*Evelyne Burk, Véronique Manavi, Markus Vischer**

Übertragung des Sammelstiftungsgeschäftes der Providentia

Ein Fallbeispiel (2. Teil)

Nachdem im ersten Teil des Artikels (ST 1–2/04, S. 59) der Markt und der Prozess vorgestellt worden sind, wird im zweiten Teil auf die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und den durchgeführten Transfer eingegangen. Im zweiten Teil der Case Study wird beschrieben, wie die Transaktion juristisch abgewickelt worden ist. Es wird aufgezeigt, wie es zur gewählten Lösung gekommen ist und welches die juristischen Implikationen waren.

1. Resultat der Übertragung

1.1 Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

1.1.1 Einleitung

Bevor auf die eigentliche Darstellung der Trennung der Mobiliar vom Sammelstiftungsgeschäft eingegangen werden kann, ist zunächst eine Analyse der Situation und insbesondere der juristischen Beziehungen zwischen der Sammelstiftung und dem Lebensversicherer vonnöten. Es handelt sich sowohl beim Lebensversicherer als auch bei der Sammelstiftung, rechtlich betrachtet, um zwei verschiedene juristische Personen. Die enge Verflechtung zwischen den beiden ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass der Lebensversicherer als Stifter der Sammelstiftung aufgetreten ist und ihm Stiftungsurkunde oder Reglement gewisse Rechte verleihen. Diese Rechte variieren von einer Sammelstiftung zur anderen. In der Regel bestehen sie jedoch hauptsächlich darin, dem Lebensversicherer die Kontrolle über die Sammelstiftung zu ermöglichen, indem ihm zum Beispiel das Recht verliehen wird, den Stiftungsrat zu ernennen. Ferner folgt die enge Verflechtung zwischen Sammelstiftung und Lebensversicherer aus verschiedenen ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Verträgen. Als Beispiel könnte man hierfür den bereits im ersten Teil erwähnten Verwaltungsvertrag aufführen oder die von der Sammelstiftung beim Lebensversicherer abgeschlossenen Versicherungsverträge.



Evelyne Burk, lic.iur., LL.M., Rechtsanwältin, Leiterin Management Partnerbeziehungen, Providentia, Nyon/VD
evelyne.burk@providentia.ch

Die Mobiliar hat verschiedene Möglichkeiten zur Trennung vom Sammelstiftungsgeschäft mit Übergang auf einen Partner näher untersucht. In Frage kamen für sie insbesondere die Rechtsinstitute der Fusion durch Absorption, des «Stifterwechsels» [1] sowie der Beendigung der Anschlussverträge mit Neuanschluss bei einer Partner-Stiftung. Voraussetzung ist bei der letzten Methode jedoch, dass sie mit einer Fusion, einem «Stifterwechsel» oder einer Liquidation verbunden und abgeschlossen wird. Einzelheiten zu diesen verschiedenen Rechtsinstituten werden nachfolgend erläutert.

All diesen Möglichkeiten gemein ist es, dass sie nicht automatisch zu einem Ende sämtlicher vertraglicher Beziehungen, wie zum Beispiel dem Verwaltungs- oder dem Versicherungsvertrag zwischen Sammelstiftung und Lebensversicherer, führen. Hierzu müssen in jedem Fall noch parallele Vereinbarungen zwischen Sammelstiftung und Lebensversicherer zur Beendigung sämtlicher Verträge getroffen werden. Auf diesen Aspekt wird nachfolgend jedoch nicht näher eingegangen, da hierbei die allgemeinen rechtlichen Regeln

*Mitautoren:

Patrick Graf, Michael Knoll,
PricewaterhouseCoopers, Zürich

zur Beendigung von Vertragsverhältnissen zur Anwendung kommen. Es sei nur darauf hingewiesen, dass diesem Punkt in der Praxis rechtzeitig Beachtung zu schenken ist, da er in Koordination mit dem Partner zu erfolgen hat, um eine lückenlose Versorgung der Bedürfnisse der Sammelstiftung sicherzustellen. Es muss also dafür gesorgt werden, dass die Sammelstiftung die entsprechenden Verträge rechtzeitig mit dem Partner neu abschliesst.

1.1.2 Ausgewählte Möglichkeiten der Trennung vom Sammelstiftungsgeschäft mit Übertrag auf einen Partner

1.1.2.1 Fusion durch Absorption

Darstellung

Unter der Fusion «als Form einer Unternehmensverbindung versteht man betriebswirtschaftlich die völlige Verschmelzung von zwei oder mehreren Unternehmungen zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit [2].»

Juristisch betrachtet liegt dabei eine Universalsukzession vor. Die Aktiven und Passiven der betroffenen Unternehmen gehen kraft Gesetzes und ohne Beachtung der für die Übertragung der einzelnen Vermögenswerte notwendigen Formvorschriften über [3]. Eine explizite gesetzliche Regelung zur Fusion von Stiftungen findet sich erst im Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG), welches noch nicht in Kraft getreten ist. Dort gibt es sogar spezielle Regeln zur Fusion zweier Vorsorgeeinrichtungen [4]. Jedoch hat das Bundesgericht bereits mit Urteil vom 14. Dezember 1989 die Zulässigkeit der Fusion zweier Stiftungen bejaht [5]. Der Zulässigkeit der Fusion der Sammelstiftung mit einer Partner-Stiftung steht deshalb vom Grundsatz her nichts im Wege.

Bei der Fusion durch Absorption schliesst die Sammelstiftung mit der Partner-Stiftung einen Fusionsvertrag. Dieser Vertrag muss von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt werden [6]. Im Rahmen dieser Genehmigung wird unter anderem überprüft, ob die Fusion keine wohlerworbenen Rechte der Versicherten verletzt [7].

In der Folge geht die Sammelstiftung in der Partner-Stiftung auf. Die Sammelstiftung wird aufgehoben und aus dem Register für berufliche Vorsorge sowie dem Handelsregister gelöscht.

Im Rahmen der oben erwähnten Universalsukzession tritt die absorbierende Partner-Stiftung in die Rechtsstellung der absorbierten Sammelstiftung ein. Damit gehen auch die bestehenden Verträge der Sammelstiftung auf die Partner-Stiftung über [8]. Bei einer Fusion entsteht nicht automatisch ein besonderes Kündigungsrecht der Vertragspartner [9]. Dies ist im Hinblick auf zwei Aspekte von Bedeutung. Zum einen werden die zwischen dem Lebensversicherer und der Sammelstiftung bestehenden Verträge nicht automatisch beendet. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit im Bereich der beruflichen Vorsorge eine Sonderregelung für die Anschlussverträge der Unternehmen besteht. Bei diesen Verträgen handelt es sich um die Grundlage der Beziehung zwischen Sammelstiftung und Unternehmen. Ein solcher Vertrag wird von Rechtsprechung und Lehre als Innominatvertrag eingeordnet [10] und untersteht den allgemeinen Regeln des *Obligationenrechts (OR)*, wobei eine analoge Anwendung gewisser Bestimmungen des *Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG)* als Spezialgesetz zum OR möglich ist [11]. Der Anschlussvertrag selbst könnte demnach bereits ein Kündigungsrecht für den Fall der Fusion der Sammelstiftung vorsehen. Liegt eine solche Sondervereinbarung nicht vor, so erscheint es jedoch fraglich, von der Grundstruktur der Funktionsweise einer Fusion nur aus dem Grunde abzuweichen, dass es sich um den äusserst sensiblen Bereich der beruflichen Vorsorge handelt. Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht und in der Literatur findet sich allenfalls die Empfehlung, den *«Destinatären … gegebenenfalls das Recht einzuräumen, … das Vorsorgekapital auf eine andere Vorsorgeeinrichtung überweisen zu lassen* [12].» Ein zwingendes Kündigungsrecht wird nicht postuliert. Mit einem solchen Kündigungsrecht würde man jedoch dem Anschlussvertrag im Bereich der beruflichen Vorsorge einen höheren Stellenwert zukommen lassen als Verträgen aus allen anderen Bereichen, was kaum gerechtfertigt erscheint. Zudem kommt als zusätzlicher Schutzmechanismus im Bereich der beruflichen Vorsorge noch die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde als Kennerin der Materie zum Tragen. Diese wacht ganz speziell darüber, dass keine Benachteiligung der Versicherten stattfindet. Mit diesem zusätzlichen Sicherheitsmechanismus versehen, gibt es keinen Grund, im Falle von Fusionen unter Vorsorgeeinrichtungen ein ausserordentliches Kündigungsrecht für die angeschlossenen Arbeitgeber vorzusehen. In der Praxis ist es jedoch unausweichlich, diesen Punkt mit der zuständigen Aufsichtsbehörde zu diskutieren, welche ihrerseits eine abweichende Meinung vertreten kann.



Véronique Manavi, lic. iur., Rechtsanwältin, Geschäftsführerin Providentia Sammelstiftungen, Nyon/VD
veronique.manavi@providentia.ch

Vor- und Nachteile der Methode

Eine Besonderheit der Fusion ist die enge Einbeziehung der Aufsichtsbehörde. Dies kann von grossem Vorteil sein, da so beide Sammelstiftungen von der Fachkompetenz der Behörde profitieren können. Jedoch stellt dieser Umstand auch einen Faktor der Unsicherheit im Hinblick auf die Abwicklungsdauer dar: Letztere hängt von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde ab und kann durch die beiden Partner damit nicht beeinflusst werden.

Von Nachteil ist, dass das an die Sammelstiftung angeschlossene Unternehmen in dem ganzen Geschehen eine passive Rolle spielt. Es sollte zwar zeit-

nah und ausführlich über das Geschehen informiert werden, jedoch kommt ihm keine Einflussnahmemöglichkeit zu. Daher ist das Risiko, dass das angeschlossene Unternehmen nach vollzogener Fusion so bald als möglich seinen Anschlussvertrag kündigt, recht hoch.

Für die absorbierende Partner-Stiftung ist es insofern von Nachteil, dass die Anschlussverträge direkt auf sie übergehen, als sie dadurch verpflichtet wird, die Vorsorgepläne der Sammelstiftung genau abzubilden. Dies kann für manche Sammelstiftungen, die mit vollkommen anderen Plänen arbeiten, z. B. aus EDV-Gründen, sehr schwierig sein.

1.1.2.2 «Stifterwechsel»

Darstellung

Den Ausführungen zum Inhalt der Methode des «Stifterwechsels» muss zunächst eine Erläuterung des Begriffs als solchem vorangestellt werden. Es wird dabei nicht, wie es der Wortlaut nahe legt, der Stifter ausgewechselt. Vielmehr bleibt der Stifter als historische Person, welche am Beginn der Stiftung stand und diese gemäss Art. 80 f. ZGB gegründet und mit einem Stiftungszweck versehen hat, auch weiterhin bestehen. Dieser historische Akt der Stiftungsgründung und Widmung kann nicht einfach annulliert werden. Der Stifter als solcher bleibt also unangetastet. Aus diesem Grund wird vorliegend der Begriff «Stifterwechsel» auch mit Anführungszeichen versehen.

Bei der Durchführung eines «Stifterwechsels» wird der Name des Stifters aus allen Stiftungsdokumenten gestrichen. Sämtliche Befugnisse des Stifters, wie zum Beispiel ein reglementarisch vorgesehenes Recht, den Stiftungsrat zu ernennen, werden diesem entzogen. Letztlich handelt es sich also zunächst um eine Anonymisierung der Stiftungsdokumente. Der Name des Lebensversicherers als Stifter erscheint demnach nicht mehr in den Stiftungsdokumenten. In einem zweiten Schritt werden dann die Dokumente angepasst an den neuen Partner der Sammelstiftung. Damit soll der Partner alle Rechte gegenüber der Sammelstiftung erhalten, welche vorher dem Lebensversicherer zukamen. Wohlgemerkt wird der Lebensversicherer trotzdem immer auch weiterhin Stifter der Sammelstiftung bleiben, ohne dass dies praktische Auswirkungen hätte. Selbstverständlich können beide Schritte, die Anonymisierung der Stiftungsdokumente sowie die Anpassung der Dokumente an den neuen Partner, zeitgleich erfolgen.

Es ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass die Abänderung gewisser Stiftungsdokumente, wie zum Beispiel der Stiftungsurkunde, der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde bedarf.

Auch hier stellt sich die Frage des ausserordentlichen Kündigungsrechts. Nachdem dieses jedoch bereits im Fall der viel weitergehenden Fusion abgelehnt wurde, wo die Stiftung untergeht und eine neue juristische Einheit entsteht, kann davon ausgegangen werden, dass auch im Fall des «Stifterwechsels» kein Kündigungsrecht besteht. Schliesslich bleibt die Stiftung als solche bestehen.

Vor- und Nachteile der Methode

Der Vorteil dieser Methode liegt darin, dass der Lebensversicherer mit wenig technischem und zeitlichem Aufwand das Ziel der Trennung vom Sammelstiftungsgeschäft durch vollständigen Übertrag an einen Partner erreicht.

Nachteilig wirkt sich allerdings aus, dass auch hier die angeschlossenen Arbeitgeber keinerlei Einflussnahmemöglichkeit haben. Demzufolge besteht die Gefahr der Unzufriedenheit mit einem passiv erlebten Vorgang und das Risiko, dass Anschlussverträge sobald als möglich gekündigt werden.

Die Teilnahme der Aufsichtsbehörden beschränkt sich auf die Kontrolle der abgeänderten Stiftungsdokumente, also nur einen Teilbereich des eigentlichen Vorgangs.

1.1.2.3 Vertragsbeendigung und Neuanschluss

Vorab ist festzuhalten, dass diese Methode nur dann zur Zielerreichung führt, wenn sie anschliessend mit einer Fusion, einem «Stifterwechsel» oder einer Liquidation kombiniert wird, was nachfolgend noch näher erläutert wird.

Darstellung

Die Begriffe «Vertragsbeendigung» und «Neuanschluss» beziehen sich auf den Anschlussvertrag, welcher zwischen der Sammelstiftung und dem ihr angeschlossenen Unternehmen besteht. Was die Kündigung solcher Verträge betrifft, so ist zu beachten, dass es sich um ein Dauerrechtsverhältnis handelt. Ein jederzeitiger Widerruf oder eine Kündigung im Sinne von Art. 404 OR ist nicht möglich [13]. Es gelten daher die allgemeinen Kündigungsregeln.

Bei der Variante «Vertragsbeendigung und Neuanschluss» werden demzufolge die Anschlussverträge durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Sammelstiftung in gegenseitigem Einvernehmen beendet. Um einen lückenlosen Vorsorgeschutz für die Versicherten zu garantieren, schliesst sich der Arbeitgeber, direkt im Anschluss an den Austritt, der Partner-Stiftung an.

Von der Grundstruktur her handelt es sich von der Warte der Sammelstiftung aus um den «Austritt» eines Arbeitgebers aus der Sammelstiftung, um sich einer anderen Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen. Ein solcher Vorgang stellt für Sammelstiftungen keine Besonderheit dar, sondern wird eher als normales Tagesgeschäft betrachtet. Der



Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Walder Wyss & Partner, Zürich
mvischer@wwp.ch

Unterschied ist demzufolge weniger im Vorgang als solchem, denn in der rechtlichen Konstruktion dieser Vorgehensweise zu sehen. So wird dem angeschlossenen Unternehmen gegenüber der Sammelstiftung ein ausserordentliches Kündigungsrecht, unabhängig von den anschlussvertraglichen Regeln zur Vertragsbeendigung, gewährt. Ferner geht die Initiative zum Wechsel der Sammelstiftung nicht vom angeschlossenen Unternehmen, sondern von der Sammelstiftung selbst aus. Für die Sammelstiftung selbst liegt die Besonderheit in der Menge der zu bearbeitenden Austritte, die weit über das übliche Mass hinausgeht und im Idealfall den gesamten Bestand der angeschlossenen Arbeitgeber beinhaltet. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass bei Erreichen von gewissen Grenzwerten eine Teilliquidation nach Art. 23 Abs. 4 lit. c des *Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG)* angezeigt sein kann [14]. Dieser Punkt ist jeweils im Einzelfall zusammen mit der zuständigen Aufsichtsbehörde zu untersuchen.

In der Praxis wird nach Abschluss des Transfers immer eine Anzahl von Arbeitgebern in der Sammelstiftung verbleiben – entweder, weil sie nicht zur Partner-Stiftung wechseln wollten, oder weil letztere nicht bereit war, die Arbeitgeber anzuschliessen. Nachdem die Sammelstiftung als solche nach Transfer noch weiterbesteht, laufen demzufolge ohne weitere Massnahmen auch die Verpflichtungen gegenüber den verbliebenen Arbeitgebern unverändert weiter. Es sind damit zusätzliche Vorkehrungen vonnöten, um das Ziel des vollständigen Portefeuilletransfers zu erreichen. In Zusammenarbeit mit dem Partner kann hier der Weg über die Fusion oder den «Stifterwechsel» gewählt werden. Andernfalls müsste eine Liquidation stattfinden.

Vor- und Nachteile der Methode

Grundsätzlich hat diese Methode den Nachteil, dass jedes angeschlossene Unternehmen einzeln kontaktiert, informiert und beraten werden muss, was einen enormen Arbeitsaufwand für die beteiligten Sammelstiftungen mit sich bringt.

Dem gegenüber steht jedoch der Vorteil, dass das angeschlossene Unternehmen selbst eine aktive Rolle spielt. Letztlich entscheidet es sich aktiv für oder gegen den Anschluss an die neue Sammelstiftung und wird nicht vor vollendete Tatsachen gestellt. Dies hat für die Partner-Stiftung den Vorteil, dass ihr effektiv nur die Arbeitgeber angeschlossen sind, welche ihr auch tatsächlich angehören wollen. Damit ist das Risiko massiver Kündigungen von Seiten der Arbeitgeber, welche mit dem Transfer unzufrieden sind, bei Transaktionsende ausgeschlossen.

Ein weiterer Vorteil der Koordination von Kündigung und Neuabschluss der Anschlussverträge besteht darin, dass nicht nur das angeschlossene Unternehmen eine bewusste Entscheidung trifft, sondern auch die Partner-Stiftung. Diese kann sich die Arbeitgeber, welche sie aufnehmen möchte, theoretisch auswählen, hat aber allfällige Auflagen der Aufsichtsbehörde zu beachten. In unserem Fall hat die Mobiliar bewusst auf diese Möglichkeit verzichtet, um all ihren Kunden eine Weiterführung der Vorsorge zu gewährleisten.

1.1.3 Vertragsgestaltung

1.1.3.1 Rechtliche Zulässigkeit eines Sammelstiftungstransfers

Wie oben dargelegt, besteht der Sammelstiftungstransfer entweder in einer Fusion, einem Stifterwechsel oder in einer Vertragsbeendigung mit Neuanschluss, diese wiederum gekoppelt mit einer Fusion, einem Stifterwechsel oder einer Liquidation. Dazu gilt es, die anderen Verträge, welche zwischen Lebensversicherer und Sammelstiftung bestehen, aufzulösen und neue abzuschliessen.

Es stellt sich die Frage, ob der Transfer einer Sammelstiftung von einem Lebensversicherer auf einen Partner rechtlich überhaupt möglich ist. Das Privatrecht setzt voraus, dass die Bürger in eigener Verantwortung ihre Verhältnisse angemessen gestalten können und sieht somit die Vertragsfreiheit vor [15]. Die Bürger können innerhalb der Schranken des Gesetzes ihre Verträge inhaltlich und formell frei gestalten [16].

Solange also ein Sammelstiftungstransfer nicht unmöglich, widerrechtlich oder gegen die guten Sitten verstösst, bleibt er innerhalb der Schranken des Gesetzes und ist demzufolge durchführbar [17].

Was die Stiftung als solche betrifft, so gehört sie zur Kategorie der Anstalt, welche sowohl eigentümer- als auch mitgliedslos ist [18]. Dieses Merkmal gilt auch für die Sammelstiftung eines Lebensversicherers. Die Lebensversicherer, obwohl nicht Eigentümer der Stiftung, haben mit dieser jedoch enge wirtschaftliche Beziehungen geknüpft. Diese engen wirtschaftlichen Beziehungen finden ihren Niederschlag auch in den Statuten der Sammelstiftung und in den mit dieser abgeschlossenen Verträgen. Oft erscheint der Lebensversicherer als Stifter und hat das Recht, den Stiftungsrat zu bestimmen, wobei dessen Mitglieder Arbeitnehmer der Lebensversicherung sein dürfen. Dazu bestehen auch zwischen Stiftung und Lebensversicherer vertragliche Beziehungen (z. B. Verwaltungs- und Vermögensverwaltungsvertrag).

Somit hat sich der Lebensversicherer gewisse Rechte auf legale Weise gegenüber der Sammelstiftung eingeräumt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein Übertrag solcher Rechte unmöglich, widerrechtlich oder unsittlich sein sollte. Auch das BVG sieht kein entsprechendes Verbot vor.

1.1.3.2 Qualifikation des Vertrages

Es gilt zu untersuchen, wie die vertragliche Regelung dieses Transfers zu qualifizieren ist. Dies ist insbesondere wichtig, weil diese Qualifikation die Bestimmung der Nichterfüllungsfolgen mit sich ziehen wird: Der Vertragstyp wird die Anwendung gewisser gesetzlicher Regelungen bedingen. Wird der Vertrag zum Beispiel als Kauf qualifiziert, so kämen die Gewährleistungsregelungen des Kaufrechts zur Anwendung.

Um diese Qualifikation vorzunehmen, gilt es, das Ziel der Transaktion zu erläutern und die Handlungen zu definieren, welche notwendig sein werden, um dieses Ziel zu erreichen. Ziel der Transaktion ist es, die Sammelstiftung

vom Lebensversicherer zu trennen und auf den Partner zu übertragen. Jede Verantwortung des Lebensversicherers über die Stiftung soll gleichzeitig auf den Partner übergehen. Alle Verbindungen zwischen Lebensversicherer und Sammelstiftung sollen beendet werden. Um dieses Ziel zu erreichen, werden die Partner die Übertragung folgender Elemente regeln müssen, welche in einer zweiten Phase durchgeführt werden:

- Übertragung der Rechte des Lebensversicherers über die Stiftung auf den Partner, indem Statuten und Reglemente geändert werden (vgl. oben: Fusion, Stifterwechsel, Vertragsbeendigung mit Neuanschluss gekoppelt mit einer Fusion, einem Stifterwechsel oder einer Liquidation).
- Vorzeitige oder gleichzeitige Übergabe der Kundschaft, indem zum Beispiel dem angeschlossenen Unternehmen vorgeschlagen wird, sich der Partner-Stiftung neu anzuschliessen.
- Beendigung und/oder Übertragung der vertraglichen Beziehungen zwischen Stiftung und Lebensversicherer (z. B. Verwaltungs- und Vermögensverwaltungsmandat).

Um den Vertragstyp zu bestimmen, muss zunächst abgeklärt werden, unter welche Leistungsarten diese Handlungen zu subsumieren sind.

Für Pierre Engel gibt es die Leistungsarten *«faire, ne pas faire, souffrir»* [19]. Unter den *«obligations de faire»* erwähnt Pierre Engel neben der *«obligation de livrer»* und der *«obligation de faire», «l'obligation de faire un acte juridique. Le débiteur y est tenu de constituer ou de transmettre un droit. Il s'agit d'une obligation de donner au sens large* [20].*»*

Für Eugen Bucher gibt es als erste Leistungsart die Pflicht zur Erbringung einer Sachleistung (dare). Geschuldet wird der Übergang der Verfügungsmacht über eine bestimmte Sache oder ein bestimmtes Recht auf den Gläubiger. Als zweite Leistungsart nennt er die Pflicht zu persönlicher Leistung (facere) und als dritte Leistungsart die Pflicht zur Erfolgs-Gewährleistung (praestare) [21].

Für die untersuchte Transaktion kommt entweder die Leistungsart *dare* in Form des Kaufvertrages oder die Leistungsart *facere* in Frage. Beide Leistungsarten können zum Übertrag der Stiftung führen. Die Leistung *praestare* kommt dagegen klar nicht zur Anwendung.

Kaufvertrag

Ziel der Partner ist es, ein Geschäft (das Sammelstiftungsgeschäft) zu übertragen. Die Frage stellt sich, ob diese Übertragung zum Gegenstand eines Kaufs gemacht werden kann. Wie oben erwähnt, können Rechte, sowie auch wirtschaftliche Einheiten (z. B. ein Hotel oder eine Pension) oder wirtschaftliche Vorteile (eine Kundschaft) Gegenstand eines Kaufs sein [22]. Unternehmen, verstanden als wirtschaftliche Einheit, als reale Vereinigung von Arbeitskraft (Personal), Kapital (Anlagen, Material), alten Rechtsbeziehungen (insbesondere Kundenstamm), aktuellen Rechtsbeziehungen (aus Verträgen, u. a. auch über Verwertungs- bzw. Gebrauchsrechte wie Lizenzen oder Mietrechte, Marken usw.) sowie Wissen bzw. Können (Geschäftsgeheimnisse, Know-how, Goodwill [23]), also insbesondere auch inklusive Unternehmenspassiven, können von den Parteien auch ohne weiteres zum Gegenstand eines Fahrniskaufs gemacht werden [24].

Somit kann die untersuchte Transaktion – Übertragung der Sammelstiftung, einer wirtschaftlichen Einheit – unseres Erachtens als Kauf gestaltet werden.

Innominatvertrag

Die Transaktion besteht darin, gewisse Rechtshandlungen vorzunehmen, welche zur Übertragung der Stiftung führen werden: Verträge zwischen den Sammelstiftungen und dem Lebensversicherer werden aufgelöst, die Sammelstiftungsurkunden werden abgeändert usw. Somit kann die untersuchte Transaktion auch als *facere* verstanden werden, und als solche ist sie dann unter den Innominatverträgen zu subsumieren.

Hier soll die Frage offen gelassen werden, ob ein Gericht einen solchen Vertrag als Kauf- oder als Innominatvertrag qualifizieren würde, weil, wie die nachfolgende Analyse zeigen wird, die Qualifizierung als Kauf oder als Innominatvertrag zum gleichen Ergebnis bezüglich der Anwendung von gesetzlichen Nichterfüllungsfolgen führt.

1.1.3.3 Nichterfüllungsfolgen

Kauf

Ein Mangel des Kaufgegenstandes zieht die Anwendung der Gewährleistungsregelung mit sich (Art. 197 OR). Die Anwendung dieser Gewährleistungsregelung stösst im vorliegenden Fall auf zwei Schwierigkeiten:

Erstens gilt diese Sachgewährleistung grundsätzlich nur für den Sachkauf, nicht für den Rechtskauf [25]. Im Falle einer Sammelstiftung werden nicht nur Sachen, sondern auch Rechte übertragen [26].

Zweitens besteht die Schwierigkeit, im Fall des Kaufes einer Sammelstiftung den Kaufgegenstand zu definieren. Möglicherweise würde das Bundesgericht nicht die Sammelstiftung als solche, sondern einzig die zu übertragenden Sachen und die einzeln abzutretenden Forderungen als Kaufgegenstand anerkennen [27].

Wegen dieser zwei Schwierigkeiten ist fraglich, ob die Gewährleistungsregelungen auf alle Eigenschaften des Kaufgegenstandes Sammelstiftung Anwendung finden würden.

Innominatvertrag

Falls der Vertrag die Verpflichtung zur Durchführung gewisser Rechtshandlungen als Inhalt hat und somit als Innominatvertrag zu qualifizieren wäre, müsste eine analoge Rechtsanwendung angestrebt werden [28]. Im vorliegenden Fall käme damit wohl die kaufrechtliche Regelung zur Anwendung. Somit bestünden gleichfalls die zwei soeben dargelegten Schwierigkeiten.

Ergebnis

Um zu vermeiden, dass aufgrund der Nichtanwendung der Gewährleistungsregelungen für die Partner Rechtsunsicherheit herrscht, sollten sie versuchen,

eine klare Definition der Beschaffenheit eines jeden transferierten Elementes in den Vertrag mitaufzunehmen, um somit die Haftung auf einen bestimmten Rahmen zu beschränken. Sie sollten auch eine klare Bestimmung der Nichterfüllungsfolgen anstreben [29].

1.2 Von der Mobiliar durchgeführte Variante

1.2.1 Darstellung

Die Mobiliar hat sich bei der Trennung von ihrem Sammelstiftungsgeschäft bewusst für ein enges Zusammenwirken mit mehreren Partnern entschieden. Konkret wurde jede ihrer drei Sammelstiftungen nach dem gleichen Grundprinzip in die Hände eines sorgfältig ausgewählten Partners übergeben. Dabei ging die Mobiliar in zwei Etappen vor. In einem ersten Schritt wurde die Methode «Vertragsbeendigung und Neuanschluss» angewendet. In einem zweiten Schritt wurde per 1.1.2004 ein «Stifterwechsel» durchgeführt. Mit dem Stifterwechsel erlangt der Partner die Kontrolle über die Stiftung mit einem Restbestand von Anschlussverträgen. Der Partner hat nunmehr die Möglichkeit, diese «ausgehöhlte» Stiftung nach Ablauf der Anschlussverträge zu liquidieren oder aber die Sammelstiftung mit seiner eigenen Sammelstiftung zu fusionieren. Im Unterschied zu der obigen Darstellung unter Ziffer 1.1.2.3 wurde bei dem Schritt «Vertragsbeendigung und Neuanschluss» von der Mobiliar im Interesse der angeschlossenen Unternehmen darauf geachtet, dass der jeweilige Partner sich nicht beliebige Anschlussverträge aussuchen konnte. Ein «Cherry-Picking» sollte vermieden werden und vielmehr der gesamte Bestand aufgrund einer bewussten Entscheidung des jeweiligen angeschlossenen Unternehmens übergehen.

Was das Vertragswerk anbelangt, wurde es als Master Agreement mit mehreren Anhängen gestaltet. Im Master Agreement wurden die Übertragungsgegenstände klar definiert und die Gewährleistung ausführlich geregelt. Auch die Ausführungshandlungen sowie die diesbezüglichen Pflichten der Partner wurden kurz erläutert. Präzisierungen sowie die Modalitäten der Kundendatenübertragung auf die Partner und Einzelheiten zur zukünftigen Zusammenarbeit fanden in diversen Anhängen ihre ausführliche Beschreibung.

1.2.2 Warum gerade diese Methode?

Die Mobiliar hat dieser Methode aus verschiedenen Gründen den Vorzug gegeben. Zum einen gewährt sie dem angeschlossenen Unternehmen, dem Partner und auch dem Aufsichtsamt eine höchstmögliche Transparenz der Vorgänge. Die Mobiliar kann das angeschlossene Unternehmen auf seinem Weg zum Partner aktiv begleiten und hat zudem vertraglich sichergestellt, dass das angeschlossene Unternehmen bei der Partner-Stiftung vergleichbare Leistungen erhält.

Dadurch, dass die Methode «Vertragsbeendigung und Neuanschluss» von der Mobiliar nicht zu einem Stichtag, sondern über einen gewissen Zeitraum verteilt durchgeführt wurde, kam es zu keiner abrupten Trennung des angeschlossenen Unternehmens von der ihm bekannten Sammelstiftung und seinem vertrauten Betreuerteam. Vielmehr hat das angeschlossene Unternehmen die Möglichkeit, vorab den Partner kennenzulernen und eine Vertrauensbeziehung zu ihm aufzubauen, um sich bewusst für oder gegen ihn zu entscheiden. Für die Partner-Stiftung erwächst daraus der Vorteil, dass ihr effektiv nur die Arbeitgeber angeschlossen sind, welche ihr auch tatsächlich angehören wollen. Damit ist das Risiko massiver Kündigungen von Seiten der Arbeitgeber, welche mit dem Transfer unzufrieden sind, bei Transaktionsende minimiert.

2. Fazit

Die Resultate der Übertragungen der drei Stiftungen lassen darauf schliessen, dass die Kunden die neue Lösung akzeptierten. Es zahlt sich nun aus, dass die Partnerwahl sorgfältig betrieben wurde. Insbesondere ist das gewählte Vorgehen ein Beweis dafür, dass auch im BVG-Geschäft Lösungen gefunden werden können, die sowohl für die Versicherten wie auch für die Versicherer annehmbar sind.

Für die erfolgreiche Durchführung des Projekts waren diverse Komponenten von Bedeutung. Dazu gehörten das frühzeitige Einbinden der Aufsichtsbehörde, das Know-how der Spezialisten des Lebensversicherers sowie die Begleitung des Projekts durch externe Berater. Ebenfalls wichtig war die Bereitschaft, nach gewissen Rückschlägen weiter eine Lösung zu suchen und einen Entschluss zur Zusammenarbeit zu fällen.

Die Organisationsstruktur, welche einen entscheidungsfähigen Lenkungsausschuss, ein Projektkernteam sowie diverse Subteams umfasste, gewährleistete ein erfolgreiches Abwickeln des Projekts. So waren bei den Verhandlungen die Personen mit dem richtigen Know-how anwesend. Weiter konnte so die Komplexität des Projekts aufgeteilt und reduziert werden.

Die Übertragungen der Verträge auf die Partner (Vertragsbeendigung und Neuanschluss) wurden wiederum durch ein Team gewährleistet. Die Teammitglieder mussten sich nun insbesondere durch eine gewisse Hartnäckigkeit auszeichnen, damit die Übertragung im vorgegebenen Zeitrahmen durchgeführt werden konnte.

Anmerkungen

1 Auf die Bezeichnung wird unten noch näher eingegangen.
2 Jean-Paul Thommen, Lexikon der Betriebswirtschaft, Zürich, 2000, S. 203.
3 BGE 108 Ib 440 m.w.N.
4 Art. 88 ff. des Entwurfes zum FusG.
5 BGE 115 II 415.
6 Vgl. hierzu BGE 115 II 415.
7 Empfehlung des Vorstands der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden vom 23.06.1999.
8 Vgl. Rudolf Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 6. Kapitel, N 7 ff.
9 Eine Ausnahme ist vom Gesetz vorgesehen für Arbeitsverträge (Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, Artikel 333 OR). Postuliert wird ferner ein ausserordentliches Kündigungsrecht bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses. Hierzu müssen jedoch besondere Voraussetzungen vorliegen (ungenügende Kompetenz zur Vertragserfüllung, Konkurrenzverhältnis oder ähnliches), welche dazu führen, dass die fusionierte Einheit als Partner des bestehenden Vertrages unzumutbar ist. (Vgl. Piera Beretta, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 1998, S. 249 ff.).

10 BGE 120 V 299.

11 Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, Zürich, 1996, Art. 11 BVG, Abs. 1.

12 Martin Taufer, Fusion von Stiftungen, AJP 1998, S. 777, 782.

13 BGE 120 V 209.

14 Vgl. Helga Koppenburg, Teilliquidationen bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen in: Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Hans Schmid (Hrsg.), Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Band 23, Bern/Stuttgart/Wien, 2000, S. 94.

15 OR-Bucher, Vorbemerkungen zu Art. 1–40, N 1.

16 OR-Bucher, Vorbemerkungen zu Art. 1–40, N 10; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Bern 1997, S. 103.

17 Art. 20 OR.

18 BSK-ZGB-Grüninger, Vorbemerkungen zu Art. 80–89bis, N 4.

19 Engel [zit. FN 25], S. 77.

20 Engel [zit. FN 25], S. 81 ff, S. 84.

21 OR-Bucher, Vorbemerkungen zu Art. 1–40, N 31 ff.

22 BGE 129 III 18; OR-Koller, Art. 184, N 10 ff.

23 Z.B. ZK-Higi, Vorbemerkungen zum 8. Titel bis (Art. 275–304 [OR]) N 98.

24 Z.B. ZK-Higi, Vorbemerkungen zum 8. Titel bis (Art. 275–304 [OR]) N 98, Pierre Tercier, Les contrats spéciaux (3. Aufl.), Zürich, 2003, N 445; Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht (3. überarbeitete und ergänzte Auflage), Zürich, 1995, 9; ZK-Schönle, Art. 184 OR N 68; BK-Giger, Art. 184 OR N 21; Cavin, SPR VII/1, 11; unklar Therese Amstutz, Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, in: «Der Schweizer Treuhänder» 12/2002, S. 1109, bezüglich Unternehmenspassiven.

25 BGE 129 III 18; OR-Honsell, Art. 197, N 1.

26 BGE 129 III 18; Jürg Luginbühl, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Diss., Zürich 1993, S. 89 f.

27 BGE 129 III 18; Luginbühl, (zit. FN 35), S. 90, FN 130.

28 OR-Schluep/Amstutz, Einleitung vor Art. 184 ff., N 16.

29 Conclusio von Pierre Tercier, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2003, 303, der im übrigen BGE 129 III 18 kritisiert.

RESUME

Transmission de la gestion des fondations collectives de la Providentia

Cet article présente la manière dont La Mobilière a transmis la gestion des fondations collectives de sa filiale Providentia à différents partenaires. Le marché de la prévoyance professionnelle est tout d'abord exposé dans une première partie. Ce marché est constitué en particulier par 255 institutions collectives et communes fondées par des compagnies d'assurance sur la vie, des associations, etc. Ces institutions sont à la disposition des employeurs qui ne veulent pas constituer leur propre institution de prévoyance. Les défis des assureurs-vie ainsi que leur stratégie pour y répondre sont exposés ensuite. Les mauvais rendements sur les marchés financiers, la meilleure espérance de vie et l'augmentation des cas d'invalidité ont placé les assureurs-vie dans une situation difficile. Certains ont réagi en augmentant massivement leurs primes; d'autres, comme La Mobilière, ont décidé de se retirer du marché de la prévoyance professionnelle. Enfin, la situation de départ dans laquelle se trouvait La Mobilière est présentée et le processus de transfert expliqué. En général et s'agissant d'une vente, trois procédures sont possibles: des négociations bilatérales, une vente aux enchères contrôlée ou une vente aux enchères publique. Pour respecter le caractère confidentiel de l'opération et pour permettre un choix sélectif des partenaires, la procédure de la vente aux enchères privée et contrôlée a été choisie. Le déroulement d'une vente aux enchères privée et contrôlée est le suivant: développement d'une stratégie de vente, marketing, due diligence et phase de négociation.

Les formes juridiques possibles pour transférer une fondation collective sont explorées dans la deuxième partie de cet article. Les formes suivantes sont mises en évidence: fusion par absorption, «changement du fondateur», résiliation du contrat et conclusion d'un nouveau contrat. La fusion par absorption est l'union d'une entreprise avec une autre. D'un point de vue juridique, elle constitue une succession universelle. Les actifs et les passifs de l'entreprise concernée sont transmis à l'entreprise reprenante. Ce principe est applicable aux fondations collectives: les contrats existants de la fondation collective sont intégrés dans la fondation reprenante. Par la méthode «changement du fondateur», le nom du fondateur est tracé de tous les documents de la fondation. Il s'agit par là d'une anonymisation des documents de la fondation. Dans le même temps, le partenaire acquiert le contrôle sur la fondation. Comme la fondation en tant que telle subsiste, les contrats restent dans la fondation. La troisième variante présentée est celle de la résiliation du contrat et de la conclusion d'un nouveau contrat. Les contrats d'affiliation sont résiliés par accord mutuel entre employeur et fondation collective. L'employeur s'affilie à l'issue de sa résiliation à la fondation du partenaire. Le contrat de transfert au partenaire est ensuite étudié et qualifié. Indépendamment de la qualification du contrat, il s'agit de définir clairement les suites de la non-exécution. En conclusion, la variante choisie par La Mobilière est présentée dans le détail. La Mobilière a procédé en deux étapes. Dans une première étape, elle a procédé à la «résiliation du contrat et conclusion d'un nouveau contrat»; dans une deuxième étape, elle a mis en œuvre le «changement de fondateur». Cette méthode offre la plus grande transparence à l'entreprise affiliée, au partenaire et au régulateur. Quant au contrat, il a été rédigé sous la forme d'un master agreement avec plusieurs annexes.

Les résultats actuels du transfert des trois fondations laissent à conclure que les clients acceptent la nouvelle solution qui leur est proposée.

EB/VM/MV