

EmploymentNews Nr.10 Juli 2008

Mitwirkungsrechte von Arbeitnehmern bei der beruflichen Vorsorge



Dr. Ueli Sommer, LL.M., Rechtsanwalt
Partner
+41 44 498 95 16; usommer@wwp.ch



Yves Endrass, Rechtsanwalt
Associate
+41 44 498 95 14; yendrass@wwp.ch



Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt
Counsel
+41 44 498 96 50; dstaffelbach@wwp.ch

Arbeitgeber müssen für ihre obligatorisch zu versichernden Arbeitnehmer eine für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen. Der Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung und die Auflösung eines bestehenden Anschlusses haben gemäss Gesetzestext "im Einverständnis mit dem Personal" zu erfolgen. Es fehlt im Gesetz aber an einer Bestimmung, in welcher Form das Einverständnis der Arbeitnehmer einzuholen ist.

Das am 1. Mai 1994 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) statuiert für alle privaten Betriebe, die ständig Arbeitnehmer beschäftigen, verschiedene Informations- und Mitwirkungsrechte. In Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern können diese aus ihrer Mitte eine oder mehrere Vertretungen bestellen (sog. Arbeitnehmervertretungen), welche diese Rechte für die Arbeitnehmer wahrnehmen.

Art. 10 lit. d Mitwirkungsgesetz sowie die Art. 11 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 3^{bis} (1. BVG-Revision; beide in Kraft seit dem 1. April 2004) des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) regeln die Mitwirkung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei der beruflichen Vorsorge.

Gemäss Art. 11 Abs. 2 BVG muss ein Arbeitgeber, der nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung verfügt, im Einverständnis mit seinem Personal oder einer allfälligen Arbeitnehmervertretung, eine Vorsorgeeinrichtung wählen. War dies bereits vor der Revision von Art. 11 Abs. 2 BVG im Wesentlichen so gesetzlich geregelt, so wurde mit Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG neu ausdrücklich normiert, dass die Auflösung eines bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung und der Wiederanschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung durch den Arbeitgeber "im Einverständnis mit dem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung" zu erfolgen hat.

Einverständnis der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmervertretung für den Anschluss oder die Auflösung eines bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung

Nun fragt sich, was unter dem Begriff "Einverständnis" zu verstehen ist. Genügt eine unverbindliche Konsultation, hat die Mehrheit der Arbeitnehmer zuzustimmen oder bedarf es der eigentlichen Zustimmung jedes Arbeitnehmers oder nur der Arbeitnehmervertretung?

Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) hat in einer Mitteilung¹ aus dem Jahre 1988 zu alt Art. 11 Abs. 2 BVG bereits festgehalten, dass sowohl für den Abschluss als auch die Auflösung eines Anschlussvertrages an eine Vorsorgeeinrichtung die Zustimmung der Arbeitnehmer einzuholen sei. Indes relativierte das BSV seine Äusserung dahingehend, dass es genüge, wenn die Mitglieder des partitatischen Organs, d.h. die Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung, welche zu gleichen Teilen aus Arbeitgebern und Arbeitnehmern besteht, über die Gründe der Vertragsauflösung hinreichend informiert sei. Die Versicherten seien ihrerseits in angemessener Form von Ihren Vertretern im partitatischen Organ zu orientieren. Dagegen ginge es gemäss BSV zu weit, das Einverständnis von sämtlichen Arbeitnehmern des auflösungswilligen Arbeitgebers zu fordern.²

Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur 1. BVG-Revision brachte der Bundesrat in seiner Botschaft zur

Revisionsvorlage aus dem Jahr 2000 zum Ausdruck, dass Anschluss und Auflösung eines Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung nicht mehr wie bis anhin durch den Arbeitgebenden im Einverständnis mit dem Personal, sondern neu mit der Zustimmung des paritätischen Organs getroffen werden sollte.³ Entsprechend sah die vom Bundesrat ursprünglich vorgeschlagene Formulierung von Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG vor, "dass der Arbeitgebende bei der Auflösung eines bestehenden Anschlusses an die bisherige Vorsorgeeinrichtung und beim Wiederanschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung das Einverständnis des paritätisch besetzten Organs und damit auch der Arbeitnehmenden einholen muss."

In der parlamentarischen Diskussion setzte sich hingegen entgegen der bundesrätlichen Botschaft die Meinung durch, der Arbeitgeber habe die Gesamtheit der Arbeitnehmer zu befragen. Daraus ergibt sich, dass Anschluss und Auflösung eines bestehenden Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung unter dem revidierten BVG nicht nur die Zustimmung der paritätischen Kommission, sondern *ausdrücklich* die Zustimmung der Arbeitnehmer selbst bzw. der Arbeitnehmervertreter erfordert.

Quorum und Folgen der fehlenden Zustimmung der Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmervertretung

Es stellt sich nun die Frage, ob Arbeitnehmer einstimmig oder per Mehrheitsbeschluss dem Anschluss bzw. der Auflösung eines Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung zustimmen müssen. Ferner stellt sich die Frage, was die Folge für die nicht zustimmenden Arbeitnehmer ist. Es finden sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Hinweise zum Quorum über die Abstimmung der Arbeitnehmerschaft zum Anschluss oder Auflösung des Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung. Indes wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass es sich bei den vorliegenden Mitwirkungsrechten nicht um Individualrechte der Mitarbeiter handle. Diese Rechte ständen den Arbeitnehmern als Kollektiv gemeinsam zu.

¹ Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 7 vom 5. Februar 1988 vom Bundesamt für Sozialversicherungen.

² In einer weiteren Mitteilung aus dem Jahre 1992 präzisierte das BSV seine Auslegungsordnung von Art. 11 BVG dahingehend, als dass die Zustimmung des paritätischen Organs bei registrierten Sammeleinrichtungen, bei denen die Parität auf der Stufe des Vorsorgewerkes verwirklicht worden ist, genüge. Hingegen gelte bei den anderen registrierten Vorsorgeeinrichtungen als Zustimmung des Personals das Einverständnis einer Mehrheit der Versicherten oder die Zustimmung einer repräsentativen Vertretung der Versicherten.

³ Vgl. BBl 2000 2678.

⁴ BBl 1976 278

Damit ginge einher, dass ein Mehrheitsbeschluss als notwendiges Quorum für die Zustimmung der Arbeitnehmerschaft genügt.

Können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht über den Anschluss bzw. die Auflösung des Anschlusses einigen, hat ein neutraler Schiedsrichter, welcher von den Parteien gewählt oder bei Uneinigkeit über den Schiedsrichter, von der Aufsichtsbehörde bezeichnet wird, zu entscheiden (Art. 11 Abs. 3^{ter} BVG). Auch diese Massnahme war bereits unter altArt. 11 Abs. 2 BVG vorgesehen.

Offen ist auch, was die Konsequenzen sind, wenn ein Arbeitgeber versäumt die Zustimmung der Arbeitnehmer einzuholen. Auch hierzu gibt es keine Rechtsprechung. Es finden sich Rechtsauffassungen, welche bei einer trotz fehlender Zustimmung der Arbeitnehmer erfolgten Auflösung eines Anschlussvertrages einen Formmangel und damit Nichtigkeit annehmen wollen. Diese Ansicht ginge wohl zu weit. Sie entspricht nicht dem Schutzzweck von Art. 11 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG. Die Rechtssicherheit verlangt, dass das Personal vor allem bei einer Vorsorgeeinrichtung versichert ist. Mitwirkungsrechte sind im Verhältnis zum Versicherungsbedarf nachrangig. So sieht denn auch die Übergangsbestimmungen zum BVG im Zusammenhang mit der Einführung des BVG in Art. 94 vor, dass sich der Arbeitgeber während der Einführungszeit einer Vorsorgeeinrichtung auch provisorisch anschliessen könne. Dies vor allem deshalb, so die Botschaft des Bundesrates, weil es eine gewisse Zeit dauern könne, bis der Arbeitgeber die Vorsorgeeinrichtung im Einverständnis mit den Arbeitnehmern ausgewählt habe.⁴ Das Risiko einer Nichtigkeit ist jedoch vorhanden. Der Arbeitgeber würde in einem solchen Fall gegenüber den Arbeitnehmern für das Fehlen von Vorsorgeleistungen ersatzpflichtig, was im Falle einer Invalidität sehr teuer sein würde. Insofern wäre es auch möglich, dass ein Arbeitgeber sich bei fehlender Zustimmung der Arbeitnehmerschaft einstweilen provisorisch an eine Vorsorgeeinrichtung anschliesst. Der definitive Anschluss erfolgt damit erst nach der Einholung der Zustimmung. Im Ablehnungsfall müsste eine neue Vorsorgeeinrichtung gesucht werden.

Fazit

Der Anschluss an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge und die Auflösung eines Anschlussvertrages muss gemäss Gesetzeswortlaut im Einverständnis mit dem Personal erfolgen.

Grundsätzlich ist die Zustimmung der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmervertretung für Anschluss und

Auflösung eines Anschlusses erforderlich. Fehlende Zustimmung der Arbeitnehmerschaft oder der Arbeitnehmervertretung könnte für den Arbeitgeber substantielle Nachteile nach sich ziehen, wenn Arbeitnehmer durch die Nichteinholung der Zustimmung zu Schaden kommen.

EmploymentNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereiche des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin gemachten Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die gemachten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der EmploymentNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (EmploymentNews@wwp.ch) mit.

© Walder Wyss & Partner AG, Zürich, 2008



**Walder Wyss & Partner
Rechtsanwälte**

Walder Wyss & Partner AG
Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
CH-8034 Zürich
Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@wwp.ch
www.wwp.ch