



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Hans-Jakob Diem

Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis

23. Konferenz zu Mergers & Acquisition
Tagungsband 2020

Aspekte der beruflichen Vorsorge in M&A-Transaktionen

Franziska Stadtherr-Glättli

Inhalt

I.	Einleitung	140
II.	Die berufliche Vorsorge in der Schweiz	141
	1. Struktur	141
	2. Organisation	142
	3. Rechtsbeziehungen	143
III.	Wichtige Vorsorge-Begriffe für die Due Diligence	145
	1. Deckungsgrad	145
	2. Unterdeckung	146
	3. Teilliquidation	147
	a) Allgemein	147
	b) Voraussetzungen	147
	c) Verfahren	147
	d) Patronale Wohlfahrtsfonds	148
	4. Rechnungslegung	148
	a) Schweiz	148
	b) International	148
IV.	Share Deal	149
	1. Unternehmen mit eigener Pensionskasse	149
	2. Unternehmen mit Anschlussvertrag an Sammelstiftung	150
	3. Unternehmen mit Anschlussvertrag an Pensionskasse des Konzerns	151
	4. Due Diligence beim Share Deal	151
	a) Dokumente und Prüfpunkte	151
	aa) Übersicht	151
	bb) Mitarbeiterbeteiligungen	152
	cc) Überschuss	153
	dd) Deckungslücke	153
	b) Redaktion des Kaufvertrages	154
V.	Asset Deal	155
	1. Verkauf eines Betriebes	155
	2. Themenbereiche	156

3.	Due Diligence beim Asset Deal	156
a)	Dokumente und Prüfpunkte	156
aa)	Übersicht	156
bb)	Teilliquidation	157
b)	Redaktion des Kaufvertrages	158
VI.	Fusion	159
VII.	Post M&A	160
1.	Vereinheitlichung der Vorsorgelösungen	160
2.	Strukturierungsmöglichkeiten	160
a)	Bei Ausscheiden aus der bisherigen Vorsorgeeinrichtung	160
b)	Bei unveränderter Versicherung in der bisherigen Vorsorgeeinrichtung	161
aa)	Fusion der Vorsorgeeinrichtungen	161
bb)	Wechsel der Vorsorgeeinrichtung	161
3.	Fokus Rentnerbestand	161
VIII.	Fazit	162
	Literaturverzeichnis	163

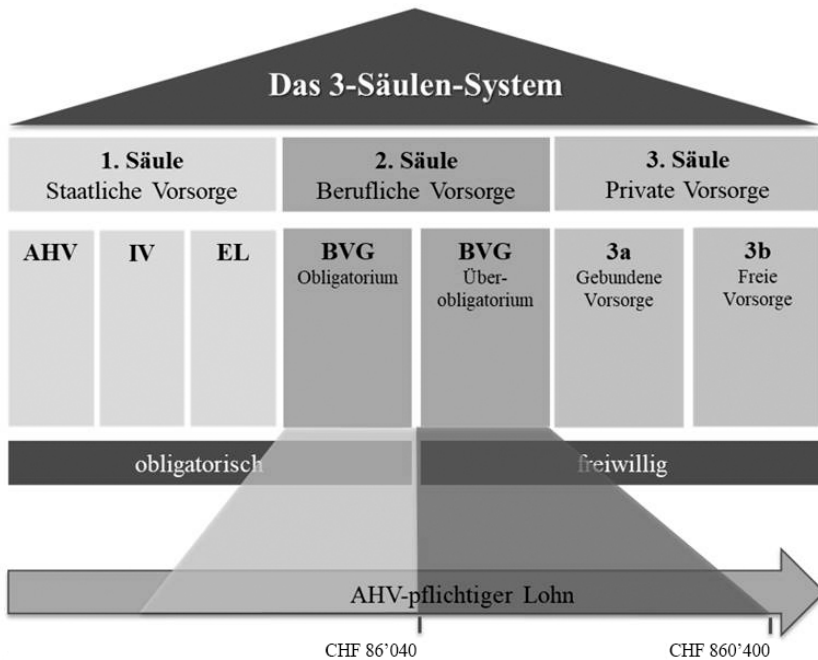
I. Einleitung

Vorsorgefragen werden in M&A Transaktionen oftmals erst in einer späten Phase des Due Diligence Prozesses behandelt. Werden ungedeckte Vorsorgeverpflichtungen zu spät festgestellt, so kann dies teuer und konfliktträchtig werden und sich im ungünstigsten Fall zum Dealbreaker entwickeln.¹ Um unliebsame Überraschungen zu vermeiden, sollte den Aspekten der beruflichen Vorsorge in M&A Transaktionen frühzeitig Beachtung geschenkt werden.

¹ Wehrli/Walter, 345.

II. Die berufliche Vorsorge in der Schweiz

i. Struktur



Das Vorsorgesystem der Schweiz beruht auf den drei Säulen der staatlichen, beruflichen und privaten Vorsorge (sog. „3-Säulen-Prinzip“, Art. 111 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101)). Die zweite Säule der beruflichen Vorsorge unterteilt sich in einen obligatorischen Teil (Säule 2a) und in einen freiwilligen – sog. überobligatorischen Teil (Säule 2b). Das in Art. 113 Abs. 2 lit. b BV verankerte Obligatorium der beruflichen Vorsorge richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40) und dessen Verordnungen (ins. Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984

(BVV2, SR 831.441.1). Im Obligatorium versichert sind die Risiken Alter, Tod und Invalidität (Art. 1 Abs. 1 BVG) für das Lohnsegment des sog. koordinierten Lohns zwischen gegenwärtig CHF 25'095 und CHF 86'040 (Art. 8 Abs. 1 BVG).²

Der Bereich der nichtobligatorischen beruflichen Vorsorge wird in Art. 331 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) geregelt und betrifft insbesondere (i) den überobligatorischen Bereich (für Jahreslöhne, welche CHF 86'040 übersteigen, bis max. CHF 860'400), (ii) den unterobligatorischen Bereich (für Jahreslöhne unter dem Mindestjahreslohn, relevant v.a. für Teilzeitangestellte) sowie (iii) den ausserobligatorischen Bereich.

2. Organisation

Im Unterschied zu den meisten ausländischen Vorsorgesystemen, wo die rechtliche und vermögensmässige Vorsorgeverpflichtung durch die Unternehmung selbst übernommen wird, besteht in der Schweiz die Pflicht, für die Vorsorgeeinrichtung eine eigene Rechtsperson einzusetzen. Der Arbeitgeber hat die Wahl, entweder selbst eine Vorsorgeeinrichtung zu errichten oder sich einer bereits bestehenden Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG).

Mit Bezug auf die zulässigen Rechtsformen gilt ein Numerus Clausus: eine Vorsorgeeinrichtung muss zwingend die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein (Art. 48 Abs. 2 BVG). Für den nichtobligatorischen Bereich sind überdies auch Genossenschaften zulässig (Art. 331 Abs. 1 OR).³

Grössere Unternehmen oder Firmengruppen verfügen oftmals über eine eigene Vorsorgeeinrichtung, kleinere Unternehmen schliessen sich in der Regel entweder der Vorsorgeeinrichtung ihres Branchenverbandes oder einer Sammelstiftung einer Bank oder Versicherung an. Es ist durchaus möglich und auch üblich, für die obligatorische und überobligatorische Vorsorge verschie-

² Der koordinierte Lohn beträgt im Obligatorium somit maximal CHF 60'945; mindestens jedoch CHF 3'585, wenn ein Mindestjahreslohn von CHF 21'510 erzielt wird (Art. 2 Abs. 1 BVG, Art. 7 Abs. 1 BVG, Art. 8 Abs. 2 BVG).

³ Bis Ende 2013 war auch im BVG obligatorischen Bereich die Genossenschaft als Rechtsform zugelassen, bestehende Genossenschaften können bis zu ihrer Aufhebung bzw. Fusion weitergeführt werden.

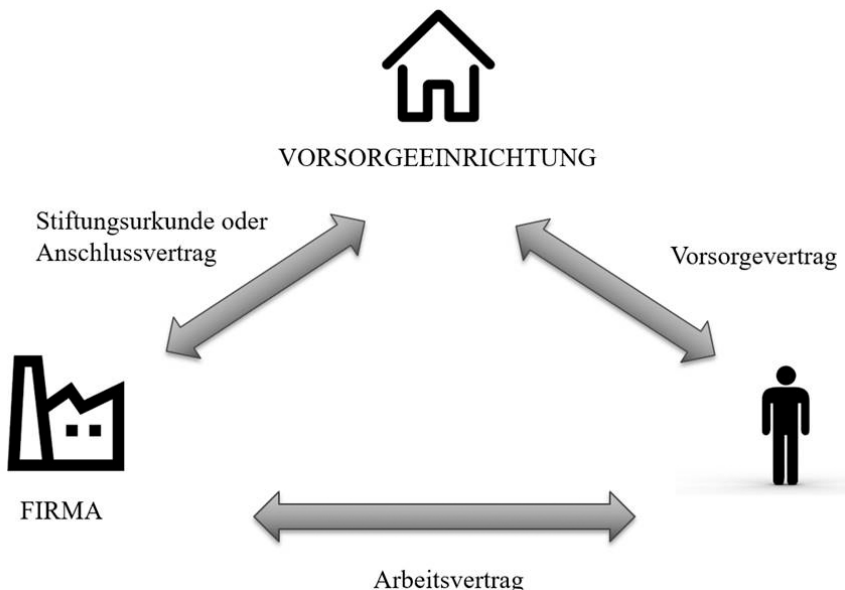
dene Varianten zu kombinieren: beispielsweise eine eigene Firmenstiftung für die obligatorische Vorsorge und den Anschluss an eine Gemeinschaftseinrichtung (z.B. Versicherung) für die Kadervorsorge.

In der Praxis lassen sich folgende Arten von Vorsorgeeinrichtungen unterscheiden: (i) BVG registrierte Vorsorgeeinrichtungen (BVG-Obligatorium, ggf. in Kombination mit unter/überobligatorischen Leistungen), (ii) nicht BVG registrierte Einrichtungen (BVG-Überobligatorium) sowie (iii) Wohlfahrtsfonds (patronale Fonds).

Mit Bezug auf die Risikoträgerform unterteilen sich die Vorsorgeeinrichtungen in folgende drei Kategorien: (i) autonome Vorsorgeeinrichtungen, welche ihre Versicherten auf eigene Rechnung und Gefahr für alle Risiken (Alter, Tod, Invalidität) versichern, (ii) teilautonome Vorsorgeeinrichtungen, welche das Risiko Alter (Anlage- und Langlebighkeitsrisiko) selbst tragen und die Risiken Tod und Invalidität an eine Versicherungsgesellschaft übertragen sowie (iii) Vorsorgeeinrichtungen, welche sämtlich Risiken bei einer Lebensversicherungsgesellschaft versichert haben (sog. Vollversicherung).

3. Rechtsbeziehungen

Die Vorsorgeeinrichtung ist rechtlich und auch finanziell selbständig. Sie hat weder Besitzer noch Mitglieder, sondern existiert als unabhängige juristische Person allein zur Erfüllung ihres Zweckes, der Personalvorsorge.



Es besteht daher ein Dreiecksverhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung, Unternehmung (Arbeitgeber) und Arbeitnehmer.⁴ Bei Umstrukturierungen muss daher klar zwischen den verschiedenen Rechtsbeziehungen zwischen den drei Parteien unterschieden werden.

Die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Vorsorgeeinrichtung kann auf unterschiedlichen Rechtsakten beruhen. Hat der Arbeitgeber eine eigene Personalvorsorgestiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB errichtet, so wird ihr Verhältnis in der Stiftungsurkunde geregelt.

Steht einem Arbeitgeber keine eigene Vorsorgeeinrichtung zur Verfügung und errichtet er auch keine solche, erfolgt ein Anschluss an eine bestehende Vorsorgeeinrichtung. In diesen Fällen ist der Anschlussvertrag die Grundlage der Rechtsbeziehung. Der Anschlussvertrag ist ein Innominatvertrag sui generis. Auf ihn sind die allgemeinen Bestimmungen des OR anwendbar. Die Vorsorgeeinrichtung verpflichtet sich im Anschlussvertrag gegenüber dem Arbeitgeber zur Erbringung der gesetzlichen Leistungen gemäss BVG und der Arbeitgeber zur Bezahlung der Beiträge.

⁴ Lang, 184.

Das mittels Anschlussvertrag angeschlossene Unternehmen bildet innerhalb der Stiftung ein separates Vorsorgewerk. Als solches verfügt es über keine eigene Rechtspersönlichkeit; es handelt sich um eine „separate Kasse“, administrativ geführt wie eine eigenständige Vorsorgeeinrichtung.

Gestützt auf das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, geregelt im Arbeitsvertrag, entsteht das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Vorsorgeeinrichtung, geregelt im Vorsorgevertrag (Vorsorgeverhältnis).⁵

III. Wichtige Vorsorge-Begriffe für die Due Diligence

1. Deckungsgrad

Eine wichtige Kennzahl in der beruflichen Vorsorge ist der sog. Deckungsgrad. Der Deckungsgrad gibt darüber Auskunft, zu wie viel Prozent die Verpflichtungen einer Vorsorgeeinrichtung an einem bestimmten Stichtag mit Vermögenswerten gedeckt sind; er errechnet sich aus dem Verhältnis des Vorsorgevermögens zum notwendigen Vorsorgekapital. Ist das Vorsorgevermögen grösser als das notwendige Vorsorgekapital, so liegt der Deckungsgrad über 100% und man spricht von einer Überdeckung. Ist der Deckungsgrad weniger als 100%, liegt eine sog. Unterdeckung vor (Art. 44 Abs. 1 BVV2).

Bei der Berechnung des Deckungsgrads kommt es daher darauf an, wie die Verpflichtungen bewertet sind. Wird beispielsweise bei der Bewertung der Rentenverpflichtungen ein hoher technischer Zins angewandt, so ist heute für dieselben Rentenhöhen weniger Vorsorgekapital nötig, als wenn eine tiefere Verzinsung angenommen würde. Auch die Qualität eines bestimmten Deckungsgrads ist nicht auf den ersten Blick erkennbar: So entspricht ein Deckungsgrad von 110% bei einer Pensionskasse mit einem hohen Rentneranteil nicht der gleichen Sicherheitsmarge wie bei einer Pensionskasse mit jungen Versicherten. Aus diesem Grund ist es nicht einfach, den Deckungsgrad verschiedener Einrichtungen miteinander zu vergleichen. Der Deckungsgrad ist zudem immer eine Momentaufnahme.

Vermögensteile, die den definierten Zieldeckungsgrad einer Kasse überschreiten, werden als freie Mittel oder Überschüsse bezeichnet. Freien Mittel können vom Gesetz her den Reserven einer Pensionskasse zugeführt, an die Versicherten in Form einer Leistungserhöhung verteilt oder zur Beitragsreduktion verwendet werden.

⁵ Lang, 185.

Aufschlussreich ist hierzu das versicherungstechnische Gutachten, welches die Vorsorgeeinrichtung mindestens alle drei Jahre durch einen Experten für berufliche Vorsorge erstellen lassen muss.

2. Unterdeckung

Sinkt der Deckungsgrad unter 100%, befindet sich die Vorsorgeeinrichtung in einer Unterdeckung. Eine zeitlich begrenzte Unterdeckung ist zulässig, wenn: a. sichergestellt ist, dass die Leistungen bei Fälligkeit erbracht werden können und b. die Vorsorgeeinrichtung Massnahmen ergreift, um die Unterdeckung in einer angemessenen Frist zu beheben (Art. 65c Abs. 1 BVG). Als angemessene Sanierungsperiode gilt eine Dauer von ca. 5 bis 7 Jahren.⁶

Die Vorsorgeeinrichtung muss eine Unterdeckung gemäss Art. 65d BVG selbst beheben, indem sie geeignete Sanierungsmassnahmen ergreift – wie beispielsweise eine temporäre Reduktion der künftig zu erwerbenden Leistungen (Minder- oder Nullverzinsung), Einschränkungen des Vorbezugs zum Erwerb von Wohneigentum, Verbesserung der Anlagestrategie. Führen die Sanierungsmassnahmen nicht zum gewünschten Erfolg, so kann die Vorsorgeeinrichtung subsidiär zusätzliche Beiträge vom Arbeitgeber und den Arbeitnehmern erheben. Sie kann dies in der obligatorischen Vorsorge einseitig beschliessen, bei der überobligatorischen Vorsorge nur mit dem Einverständnis des Arbeitgebers. Die Sanierungsbeiträge des Arbeitgebers müssen mindestens gleich hoch sein wie die Summe der Sanierungsbeiträge der Arbeitnehmer.

Bestehen Arbeitgeberbeitragsreserven, so kann der Arbeitgeber im Falle einer Unterdeckung die Sanierung der Vorsorgeeinrichtung unterstützen, indem er einen Verwendungsverzicht ausspricht (Art. 65e BVG). Durch diesen Verwendungsverzicht erhöht sich der Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung.

Bei Vorsorgeeinrichtungen mit Vollversicherung ist eine Unterdeckung und somit Sanierungsbeiträge für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgeschlossen.

⁶ Weisungen OAK BV, Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge, W – 01/2017, 6.

3. Teilliquidation

a) *Allgemein*

In der beruflichen Vorsorge gilt der Grundsatz, dass das Vermögen dem Personal folgt.⁷ Währendem bei einem Stellenwechsel das sog. Freizügigkeitsguthaben übertragen wird, besteht bei wesentlichen Veränderungen des Destinatär-Bestandes überdies ein Anspruch auf freie Mittel; Art. 18a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42) regelt, dass bei einer Teilliquidation nebst der Freizügigkeitsleistung ein individueller oder kollektiver Anspruch auf freie Mittel besteht.

b) *Voraussetzungen*

Jede Vorsorgeeinrichtung muss die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation in ihrem Reglement regeln. Eine Teilliquidation ist gemäss Art. 53b BVG vermutungsweise erfüllt, wenn:

- Eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt – was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Praxis der Aufsichtsbehörde bei einer Reduktion des Personals um 10% gegeben ist;
- Eine Unternehmung restrukturiert wird – wobei hier nach der Praxis der Aufsichtsbehörden eine Richtgrösse von 5% gilt;
- Der Anschlussvertrag aufgelöst wird – auch hier ist gemäss Praxis der Aufsichtsbehörden von einer Richtgrösse von 5% des Personalbestandes auszugehen.

c) *Verfahren*

Sind die Voraussetzungen einer Teilliquidation erfüllt, so hat das Organ der Vorsorgeeinrichtung (der Stiftungsrat bei Personalvorsorgestiftungen) diese unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie des Fortbestandsinteresses eigenverantwortlich gemäss den gesetzlichen Bestimmungen von Art. 53d BVG sowie Art. 27g und 27h BVV2 abzuwickeln. Insbesondere hat der Stiftungsrat (i) den genauen Zeitpunkt der Teilliquidation festzulegen, (ii) die freien Mittel und den zu verteilenden Anteil oder (iii) ggf. den Fehlbetrag und dessen Zuweisung zu bestimmen sowie (iv) den Verteilplan festzulegen (Art. 53d Abs. 4 BVG).

⁷ BGE 110 II 436 E.3.

d) Patronale Wohlfahrtsfonds

Seit der Gesetzesrevision von Art. 89a ZGB (per 1. April 2016) besteht Klarheit, dass die Vorschriften der Teilliquidation (Art. 53b – 53d BVG) lediglich für diejenigen Vorsorgeeinrichtungen gelten, welche dem FZG unterstehen (Art. 89a Abs. 6 Ziff. 9 ZGB). Für Personalfürsorgestiftungen, die nicht dem FZG unterstellt sind, wie patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen sowie Finanzierungsstiftungen, gelten Art. 89a Abs. 7 und Abs. 8 ZGB mit einem deutlich reduzierten BVG-Verweiskatalog. Patronale Wohlfahrtsstiftungen mit Ermessensleistungen müssen kein Teilliquidationsreglement mehr erlassen; über Teilliquidationssachverhalte verfügt die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Stiftungsrats (Art. 89a Abs. 8 Ziff. 2 ZGB). Ein Wohlfahrtsfonds kann sich einer Teilliquidation jedoch nicht widersetzen, indem der Stiftungsrat keinen Antrag an die Aufsichtsbehörden stellt. In diesem Fall kann die Aufsichtsbehörde den Wohlfahrtsfonds aufsichtsrechtlich anweisen, eine Teilliquidation durchzuführen.⁸

4. Rechnungslegung

a) Schweiz

Die Vorsorgeeinrichtungen sind von Gesetzes wegen verpflichtet, eine Jahresrechnung zu erstellen (Art. 51a Abs. 2 lit. d BVG), diese hat aus Bilanz, Betriebsrechnung und Anhang zu bestehen. Die Rechnungslegung erfolgt nach Swiss GAAP FER 26 und es gelten die Vorschriften über die kaufmännische Buchführung nach OR (Art. 47 BVV2). Weiter ist eine Prüfung durch die Revisionsstelle sowie den Experten für berufliche Vorsorge vorgeschrieben (Art. 52a Abs. 1 BVG). Aufgrund der rechtlichen Unabhängigkeit zwischen Vorsorgeeinrichtung und Unternehmung ist letztere lediglich zu den vertraglichen bzw. statutarischen Leistungen verpflichtet und muss gemäss Art. 959c Abs. 2 Ziff. 7 OR nur die Verbindlichkeiten gegenüber der Vorsorgeeinrichtung in der Jahresrechnung im Anhang offenlegen.

b) International

Internationale Rechnungslegungsnormen verlangen von den Konzernen, ein Deckungsmanko ihrer Pensionskasse oder sonstiger vertraglicher Altersleistungen als Finanzschuld bilanzieren. Die Krux dabei ist, dass die Regeln von

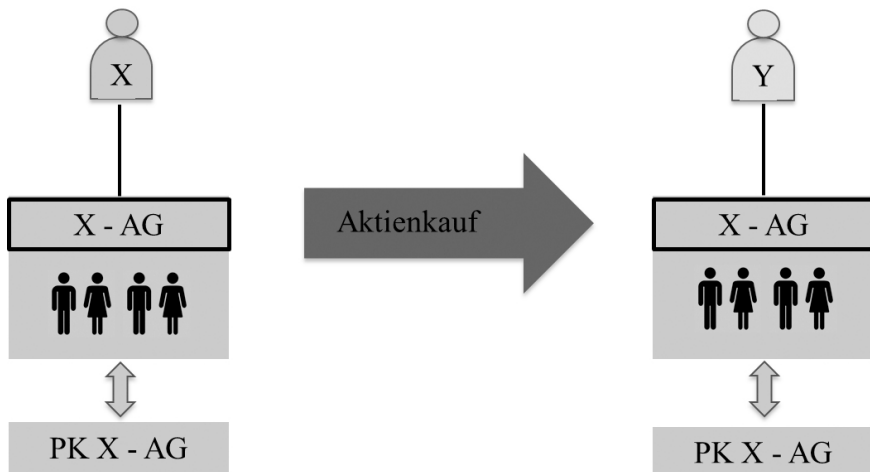
⁸ Weisungen OAK BV, Wohlfahrtsfonds gemäss Art. 89a Abs. 7 ZGB, W – 02/2016, 8.

IFRS viel strenger sind als die der schweizerischen Norm. Die Konzernrechnung zeichnet deshalb oft ein dramatischeres Bild der Finanzlage der betrieblichen Altersvorsorge.

Unter IAS 19 werden Vorsorgepläne entweder als beitragsorientierte Pläne (defined contribution plans) oder leistungsorientierte Pläne (defined benefit plans) behandelt. Ein beitragsorientierter Plan liegt nur dann vor, wenn ein Unternehmen festgelegte Beiträge an eine eigenständige Vorsorgeeinrichtung entrichtet und weder rechtlich noch faktisch zur Zahlung darüberhinausgehender Beiträge verpflichtet ist, für den Fall, dass die Vorsorgeeinrichtung nicht über ausreichende Vermögenswerte verfügt, um alle Leistungen an Arbeitnehmer in der Berichtsperiode und früheren Perioden zu erbringen (IAS 19.8). Aufgrund der Verpflichtung des Arbeitgebers, sich an Sanierungsbeiträgen zu beteiligen, werden schweizerische Vorsorgeeinrichtungen generell als leistungsorientierte Pläne eingestuft. Dies führt zum Ergebnis, dass die resultierende Netto-Verpflichtung in der Bilanz ausgewiesen werden muss, wie wenn das Unternehmen die Verpflichtung selbst zu tragen hätte.

IV. Share Deal

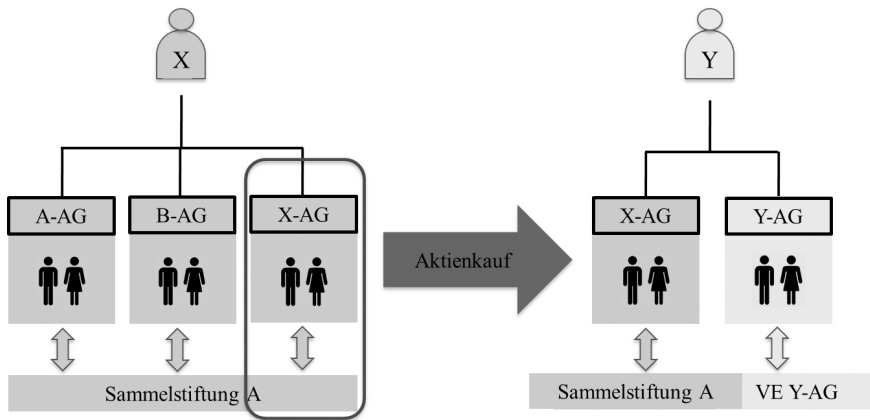
i. Unternehmen mit eigener Pensionskasse



Beim Share Deal kauft der Käufer vom Verkäufer sämtliche Aktien des Unternehmens. Verfügt das Unternehmen über eine eigene Pensionskasse (PK), so ist diese aufgrund ihrer rechtlichen und finanziellen Selbstständigkeit nicht

Gegenstand des Unternehmenskaufs.⁹ Die PK bleibt unabhängig vom Verkauf des Unternehmens ihrem Zweck verhaftet, die Personalvorsorge der Arbeitnehmer des Unternehmens sicherzustellen.¹⁰ Das verkaufte Unternehmen und seine Rechtsbeziehungen bestehen fort, die rechtliche Position der Arbeitnehmer erfährt keine Veränderung, die Arbeitnehmer behalten denselben Arbeitgeber und bleiben daher unverändert bei der PK versichert. Auch wenn die PK aufgrund ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht Teil des Share Deals ist, so „folgt“ sie jedoch aufgrund ihres Zweckes dem verkauften Unternehmen. Diese Konstellation ist in der M&A Praxis unproblematisch.

2. Unternehmen mit Anschlussvertrag an Sammelstiftung

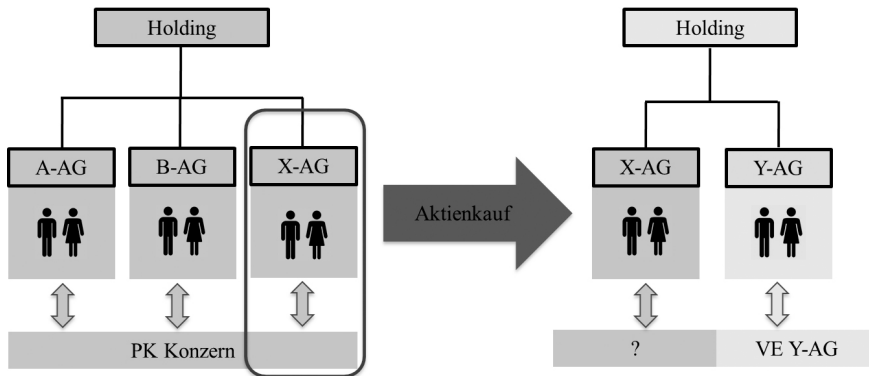


Verfügt das verkaufte Unternehmen nicht über eine eigene Vorsorgeeinrichtung, sondern ist mittels Anschlussvertrag einer Sammelstiftung angeschlossen, so bleiben die Arbeitnehmer grundsätzlich auch weiterhin bei dieser Sammelstiftung versichert. Der Anschlussvertrag zwischen dem Unternehmen und der Sammelstiftung wird vom Verkauf nicht betroffen. Dem Käufer steht es frei, die Personalvorsorge entweder unverändert zu belassen oder aber im Anschluss neu zu organisieren.

⁹ Schenker, 597.

¹⁰ Lang, 187.

3. Unternehmen mit Anschlussvertrag an Pensionskasse des Konzerns



Komplexer sieht die Sachlage aus, wenn das Unternehmen, welches verkauft wird, bei der Pensionskasse der eigenen Unternehmensgruppe (PK Konzern) versichert ist. Hier folgt die PK nicht automatisch dem verkauften Unternehmen, sondern bleibt ihrem Zweck gemäss der Vorsorge der Unternehmensgruppe verhaftet. In dieser Situation stellt sich die Frage, wie die Vorsorge der verkauften Unternehmung neu geregelt werden soll.

Der Stiftungszweck der PK Konzern ist oftmals so formuliert, dass die Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer der Stifterfirma sowie deren Gruppengesellschaften bezweckt wird. Mit dem Ausscheiden aus der Unternehmensgruppe entfällt somit für die verkaufte Unternehmung in der Regel die Möglichkeit, weiterhin bei der PK Konzern versichert zu bleiben. Das Ausscheiden einer Gruppengesellschaft aus der PK des Konzerns hat in aller Regel eine Teilliquidation zur Folge.

4. Due Diligence beim Share Deal

a) *Dokumente und Prüfpunkte*

aa) *Übersicht*

Folgende Dokumente sollten beim Share Deal im Rahmen der Due Diligence geprüft werden:

Dokumente	Prüfpunkte
Stiftungsurkunde/Anschlussverträge	Organisation und Strukturierung der beruflichen Vorsorge in der Unternehmung <ul style="list-style-type: none"> - Eigene Vorsorgeeinrichtung (VE) oder Anschluss an Sammelstiftung - BVG-Obligatorium, Kaderversicherung - ggf. Wohlfahrtsfonds - Kündigungsfristen (betrifft Anschlussvertrag)
Reglemente <ul style="list-style-type: none"> - Vorsorgereglement - Organisationsreglement - Anlagereglement - Teilliquidationsreglement 	<ul style="list-style-type: none"> - Versicherte Lohnbestandteile (Fixlohn, Bonus, Mitarbeiterbeteiligungen) - Leistungen - Beitragsfinanzierung - Umwandlungssatz - ggf. Teilliquidation bei gruppeneigener VE (Spezialfall)
<ul style="list-style-type: none"> - Jahresrechnung (Bilanz, Betriebsrechnung und Anhang) - Prüfungsbericht der Revisionsstelle - Versicherungstechnischer Bericht des Experten für berufliche Vorsorge 	<ul style="list-style-type: none"> - Finanzielle Situation - Deckungskapital, Deckungsgrad Versichertenstruktur Aktive/Rentner - Arbeitgeberbeitragsreserven - ggf. Strukturierung Vermögensanlage - ggf. Auswirkungen bei Bilanzierung nach intern. Rechnungslegungsvorschriften
Bei Versicherungs-Lösungen <ul style="list-style-type: none"> - Versicherungsvertrag - Betriebsrechnung 	<ul style="list-style-type: none"> - Finanzielle Situation - Überschussbeteiligung

bb) Mitarbeiterbeteiligungen

In der Praxis verfügen insbesondere Start-up Gesellschaften über Mitarbeiterbeteiligungspläne, bei welchen das Vesting (d.h. die Ausübbarkeit von Optionen oder die Zuteilung von Aktien) an einen Exit oder Liquidity-Event an-

knüpft. In der Due Diligence ist daher ein besonderes Augenmerk auf die Definition des Exit bzw. Liquidity-Events zu legen. Qualifiziert der Share Deal als ein solches Ereignis, so ist weiter zu prüfen, ob das sich dadurch für die Mitarbeiter ergebende Einkommen in der beruflichen Vorsorge versichert ist. Eine Ausnahme von der Versicherungspflicht liegt lediglich dann vor, wenn die Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. a BVV2 vom massgebenden AHV-Lohn abweicht und nur gelegentlich anfallende Lohnbestandteile – wie Mitarbeiterbeteiligungen – weglässt. Ohne eine solche Ausnahmeregelung ist das durch den Share Deal realisierte Einkommen aus Mitarbeiterbeteiligungsplänen in der beruflichen Vorsorge zu versichern und der Share Deal hat somit eine direkte finanzielle Auswirkung auf die Beitragspflicht des Arbeitgebers bzw. Targets, was bei der Bemessung des Kaufpreises finanziell berücksichtigt werden muss.

cc) *Überschuss*

Verfügt eine Vorsorgeeinrichtung über Überschüsse, so stehen diese dem Unternehmen selbst nicht zur Verfügung. Weder kann ein Unternehmen damit seine Beiträge finanzieren noch eine Auszahlung verlangen. Es ist daher gerade für Käufer aus anderen Jurisdiktionen wichtig zu verstehen, dass die Mittel der Vorsorgeeinrichtung der Unternehmung nie zur Finanzierung des Share Deals zur Verfügung stehen. Einzig Arbeitgeberbeitragsreserven, die ein Unternehmen durch die Vorauszahlung seiner Beiträge gebildet hat, stehen wirtschaftlich dem Unternehmen zu und sind daher als „stille Reserven“ in der Unternehmensbewertung zu berücksichtigen.¹¹

dd) *Deckungslücke*

Eine Vorsorgeeinrichtung, die eine Deckungslücke aufweist, kann für den Käufer zu einer finanziellen Belastung führen. Auch wenn das Unternehmen grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung hat, eine Deckungslücke unmittelbar auszugleichen, so besteht doch meist eine moralische Verpflichtung dazu. Und spätestens im Rahmen der Sanierungsmassnahmen wird das Unternehmen höhere Arbeitgeberbeiträge leisten müssen, um zusammen mit den Arbeitnehmern die Deckungslücke mittelfristig zu füllen. Eine Deckungslücke führt somit in der Praxis fast immer zu einer Reduktion der zukünftigen Gewinne um mindestens die Hälfte der vorhandenen Deckungslücke.¹² Diese potenzielle finanzielle Belastung ist bei der Bemessung des Kaufpreises entsprechend zu berücksichtigen. Laut Böckli ist die Deckungslücke ein klassischer

¹¹ Schenker, 600.

¹² Schenker, 601.

Anwendungsfall für eine selbständige Garantieabrede im Kaufvertrag.¹³ Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so vermag ggf. das Gewährleistungsrecht eine Lösung bieten.¹⁴

b) *Redaktion des Kaufvertrages*

Die Ergebnisse der Due Diligence fließen sodann in die Redaktion des Kaufvertrages ein.

Ergebnisse der Due Diligence	Vertragliche Abbildung
Allgemein: - Organisation der beruflichen Vorsorge - Finanzierung	Zusicherungen ¹⁵ - Vorsorgepläne entsprechen den gesetzlichen Vorschriften - Sämtliche Vorsorgepläne wurden offengelegt - Alle fälligen Beiträge sind bis zum Vollzugstermin bezahlt bzw. zurückgestellt
Deckungsgrad \geq 100%	Selbständige Garantieabrede - Keine Deckungslücke
Unterdeckung - Potenzielle finanzielle Belastung	Relevant bei Kaufpreisberechnung - Abzüge beim Kaufpreis - Garantieabrede
Arbeitgeberbeitragsreserven - „stille Reserven“	Relevant bei Kaufpreisberechnung - Erhöhung des Kaufpreises

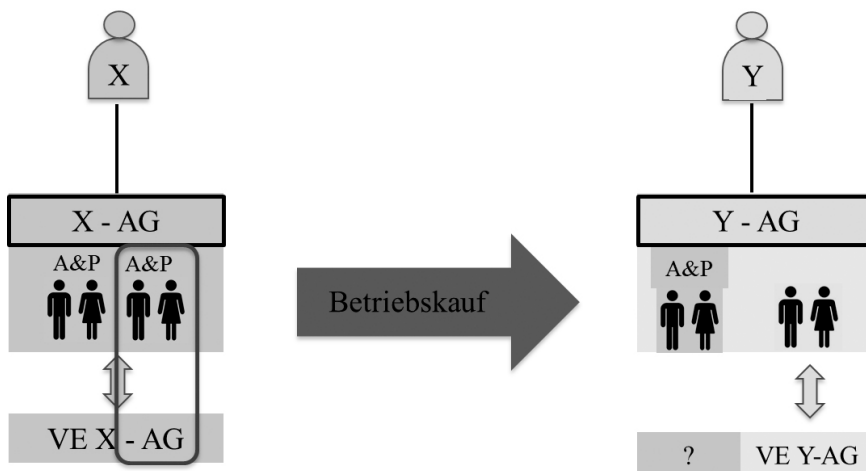
¹³ Böckli, 85.

¹⁴ Das Bundesgericht bejahte im Urteil 4A_42/2009 vom 1. Mai 2009 einen Gewährleistungsanspruch der Käuferin, weil die Pensionskasse entgegen der Zusicherung der Verkäuferin eine nicht offengelegte Unterdeckung aufwies.

¹⁵ Vgl. hierzu auch Schenker, 325.

V. Asset Deal

1. Verkauf eines Betriebes



Wird ein Betrieb mit Aktiven und Passiven verkauft, so geht das dazugehörige Personal bzw. deren Arbeitsverträge gemäss Art. 333 OR automatisch auf den Käufer des Betriebes über. Versichert die Vorsorgeeinrichtung des Verkäufers noch weitere Arbeitnehmer des Verkäufers, so bleibt die Vorsorgeeinrichtung ihrem Zweck gemäss der Vorsorge der Arbeitnehmer des Verkäuferunternehmens verhaftet.¹⁶ Die zum verkauften Betrieb gehörenden Arbeitnehmer scheiden daher aus der Vorsorgeeinrichtung ihres bisherigen Arbeitgebers aus, was in aller Regel eine Teilliquidation auslöst.

Da beendete Arbeitsverhältnisse nicht vom Betriebsübergang nach Art. 333 OR erfasst sind, verbleiben die Rentner des verkauften Betriebs in der Vorsorgeeinrichtung des Verkäufers. Die übertragende Gesellschaft ist daher gut beraten, ihre künftige Vorsorgesituation rechtzeitig zu analysieren. Überträgt sie durch den Asset Deal einen Grossteil ihrer Mitarbeiter, so besteht das Risiko, eine sog. „Rentnerkasse“¹⁷ zu werden.

¹⁶ Schenker, 597f.

¹⁷ Als „Rentnerkasse“ gilt eine Kasse, wenn sie ein Verhältnis von 70% Rentnern oder mehr zu 30% Aktiven oder weniger hat.

2. Themenbereiche

Folgende Themenbereiche sollten bei einem Asset Deal analysiert werden:

Themenbereiche	Prüfpunkte
Neue Versicherungs- lösung	Eigene Vorsorgeeinrichtung (VE), Anschluss an VE im Konzern oder Anschluss an Sammeleinrichtung
Vergleich der Vor- sorgelösungen	<ul style="list-style-type: none">- Umfang der versicherten Leistungen- Höhe der Arbeitgeberbeiträge
Harmonisierung der Leistungen	Kostenpunkt für Arbeitgeber
Deckungsgrad	<ul style="list-style-type: none">- i.d.R. Angleichung ans „Höhere Niveau“- Kostenpunkt für Arbeitgeber
Anstehende/vorzei- tige Pensionierungen	Umwandlungssätze, Finanzierung
Rechnungslegung	Auswirkungen auf Unternehmens- bzw. Konzernrech- nungslegung

3. Due Diligence beim Asset Deal

a) *Dokumente und Prüfpunkte*

aa) *Übersicht*

Folgende Dokumente sollten beim Share Deal im Rahmen der Due Diligence geprüft werden:

Dokumente	Prüfpunkte
Stiftungsurkunde/Anschlussverträge	Organisation und Strukturierung der beruflichen Vorsorge in der Unternehmung <ul style="list-style-type: none"> - Eigene Vorsorgeeinrichtung (VE) oder Anschluss an Sammelstiftung - BVG-Obligatorium, Kaderversicherung - ggf. Wohlfahrtsfonds - Kündigungsfristen
Reglemente <ul style="list-style-type: none"> - Vorsorgereglement 	<ul style="list-style-type: none"> - Versicherte Lohnbestandteile (Fixlohn, Bonus, Mitarbeiterbeteiligungen) - Leistungen und Beitragsfinanzierung - Umwandlungssatz
<ul style="list-style-type: none"> - Teilliquidationsreglement 	<ul style="list-style-type: none"> - Voraussetzungen Teilliquidation - Verteilschlüssel - Individueller oder kollektiver Austritt
<ul style="list-style-type: none"> - Jahresrechnung (Bilanz, Betriebsrechnung und Anhang) - Prüfungsbericht der Revisionsstelle - Versicherungstechnischer Bericht des Experten für berufliche Vorsorge 	<ul style="list-style-type: none"> - Deckungsgrad der VE - Freie Mittel, Rückstellungen und Schwankungsreserven

bb) Teilliquidation

Im Rahmen der Due Diligence Prüfung wird der Käufer in der Regel Klarheit darüber erlangen, ob der geplante Asset Deal den Tatbestand einer Teilliquidation gemäss Reglement der Vorsorgeeinrichtung des Verkäufers erfüllen wird. Aufgrund des gesetzlich vorgeschriebenen Ablaufs erfordert eine Teilliquidation eine längere Zeitdauer. Was die Abwicklung und Ausgestaltung der Teilliquidation angeht, muss sich ein Käufer bewusst sein, dass diese nicht im Ermessen von Käufer oder Verkäufer liegt, sondern eigenverantwortlich durch

das Organ der Vorsorgeeinrichtung, dem Stiftungsrat bei der Vorsorgestiftung, erfolgt. Vertragliche Regelungen über die Teilliquidation zwischen Käufer und Verkäufer können daher problematisch sein und sollten deshalb als Zielsetzung und nicht als Zusicherung formuliert werden.

Die Entscheide des Stiftungsrats, ob und in welchem Umfang ein Anspruch auf Rückstellungen und Schwankungsreserven besteht, haben einen unmittelbaren Einfluss auf die finanzielle Situation sowohl der abgebenden und der aufnehmenden Vorsorgeeinrichtung als auch auf die Bewertung der Vorsorgepläne nach internationalen Rechnungslegungsnormen.¹⁸

b) *Redaktion des Kaufvertrages*

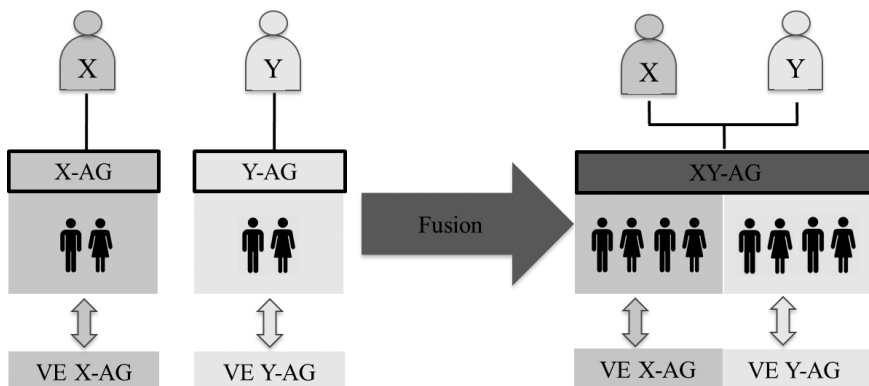
Die Ergebnisse der Due Diligence fließen sodann in die Redaktion des Kaufvertrages ein.

Ergebnisse der Due Diligence	Vertragliche Abbildung
Allgemein: - Organisation der beruflichen Vorsorge - Finanzierung	Zusicherungen - Vorsorgepläne entsprechen den gesetzlichen Vorschriften - Sämtliche Vorsorgepläne wurden offengelegt - Alle fälligen Beiträge sind bis zum Vollzugstermin bezahlt bzw. zurückgestellt
Unterdeckung der VE - Potenzielle finanzielle Belastung	Relevant bei Kaufpreisberechnung - Abzüge beim Kaufpreis
Teilliquidation	Problematisch – abhängig vom Entscheid des Stiftungsrats
Integrationskosten	ggf. relevant bei Kaufpreisberechnung

¹⁸ Wehrli/Walter, 348.

Ergebnisse der Due Diligence	Vertragliche Abbildung
Anschlussvertrag wird übernommen	Singularsukzession: <ul style="list-style-type: none"> - Anschlussvertrag kann nur durch Dreiparteienvereinbarung übertragen werden - VE muss der Übertragung zustimmen¹⁹
	(partielle) Universalsukzession nach FusG: <ul style="list-style-type: none"> - Automatische Übernahme des Anschlussvertrages umstritten - Übertragung mit Zustimmung der VE

VI. Fusion



Bei einer Fusion nach Fusionsgesetz werden die Aktiven und Passiven und sämtliche Rechtsverhältnisse mittels Universalsukzession übertragen. Gesellschaftsrechtlich ist unbestritten, dass im Rahmen der Universalsukzession bei einer Fusion auch sämtliche Vertragsverhältnisse mitübertragen werden – doch gilt dies auch für Anschlussvertrag an die Vorsorgeeinrichtung? Vieles spricht dafür, die Lehrmeinungen sind jedoch unterschiedlich und es gibt kei-

¹⁹ Vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2714/2017 vom 23. Mai 2018, wo das Bundesverwaltungsgericht die herrschende Lehre zusammenfasst (E. 3.3.1) und in Übereinstimmung mit dieser ein Übergang eines Anschlussvertrages ohne Zustimmung der Vorsorgeeinrichtung im Fall der Singularsukzession ablehnt.

nen höchstrichterlichen Entscheid hierzu. In einem Entscheid vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301) hat das Bundesgericht in einer Nebenbemerkung erwähnt, es sei fraglich, ob der Anschlussvertrag im Falle einer Fusion übergehe.²⁰

In der Praxis sind Ad-hoc Lösungen mit beiden Vorsorgeeinrichtungen anzustreben und in der Regel werden die Vorsorgelösungen im Anschluss an die Fusion zusammengeführt.

VII. Post M&A

1. Vereinheitlichung der Vorsorgelösungen

Post M&A besteht in der Regel das Ziel, die Vorsorgelösungen in der Gruppe zu vereinheitlichen. Getrennte Versichertenbestände und unterschiedliche Vorsorgepläne (ins. unterschiedliche Leistungen, Beitragsfinanzierung) innerhalb eines Konzerns können personalpolitisch heikel sein.

Das bedeutet, dass im Rahmen der Transaktion nicht nur der Ist-Zustand analysiert werden muss, sondern ein Käufer auch die in Frage kommenden Soll-Zustände prüfen sollte. Die angestrebte Vorsorgelösung und deren Finanzierung wird einen direkten Einfluss auf das zukünftige Unternehmensergebnis haben und sollte daher bereits im Rahmen der Transaktion bewertungsrelevant sein.²¹

2. Strukturierungsmöglichkeiten

a) *Bei Ausscheiden aus der bisherigen Vorsorgeeinrichtung*

Scheiden die Arbeitnehmer aufgrund eines Teilliquidationstatbestandes aus der bisherigen Vorsorgeeinrichtung aus, so bieten sich in der Regel die folgenden drei Möglichkeiten an: (i) die Gründung einer eigenen Personalvorsorgestiftung, (ii) den Anschluss an eine neue Sammelstiftung oder (iii) den Anschluss an eine bereits bestehende Personalvorsorgestiftung im Konzern. Wichtige Faktoren zur Frage, welche Lösung angestrebt werden soll, sind etwa die Anzahl Arbeitnehmer sowie deren Altersstruktur.²²

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 2A.425/2000 vom 20. Juli 2001 E.2.c.

²¹ Wehrli/Walter, 346.

²² Wehrli/Walter, 346.

b) *Bei unveränderter Versicherung in der bisherigen Vorsorgeeinrichtung*

aa) *Fusion der Vorsorgeeinrichtungen*

Verfügen sowohl die übernehmende als auch die übernommene Unternehmung über eine eigene Pensionskasse, so erfolgt in der Regel eine Fusion der beiden Pensionskassen nach Art. 88 ff. FusG.

Eine solche Fusion hat unter Wahrung der Rechte und Ansprüche der Versicherten zu erfolgen. In der Praxis führt dies zu einer Angleichung der Leistungspläne im „höheren Niveau“. Weisen die Vorsorgeeinrichtungen unterschiedliche Deckungsgrad auf, so stellt sich die Frage der Ausfinanzierung der fehlenden Differenz. Als Finanzierungsquelle kommt dafür in der Regel nur der Arbeitgeber in Frage, weshalb die damit verbundenen Kosten bei der Verkaufsverhandlungen mitberücksichtigt werden sollten.²³

bb) *Wechsel der Vorsorgeeinrichtung*

Ist die übernommene Unternehmung mittels Anschlussvertrag an eine Sammelstiftung angeschlossen, so steht dem Käufer unter Wahrung der Kündigungsfrist die Möglichkeit offen, diesen Anschlussvertrag zu kündigen und einen Wechsel zu vollziehen, entweder zu einer konzerneigenen Vorsorgeeinrichtung oder zu einer anderen Sammeleinrichtung. Hierbei sind ins. das Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer gemäss Art. 11 Abs. 3bis BVG zu beachten, gemäss welchem ein Anschlusswechsel zwingend das Einverständnis des Personals erfordert.²⁴

Ein solcher Wechsel der Vorsorgeeinrichtung löst grundsätzlich eine Teilliquidation bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung aus.

3. Fokus Rentnerbestand

Bei jedem Wechsel sollte ins. der Frage, ob Rentenbezüger bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung verbleiben oder zu der neuen Vorsorgeeinrichtung übergehen, frühzeitig genügend Beachtung geschenkt werden.

Ist im bisherigen Anschlussvertrag festgelegt, dass bei einer Kündigung des Anschlussvertrages die Rentenbezüger bei der bisherigen Vorsorgeeinrich-

²³ Spuhler, 346.

²⁴ Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 9C_409/2020 vom 5. Mai 2020 mit Ungültigkeit der Kündigung als Rechtsfolge

tung verbleiben, so stellt dies für den Wechsel eine erhebliche Vereinfachung dar; es ist jedoch ratsam, die damit verbundenen Finanzierungskosten abzuklären.²⁵

Ist im Anschlussvertrag keine Regelung vorgesehen, so haben sich die bisherige und die neue Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers über den Verbleib der Rentenbezüger zu einigen. Kommt keine Vereinbarung zustande, so verbleiben die Rentenbezüger bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung (Art. 53e Abs. 4 BVG).

Verbleiben die Rentenbezüger bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung, so bleibt der Anschlussvertrag mit Bezug auf die Rentenbezüger bestehen (Art. 53e Abs. 6 BVG).

Ist im Anschlussvertrag vorgesehen, dass die Rentenbezüger bei Auflösung des Anschlussvertrages die bisherige Vorsorgeeinrichtung verlassen, so kann der Arbeitgeber den Vertrag erst auflösen, wenn die neue Vorsorgeeinrichtung die Aufnahme der Rentenbezüger zu den gleichen Bedingungen schriftlich bestätigt (Art. 53e Abs. 4bis BVG).

Je nach Regelung im Anschlussvertrag kann sich die Rentenübernahme als Stolperstein entwickeln, so wenn sich beispielsweise die Vorsorgeeinrichtung, der sich der Käufer angeschlossen hat, weigert, die Rentenbeziehungen zu übernehmen oder einen viel höheren Betrag verlangt, als die abgebende Vorsorgeeinrichtung zu zahlen bereit ist.²⁶

VIII. Fazit

In einer M&A Transaktion sollte der Käufer mit Bezug auf die berufliche Vorsorge ins. die folgenden Aspekte thematisieren und prüfen:

- Analyse der gegenwärtigen Vorsorgesituation des Targets
- Besteht ggf. ein Nachfinanzierungsbedarf bei der Vorsorgeeinrichtung?
- Welche Versicherungslösung wird nach der Akquisition angestrebt?
- Auswirkungen auf die Bilanzierung nach internationaler Rechnungslegung

Der Verkäufer hingegen sollte ins. folgende Punkte mit Bezug auf die berufliche Vorsorge klären:

- Bei firmeneigener Vorsorgestiftung: finanzielle und strukturelle Auswirkungen der Teilliquidation
- Auswirkungen auf die Bilanzierung nach internationaler Rechnungslegung

²⁵ Kieser, 228.

²⁶ Spuhler, 346.

Literaturverzeichnis

- Böckli Peter, Gewährleistung und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 85 ff.
- Kieser Ueli, Wechsel der Vorsorgeeinrichtung, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), JaSo 2018: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2018, 219 ff.
- Lang Bruno, M&A und Personalvorsorge, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 182 ff.
- Schenker Urs, Unternehmenskauf – Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016.
- Spuhler Patrick, Unternehmenskäufe und berufliche Vorsorge: Berufliche Vorsorge als zwin-
gender Teil der Due Diligence, in: Expert Focus, 5/2016, 344 ff.
- Wehrli Ulrich/Walter Jürg, Die Vorsorgeeinrichtung als Stolperstein im Transaktionsge-
schäft, GesKR 4/2006, 345 ff.