

## Abschluss und Kündigung des Anschlussvertrags

# Welche Sorgfaltspflichten müssen die Akteure beachten?

Das Bundesgericht urteilte in BGE 146 V 169, dass die Kündigung des Anschlussvertrags nach Art. 11 Abs. 3<sup>bis</sup> BVG ein echtes Mitbestimmungserfordernis enthält und die vorgängige und ausdrückliche Zustimmung des Personals verlangt. Fehlt sie, ist die Kündigung des Anschlussvertrags ungültig. Das Zustimmungserfordernis gilt für den Neu- oder Wiederanschluss an eine Vorsorgeeinrichtung.

## IN KÜRZE

Das in Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3<sup>bis</sup> BVG statuierte Mitbestimmungsrecht findet grundsätzlich nur auf private Arbeitgeber Anwendung. Dem Personal öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber kommt lediglich ein Anhörungsrecht zu.

Das Zustimmungserfordernis der Arbeitnehmer ist nebst Art. 11 Abs. 3<sup>bis</sup> BVG auch im Mitwirkungsgesetz<sup>1</sup> verankert. Deshalb sind auch dessen Bestimmungen zu beachten. Das Mitwirkungsrecht umfasst das Recht auf (kollektive) Information, Anhörung und Mitbestimmung. Im Rahmen des Anspruchs auf rechtzeitige und umfassende Information<sup>2</sup> hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung (oder den Mitarbeitenden bei Fehlen einer solchen) die notwendigen Entscheidungskriterien zu unterbreiten.

Streitig und vom Bundesgericht noch nicht geklärt ist die Frage, ob auch die Kündigung von Anschlusswechsellern überobligatorischen Vorsorge zustimmungsbedürftig ist, da die Bestimmungen von Art. 11 Abs. 2 und 3<sup>bis</sup> BVG im Katalog von Art. 49 Abs. 2 BVG und Art. 89a Abs. 6 ZGB nicht enthalten sind. Dennoch spricht sich ein Teil der Lehre infolge des einheitlichen Anschlussverhältnisses mit guten Gründen auch bei umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen für das Zustimmungserfordernis bei Anschlusswechsellern aus.<sup>4</sup>

## Information des Personals

Das Bundesgericht verlangt angesichts des komplexen und vielschichtigen Prozesses eines Anschlusswechsels eine sorgfältige Analyse und Strukturierung der Situation und der Information.<sup>3</sup> Zur notwendigen Information gehören insbesondere die Orientierung über die Gründe des Wechsels sowie eine vergleichende Darstellung der bisherigen und der neuen Vorsorgesituation, ferner weitere laufende Angaben, je nach Verlauf. Die Information muss frühzeitig ergehen, damit sie verarbeitet und seitens der Betroffenen die notwendigen Abklärungen getroffen werden können.



**Elisabeth Glättli**

Dr. iur., Rechtsanwältin,  
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht,  
glättli partner

<sup>1</sup> MitwG, SR 822.14, Art. 10 lit. d.

<sup>2</sup> BGE 146 V 169 E. 4.3, vgl. auch Art. 9 MitwG.

<sup>3</sup> BGE 146 V 169 E. 4.3.

<sup>4</sup> Vgl. etwa ASIP: Fachmitteilung Nr. 122: Mitbestimmung des Personals beim Wechsel der Vorsorgeeinrichtung; Hürzeler/Biaggi: Mitbestimmung des Personals beim Wechsel der Vorsorgeeinrichtung, [sui-generis.ch/161](http://sui-generis.ch/161), N 22; Oliver M. Peter: «Abwicklungsstörungen» beim Wechsel des Berufsvorsorgeträgers, SZS 2018, 87; Peter Rösler: Die Mitbestimmung des Personals, SPV 4/2012, S. 3; Schneider: l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance professionnelle, SZS 2018 473; a. A. Wyler, in: Schneider/Geiser/Gächter, BVG und FZG, 2.A. 2019, Art. 11 BVG N 23; Troillet/Mouillet: Welche Mitwirkungsrechte haben die Arbeitnehmer? SPV 02/20, S. 101; Vetter-Schreiber: BVG/FZG Kommentar, 3. A. 2013, Art. 11 BVG N 11. Bei gesplitteten Vorsorgelösungen mit separater Führung der obligatorischen und überobligatorischen Vorsorge ist eine Zustimmung nicht erforderlich; ein freiwilliger Einbezug ist indes ohne weiteres möglich (vgl. auch Peter, a.a.O., 88 FN 26).

Nicht geklärt ist im Weiteren, ob als Personal alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten oder lediglich diejenigen, die bis anhin bei der Vorsorgeeinrichtung versichert waren. Zwar haben nur diese ein aktuelles Interesse. Umgekehrt ist nicht auszuschliessen, dass auch diejenigen, die zur Zeit des Anschlusswechsels nicht aktuell versichert sind, in Zukunft etwa bei einer Erhöhung des Lohns oder des Beschäftigungsumfangs der Vorsorgeeinrichtung angeschlossen wären. Schliesslich fragt sich, ob auch diejenigen Versicherten, welche die Versicherung beim Arbeitgeber extern weiterführen (Art. 47a BVG), zum zustimmungsberechtigten Personal gehören, obwohl sie nicht mehr Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer sind. Nach Art. 47a Abs. 5 BVG sind diese gleichberechtigt wie die im gleichen Kollektiv aufgrund eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Versicherten. Auch für die externen Versicherten hätte jedoch zu gelten, dass sie ihre Rechte lediglich im Kollektiv der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltend machen können. Das heisst, dass im Falle einer Arbeitnehmervertretung deren Entscheidung massgebend ist und dass bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung ihre Stimme im Rahmen des Mehrheitsentscheids durch das Personal berücksichtigt wird.

### Anhörung und Entscheid des Personals

Allfällige Stellungnahmen der Arbeitnehmerschaft muss der Arbeitgeber zur Kenntnis nehmen. Da eine gemeinsame Entscheidung des Personals und der Arbeitgeber erforderlich ist, kann sich auch ein fortlaufender Prozess mit wechselseitigen Meinungsäusserungen ergeben.

Zustimmungsberechtigt ist das gesamte Personal des Arbeitgebers. Die Rentenbeziehenden gehören nicht zum Personal. Es handelt sich um einen kollektiven Anspruch. Die entsprechenden Rechte werden von den Arbeitnehmervertretungen im dafür vorgesehenen Verfahren oder, wo eine solche fehlt, der Arbeitnehmerschaft als Ganzes ausgeübt. Der Entscheid ergeht als Mehrheitsentscheid. Besteht keine Arbeitnehmervertretung haben sich die Arbeitnehmenden zu organisieren und einen

entsprechenden Entscheid zu fällen<sup>5</sup> oder gegebenenfalls schriftlich darüber abzustimmen. Ein einfacher Mehrheitsentscheid genügt. Ist im Anschlussvertrag vorgesehen, dass die Rentenbezüger bei der Auflösung des Anschlussvertrags die bisherige Vorsorgeeinrichtung verlassen, ist auch dafür die Zustimmung des Personals erforderlich.<sup>6</sup>

### Sorgfaltspflichten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muss die für den Entscheid erforderliche Information aufbereiten und dem Personal zur Verfügung stellen. Allfällige Stellungnahmen der Arbeitnehmerschaft hat der Arbeitgeber zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls im weiteren Prozess zu berücksichtigen. Die für den Zustimmungsprozess notwendige Vorlaufzeit muss einkalkuliert werden. Im Falle des gesetzlichen Kündigungsrechts von Art. 53f BVG beträgt die Zeit für die Information und Zustimmung letztlich lediglich fünf Monate, was nach Bundesgericht zwar eine beträchtliche Herausforderung darstellen kann, eine Beschneidung der Mitbestimmungsrechte jedoch nicht rechtfertigen würde. Die sechsmonatige Frist soll auch bei der allfälligen Bestellung eines Schiedsrichters nach Art. 11 Abs. 3ter BVG gelten,<sup>7</sup> was die Anforderungen an die Planung eines straffen Informations- und Meinungsbildungsprozesses erheblich erhöht, da bis zur Bestellung des Schiedsrichters möglicherweise schon einige Zeit verstrichen ist.

Die Zustimmung des Personals oder der Arbeitnehmervertretung hat im Rahmen einer gültigen Abstimmung zu ergehen und soll dokumentiert werden (z. B. Protokoll der Arbeitnehmervertretung oder einer Mitarbeitendenversammlung). Besonderheiten des Anschlusses, dem zugestimmt wurde, sind – wo nicht klar oder besonders zustimmungsbedürftig – im Zustimmungsbeschluss festzuhalten. Mit Vorteil sollte der Arbeitgeber auch die gewährte Information sowie den Prozess in zeitlicher und sachlicher Hinsicht dokumentieren.

<sup>5</sup> Wyler, a.a.O., Art. 11 BVG N 13 m.H. auf BGer, 31. Mai 2011, 4A\_173/2011, E. 4.2.

<sup>6</sup> Stauffer: Berufliche Vorsorge, 3.A. 2019, N 1790.

<sup>7</sup> Wyler, a.a.O., Art. 11 BVG N 17.

Können sich der Arbeitgeber und die Mitarbeitenden nicht einigen, entscheidet ein neutraler Schiedsrichter, der im gegenseitigen Einverständnis oder, bei Uneinigkeit, von der Aufsichtsbehörde bezeichnet wird (Art. 11 Abs. 3ter BVG). Der Schiedsspruch hat die Wirkung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids (Art. 387 ZPO).

### Sorgfaltspflichten der abgebenden und aufnehmenden Vorsorgeeinrichtung

Die abgebende Vorsorgeeinrichtung hat sich zu vergewissern, ob auch das Personal der Kündigung zugestimmt hat. Die Zustimmung des Personals ist gleich wichtig wie diejenige des Arbeitgebers. Bei dieser Prüfung durch die abgebende Vorsorgeeinrichtung kann es nicht darum gehen, dass diese im Einzelnen die Richtigkeit und Vollständigkeit der Information des Arbeitgebers nachprüft, sondern darum, dass sie sich im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung vergewissert, dass die Zustimmung auf einem ordnungsgemässen Prozess basiert. Dafür soll sich die Vorsorgeeinrichtung das von den verantwortlichen Personen unterzeichnete Protokoll über die Abstimmung geben lassen (Arbeitnehmervertretung/verantwortliche Personen für die Durchführung der Abstimmung). In diesem Protokoll sollen auch die wichtigsten Eckpunkte des Entscheidprozesses (Datum erstmalige Information, Datum/Dauer eines allfälligen Meinungsaustausches/Abklärungen, Datum/Art der durchgeführten Abstimmung mit Ergebnis) vermerkt sein. Alternativ dürfte auch genügen, dass der Arbeitgeber bestätigt, die Mitarbeitenden rechtzeitig und sachgerecht informiert und angehört zu haben, und auf der Bestätigung die Art der Zustimmung (mündlich, schriftlich, elektronisch) sowie das Abstimmungsergebnis vermerkt. Pro memoria sei erwähnt, dass, wenn die Rentenbezüger gemäss bisherigem Anschlussvertrag die Vorsorgeeinrichtung verlassen, der Anschlussvertrag erst aufgelöst werden kann, wenn eine neue Vorsorgeeinrichtung schriftlich bestätigt hat, dass sie diese Personen zu den gleichen Bedingungen übernimmt.

Die aufnehmende Vorsorgeeinrichtung hat sich in gleicher Weise zu vergewissern, ob die Mehrheit des Personals dem Anschluss zugestimmt hat. Es gilt

dabei das Gleiche wie für die Sorgfaltspflicht der abgebenden Vorsorgeeinrichtung. Bei Anschlusswechsel kommt der neuen Vorsorgeeinrichtung eine Überprüfungspflicht hinsichtlich der gültigen Kündigung des bisherigen Anschlussvertrags und der Zustimmung des Personals zum Neuanschluss zu.<sup>8</sup>

#### Rechtswege bei Verletzung der Mitwirkungspflichten

Der Rechtsweg bei nicht gewährter Mitwirkung richtet sich nach Art. 15 MitwG oder Art. 73 BVG, je nachdem ob sich die Klage gegen den Arbeitgeber richtet und auf die Gewährung der Mitwirkung oder ob sie sich gegen die Vorsorgeeinrichtung und die vorsorgerech-

<sup>8</sup> Stauffer, a.a.O., N 1775.

lichen Folgen einer Kündigung des Anschlussvertrags richtet. Erachtet eine Kasse eine Kündigung als nicht gültig, kann dies im Rahmen einer Beschwerde auf Durchführung der Teilliquidation bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden. Umgekehrt kann im Rahmen einer Beschwerde gegen die angeordnete Teilliquidation auch die infolge fehlender Mitwirkung ungültige Kündigung und zu Unrecht veranlasste Teilliquidation gerügt werden.

#### Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen

Das in Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3<sup>bis</sup> BVG statuierte Mitbestimmungsrecht findet grundsätzlich nur auf private Arbeitgeber Anwendung (BGE 135 I 28 E. 5.2; vgl. auch Art. 1 MitwG). Dem

Personal öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber kommt lediglich ein Anhörungsrecht zu.<sup>9</sup> Ein Teil der Lehre befürwortet ein Mitbestimmungsrecht des Personals, wenn der Arbeitgeber über keine eigene in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung zur Durchführung der Versicherung verfügt und seiner Vorsorgepflicht mittels Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nachkommt.<sup>10</sup> |

<sup>9</sup> Stauffer, a.a.O., N 1777.

<sup>10</sup> Kuhn: Der Einfluss des Vergaberechts auf den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung, Jusletter 12. Juni 2017, S. 3 f. Ziff. I.2.1.; Peter, a.a.O., S. 85 f.; Rösler, SPV/2012 S. 40; Hürzeler/Caderas, SPV 6/2018, S. 97.

# AUCH FÜR STYFTUNGEN:

# ANLAGESPEZIALISTEN, DIE STRATEGISCHES DENKEN MIT SOLIDEM SCHWYZER HANDWERK VERBINDEN.

**ANLAGEBANK, SCHWYZER ART:  
UNABHÄNGIG, WEITSICHTIG, INTEGER.**