



Abteilung III

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 26 20
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. C-3444/2023
wev/sut/sut

Zwischenverfügung vom 6. November 2023

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),
Richterin Derrer Regina
Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiberin Tania Sutter.

In der Beschwerdesache

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Hans-Peter Stäger, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS),
Vorinstanz,

Gegenstand

Berufliche Vorsorge, Aufsichtsmassnahmen, Gutachten,
Verfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons
Zürich vom 12. Mai 2023,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

A.a Die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (nachfolgend: BVS oder Vorinstanz) hat mit Verfügung vom 12. Mai 2023 betreffend die A. _____ (nachfolgend: Vorsorgestiftung oder Beschwerdeführerin) als aufsichtsrechtliche Massnahme die Einholung eines externen Gutachtens zur Führungsverantwortung des Stiftungsrates bei der Vermögensanlage des Wertschriftenportfolios für die Jahre 2012 bis 2021 angeordnet (Ziff. I des Dispositivs); die B. _____ AG als externe Gutachterin mandatiert (Ziff. II des Dispositivs); die Vorsorgestiftung verpflichtet, der externen Gutachterin sämtliche zur Erfüllung ihres Mandates erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (Ziff. III des Dispositivs); die Kosten für das externe Gutachten von maximal Fr. 15'000.– der Vorsorgestiftung übertragen (Ziff. IV des Dispositivs) und ihr die Gebühr von Fr. 3'000.– auferlegt (Ziff. V des Dispositivs; Akten der BVS [BVS-act.] 55).

B.

B.a Die Vorsorgestiftung hat gegen diese Verfügung mit Eingabe vom 14. Juni 2023 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben und deren Aufhebung beantragt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat sie insbesondere um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie um uneingeschränkte Akteneinsicht in BVS-act. 4, 5 und 7 ersucht (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

B.b Der mit Zwischenverfügung vom 23. Juni 2023 bis zum 24. Juli 2023 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– ist am 27. Juni 2023 in der Gerichtskasse eingegangen (BVGer-act. 2 und 5).

B.c Die Vorinstanz hat mit beschränkter Vernehmlassung vom 6. Juli 2023 die Abweisung der genannten Verfahrensanhträge der Beschwerdeführerin beantragt, soweit darauf einzutreten sei (BVGer-act. 8).

B.d Mit Zwischenverfügung vom 14. Juli 2023 hat der Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutgeheissen. Des Weiteren hat er die Vorinstanz ersucht, bis zum 14. August 2023 dem Bundesverwaltungsgericht BVS-act. 4, 5 und 7 ohne Schwärzungen einzureichen und eine Stellungnahme dazu abzugeben, welche konkreten öffentlichen oder privaten Interessen involviert seien und weshalb sie die Geheimhaltung erfordern (BVGer-act. 9).

B.e Die Vorinstanz hat mit Stellungnahme vom 9. August 2023 dem Bundesverwaltungsgericht BVS-act. 4, 5 und 7 ungeschwärzt eingereicht und beantragt, der Beschwerdeführerin sei keine uneingeschränkte Akteneinsicht betreffend die genannten Akten zu gewähren (BVGer-act. 12).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) in Verbindung mit Art. 31 bis 33 VGG Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge. Da die Vorinstanz vorliegend in ihrer Funktion als BVG-Aufsichtsbehörde verfügt hat, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Bestimmungen des ATSG (SR 830.1) sind für den Bereich des BVG nicht anwendbar (Art. 2 ATSG *e contrario*).

1.3 Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung bildet das Gesuch der Beschwerdeführerin um uneingeschränkte Akteneinsicht in BVS-act. 4, 5 und 7.

2.

2.1 Das Akteneinsichtsrecht ist ein Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör im weiteren Sinne. Um in einem Justizverfahren zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können, bevor ein Entscheid gefällt wird, muss die von einer Verfügung betroffene Person vorweg auch in die massgeblichen Akten Einsicht nehmen können, was wiederum die korrekte Aktenführung durch die Behörde voraussetzt. Für hängige Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren ist das Akteneinsichtsrecht speziell in den Art. 26–28 VwVG geregelt (vgl. MOSER, et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, S. 211 Rz. 3.90).

2.2 In Art. 26 Abs. 1 VwVG wird der grundsätzliche Anspruch der Partei oder ihres Vertreters auf Akteneinsicht statuiert. Gemäss Art. 27 Abs. 1

VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Geheimhaltung erfordern (Bst. a); wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Bst. b); das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert (Bst. c). Art. 28 VwVG regelt schliesslich die Rechtsfolgen einer Verweigerung des Einsichtsrechts.

2.3 Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten eines Verfahrens, die für dieses erstellt oder beigezogen wurden bzw. alle verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Dazu gehören also auch beigezogene Akten der Vorinstanz und anderer Behörden. Das Recht auf Akteneinsicht besteht voraussetzungslos, d.h. es braucht kein besonderes Interesse dargetan zu werden; es ist auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache – nach Auffassung der Einsicht gewährenden Behörde vor Erlass der Verfügung oder des Urteils – nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die betreffenden Akten seien für den Ausgang des Verfahrens belanglos. Es muss vielmehr den Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (MOSER, et al., a.a.O., S. 212 Rz. 3.91 m.H.). Somit ist es auch nicht zulässig, einzelne Passagen eines Beweismittels zu schwärzen mit der Begründung, diese seien nicht entscheidungswesentlich. Das Schwärzen ist nur zulässig, wenn überwiegende Geheimhaltungsinteressen bestehen (MOSER, et al., a.a.O., S. 212 Fn. 504).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, auf Anfrage seien ihr die Telefonnotizen zu den Kontakten der Vorinstanz mit Herrn C._____, D._____, (D._____), lediglich mit teilweiser Schwärzung zugestellt worden (BVS-act. 4, 5 und 7). Jedoch sei für sie in keiner Weise ersichtlich, inwiefern eine Ausnahme vom Akteneinsichtsrecht bestehen solle (vgl. BVGer-act. 1 Rz. 44 ff.).

3.2 Die Vorinstanz macht im Wesentlichen geltend, zwischen dem Inhalt der angefochtenen Verfügung betreffend Anordnung eines externen Gutachtens und dem Inhalt der geschwärzten Teile in BVS-act. 4, 5 und 7 bestehe keine Verknüpfung, sodass die geschwärzten Textpassagen keine

Relevanz für die verfügungsweise (strittige) Anordnung eines externen Gutachtens hätten. Es liege eine Ausnahme gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG vor, da Persönlichkeitsrechte von privaten Dritten berührt seien. Des Weiteren sei die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts der Beschwerdeführerin verhältnismässig, zumal nicht die Einsicht in die drei Aktenstücke per se verweigert werde, sondern lediglich betreffend einzelne Passagen, die einen geheimhaltungswürdigen Inhalt aufweisen würden (vgl. BVGer-act. 12).

4.

Im Folgenden ist im Einzelnen zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin die Einsicht in die geschwärzten Passagen verweigert werden darf.

4.1 Aus der Telefonnotiz vom 7. Mai 2019 (BVS-act. 4) geht hervor, dass die Vorinstanz bei der Prüfung der ALM-Studie der D._____ festgestellt habe, dass es sich um eine Standardstudie handle und auf die konkret gestellten Fragen nicht eingegangen worden sei. In der Folge wurden telefonisch Fragen an Herrn C._____, D._____, gestellt.

4.1.1 Hinsichtlich der geschwärzten Passagen in BVS-act. 4 (Abschnitt «Frage», drittes und viertes Lemma) führt die Vorinstanz aus, die an diesem Telefongespräch zu stellenden Fragen seien vorbereitend und intern als Schema erstellt worden. Die geschwärzten Stellen seien inhaltlich hypothetischer Art und seien nicht näher zur Sprache gekommen bzw. seien mit einer bejahenden Antwort auf die Vorfrage obsolet geworden. Sie würden einzig das Verhalten der D._____ betreffen, die ein wesentliches, privates Geschäftsinteresse daran habe, dass sie nicht öffentlich seien. Aussagen zur Beschwerdeführerin seien darin nicht enthalten (BVGer-act. 12 Rz. 4).

4.1.2 BVS-act. 4, drittes Lemma, enthält eine Überlegung seitens der Vorinstanz zur Ausgestaltung ihres Verhältnisses zur D._____ in Bezug auf künftige Studien. Dadurch wird einzig das Geschäftsinteresse der D._____ tangiert, weshalb ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zu bejahen und die Akteneinsicht in diesem Punkt zu verweigern ist.

4.1.3 Hingegen enthält BVS-act. 4, viertes Lemma, Hinweise zur vorinstanzlichen Beurteilung der von der D._____ verfassten ALM-Studie betreffend die Beschwerdeführerin. Auch wenn dieser Punkt obsolet geworden ist, enthält er implizit eine Würdigung des die Beschwerdeführerin betreffenden Studienergebnisses. Ein überwiegendes

Geheimhaltungsinteresse ist nicht ersichtlich. Das BVS-act. 4, viertes Lemma, ist der Beschwerdeführerin folglich offenzulegen.

4.2 Am 17. Juni 2019 hat ein weiteres Telefonat zwischen der Vorinstanz und Herrn C._____, D._____, stattgefunden (BVS-act. 5).

4.2.1 Mit Bezug auf die drei geschwärzten Passagen in diesem Dokument führt die Vorinstanz aus, anlässlich dieses Gesprächs seien auch interne Prozesse und Zuständigkeiten bei der E._____ AG zum Themenbereich ALM-Studien erfragt worden. Die Aussagen würden sich auf Internas der D._____ als Drittperson über das grundsätzliche Vorgehen zur Erstellung von ALM-Studien sowie auf eine kurze Ersteinschätzung der Vorinstanz zu den dannzumal gemachten Erfahrungen mit ihr beziehen. Die geschwärzten Stellen würden wesentliche, private Geschäftsinteressen einer Drittperson betreffen, die nicht öffentlich sein können (BVGer-act. 12 Rz. 5).

4.2.2 Die erste geschwärzte Passage in BVS-act. 5 (S. 1, vierter Abschnitt) enthält grundsätzliche Angaben zum organisatorischen Vorgehen der D._____ bei der Erstellung von ALM-Studien sowie die Mitteilung des grundsätzlichen Interesses, solche Studien zu erstellen. Der erste Satz beinhaltet die entsprechende Einleitungsfrage seitens der Vorinstanz an Herrn C._____ und weist keinen Geheimnischarakter auf, weshalb dieser Satz der Beschwerdeführerin offenzulegen ist. Der restliche Abschnitt beinhaltet die Antwort von Herrn C._____ und betrifft die interne Organisation der E._____ im Zusammenhang mit der Erstellung von ALM-Studien. Damit sind private Geschäftsinteressen tangiert, die geheimhaltungswürdig und daher nicht offenzulegen sind.

4.2.3 In der zweiten geschwärzten Passage in BVS-act. 5 (S. 2, fünfter Abschnitt) äussert sich die Vorinstanz zur Ausgestaltung ihres Verhältnisses zur D._____ im Allgemeinen sowie insbesondere in Bezug auf künftige Studien. Dadurch wird einzig das Geschäftsinteresse der D._____ tangiert, weshalb ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zu bejahen und die Akteneinsicht in diesem Punkt zu verweigern ist.

4.2.4 Die dritte geschwärzte Passage in BVS-act. 5 (S. 2, letzter Abschnitt) beinhaltet eine Notiz der Vorinstanz zum weiteren Vorgehen. Der erste Satz betrifft das weitere Vorgehen in Bezug auf die Beschwerdeführerin, der zweite Satz dasjenige in Bezug auf die D._____. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese beiden Sätze die Geheimhaltung erfordern würden,

zumal sie auch im Kontext mit dem gesamten Dokument stehen. Die dritte geschwärzte Passage in BVS-act. 5 ist folglich der Beschwerdeführerin offenzulegen.

4.3 Am 21. November 2019 fand erneut ein Telefonat mit Herrn C._____, D._____, statt (BVS-act. 7).

4.3.1 Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, die geschwärzte Stelle betreffe einen früheren, kurzen telefonischen Kontakt der Vorinstanz mit der D._____ über die Nachbesserung der eingereichten ALM-Studie, weil der ursprüngliche Auftrag wegen Nicht-Beantwortung der konkreten Fragestellungen noch nicht erfüllt gewesen sei. Es sei dabei einzig um das gezeigte Verhalten der D._____ sowie um das weitere Vorgehen gegangen, ohne dass eine materiell-inhaltliche Diskussion über die Beschwerdeführerin geführt worden sei. Für die Beschwerdeführerin sei nicht von Relevanz, wie dieses frühere Telefongespräch stattgefunden habe. Wiederum handle es sich um wesentliche, private Geschäftsinteressen einer Drittperson (BVGer-act. 12 Rz. 6).

4.3.2 Die geschwärzte Passage in BVS-act. 7 (erster Abschnitt) handelt von der Nachbesserung der ALM-Studie betreffend die Beschwerdeführerin. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dadurch ein privates Geschäftsinteresse einer Drittperson betroffen sein soll. Hinzu kommt, dass es der Beschwerdeführerin zu überlassen ist, die Relevanz der in dieser geschwärzten Passage enthaltenen Tatsachen zu beurteilen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um uneingeschränkte Akteneinsicht wird teilweise gutgeheissen. Die Akten BVS-act. 4, 5 und 7 werden nach Eintritt der Rechtskraft dieser Zwischenverfügung der Beschwerdeführerin wie folgt offengelegt:

- In BVS-act. 4 wird unter dem Abschnitt «Frage» einzig das dritte Lemma geschwärzt. Im Übrigen wird das Dokument offengelegt.
- In BVS-act. 5 wird auf Seite 1 der vierte Abschnitt – mit Ausnahme des ersten Satzes – geschwärzt. Auf Seite 2 wird der fünfte Abschnitt ebenfalls geschwärzt. Im Übrigen wird das Dokument offengelegt.
- BVS-act. 7 wird uneingeschränkt offengelegt.

2.

Die Kosten verbleiben bei der Hauptsache.

3.

Diese Verfügung geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Weiss

Tania Sutter

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: