 Unbestritten ist hingegen, dass (1.) der Arbeitnehmerbegriff in Art. 51 BVG nicht mit demjenigen von Art. 319 ff. OR oder Art. 2 Abs. 1 BVG gleichzusetzen ist,<sup>126</sup> und (2.) für die Unterscheidung nicht auf formale Kriterien wie das Bestehen eines Arbeitsvertrags, die Funktionsbezeichnung oder eine Beteiligung am Arbeitgeber abgestellt werden darf. Durch solche Merkmale lässt sich die Arbeitnehmereigenschaft nicht eindeutig bestimmen.<sup>127</sup>
- 186 Das BSV spricht sich für die Abgrenzung der Qualifikation als Arbeitnehmer von derjenigen als Arbeitgeber dafür aus, das Unterscheidungskriterium Organ vs. Hilfsperson anzuwenden.<sup>128</sup> Auch die vorherrschende Lehre stellt auf die Unterscheidung zwischen Organ i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB und Hilfsperson i.S.v. Art. 55 OR ab. Danach ist eine Person dann nicht als Arbeitnehmervertreter wählbar, wenn sie die Willensbildung des Arbeitgebers wesentlich zu beeinflussen vermag.<sup>129</sup>
- 187 Einige Autoren befürworten eine weniger scharfe Abgrenzung. Sie argumentieren, dass auch Personen Arbeitnehmervertreter sein können, die bei ihrem Arbeitgeber eine Führungsposition bekleiden, sofern sie nicht ganz klar zur Arbeitgeberseite zu zählen sind.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 2; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 N 14 f.; OFK-Vetter-Schreiber, BVG 51 N 1.

<sup>126</sup> BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48 vom 21. Dezember 1999, Rz 280, 10.

<sup>127</sup> KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 N 19.

<sup>128</sup> BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48 vom 21. Dezember 1999, Rz 280, 10.

<sup>129</sup> BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 12; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 N 17 ff.

<sup>130</sup> KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 N 17 ff. m.w.H.

- 188 Aufgrund der überwiegenden Rechtsauffassung in Lehre, Praxis und Rechtsprechung bestimmt sich demnach auch die Qualifikation der Arbeitnehmervertreter in der PKOM aufgrund der Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungsfindung der Stadt. Die Rechtsgrundlagen der PKSL enthalten hierzu keine weiteren Hinweise.
- 189 Vor diesem Hintergrund ist es unzulässig, wenn Personen, welche bei einem angeschlossenen Arbeitgeber in einer Führungsfunktion angestellt sind, als Arbeitnehmervertreter in die PKOM gewählt werden.
- 190 Allerdings ist hierzu festzuhalten, dass diese Führungspersonen (zumindest aufgrund der aktuellen Rechtsgrundlagen der PKSL) gar keine andere Möglichkeit haben, sich in die Führung der eigenen Vorsorgeeinrichtung einzubringen. Denn der Stadtrat bestimmt allein, wer die Arbeitgeberinteressen in der PKOM vertritt. Die angeschlossenen Arbeitgeber haben bis dato keinen reglementarischen Anspruch auf eine angemessene Vertretung in der PKOM.

## 2.2 Wahl externer Personen

- 191 Auch die Frage, ob sich die Arbeitnehmer und der Arbeitgeber von externen Personen im obersten Organ vertreten lassen können, ist gesetzlich (zumindest für registrierte Vorsorgeeinrichtungen) nicht geregelt. Eine explizite gesetzliche Regelung über die Wahl von externen Personen in das oberste Organ findet sich weder im BVG noch in den ausführenden Verordnungsbestimmungen. Art. 89a Abs. 3 ZGB hält für nicht registrierte Vorsorgeeinrichtung allerdings fest, dass die Arbeitnehmer ihre Vertretung im obersten Organ *soweit möglich* aus dem Personal des Arbeitgebers zu wählen haben.
- 192 Auch ohne explizite gesetzliche Verankerung lässt es das Recht der beruflichen Vorsorge grundsätzlich zu, dass sich die *Arbeitnehmer* im obersten Organ durch externe Personen vertreten lassen, sofern dies in der Urkunde oder im Reglement vorgesehen ist.<sup>131</sup> Allerdings muss der Verzicht auf die externe Vertretung jederzeit möglich sein und die externen Vertreter sind ebenfalls durch eine Wahl zu bestimmen.<sup>132</sup>
- 193 Bei der externen Vertretung des *Arbeitgebers* geht die Lehre ohne weiteres einhellig davon aus, dass es dem Arbeitgeber freisteht, auch externe Personen in den Stiftungsrat zu delegieren.<sup>133</sup> Wird dieses Recht dem Arbeitgeber zugestanden, muss es immer

---

<sup>131</sup> KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 29 m.w.H.

<sup>132</sup> Vgl. BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48 Rz 280, 10; BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 15 ff.; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 24 ff. m.w.H.

<sup>133</sup> BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 18; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 31.

auch den Arbeitnehmenden zustehen. Eine einseitige Vertretungsbefugnis wäre unzulässig.<sup>134</sup>

- 194 Die Rechtsgrundlagen der PKSL sehen vor, dass sieben Mitglieder der PKOM von der Mitgliederversammlung gewählt werden. Die Mitgliederversammlung setzt sich zusammen aus den aktiven und den teilrentenberechtigten Versicherten der PKSL. Bezüger einer ganzen Rente sind nicht stimmberechtigt.<sup>135</sup>
- 195 Mindestens eines der von der Mitgliederversammlung gewählten Mitglieder der PKOM muss zum Personal eines angeschlossenen Arbeitgebers gehören und eines muss alterspensioniert sein. Alle von der Mitgliederversammlung gewählten Mitglieder der PKOM (d.h. die sieben Arbeitnehmervorteiler und der Rentnervorteiler) müssen aber Mitglieder der PKSL, also versicherte Personen sein.<sup>136</sup> Eine solche Einschränkung auf versicherte Personen ist für die sechs vom Stadtrat gewählten Mitglieder der PKOM nicht verankert.<sup>137</sup>
- 196 Aufgrund des Wortlauts der Rechtsgrundlagen der PKSL wäre es demnach der Stadt Luzern erlaubt, sich durch externe Fachpersonen vertreten zu lassen, während dies den Versicherten nicht ermöglicht wird. Diese Ungleichbehandlung verletzt den Grundsatz der Parität und ist zu korrigieren.

### 3. Rentenbezüger im obersten Organ

#### 3.1 Rechtslage

- 197 Von Gesetzes wegen haben Rentner keinen Anspruch darauf, im obersten Organ vertreten zu sein, auch wenn sie von den Entscheidungen des obersten Organs oftmals direkt betroffen sind. Diese klare Rechtslage ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 51 BVG. Während in Abs. 1 (betreffend die *Mitbestimmung* im obersten Organ) von Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rede ist, sprechen Abs. 2 und 3 (betreffend die *Interessenvertretung*) von der Vertretung der Versicherten, was auch die Rentner umfasst.<sup>138</sup>
- 198 Eine gesetzliche Verankerung der Rentnervorteiler wurde auch schon mehrfach explizit abgelehnt. Im Zusammenhang mit der 1. BVG-Revision erachtete der Bundesrat eine vom Schweizerischen Senioren- und Rentnerverband beantragte Rentnervorteiler als nicht sinnvoll. Ein Mitspracherecht der Rentner wurde auch im Rahmen

---

<sup>134</sup> Vgl. BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48 Rz 280, 10.

<sup>135</sup> Art. 55 Abs. 1 LOR; Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR.

<sup>136</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR.

<sup>137</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR.

<sup>138</sup> BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 20; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 35 f.

der parlamentarischen Beratung der Vorlage über die Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen abgelehnt. Schliesslich blieben auch diverse diesbezügliche parlamentarische Vorstösse erfolglos.<sup>139</sup>

- 199 Nach Auffassung des BSV können Vorsorgeeinrichtungen statutarisch und reglementarisch vorsehen, dass (trotz fehlendem gesetzlichen Anspruch) auch Rentner im paritätischen Organ vertreten sind. Sie können für Rentner sowohl das aktive wie das passive Wahlrecht vorsehen.<sup>140</sup> Diese Auffassung wird auch von der herrschenden Lehre geteilt.<sup>141</sup>
- 200 Zu beachten ist aber, dass eine Rentnervertretung nicht zulasten der Arbeitnehmer erfolgen darf, weil dadurch die zwingend vorgeschriebene Parität als Schutzbestimmung für die Arbeitnehmer verletzt würde. Die Berufung eines Rentners in das oberste Organ darf demnach allenfalls auf Kosten eines Sitzes der Arbeitgeber gehen, nie aber auch Kosten eines Sitzes der Arbeitnehmer.<sup>142</sup>

### 3.2 Rechtsprechung

- 201 Eine eigentliche Rentnervertretung (also die Entsendung einer Person in das oberste Organ zur Vertretung der Interessen der rentenbeziehenden Personen) darf nie zu Lasten der Arbeitnehmerbeteiligung im obersten Organ gehen. Eine andere Frage ist hingegen, ob die Arbeitnehmenden nicht das Recht haben, eine in der eigenen Vorsorgeeinrichtung pensionierte Person (im Bewusstsein um dessen Rentnereigenschaft) als Vertreter ihrer Arbeitnehmerinteressen in das oberste Organ zu wählen.
- 202 In einem Beschwerdeverfahren einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung gegen den Reglementsprüfungsentscheid der Aufsichtsbehörde hat das Bundesverwaltungsgericht kürzlich entschieden, dass Personen welche von einer Vorsorgeeinrichtung eine volle Altersrente beziehen, nicht als Arbeitnehmervertreter in das oberste Organ dieser Vorsorgeeinrichtung gewählt werden können.<sup>143</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte zwar, dass ein pensionierter Versicherter grundsätzlich durchaus als Arbeitnehmervertreter einzig die Interessen der Arbeitnehmer vertreten könne. Es hielt aber auch fest, dass ein pensionierter Versicherter kein «Externer» sein könne, da er eigene Interessen als Versicherter habe, welche denjenigen der Arbeit-

<sup>139</sup> KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 40 ff.

<sup>140</sup> Bei reinen Rentnerkassen oder rentnerlastigen Vorsorgeeinrichtungen hält das BSV eine Rentnervertretung gar für zwingend (BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48 Rz 280, 9 f.).

<sup>141</sup> BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 21 m.w.H.; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 37 m.w.H.

<sup>142</sup> BSK Berufliche Vorsorge-BLOCH-RIEMER, Art. 51 BVG N 22 m.w.H.; KoSS-GÄCHTER-GECKELER HUNZIKER, Art. 51 BVG N 39.

<sup>143</sup> Urteil BVGer A-6435/2018 vom 19. August 2020.

nehmer zuwiderlaufen würden. Das Bundesverwaltungsgericht zog auch den Vergleich zur Einschränkung der Arbeitnehmervertretung durch Personen, welche im Betrieb in Entscheidungsfunktionen beschäftigt sind. Es schloss daraus, dass pensionierte Versicherte nicht als Arbeitnehmervertreter in das oberste Organ wählbar sind.<sup>144</sup>

- 203 Der Entscheid ist rechtskräftig, weil er nicht ans Bundesgericht weitergezogen wurde. Das Bundesgericht hat diese Frage (soweit ersichtlich) noch nie beurteilen müssen.

### 3.3 Regelung der PKSL

- 204 Die Mitgliederversammlung (mithin die Arbeitnehmenden) wählen sieben von 13 Mitglieder des obersten Organs. Alle von der Mitgliederversammlung gewählten Mitglieder der PKOM müssen Mitglieder der Kasse sein, wobei eines zudem bereits alterspensioniert sein muss.<sup>145</sup>

- 205 Der Stadtrat wählt sechs Mitglieder der PKOM inklusive den Präsidenten.<sup>146</sup> Wahlen und Beschlüsse der PKOM erfolgen mit absolutem Mehr der Stimmenden. Bei Stimmengleichheit hat das Präsidium den Stichentscheid.<sup>147</sup>

- 206 Im Bericht und Antrag hielt der Stadtrat zu dieser Regelung fest, dass die sieben von der Mitgliederversammlung gewählten Mitglieder der PKOM zur Arbeitnehmervertretung zählen, während die vom Stadtrat gewählten sechs weiteren Mitglieder die Arbeitgebervertretung darstellen. Bei einem Verhältnis von sieben zu sechs sei die PKOM überparitätisch zugunsten der Arbeitnehmer ausgestaltet.<sup>148</sup>

- 207 Als Gegenstück zu dieser Überparität der Arbeitnehmervertretung würde das Präsidium der PKOM stets von einem Mitglied der Arbeitgebervertretung ausgeübt. Diese Lösung würde die Kontinuität in der Kassenführung fördern und sei – aufgrund der bestehenden Überparität – auch gegenüber den Versicherten fair und unbestritten.<sup>149</sup>

### 3.4 Würdigung

- 208 Der Grundsatz der paritätischen Verwaltung bedeutet nicht nur, dass die Vertreter der Arbeitnehmer im obersten Organ mindestens 50 Prozent der Sitze auf sich verei-

---

<sup>144</sup> Urteil BVGer A-6435/2018 E. 7.4.3.

<sup>145</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR.

<sup>146</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR.

<sup>147</sup> Art. 52 Abs. 2 LOR.

<sup>148</sup> B+A 34/2012, 9.

<sup>149</sup> B+A 34/2012, 9.

nen müssen. Er bedeutet auch, dass der Stichentscheid bei Stimmgleichheit so ausgestaltet wird, dass er zumindest in 50 Prozent der Fälle auf die Arbeitnehmervertreter entfällt.

209 Die reglementarischen Bestimmungen der PKSL verletzen den Grundsatz der Parität in zweifacher Hinsicht:

1. Bereits die Regelung der Arbeitnehmervertretung im obersten Organ resp. das Stimmrecht des pensionierten Mitglieds ist nicht rechtskonform. Der PKOM gehören sechs Arbeitgeber- und sechs Arbeitnehmervertreter an. Der Rentnervertreter wird im Bericht und Antrag zum FinR zu Unrecht als Arbeitnehmervertreter bezeichnet und geht auf Kosten der Arbeitnehmerseite. Da der Rentner nicht die Interessen der Aktivversicherten vertreten kann, vereinigen die Arbeitnehmer für die Wahrung ihrer Interessen nur sechs von 13 Stimmen auf sich. Dies ist unzulässig, denn die zum Grundsatz der Parität entwickelte Lehre besagt in fine nichts anderes, als dass die Arbeitnehmerseite mindestens 50 Prozent der Stimmkraft im obersten Organ auf sich vereinen muss.
2. Auch die Regelung des Stichentscheids, welcher konstant beim Präsidium liegt, welches vom Stadtrat bestimmt wird, verletzt den Grundsatz der paritätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmenden. Bei einer paritätischen Zusammensetzung des obersten Organs muss der Stichentscheid bei Stimmgleichheit ebenfalls paritätisch ausgestaltet sein, was durch verschiedene Massnahmen verwirklicht werden kann: (1.) Wenn das Präsidium des obersten Organs stets vom Arbeitgeber besetzt wird, muss der Stichentscheid in einem gewissen Turnus zwischen dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten wechseln. (2.) Wenn der Stichentscheid immer beim Präsidenten liegen soll, muss das Präsidium in einem gewissen Turnus zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmervertretern wechseln. Gemäss den reglementarischen Grundlagen der PKSL liegt der Stichentscheid bei Stimmgleichheit aber stets beim Präsidium der PKOM, welches konstant vom Stadtrat bestimmt wird.

210 Insbesondere vor dem Hintergrund des vorerwähnten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts kann ein in der PKSL pensionierter Versicherter (mithin ein Altersrentenbezüger der PKSL) in der PKOM nicht die Interessen der Arbeitnehmenden vertreten. Folglich ist die PKOM nicht überparitätisch zugunsten sondern zulasten der Arbeitnehmenden zusammengesetzt. Darüber hinaus liegt auch der Stichentscheid bei Stimmgleichheit immer bei der Arbeitgebervertretung mithin bei der Stadt.

211 Beide vorgenannten Elemente der Regulierung der PKSL verletzen den Grundsatz der Parität und sind unzulässig. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 FinR ist zwingend anzupassen.

## D. Unabhängigkeit und Garantie

### 1. Aufsichtsverantwortung der Stadt Luzern über die PKSL

- 212 Jeder Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen.<sup>150</sup> Die Stadt Luzern hat diese Aufgabe dahingehend umgesetzt, dass sie die PKSL gegründet hat und die Mitarbeiter der Stadtverwaltung gemäss Personalreglement bei der PKSL versichert sind.<sup>151</sup>
- 213 Innerhalb der Organisation der Stadt Luzern gehört die Personalvorsorge zum Aufgabengebiet der Finanzdirektion.<sup>152</sup> Es stellt sich die Frage, wie diese interne Zuteilung der Personalvorsorge als Aufgabengebiet der Finanzdirektion materiell zu werten ist.
- 214 Die gesetzliche Regelung der beruflichen Vorsorge fällt in die Kompetenz des Bundes. Kantonale oder kommunale Regelungskompetenzen in diesem Bereich hat der Bundesgesetzgeber einzig in dem Sinne vorbehalten, als die Gemeinwesen für ihre eigenen Pensionskasse gemäss Art. 50 Abs. 2 entweder die Leistungen oder die Finanzierung sowie die Grundzüge einiger ausgewählter Aspekte der Vorsorge regeln dürfen.
- 215 Die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen ist bundesrechtlich abschliessend geregelt. Jeder Kanton bezeichnet die zuständige Behörde für die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz im Kantonsgebiet.<sup>153</sup>
- 216 Diese Regelung gilt uneingeschränkt auch für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen. Die Aufsicht der BVG-Aufsichtsbehörde ist umfassend und einzig durch die zuständige kantonale (resp. regionale) Aufsichtsbehörde auszuüben.<sup>154</sup>
- 217 Neben der Verselbständigung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen beabsichtigte die Finanzierungsvorlagen auch die Verselbständigung der Aufsichtsbehörden mit dem Ziel, sie den Interessenkollisionen und der politischen Einflussnahme aufgrund ihrer fehlenden Unabhängigkeit zu entziehen. Die Unabhängigkeit

---

<sup>150</sup> Art. 11 Abs. 1 BVG.

<sup>151</sup> Art. 39 Abs. 1 Personalreglement der Stadt Luzern (PR) vom 25. Juni 1998 (Nr. 0.8.1.1.1); Art. 1 Abs. 1 FinR.

<sup>152</sup> Art. 9 der Verordnung zum Reglement über die Organisation der Stadtverwaltung Luzern (Organisationsverordnung) vom 28. August 2002 (Nr. 0.5.1.1.2).

<sup>153</sup> Art. 61 Abs. 1 BVG.

<sup>154</sup> Die nach früheren Rechtsordnung mögliche Übertragung der Aufsicht über eine öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtung an eine andere Behörde des Gemeinwesens ist nicht mehr zulässig (vgl. Botschaft Finanzierungsvorlage, BBl 2008 8422).

der Aufsichtsbehörde wurde dadurch realisiert, dass sie aus der kantonalen Zentralverwaltung gelöst und in eine separate Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgelagert wurde.<sup>155</sup>

- 218 Vor diesem Hintergrund der ausschliesslich bundesrechtlich geregelten Aufsichtskompetenz in der beruflichen Vorsorge und insbesondere der gesetzgeberischen Absicht im Zusammenhang mit der Finanzierungsvorlage, die Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen dem Einfluss der Gemeinwesen zu entziehen, ergibt sich von selbst, dass der Stadt Luzern betreffend die PKSL keinerlei Aufsichtskompetenz zukommt. Dies gilt nicht nur bezüglich der Aufsicht im materiellen Sinne betreffend die Tätigkeit der Pensionskasse, sondern auch in formeller Hinsicht im Sinne einer Dienstaufsicht.
- 219 Die Zuweisung der Personalvorsorge als Aufgabengebiet der Finanzdirektion in der Organisationsverordnung kann nur zum Inhalt haben, dass die Finanzdirektion innerhalb der städtischen Organisation für die Vorbereitung der Stadt Luzern tatsächlich zukommenden Aufgaben betreffend die PKSL (Regelung der Leistungen oder Finanzierung und allenfalls weiterer Aspekte in den Grundzügen) zuständig ist.

## 2. Leistungsgarantie des Gemeinwesens

### 2.1 Im Allgemeinen

- 220 Die Staatsgarantie von Gemeinwesen für ihre eigenen Vorsorgeeinrichtungen wurde erst mit der Finanzierungsvorlage erstmals bundesgesetzlich geregelt (vgl. die Ausführungen unter Rz 84 ff. vorstehend).<sup>156</sup> Diese Bestimmungen beschränken sich aber auf Vorsorgeeinrichtungen, welche sich im Zeitpunkt ihrer Verselbständigung für das Teilkapitalisierungsverfahren entschieden haben und daher von Gesetzes wegen über eine Staatsgarantie i.S.v. Art. 72c BVG verfügen müssen.
- 221 Die Leistungsgarantie i.S.v. Art. 72c BVG ist nicht daran gebunden, dass sich das Gemeinwesen für die Regelung der Leistungen (und nicht der Finanzierung) entscheidet. Weder Art. 50 Abs. 2 BVG noch Art. 72c BVG und die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien enthalten hierzu einschränkende Aussagen. Auch eine gesetzlich nicht vorgeschriebene Leistungsgarantie im Rahmen des Vollkapitalisierungssystems ist nicht daran gebunden, dass sich das Gemeinwesen für die Regelung des Leistungssystems entschieden hat.
- 222 Bei der von der Stadt Luzern ausgesprochenen Leistungsgarantie handelt es sich um eine freiwillige Garantie, welche nicht den bundesrechtlichen Vorgaben unterliegt.

---

<sup>155</sup> Botschaft Finanzierungsvorlage, BBl 2008 8430, 8459.

<sup>156</sup> Vgl. zum Ganzen auch BSK Berufliche Vorsorge-ERICH PETER, Vor Art. 72a-72g BVG N 1 ff. sowie Art. 72c BVG N 1 ff.

Eine solche Garantie stellt eher eine Ausnahme dar, denn die meisten Gemeinwesen wollten sich mit der Wahl des Vollkapitalisierungssystems (teilweise sogar in Unterdeckung) ja gerade von ihrer Garantenstellung lösen.

- 223 Die Stadt Luzern wäre aus zwei Gründen nicht verpflichtet gewesen, eine Garantie auszusprechen: erstens hat sich die PKSL für das Vollkapitalisierungssystem entschieden und zweitens unterliegen auch öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen der Beitragspflicht an den Sicherheitsfonds.<sup>157</sup> Der Bundesrat erachtet die diesbezügliche Beitragsunterstellung auch von Vorsorgeeinrichtungen mit Staatsgarantie vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung mit anderen grossen privaten Vorsorgeeinrichtungen als gerechtfertigt.<sup>158</sup>
- 224 Die Versicherten der PKSL profitieren folglich von einer doppelten Leistungsgarantie. Sowohl die Stadt Luzern als auch der Sicherheitsfonds garantieren die Leistungen der PKSL bei deren Zahlungsunfähigkeit. Die Garantie der Stadt ist unbegrenzt, während die Leistungspflicht des Sicherheitsfonds auf das Anderthalbfache des oberen Grenzbetrags (Art. 8 Abs. 1 BVG) beschränkt ist. Die Konkurrenz dieser beiden Garantiebestimmungen ist gesetzlich nicht geregelt. Da der Sicherheitsfonds aber erst Leistungen erbringt, nachdem sämtliche Sanierungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind, ist davon auszugehen, dass die Leistungsgarantie des Gemeinwesens Vorrang hat vor der Insolvenzgarantie des Sicherheitsfonds.<sup>159</sup>
- 225 Eine vertiefte Beurteilung von Sinn und Zweck dieser freiwilligen Leistungsgarantie der Stadt Luzern zugunsten der PKSL kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht vorgenommen werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang folgendes: Die PKSL ist (unabhängig von der Existenz einer Leistungsgarantie durch die Stadt Luzern) gesetzlich verpflichtet, für diese Insolvenzgarantie des Sicherheitsfonds die erforderlichen Beiträge zu entrichten. Die Leistungen der PKSL wären im vom Sicherheitsfonds abgedeckten Lohnbereich also auch ohne Leistungsgarantie garantiert. Aufgrund der von der Stadt gesprochene Leistungsgarantie würde der Sicherheitsfonds im Insolvenzfall der PKSL aber seine Leistungspflicht verneinen. Dies führt dazu, dass die an den Sicherheitsfonds zu leistenden Beiträge aufgrund der freiwilligen Garantie der Stadt als wirkungslos zu bezeichnen sind.
- 226 Obwohl sich die Stadt Luzern für die Regelung der Finanzierung entschied, hat sie im FinR für ihr ehemaliges Personal die Teuerungsanpassung und eine AHV-Ersatzrente verankert.<sup>160</sup> Da die Garantie der Stadt Luzern nicht auf die Leistungen gemäss LOR beschränkt ist, umfasst sie auch diese Zusatzleistungen für das ehemalige Personal der

---

<sup>157</sup> Art. 57 BVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 FZG.

<sup>158</sup> Botschaft Finanzierungsvorlage, BBl 2008 8430, 8459.

<sup>159</sup> Botschaft Finanzierungsvorlage, BBl 2008 8455 f..

<sup>160</sup> Art. 40 LOR, Art. 13 ff. FinR.

Stadt aufgrund des FinR.<sup>161</sup> Der Sicherheitsfonds stellt lediglich die *gesetzlichen* Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen sicher.<sup>162</sup> Die AHV-Ersatzrente ist demzufolge gar nicht und die Teuerungsanpassung nur im Rahmen der bundesrechtlich vorgesehenen Verpflichtung<sup>163</sup> in vorstehenden Sinne doppelt abgesichert.

- 227 Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen ist festzuhalten, dass ein Verzicht der Stadt Luzern auf die Gewährung der freiwillige Leistungsgarantie (die realistisch ohnehin nie zum Tragen kommen wird) wohl ohnehin ein Nullsummenspiel wäre. Denn bei einer Streichung der Garantie würden zwar die Beitragszahlungen an den Sicherheitsfonds (endlich) einen Sinn ergeben. Allerdings ist eine Insolvenz der PKSL derart unrealistisch, dass auch der Sicherheitsfonds kaum je Leistungen zugunsten der PKSL erbringen müsste. Dies würde sich allenfalls erst dann ändern, wenn sich die PKSL von einer Gemeinschafts- in eine Sammeleinrichtung umwandeln würde. Zu beachten bleibt aber, dass die (wenn auch nur theoretische) Leistungsgarantie umfassender ist als die Insolvenzgarantie des Sicherheitsfonds.

## 2.2 Zulässigkeit der Beschränkung

- 228 Eine vom Gemeinwesen i.S.v. Art. 72c BVG zwingend zu leistende Garantie für ihre teilkapitalisierte Vorsorgeeinrichtung gilt immer auch für die angeschlossenen Arbeitgeber.<sup>164</sup> Wenn eine freiwillige Staatsgarantie im Vollkapitalisierungsverfahren ursprünglich auch die angeschlossenen Arbeitgeber umfasst hat, ist sie Teil der anchlussvertraglichen Vereinbarung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem angeschlossenen Arbeitgeber. Eine Beschränkung einer solchen Staatsgarantie nur noch auf die Versicherten der Verwaltung würde einer einseitigen Vertragsänderung gleichkommen, was wohl ein gesetzliches Kündigungsrecht nach Art. 53f BVG auslösen würde.<sup>165</sup>
- 229 Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Leistungsgarantie der Stadt Luzern zugunsten der PKSL um eine rein freiwillige Garantie handelt und diese als solche grundsätzlich auch nachträglich beschränkt werden kann, erscheint es prima facie durchaus möglich, dass die Stadt Luzern ihre Garantenstellung auf die Versicherten der Zentralverwaltung beschränkt. Zu beachten ist aber, dass die Auswirkungen eines solchen Beschränkung auf die Kündigungsmöglichkeiten der angeschlossenen Arbeitgeber genau zu prüfen ist. Dies umso mehr, als eine solche Änderung des Anschlussvertrags vor dem Hintergrund der ohnehin ungenügenden Involvierung der

---

<sup>161</sup> Art. 12 FinR.

<sup>162</sup> Art. 56 Abs. 1 lit. b BVG..

<sup>163</sup> Vgl. hierzu Art. 36 BVG.

<sup>164</sup> BSK Berufliche Vorsorge-ERICH PETER, Art. 72c BVG N 30 ff.

<sup>165</sup> BSK Berufliche Vorsorge-ERICH PETER, Art. 53f BVG N 50 ff.

angeschlossenen Arbeitgeber in die Entscheidungsfindungen der PKSL zu einem Abgang der grossen Anschlüsse führen könnte.

## **E. Regelungsbedarf**

- 230 Aufgrund der Vorgaben zum vorliegenden Gutachten ist eine umfassende materielle Darstellung des Revisionsbedarfs und der Optimierungsmöglichkeiten der reglementarischen Grundlagen der PKSL (FinR und der LOR) nicht möglich.
- 231 Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen soll aber (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) auf die Regelung dreier Aspekte hingewiesen werden, deren Ausführung anzupassen ist. Zudem werden zwei weitere Aspekte erwähnt, deren Behandlung zu überdenken ist.

### **1. Paritätische Besetzung der PKOM**

- 232 Die in Art. 51 BVG verankerte paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen stellt eine Schutzbestimmung zugunsten der Arbeitnehmenden dar. Danach haben die Arbeitnehmenden einen gesetzlichen Anspruch auf mindestens die Hälfte des Stimmrechts im obersten Organ. Dies bedeutet, dass sie (1.) mindestens die Hälfte der Stimmen auf sich vereinigen und (2.) auch der Stichentscheid bei Stimmgleichheit paritätisch geregelt ist.
- 233 Gemäss den Rechtsgrundlagen der PKSL verfügt die Stadt Luzern zwar einerseits bloss über sechs von 13 Sitzen. Der Sitz des stimmberechtigten Rentners darf aber andererseits nicht der Arbeitnehmerseite zugerechnet werden, denn ein Rentenbezüger der PKSL kann gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht die Interessen der Aktivversicherten vertreten. Folglich fallen von der 13 Sitzen in der PKOM die gleiche Anzahl (sechs) auf die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite.
- 234 Zudem wird das Präsidium der PKOM immer vom Stadtrat gewählt. Bei Stimmgleichheit fällt der Stichentscheid immer dem Präsidium zu. Folglich liegt der Stichentscheid bei Stimmgleichheit immer bei der Arbeitgeberseite.
- 235 Damit verletzt die in den Rechtsgrundlagen der PKSL festgehaltene Besetzung der PKOM die bundesrechtlichen Vorgaben zur paritätischen Verwaltung.
- 236 Hierzu stehen prima facie die folgenden Korrekturmöglichkeiten offen: (1.) Entweder wird das Stimmrecht des alterspensionierten Mitglieds der PKOM gestrichen oder die Beteiligung der Abreitnehmenden in der PKOM wird aber auf sieben Mitglieder erhöht; zudem ist (2.) das Präsidium in einem gewissen Turnus alternierend von der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite zu besetzen oder (bei Beibehaltung der Wahl des Präsidiums durch den Stadtrat) der Stichentscheid bei Stimmgleichheit fällt in

einem gewissen Turnus alternierend dem Präsidium oder dem Vizepräsidium zu (welches von den Arbeitnehmern besetzt wird). Diese beiden Aspekte können unterschiedlich miteinander kombiniert werden.

## **2. Zulässigkeit externer Mitglieder in der PKOM**

- 237 Gemäss FinR müssen alle Arbeitnehmervorteiler in der PKOM Mitglieder der PKSL sein. Den Arbeitnehmenden steht es demnach aufgrund der reglementarischen Grundlagen nicht zu, eine externe Fachperson als Vertreter in die PKOM zu wählen.
- 238 Eine solche Einschränkung sehen die reglementarischen Grundlagen für die Stadt Luzern nicht vor. Der Stadtrat könnte demnach eine oder mehrere externe Fachpersonen als Arbeitgebervertreter in die PKOM wählen.
- 239 Dies ungleiche Regelung der externen Vertretung verletzt den Grundsatz der Parität und ist zu korrigieren.

## **3. Instruktionsrecht betreffend die Arbeitgebervertreter**

- 240 Die Stadt Luzern kann und soll ihren Vertretern in der PKOM ihre Haltung zu den im obersten Organ zu entscheidenden Fragen klar mitteilen. Sie darf und soll auch darauf vertrauen können, dass sich ihre Vertreter im obersten Organ für diese Interessen der Stadt stark machen.
- 241 Auf welche Weise die Vermittlung der Haltung der Stadt Luzern im Vorfeld von durch die PKOM zu fassenden Beschlüssen erfolgt, ist offen. Aufgrund der Definition des Begriffs Organisation mit kommunaler Beteiligung im FHGG (und obwohl die Stadt Luzern an der PKSL wirtschaftlich nicht wirklich „beteiligt“ ist) können die grundsätzlichen Positionen der Stadt Luzern auch im Rahmen einer Eignerstrategie festgehalten werden
- 242 Das in Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR festgehaltene Instruktionsrecht des Stadtrats betreffend die von ihm gewählten Vertreter ist vor dem Hintergrund der bundesrechtlich vorgegebenen Verantwortlichkeit der Mitglieder des obersten Organs aber nicht haltbar. Solange die Mitglieder der PKOM unbeschränkt persönlich und solidarisch mit ihrem gesamten privaten Vermögen für Schäden haften, welche sie der PKSL absichtlich oder fahrlässig zufügen, können Sie nicht an Instruktionen der Stadt Luzern gebunden sein.
- 243 Das im FinR festgehaltene Instruktionsrecht des Stadtrats betreffend die von ihm gewählten Mitglieder der PKOM sollte aufgehoben werden.

## 4. Weitere Aspekte

### 4.1 Beteiligung angeschlossene Arbeitgeber

- 244 Im Rahmen der paritätischen Verwaltung haben Vorsorgeeinrichtungen unter anderem auch die angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien zu regeln. Eine entsprechende Bestimmung für die Arbeitgeberseite existiert nicht. Es ist folglich einer Vorsorgeeinrichtung überlassen, wie sie die angeschlossenen Arbeitgeber an der Willensbildung des obersten Organs beteiligen möchte.
- 245 Wenn ein Gemeinwesen neben der Finanzierung oder den Leistungen auch die Grundzüge der Organisation der eigenen öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung regelt, steht es diesem Gemeinwesen auch zu, über die Vertretung der angeschlossenen Arbeitgeber im obersten Organ zu bestimmen.
- 246 Die Stadt Luzern hat die Grundzüge der Organisation der PKSL im FinR geregelt, ohne dabei den angeschlossenen Arbeitgebern eine Vertretung im obersten Organ zu gewähren. Dies ist aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.
- 247 Vor dem Hintergrund der tatsächlichen Verhältnisse in der PKSL, insbesondere der Anzahl Versicherter von angeschlossenen Arbeitgebern, und der rein theoretischen Bedeutung der Leistungsgarantie der Stadt, welche auch die angeschlossenen Arbeitgeber einschliesst, erscheint es aber als sinnvoll, dass die Stadt Luzern die angeschlossenen Arbeitgeber an der Willensbildung des obersten Organs beteiligt und zugunsten derselben auf einen Teil ihrer Sitze verzichtet.

### 4.2 Staatsgarantie

- 248 Die Stadt Luzern und die PKSL haben sich im Rahmen der Umsetzung der Finanzierungsvorlage für die Wahl des Vollkapitalisierungssystems entschieden. Die Stadt Luzern ist demnach nicht verpflichtet, eine Staatsgarantie i.S.v. Art. 72c BVG zu gewähren.
- 249 Trotz der freiwilligen Leistungsgarantie der Stadt Luzern ist die PKSL verpflichtet, die gesetzlich erforderlichen Beiträge an den Sicherheitsfonds zu leisten. Der Sicherheitsfonds erbringt aber seine Insolvenzleistungen zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung erst dann, wenn diese trotz Staatsgarantie zahlungsunfähig ist.
- 250 Die freiwillige Leistungsgarantie der Stadt Luzern deckt somit (zumindest im vom Sicherheitsfonds versicherten Bereich) eine Leistung ab, für welche die PKSL und damit ihre Versicherten und angeschlossenen Arbeitgeber bereits Beiträge an den Sicherheitsfonds entrichten. Die Staatsgarantie ist demnach nur für den Lohnbereich

über dem anderthalbfachen oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG<sup>166</sup> und teilweise bei den Zusatzleistungen der Stadt Luzern (AHV-Ersatzrente und überobligatorischer Teuerungsausgleich) von Belang. Zudem entfaltet die Staatsgarantie auch in diesem Bereich eine rein theoretische Wirkung, da eine Insolvenz der PKSL verbunden mit einem Ausfall der Leistungsgarantie durch die Stadt Luzern absolut unrealistisch ist.

- 251 Vor diesem Hintergrund besteht zwar keine Veranlassung, die freiwillige Leistungsgarantie Staatsgarantie zu streichen. Allerdings kann sie auch nicht als Argument verwendet werden, um die Beteiligung der angeschlossenen Arbeitgeber im obersten Organ oder das Recht der Arbeitnehmenden auf paritätische Vertretung in der PKOM zu beschneiden.

## V. BEANTWORTUNG DER FRAGESTELLUNG

### 1. Verhältnis von FinR zu LOR

- 1.1 Frage: *„Das BVG sieht bei den öffentlich-rechtlichen Pensionskassen die Möglichkeit vor, dass entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder jene über die Finanzierung von der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen werden. Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den beiden «Gesetzgebern» (hier Stadt Luzern [Regelung der Finanzierung] und PKSL). Wie sind die beiden Regelungskompetenzen gegeneinander abzugrenzen (Inhalt) und wie wird sichergestellt, dass die beiden Erlasse sich nicht widersprechen? Sind die beiden «Gesetzgeber» einander gleichgestellt oder gibt es eine Hierarchie bzw. eine allgemein gültige Kollisionsregel (wie Gesetzgeber – Verordnungsgeber oder Bundesrecht – Kantonales Recht). Was kann diesbezüglich aus dem BVG abgeleitet werden (Prinzip der Paritätischen Leitung und Art. 50 Abs. 2) und was hat sich dazu für eine Best Practice entwickelt, auch im Kontext der Garantie der Stadt? (kurzes Statement zur Situation)“*

Antwort: Der zulässige materielle Gehalt von Bestimmungen des kommunalen berufsvorsorgerechtlichen Erlasses ergibt sich aus Art. 50 Abs. 2 BVG. Ein Gemeinwesen darf entweder die Bestimmungen über die Leistungen oder diejenigen über die Finanzierung der eigenen öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung in einem eigenen Erlass regeln. Weitere in der Botschaft zur Finanzierungsvorlage explizit aufgezählte Aspekte darf das Gemeinwesen nur in den Grundzügen selbst festlegen. Jegliche detaillierte Regelung dieser Aspekte ist dem obersten Organ vorbehalten. Da die Grenze zwischen Grundzügen und Detailregelung hingegen fließend

<sup>166</sup> CHF 129'060 (Stand 2021).

ist, soll die Abgrenzung im Sinne des gesetzgeberischen Willens im Zweifelsfall streng zugunsten des obersten Organs ausgelegt werden.

Vor dem Hintergrund der klaren materiellen Kompetenzausscheidung zwischen Gemeinwesen und Vorsorgeeinrichtung sollten keine widersprüchlichen Regulierungen entstehen können. Weiter kann das Entstehen von Widersprüche zwischen dem LOR und dem FinR insbesondere dadurch vermieden werden, dass sich die Stadt Luzern auf ihre eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz beschränkt und im Zweifelsfall die Regelung eines Aspektes dem obersten Organ der PKSL überlässt. Die Stadt Luzern sollte eine Änderung der FinR nicht ohne frühzeitigen materiellen Einbezug der PKSL vornehmen.

Die allgemeinen Kollisionsregeln können nur sinngemäss auf das Verhältnis von FinR und LOR angewendet werden, da es sich beim LOR nicht um einen Erlass handelt. Aufgrund der demokratischen Legitimation des FinR und der faktischen Entscheidungsmacht der Stadt Luzern über einen Teil des Inhalts des LOR scheint das FinR dem LOR (zumindest teilweise) vorzugehen. Dennoch müssen sich beide Erlasse an das übergeordnete Bundesrecht (insb. Art. 50 Abs. 2 BVG) halten. Eine Norm des FinR, welche entweder Art. 50 Abs. 2 BVG oder einer anderen bundesrechtliche Vorgabe widerspricht, kann einer Bestimmung des LOR nie vorgehen.

Ein umfassende Markterhebung zur Ermittlung einer Best Practice der berufsvorsorgerechtlichen Gesetzgebung der Stadt Luzern kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht erfolgen.

1.2 Frage: *„Welche Möglichkeiten bestehen zur Einflussnahme der Stadt Luzern in die Organisation der PKSL, insb. Wahl und Zusammensetzung der PKOM-Mitglieder, kann sie Anforderungsprofile für PKOM-Mitglieder definieren (generell oder nur für AG-Vertretungen)?“*

Antwort: Die bundesrechtliche Finanzierungsvorlage hatte zum Ziel, den Einfluss des Gemeinwesens auf seine eigene Vorsorgeeinrichtung zu beschränken. Die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen sollen vom Gemeinwesen sowohl finanziell als auch organisatorisch und administrativ unabhängig sein. Deshalb darf das Gemeinwesen in seinem Erlass auch nur noch die Grundzüge der Organisation selbst regeln, während die detaillierte Ausgestaltung der Vorsorgeeinrichtung in die Verantwortung des obersten Organs fällt.

Die im FinR festgehaltenen Grundsätze der Organisation der PKSL sind zwar materiell teilweise unzulässig. Hingegen kann festgehalten werden,

dass die Flughöhe grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Es ist aber festzuhalten, dass sich die Stadt Luzern vom Gedanken, auf die Organisation der PKSL in einem weiteren Masse Einfluss zu nehmen, als durch die Regelung der Grundzüge im FinR verabschieden muss. Die Einflussnahme erfolgte und endete mit der Regelung der grundsätzlichen Organisation in der FinR.

Betreffend die Wahl und Zusammensetzung der Arbeitgebervertreter bestehen für die Stadt Luzern hingegen (ungeachtet ihres öffentlichen Charakters) die gleichen Möglichkeiten wie für jeden Arbeitgeber mit einer eigenen Vorsorgeeinrichtung. Insofern kann die Stadt Luzern auch Anforderungsprofile für ihre Arbeitgebervertreter in der PKOM erstellen. Anforderungsprofile oder Vorgaben für die Wahl der Arbeitnehmervertreter stehen der Stadt Luzern hingegen nicht zu, da diese Detailregelung in die Kompetenz des obersten Organs fällt.

1.3 Frage: *„Welche Regelungsmöglichkeiten bestehen für die Stadt Luzern bezüglich Wahl und Organisation der PKSL Organe? Wie sind die bestehenden Organisationsnormen vor diesem Hintergrund zu beurteilen (Art. 2 FinR und Art. 54 LOR)?“*

Antwort: Die Stadt Luzern darf die Organisation der PKSL nur in den Grundzügen regeln. Eine Festlegung von Bestimmungen über die Organisation der Organe der PKSL würde den zulässigen Rahmen von Art. 50 Abs. 2 BVG genauso sprengen, wie eine Regelung betreffend die Wahl der Arbeitnehmervertreter in der PKOM.

Die einzige diesbezügliche Kompetenz der Stadt Luzern besteht darin, die eigenen Arbeitgebervertreter in der PKOM zu bestimmen und in der FinR festzuhalten, wie die Beteiligung der angeschlossenen Arbeitgeber auf Seiten der Arbeitgebervertreter geregelt sein soll.

Die Regelung von Art. 2 Abs. 2 FinR verletzt den Grundsatz der Parität gleich in mehrfacher Hinsicht: (1.) Durch die Vorgabe der Anzahl Mitglieder der PKOM im Zusammenhang der Vorgabe der Wahl eines stimmberechtigten alterspensionierten Versicherten wird die erforderliche Mindestzahl von 50 Prozent der Arbeitnehmerstimmen verletzt; (2.) Selbst wenn das alterspensionierte Mitglied der PKOM kein Stimmrecht hätte, wäre die Parität dadurch verletzt, dass dem Präsidium, welches immer vom Stadtrat gewählt wird, bei Stimmgleichheit der Sticheentscheid zukommt; (3.) Die Stadt Luzern darf überhaupt keine einschränkenden Bestimmungen über die Wahl der Arbeitnehmervertreter erlassen.

Auch die Einflussnahme der Stadt Luzern auf die Wahl der Geschäftsführung der PKSL durch die PKOM ist unzulässig. Gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 1 LOR wählt die PKOM die Geschäftsführung auf Antrag des Stadtrats. Sinn und Zweck dieses Antragsrechts ist ganz offensichtlich die Geltendmachung des Einflusses der Stadt auf die operative Führung der PKSL. Vor dem Hintergrund der Gesamtverantwortung des obersten Organs für die Geschäfte der Vorsorgeeinrichtung und der Bezeichnung der Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen als nicht delegierbare Aufgaben des obersten Organs kann der Antrag des Stadtrats keine zwingende Wahlvorgabe sein, sondern höchstens eine unverbindliche Wahlempfehlung. Die PKOM ist an einen Antrag des Stadtrats zur Wahl der Geschäftsführung i.S.v. Art. 54 Abs. 2 LOR nicht gebunden. Die PKSL kann diese Bestimmung des eigenen Reglements im Übrigen auch gegen den Willen des Stadtrats revidieren

## 2. Arbeitgebervertretungen

2.1 Frage: *„Die Arbeitgebervertretungen haben die Aufgabe/Funktion die Interessen der Arbeitgeberin in das oberste Führungsorgan der PK einfließen zu lassen. Gleichzeitig unterliegen sie indes einer persönlichen Haftung (Art. 52 BVG). Was ergeben sich daraus für Rückschlüsse auf die Instruktion der Vertretungen durch die Arbeitgeberin? Ist die Situation unterschiedlich zu beurteilen, wenn die Arbeitgebervertretung gleichzeitig Arbeitnehmerin der Arbeitgeberin ist (hier: Vertretung der Dienstabteilung Personal)?»*

Antwort: Die Mitglieder des obersten Organs unterliegen einer sehr weitgehenden Schweigepflicht betreffend sämtliche Geschäftsvorfälle innerhalb der Vorsorgeeinrichtung, die nicht öffentlich bekannt sind oder deren Bekanntgabe nicht gesetzlich oder durch einen entsprechenden Entscheid des obersten Organs gerechtfertigt ist. Zudem widerspricht die Unabhängigkeit der Vorsorgeeinrichtung und deren obersten Organs vom Arbeitgeber grundsätzlich dem Gedanken, dass der Arbeitgeber seine Vertreter im obersten Organ betreffend Wahlen und Abstimmungen instruiert.

Zudem haften alle Mitglieder des obersten Organs gegenüber der Vorsorgeeinrichtung mit ihrem privaten Vermögen uneingeschränkt für den gesamten Schaden, welchen sie der Vorsorgeeinrichtung absichtlich oder fahrlässig zugefügt haben. Dies gilt auch für die Vertreter der Stadt Luzern in der PKOM gegenüber der PKSL. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser strengen solidarischen Haftung der Mitglieder der PKOM und der Tatsache, dass die Stadt Luzern für ihre Instruktion dieser Mitglieder keiner direkten Haftung gegenüber der PKSL unterliegt,

ist eine Instruktion unzulässig. Dies gilt unabhängig davon, ob das Mitglied der PKOM gleichzeitig Arbeitnehmende der Stadt ist.

2.2 Frage: *„Zusammensetzung der Arbeitgebervertretungen: Die angeschlossenen Betriebe (insgesamt 20 Betriebe) sind derzeit auf der Arbeitgeberseite nicht in der PKOM vertreten. Die angeschlossenen Betriebe sind nur durch Arbeitnehmer-Vertretungen vertreten. Mit der Auslagerung und Verselbständigung ehemaliger Dienstabteilungen (enl, vbl, viva) bilden indes die Versicherten der angeschlossenen Betriebe die Mehrheit gegenüber den Versicherten der Kernverwaltung der Stadt Luzern. Was gibt es für Best Practice Vorgaben bei der Zusammensetzung der Arbeitgebervertretungen? Könnte eine entsprechende Vorgabe (Bsp. Stadt Zürich Wahlkreise) von der Stadt Luzern vorgeschrieben werden oder würde eine solche Norm zum Regelungsbereich der PKSL/PKOM gehören?“*

Antwort: Die angemessene Vertretung der Sammel-/Gemeinschaftseinrichtung angeschlossenen Arbeitgeber im obersten Organ ist gesetzlich nicht vorgesehen. Der Entscheid, ob die angeschlossenen Arbeitgeber im obersten Organ angemessen vertreten sein sollen, obliegt der Vorsorgeeinrichtung selbst. Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen ist es durchaus denkbar, dass eine solche Regelung vom Gemeinwesen getroffen wird. Zwar kann einerseits argumentiert werden, dass es sich hierbei nicht mehr um eine Regelung der Grundzüge der Organisation handelt. Andererseits entscheidet der Arbeitgeber aber ohnehin selbstständig über die Regelung der Arbeitgebervertretung im obersten Organ.

In der Praxis sind ganz unterschiedliche Lösungen denkbar. Vor dem Hintergrund der tatsächlichen Anschlussverhältnisse der PKSL erscheint es als sinnvoll, wenn sich die Stadt Luzern hierzu Gedanken macht.

2.3 Frage: *„Welche Möglichkeiten und Instrumente gibt es zur Instruktion der Arbeitgebervertretungen (Best Practice)? Ist dazu eine Strategie zu formulieren analog der Eigenerstrategie bei den Beteiligungen?“*

Antwort: Eine Instruktion der Mitglieder des obersten Organs betreffend ihre Verhalten bei Wahlen und Abstimmungen widerspricht den Grundsätzen der paritätischen Verwaltung und der Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen vom Gemeinwesen. Insofern erübrigt sich eine Beantwortung der Fragen nach möglichen Instrumenten der Instruktion.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die von der Stadt Luzern gewählten Arbeitgebervertreter der PKOM selbstverständlich die Interessen der Stadt vertreten sollen. Gemessen werden sie in einem Haftungsfall

aber nicht an der Güte ihrer Arbeitgeberinteressenvertretung sondern daran, wie gut sie die Interessen der Vorsorgeeinrichtung vertreten haben.

Eine verbindliche Instruktion ist unzulässig, weil sie die Entscheidungsfreiheit des persönlich haftenden Mitglieds des obersten Organs einschränkt. Eine unverbindliche Klarstellung der Haltung der Stadt Luzern gegenüber ihren Vertretern bleibt hingegen zulässig. Dies kann auch im Rahmen einer formulierten Eignerstrategie erfolgen, selbst wenn die Stadt Luzern wirtschaftlich gesehen nicht als Eigner der PKSL bezeichnet werden kann.

### 3. Arbeitnehmervertretung

3.1 Frage: *„Wie ist die Rolle eines Pensioniertenvertreters in der PKOM im Kontext der neusten Rechtsprechung zu beurteilen (Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR)? Kann dieser weiterhin über ein Stimmrecht verfügen, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass in der PKOM derzeit eine Überparität zugunsten der Arbeitnehmer besteht, im Gegenzug das Präsidium fix und mit Stichentscheid versehen als Arbeitgebervertreter figuriert?“*

Antwort: Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil A-6435/2018 entschieden, dass ein Altersrentenbezüger einer Vorsorgeeinrichtung im obersten Organ dieser Vorsorgeeinrichtung nicht die Interessen der Arbeitnehmenden vertreten kann. Die Regelung in Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR, wonach ein Arbeitnehmervertreter ein alterspensionierter Versicherter der PKSL sein muss, verletzt diesen Gedanken.

Das in der PKSL alterspensionierte Mitglied des obersten Organs kann nur der Bedingung weiterhin über ein Stimmrecht verfügen, dass (1.) entweder die Arbeitnehmer einen zusätzlichen siebten Sitz zugesprochen erhalten und der „stimmberechtigte Rentnervertreter“ als siebter „Arbeitgebervertreter“ zählt; oder (2.) dass die Arbeitgeberseite (mithin die Stadt) nur noch über fünf Sitze verfügt und der „stimmberechtigte Rentnervertreter“ als sechster „Arbeitgebervertreter“ zählt, während die Arbeitnehmerseite ebenfalls über ihre bisherigen sechs Sitze verfügt.

Unabhängig von der Wahl einer der beiden vorstehenden Varianten muss auch die Regelung des Stichentscheids bei Stimmgleichheit angepasst werden (vgl. Antwort zu Fragen 1.3 vorstehend).

3.2 Frage: *„Darf es sein, dass Mitglieder der obersten Leitungsorgane (Verwaltungsräte oder Geschäftsleitung) der angeschlossenen Betriebe als Arbeitnehmervertreter Mitglied der PKOM sind oder widerspricht dies dem Prinzip der paritätischen Zusammensetzung?“*

Antwort: Die Stellung einer versicherten Person innerhalb der Organisation ihres Arbeitgebers entscheidet darüber, ob die Person als Arbeitnehmervertreter qualifizieren kann. Wenn eine Person die Willensbildung des Arbeitgebers wesentlich zu beeinflussen vermag, kann sie im obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung nicht die Interessen der Arbeitnehmenden vertreten.

Vor diesem Hintergrund ist es unzulässig, wenn Personen, die bei einem der PKSL angeschlossenen Arbeitgeber in einer Führungsfunktion angestellt sind, als Arbeitnehmervertreter in die PKOM gewählt werden. Ganz unabhängig von der Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens ist aber dennoch festzuhalten, dass es (vor dem Hintergrund der aktuellen Regelung in Art. 2 Abs. 2 FinR) für die der PKSL angeschlossenen Arbeitgeber heute gar keine andere Möglichkeit gibt, sich in die Entscheidungsfindung der PKOM zu involvieren.

#### 4. Regelungsbedarf

4.1 Frage: *„Wie sind FinR und LOR vor diesem Hintergrund (Frage 1 und 2) zu beurteilen? Gibt es zwingenden Revisionsbedarf und worin bestehen die Optimierungsmöglichkeiten?“*

Antwort: Wie bereits einleitend festgehalten, sind die nachfolgenden Antworten nicht abschliessend und erfordern bei Bedarf eine vertiefte Behandlung.

Ein zwingender Revisionsbedarf liegt bei folgenden Aspekten vor:

- Die Rentnervvertretung darf nicht zulasten der Arbeitnehmerseite gehen (Art. 2 Abs. 2 lit. a FinR);
- Die Regelung des Stichentscheid bei Stimmgleichheit ist Teil der paritätischen Vertretung und darf nicht zulasten der Arbeitnehmerseite gehen (Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR i.V.m. Art. 52 Abs. 2 LOR);
- Die Möglichkeit der Wahl einer externen Fachperson als Vertreter in der PKOM darf nicht auf die Arbeitgeberseite beschränkt sein (Art. 2 Abs. 2 lit. a und b FinR);
- Das Instruktionsrecht des Stadtrats gegenüber den Arbeitgebervertretern verletzt die erforderliche Unabhängigkeit des obersten Organs (Art. 2 Abs. 2 lit. b FinR);
- Das in Art. 54 Abs. 2 LOR festgehaltene Antragsrecht des Stadtrats betreffend die Wahl der Geschäftsführung durch die PKOM verletzt sowohl Art. 50 Abs. 2 BVG als auch die Unabhängigkeit der PKOM,

da die Wahl der Geschäftsführung gemäss Art. 51a Abs. 2 lit. j BVG eine unentziehbare Aufgabe des obersten Organs ist.

Optimierungsmöglichkeiten liegen insbesondere bei folgenden Aspekten vor:

- Die der PKSL angeschlossenen Arbeitgeber, welche einen Grossteil der Versicherten der PKSL auf sich vereinen, sollten an der Entscheidungsfindung der PKOM beteiligt werden;
- Die von der Stadt Luzern zugunsten der PKSL ausgesprochene Leistungsgarantie, welche zu einem grossen Teil Leistungen abdeckt, die schon durch den Sicherheitsfonds gedeckt sind, sollte überdacht werden.

4.2 Frage: *„Regelungsbereich PKOM: Gibt es eine Empfehlung für eine Struktur des Regelungsbereichs der PKOM? Ist eine Aufteilung in einzelne Reglemente zu den einzelnen Themen Leistung, Organisation sowie Wahlverfahren zu empfehlen? Wie ist die Abgrenzung zu einem nicht öffentlich publizierten Geschäftsreglement (Regelung der internen Abläufe) zu gestalten?“*

Antwort: Wie vorstehend bereits in der Antwort zu Frage 1.1. festgehalten, ist es aufgrund der Vorgaben zu diesem Gutachten nicht möglich, eine Handlungsempfehlung an den Stadtrat und die PKOM betreffend Inhalt und Form der berufsvorsorgerechtlichen Regulierung zu geben. Grundsätzlich erscheint es aber immer sinnvoll zu sein, umfangreichere und thematisch abgrenzbare Regulierungen in einem separaten Erlasse festzuhalten. Im konkreten Fall erscheint ein Trennung des Leistungsbereichs vom Organisationsbereich (inkl. Wahlen) sinnvoll zu sein.

Zu beachten ist aber, dass jeder Änderung der reglementarischen Grundlagen eine Prüfung durch die Aufsichtsbehörde nach sich zieht, was unter Umständen zeit- und kostenintensiv sein kann. Vor diesem Hintergrund machte es durchaus Sinn, diejenigen Regelungen, die von Bundesrechts wegen nicht zwingend auf Reglementstufe zu verankern sind, in einer internen Handlungsanweisung festzuhalten, welche nicht der Prüfungspflicht der Aufsichtsbehörde unterliegt. Wie die Abgrenzung zwischen Bestimmungen, welche reglementarisch festzuhalten sind, und solchen, die in einer internen Handlungsanweisung verankert werden können, vorzunehmen ist, ist bei Bedarf näher zu klären.

## 5. Selbständige unabhängige PKSL und Garantie der Stadt Luzern

5.1 Frage: *„Die Stadt Luzern hat die Aufgabe eine PK für ihre Mitarbeitenden zur Verfügung zu stellen. Welche Aufgaben erwachsen ihr daraus gegenüber der PKSL (vgl. Art. 9 der Organisationsverordnung: Personalvorsorge als Aufgabe der Finanzdirektion)? Ergeben ihr daraus Aufsichtsaufgaben? Wenn ja, wie ist die Abgrenzung zu den BVG-Aufsichtsorganen?“*

Antwort: Aus der grundsätzlichen Verpflichtung der Stadt Luzern, eine eigene Vorsorgeeinrichtung zu gründen oder sich einer solchen anzuschliessen, erwachsen der Stadt keine Aufsichtsaufgaben gegenüber der PKSL.

Für die Aufsicht über die PKSL ist einzig und alleine die zuständige Direktaufsichtsbehörde (ZBSA) zuständig. Die Tatsache, dass die Stadt Luzern in der eigenen Organisationsverordnung die Personalvorsorge als Aufgabe der Finanzdirektion umschreibt, ist für das Verhältnis der Stadt zur PKSL ohne jede Relevanz.

5.2 Frage: *„Derzeit übernimmt die Stadt eine Garantie für die Leistungen der PKSL (Art. 12 FinR). Sie hat sich indes dafür entschieden, die Finanzierung und nicht die Leistungen zu regeln. Wie ist dies zu beurteilen? Entspricht dies der Best Practice oder besteht Handlungs- bzw. Optimierungsbedarf?“*

Antwort: Die Tatsache, dass die Stadt Luzern eine Leistungsgarantie übernimmt und gleichzeitig die Finanzierung der PKSL regelt, ist nicht aussergewöhnlich. Viele Gemeinwesen haben sich dafür entschieden, die Finanzierungsseite ihrer öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtung zu regeln, selbst wenn sie die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung garantieren.

Zu beachten ist hingegen, dass eine Leistungsgarantie i.S.v. Art. 72c BVG nur bei Wahl des Teilkapitalisierungsverfahrens gesetzliche erforderlich ist. Eine freiwillige Leistungsgarantie trotz Vollkapitalisierungssystem auszusprechen ist eher ungewöhnlich. Die meisten Gemeinwesen wollten sich mit der Wahl des Vollkapitalisierungssystems (teilweise sogar trotz Unterdeckung) von dieser früheren Staatsgarantie (resp. direkten Leistungsverpflichtung) lösen.

Eine weitergehende Beurteilung dieses Aspektes kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht erfolgen.

5.3 Frage: *„Die Stadt Luzern regelt die Finanzierung, der PKSL obliegt die Regelung der Leistungen. Was ergeben sich aus dieser Trennung für Rechte und Pflichten der Stadt Luzern?“*

Antwort: Der Stadt Luzern als Gemeinwesen, welches für einen Teil der berufsvorsorgerechtlichen Regelung betreffend die PKSL zuständig ist, erwachsen aus der Regelung der Finanzierung der Grundzüge der Organisation keine weiteren Aufgaben als die Erfüllung der Verpflichtungen aus der FinR und dem LOR. Das Gleiche gilt für die Rente der Stadt Luzern aus der kommunalen Regelung.

Zu beachten ist aber, dass die Verpflichtungen der Stadt Luzern, welche im FinR festgehalten sind, von der Stadt nicht ohne weiteres geändert werden können. Diesbezüglich ist jeweils abzuklären, ob durch eine Änderung die Rechte der PKSL, der Versicherten und/oder der angeschlossenen Arbeitgeber beeinträchtigt werden resp., ob dies zu einem gesetzlichen Kündigungsrecht nach Art. 53f/BVG führt.

5.4 Frage: *„Darf eine Einschränkung der Garantie auf städtische Arbeitsverhältnisse erfolgen? (Keine Garantie für Leistungen der angeschlossenen Betriebe)?“*

Antwort: Da es sich bei der Leistungsgarantie i.S. von Art. 12 FinR um eine freiwillige Garantie handelt, erscheint es prima facie als nicht ausgeschlossen, dass die Stadt Luzern diese Garantieerklärung (auch nachträglich) auf Leistungen zugunsten der Arbeitnehmenden der Stadtverwaltung beschränkt. Zu beachten ist hierbei aber, dass eine solch nachträgliche Beschränkung wohl ein gesetzliches Kündigungsrecht nach Art. 53f/BVG auslöst. Vor einer diesbezüglichen Änderung erscheint es aber als angezeigt, weitere Abklärungen vorzunehmen.



Dr. iur. Erich Peter. LL.M.  
Rechtsanwalt