

Rolf Kuhn

## Der Einfluss des Vergaberechts auf den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung

---

Im Zusammenhang mit dem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung durch öffentlich-rechtliche Körperschaften, gemeinnützige Institutionen oder mit diesen verbundenen Unternehmungen stellt sich die Frage, ob vergaberechtliche Grundsätze zu beachten sind. Insbesondere ist offen, ob vor einem solchen Wechsel ein Submissionsverfahren durchzuführen ist und welches die Konsequenzen einer Unterlassung eines solchen Verfahrens sind. Der Beitrag untersucht mit Schwerpunkt auf die Situation im Kanton Zürich, ob und falls ja welche submissionsrechtlichen Bestimmungen zu beachten sind und welches die Folgen der Nichtbeachtung solcher Bestimmungen sind.

---

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht; Berufliche Vorsorge

Zitiervorschlag: Rolf Kuhn, Der Einfluss des Vergaberechts auf den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung, in: Jusletter 12. Juni 2017

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - 1. Errichtungs- oder Anschlusspflicht
  - 2. Modalitäten beim Wechsel der Vorsorgeeinrichtung
    - 2.1. Zustimmungsbefähigung
    - 2.2. Obligatorische und weitergehende Vorsorge
    - 2.3. Weiteranschluss bzw. Verbleib bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung
    - 2.4. Rechtsnatur der Arbeitnehmermitwirkung
    - 2.5. Arbeitnehmerzustimmung als objektives Kündigungserfordernis
    - 2.6. Deckungszusage der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung als weiteres objektives Kündigungserfordernis
- II. Öffentliches Beschaffungswesen
  - 1. Grundlagen
  - 2. Vergabestellen
  - 3. Beschaffungsgegenstand
  - 4. Schwellenwert
- III. Konsequenzen einer Nichteinhaltung der submissionsrechtlichen Bestimmungen
- IV. Rechtsfolgen
  - 1. Auswirkungen auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Anschlussvertrages
    - 1.1. Rechtsnatur des Anschlussvertrages
    - 1.2. Fehlendes Vergabeverfahren
      - 1.2.1. Einfluss des Vergaberechts auf die Willensbildung des Arbeitgebers
      - 1.2.2. Einfluss des Vergaberechts auf die Gültigkeit des Vertrages
      - 1.2.3. Ungültigkeit sui generis?
  - 2. Pflicht zur Beseitigung des vergaberechtswidrigen Zustandes
  - 3. Schlussfolgerungen

## I. Einführung

### 1. Errichtungs- oder Anschlusspflicht

[Rz 1] Der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen.<sup>1</sup> Verfügt der Arbeitgeber nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, so hat er eine solche im Einverständnis mit seinem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung auszuwählen.<sup>2</sup> Der Anschluss erfolgt dann rückwirkend.<sup>3</sup>

[Rz 2] Löst der Arbeitgeber einen Anschlussvertrag mit einer Vorsorgeeinrichtung auf, so hat die Vorsorgeeinrichtung die Auflösung der Auffangeinrichtung<sup>4</sup> zu melden.<sup>5</sup> Die Ausgleichskasse der AHV überprüft hierauf, ob der Arbeitgeber einer (neuen) registrierten Vorsorgeeinrichtung

---

<sup>1</sup> Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40).

<sup>2</sup> Art. 11 Abs. 2 BVG.

<sup>3</sup> Art. 11 Abs. 3 BVG.

<sup>4</sup> Schweizerische Sozialpartner-Stiftung für die Auffangeinrichtung gemäss Artikel 60 BVG (Stiftung Auffangeinrichtung BVG).

<sup>5</sup> Art. 11 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 2 BVG.

angeschlossen ist<sup>6</sup> und fordert ihn gegebenenfalls auf, seiner Anschlusspflicht nachzukommen.<sup>7</sup> Kommt der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht fristgemäss nach, so meldet die Kasse ihn der Auffangeinrichtung rückwirkend zum Anschluss.<sup>8</sup>

[Rz 3] Das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) statuiert mithin die Pflicht des Arbeitgebers, eine registrierte Vorsorgeeinrichtung zu errichten oder einer solchen angeschlossen zu sein, um seiner Vorsorgepflicht nachzukommen. Im Übrigen macht das Gesetz aber keine Vorgaben etwa in dem Sinne, dass der Arbeitgeber je nach Rechtsform, Grösse oder Betriebsart sich einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung anschliessen müsste. Der Arbeitgeber ist somit grundsätzlich frei in der Wahl der Vorsorgeeinrichtung zur Durchführung der (obligatorischen) beruflichen Vorsorge seiner versicherungspflichtigen Arbeitnehmer. Er kann auch selbst eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten. Dieses für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge auf betrieblicher Ebene typische Wahlrecht gilt für private Arbeitgeber ebenso wie für das Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden).<sup>9</sup> Eine Einschränkung besteht freilich insoweit, als die mit der Versicherungsdurchführung befassten registrierten Vorsorgeeinrichtungen heute die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sein müssen,<sup>10</sup> d.h. Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften müssen von der Zentralverwaltung getrennt und rechtlich verselbständigt sein. Sofern die Einrichtungen nicht von einem Arbeitgeber spezifisch für sein Personal errichtet worden sind (Arbeitgeberstiftungen), stehen sie untereinander im Wettbewerb und konkurrieren darum, dass sich ihnen möglichst viele Arbeitgeber anschliessen (Gemeinschafts- oder Sammeleinrichtungen).

## 2. Modalitäten beim Wechsel der Vorsorgeeinrichtung

### 2.1. Zustimmungsbedürftigkeit

[Rz 4] Die Auflösung eines bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung und der Wiederanschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung durch den Arbeitgeber haben im Einverständnis mit dem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung zu erfolgen.<sup>11</sup> Kommt keine Eini-gung zustande, so entscheidet ein neutraler Schiedsrichter, der im gegenseitigen Einverständnis oder, bei Uneinigkeit, von der Aufsichtsbehörde bezeichnet wird.<sup>12</sup>

[Rz 5] Der Arbeitnehmervertretung – bzw. in Betrieben oder Betriebsbereichen ohne Arbeitnehmervertretung den Arbeitnehmern direkt – stehen nach Massgabe der Gesetzgebung besondere Mitwirkungsrechte über den Anschluss an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge und

---

<sup>6</sup> Art. 11 Abs. 4 BVG.

<sup>7</sup> Art. 11 Abs. 5 BVG.

<sup>8</sup> Art. 11 Abs. 7 BVG; sog. Zwangsanschluss; vgl. zum Ganzen auch Art. 7 f. der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1) sowie Weisungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) über die «Kontrolle des Anschlusses der Arbeitgeber an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge gemäss Artikel 11 BVG» (AKBV; gültig ab 1. Januar 2005; unter: <https://www.bsvlive.admin.ch/vollzug> > AHV > Weisungen Aufsicht und Organisation).

<sup>9</sup> BGE 135 I 28 E. 5.2.

<sup>10</sup> Art. 48 Abs. 2 Satz 1 BVG und Art. 89a des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 2007 (ZGB; SR 210).

<sup>11</sup> Art. 11 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 1 BVG.

<sup>12</sup> Art. 11 Abs. 3<sup>ter</sup> BVG.

die Auflösung eines Anschlussvertrages zu.<sup>13</sup> Dass das Erfordernis des Einverständnisses des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung lediglich bei privaten Arbeitgebern gelten soll, wie in BGE 135 I 28 E. 5.2 beiläufig festgehalten wird, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr kommen privaten und öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern gleichermassen das Recht und die Pflicht zur Bestimmung der Vorsorgeeinrichtung durch Gründungsakt oder Anschlussvertrag zu. Nur, wo der Vorsorgepflicht durch Errichtung einer Arbeitgeberstiftung nachgekommen wird oder wo bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern die für die Vorsorgeversicherung massgebenden Rechtsgrundlagen durch die zuständigen Staatsorgane erlassen werden, relativiert sich das Mitwirkungsrecht und Einverständniserfordernis gemäss BVG und Mitwirkungsgesetz (SR 822.14). Verfügt der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber über kein eigentliches, im Gesetzgebungsverfahren erlassenes Pensionskassenstatut betreffend Errichtung einer Vorsorgeeinrichtung für sein versicherungspflichtiges Personal, sondern kommt er seiner Vorsorgepflicht mittels Versicherungsanschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nach, ist nicht einsehbar, warum das Erfordernis des Einverständnisses des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung nicht anwendbar sein sollte. Der Umstand, dass die Vorsorgelösung womöglich in einem Anstellungs- oder Personalreglement o.ä. vorgegeben wird, ändert an der für private wie öffentlich-rechtliche Arbeitgeber grundsätzlich einheitlichen Mitwirkungsordnung nichts.

## 2.2. Obligatorische und weitergehende Vorsorge

[Rz 6] Höchststrichterlich ungeklärt ist bislang die Frage, ob die Mitwirkungsbestimmungen auch im überobligatorischen Bereich gelten.<sup>14</sup>

[Rz 7] In der Literatur werden zur Frage, ob die einschlägigen Bestimmungen nur auf die obligatorische berufliche Vorsorge anwendbar sind, oder ob dies auch im Bereich der weitergehenden Vorsorge der Fall ist, unterschiedliche Meinungen vertreten: So wird etwa dafürgehalten, die statuierten Mitwirkungsrechte seien im Bereich der weitergehenden Vorsorge nicht gegeben. Auch im Zusammenhang mit umhüllenden Kassen, die über die obligatorische Versicherung hinausreichende Beitragszahlungen seitens des Arbeitgebers voraussetzen, fänden die Vorschriften keine Anwendung.<sup>15</sup> Indessen wurde auch zu bedenken gegeben, dass es bei einer umhüllenden Kasse schwer vorstellbar sei, dass sich das Einverständnis des Personals oder der Arbeitnehmervertretung nur auf das Obligatorium beziehen solle – zumal explizit festgehalten werde, dass das Personal oder die Arbeitnehmervertretung das Einverständnis (auch) zum Auflösungsbeschluss erteilen müsse.<sup>16</sup> Weiter wird argumentiert, dass die Pflicht eines Arbeitgebers, sich einer anerkannten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, einen Eckpfeiler des Obligatoriums der beruflichen Vorsorge darstelle, ohne betreffend Mitwirkung des Personals oder einer allfälligen Arbeitnehmervertretung beim Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung resp. bei der Auflösung von Anschlussverträgen und beim Wechsel der Vorsorgeeinrichtung zwischen obligatorischer und weitergehender

---

<sup>13</sup> Art. 4 und Art. 10 Bst. d des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14).

<sup>14</sup> Urteile des Bundesgerichts B 57/00 vom 22. Dezember 2003 E. 4.1 und B 63/99 vom 26. Oktober 2001 E. 3a; vgl. RÉMY WYLER, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, N. 23 zu Art. 11 BVG; OFK-VETTER-SCHREIBER, 2. Aufl., Zürich 2009, N. 9 zu Art. 11 BVG.

<sup>15</sup> WYLER, a.a.O., Fn. 14, N. 24-26 zu Art. 11 BVG; OFK-VETTER-SCHREIBER, 3. Aufl., Zürich 2013, N. 11 zu Art. 11 BVG.

<sup>16</sup> OFK-VETTER-SCHREIBER, 2. Aufl., Zürich 2009, N. 9 zu Art. 11 BVG.

Vorsorge zu unterscheiden.<sup>17</sup> Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) hat sich in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge verschiedentlich zum Wechsel der Vorsorgeeinrichtung geäußert, ohne jedoch zwischen der obligatorischen und der weitergehenden Vorsorge zu unterscheiden.<sup>18</sup>

[Rz 8] Die gesetzlichen Mitwirkungsbestimmungen sollten sinnvollerweise auch bei der überobligatorischen und insbes. umhüllenden Vorsorge Anwendung finden. Zwar trifft es zu, dass Art. 11 BVG im Katalog gemäss Art. 49 Abs. 2 BVG nicht aufgeführt ist, doch ist keine vernünftige bzw. praktikable Lösung denkbar, wie im Selbständigkeitsbereich einer umhüllenden Kasse zwischen mitwirkungsbedürftiger obligatorischer und mitwirkungsfreier weitergehender Vorsorge unterschieden werden könnte. Der Anschluss zur Durchführung der beruflichen Vorsorge bezieht sich bei einer umhüllenden Vorsorgelösung integral auf den obligatorischen wie den weitergehenden Bereich. Das Obligatorium ist bei einer umhüllenden Kasse zu gewährleisten (Schattenrechnung). Erklärt man die Mitwirkung in der umhüllenden Vorsorge insgesamt für entbehrlich, wird jedenfalls die geforderte Einvernehmlichkeit in Bezug auf das gesetzliche Versicherungsobligatorium tangiert, was problematisch scheint, denn von gesetzlichen Mindestbestimmungen darf gemeinhin nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden.<sup>19</sup>

[Rz 9] Der Umstand, dass Art. 11 BVG nicht im Katalog von Art. 49 Abs. 2 BVG aufgeführt ist, dürfte im Übrigen dadurch zu erklären sein, dass es sich im Kern um eine – sich primär an den Arbeitgeber, den Vorsorgeträger und die involvierten Behörden und Institutionen (Ausgleichskasse, Auffangeinrichtung, Sicherheitsfonds) richtende – arbeits- bzw. personalrechtliche Bestimmung handelt, welche die Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 48 ff. BVG nur indirekt tangieren. Die Vorsorgeeinrichtung ist nämlich (lediglich) zur Auflösungsmeldung an die Auffangeinrichtung verpflichtet, und zwar unbesehen darum, ob es sich um eine Minimal- oder eine umhüllende Kasse handelt.

### 2.3. Weiteranschluss bzw. Verbleib bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung

[Rz 10] Das Einverständnis des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung wird im BVG ausdrücklich nur für die Wahl bei nicht bereits vorhandener Vorsorgeeinrichtung und für den Fall der Auflösung eines bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung und des Wiederanschlusses an eine neue Vorsorgeeinrichtung durch den Arbeitgeber vorausgesetzt.<sup>20</sup> Ein Mitwirkungsrecht des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung beim Entscheid des Arbeitgebers über den Weiteranschluss bzw. Verbleib bei der einmal gewählten Vorsorgeeinrichtung wird nicht statuiert. Auch im Mitwirkungsgesetz ist lediglich von Mitwirkungsrechten (im Rahmen des BVG) beim Anschluss an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge und bei der Auflösung eines Anschlussvertrages die Rede, während eine Mitwirkung beim Entscheid des Arbeit-

---

<sup>17</sup> HANS-ULRICH STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, 2. Aufl., Zürich 2012, N. 1453 ff.; vgl. auch HANS-ULRICH STAUFFER, in: *Stauffner/Cardinaux, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge*, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 23 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Ziff. 36 der Mitteilungen Nr. 7 vom 5. Februar 1988; Ziff. 148 der Mitteilungen Nr. 24 vom 23. Dezember 1992; Richtlinien über die Prüfung der Auflösung von Anschlussverträgen sowie des Wiederanschlusses des Arbeitgebers, Ziff. 1.1, 2.11 publiziert in: *SZS* 1993 S. 300 ff.; vgl. auch Ziff. 44 der Mitteilungen Nr. 8 vom 30. März 1988, Ziff. 126 der Mitteilungen Nr. 20 vom 30. Dezember 1991 und Ziff. 426 der Mitteilungen Nr. 72 vom 8. April 2004.

<sup>19</sup> Ein Abweichen zu Ungunsten des Personals wäre bestenfalls auf gesamtarbeitsvertraglicher Grundlage denkbar; vgl. Art. 15 Mitwirkungsgesetz.

<sup>20</sup> Art. 11 Abs. 2 BVG und Art. 11 Abs. 3<sup>bis</sup> BVG.

gebers, bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung angeschlossen zu bleiben, mithin ein bestehendes Anschlussverhältnis weiterzuführen oder zu erneuern, nicht erwähnt wird.<sup>21</sup>

[Rz 11] Aufgrund des Umstands, dass im Zuge der 1. BVG-Revision zwar nebst der Zustimmungspflichtigkeit des erstmaligen Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung eine Einverständnisvoraussetzung für die Auflösung und den Wiederanschluss bei einer anderen Vorsorgeeinrichtung gesetzlich geregelt wurde, nicht aber für den Weiteranschluss bei der bestehenden Vorsorgeeinrichtung, ist zu schliessen, dass bei einem solchen Fortführungsentscheid keine gesetzlichen Mitwirkungspflichten zu beachten sind. Demnach kann das Personal oder die allfällige Arbeitnehmervertretung einen Wechsel der vom Arbeitgeber einmal mit ordnungsgemässer Mitsprache gewählten Vorsorgeeinrichtung gestützt rechtlich nicht erzwingen. Den betroffenen Versicherten ist bei der Wahl des Arbeitgebers klar, in welche Vorsorgeeinrichtung sie mit Arbeitsvertragsbeginn bzw. Stellenantritt eintreten, und sie müssen denn auch in guten Treuen mit der Möglichkeit rechnen, dass der Arbeitgeber bei dieser Vorsorgeeinrichtung verbleibt. Daran ändert auch nichts, dass Vertragsänderungen (welche dem Arbeitgeber im Falle der Wesentlichkeit ein gesetzliches Kündigungsrecht einräumen)<sup>22</sup> die Versicherten durchaus (mit-)betreffen (bspw. bei einer Umstellung der versicherungstechnischen Grundlagen mit daraus resultierender Senkung der Umwandlungssätze).

[Rz 12] Der Wechsel der Vorsorgeeinrichtung umfasst die Auflösung des Anschlussvertrages zwischen einem Arbeitgeber und einer Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung mit anschliessendem Anschluss an eine andere registrierte Vorsorgeeinrichtung mit umfassendem Vermögenstransfer; ein solcher Wechsel findet beim Weiterverbleib bei einer einmal gewählten Kasse nicht statt, so dass das anlassgebende Ereignis für eine Arbeitnehmermitwirkung fehlt und die Weiterführung des bestehenden Anschlusses bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung unbeschadet allfälliger wesentlicher Änderungen an keine Einverständnisvoraussetzung des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung gebunden ist.<sup>23</sup>

#### 2.4. Rechtsnatur der Arbeitnehmermitwirkung

[Rz 13] Bei der im BVG verankerten Mitwirkung der Arbeitnehmer<sup>24</sup> handelt es sich um ein besonderes Mitwirkungsrecht im Sinne des Mitwirkungsgesetzes.<sup>25</sup> Die Mitwirkung der Arbeitnehmer ist mithin kumulativ im Mitwirkungsgesetz (soweit anwendbar) und im BVG geregelt. Bei den entsprechenden Vorschriften im BVG handelt es sich im Kern um solche arbeits- bzw. personalrechtlicher Natur. Denn im Kernbereich der beruflichen Vorsorge ist die paritätische Verwaltung<sup>26</sup> das zentrale Instrument der Mitwirkung der Versicherten. Diese paritätische Verwaltung und die Arbeitnehmermitwirkung können nicht gleichgesetzt werden. Während ge-

---

<sup>21</sup> Art. 10 Bst. d Mitwirkungsgesetz.

<sup>22</sup> Art. 53f BVG.

<sup>23</sup> Zu beachten ist aber, dass bei einzelnen (privaten oder öffentlich-rechtlichen) Arbeitgebern ggf. weitergehende Mitwirkungsrechte resp. -gepflogenheiten bestehen können. Zu denken ist dabei an eine eingeräumte Mitwirkungsmöglichkeit in allen Belangen der beruflichen Vorsorge und Einverständnisvoraussetzung bei jeder Form der Kassenwahl (Erst-, Wieder- und Weiteranschluss), welche in einem Gesamtarbeitsvertrag, in einer Betriebsordnung/-vereinbarung, in einem Personalstatut oder Spezialgesetz (egal welcher Normstufe) stipuliert werden.

<sup>24</sup> Art. 11 Abs. 2 und 3<sup>bis</sup> BVG.

<sup>25</sup> Art. 10 Bst. d Mitwirkungsgesetz.

<sup>26</sup> Art. 51 BVG.

gen die Zusammensetzung und die Einsetzung der paritätischen Verwaltung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden kann,<sup>27</sup> sind für Streitigkeiten, die sich aus dem Mitwirkungsgesetz oder einer vertraglichen Mitwirkungsordnung ergeben, unter Vorbehalt vertraglicher Schlichtungs- und Schiedsstellen, die für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zuständigen Instanzen zuständig.<sup>28</sup> Die fragliche Unterscheidung kommt auch im BVG zum Ausdruck, indem bei Nichteinigung zwischen Arbeitgeber und Personal bzw. allfälliger Arbeitnehmervertretung ein neutraler Schiedsrichter entscheidet, welcher primär im gegenseitigen Einverständnis und nur sekundär durch die BVG-Direktaufsichtsbehörde bezeichnet wird; ein aufsichtsrechtliches Überprüfungsverfahren nach BVG<sup>29</sup> ist im Übrigen aber nicht vorgesehen.

[Rz 14] Da die kumulativ im Mitwirkungsgesetz (soweit anwendbar) und im BVG geregelte Mitwirkung der Arbeitnehmer mithin primär das arbeits- bzw. personalrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beschlägt, der Anschlussvertrag aber einzig zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem betreffenden Arbeitgeber besteht und dessen Auflösung folglich Sache des Arbeitgebers ist, lassen sich die Modalitäten des Einigungsverfahrens auch nicht durch die Vorsorgeeinrichtung reglementieren. Eine solche rechtsetzende kasseninterne Regelung wäre letztlich arbeits- bzw. personalrechtlicher Natur und hat als solche in einem Vorsorgereglement nichts zu suchen.

## **2.5. Arbeitnehmerzustimmung als objektives Kündigungserfordernis**

[Rz 15] Die Anschlussvertragsauflösung seitens des Arbeitgebers setzt eine gültige Willenserklärung voraus. Da die gültige Ausübung des entsprechenden Gestaltungsrechts gemäss BVG und Mitwirkungsgesetz nur im Einverständnis mit dem Personal bzw. einer allfälligen Arbeitnehmervertretung erfolgen kann, bleibt eine ohne die entsprechende Mitwirkung (Einverständnis) ausgesprochene Kündigung des Arbeitgebers gegenüber der Vorsorgeeinrichtung rechtlich wirkungs- bzw. folgenlos. Ohne, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Kündigung einig sind, kann keine rechtswirksame Kündigung erfolgen. Denn die Einigung ist Voraussetzung für die rechtswirksame einseitige Vertragsauflösung durch den Arbeitgeber.<sup>30</sup>

## **2.6. Deckungszusage der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung als weiteres objektives Kündigungserfordernis**

[Rz 16] Löst der Arbeitgeber den Anschlussvertrag mit seiner Vorsorgeeinrichtung auf, so haben sich die bisherige und die neue Vorsorgeeinrichtung über den Verbleib der Rentenbezüger bei der bisherigen oder den Wechsel zur neuen Vorsorgeeinrichtung zu einigen, sofern der An-

---

<sup>27</sup> Art. 61 ff. BVG.

<sup>28</sup> Art. 15 Mitwirkungsgesetz.

<sup>29</sup> Nach Art. 61 ff. in Verbindung mit Art. 74 BVG.

<sup>30</sup> Ein Einigungsverfahren vor einem neutralen Schiedsrichter im Sinne von Art. 11 Abs. 3<sup>ter</sup> BVG hemmt wiederum die Kündigungsmöglichkeit als solche, weil das Institut der Kündigung grundsätzlich bedingungsfeindlich (und unwiderruflich) ist. Eine gleichsam vorsorgliche Kündigungserklärung unter der Bedingung bzw. dem Vorbehalt der nachmaligen Zustimmung des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung im Sinne von Art. 11 Abs. 3<sup>bis</sup> BVG resp. der Einigung bzw. Schlichtung im Sinne von Art. 11 Abs. 3<sup>ter</sup> BVG entfaltet gegenüber der bisherigen Vorsorgeeinrichtung demnach keine Rechtswirkung. Eine bedingte Anschlussvertragskündigung könnte der bisherigen Vorsorgeeinrichtung gegenüber nur rechtswirksam sein, soweit der Bedingungsseintritt einzig vom ihrem Willen abhängig gemacht würde, was aber nicht zielführend ist.

schlussvertrag für diesen Fall keine Regelung vorsieht; fehlt eine Regelung im Anschlussvertrag oder kommt zwischen der bisherigen und der neuen Vorsorgeeinrichtung keine Vereinbarung zustande, so verbleiben die Rentenbezüger bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung.<sup>31</sup> Ist im Anschlussvertrag vorgesehen, dass die Rentenbezüger bei der Auflösung des Anschlussvertrages die bisherige Vorsorgeeinrichtung verlassen, so kann der Arbeitgeber diesen Vertrag erst auflösen, wenn eine neue Vorsorgeeinrichtung schriftlich bestätigt hat, dass sie diese Personen zu den gleichen Bedingungen übernimmt.<sup>32</sup>

[Rz 17] Verbleiben die Rentenbezüger bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung, so bleibt der Anschlussvertrag mit Bezug auf die Rentenbezüger demnach grundsätzlich weiter bestehen (was ggf. auch für die Invaliditätsfälle gilt, bei denen die Invalidität nach der Auflösung des Anschlussvertrages, die Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, aber vor der Auflösung des Anschlussvertrages eingetreten ist: sog. pendente bzw. latente Risiken<sup>33</sup>).

## II. Öffentliches Beschaffungswesen

### 1. Grundlagen

[Rz 18] Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens erfolgt auf verschiedenen Ebenen: Auf staatsvertraglicher Ebene, auf Bundesebene sowie auf interkantonaler und auf kantonaler Ebene. Seine Grundlagen findet das öffentliche Beschaffungsrecht im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA)<sup>34</sup> sowie im bilateralen Abkommen CH-EU.<sup>35</sup> Mit dem von der Schweiz ebenfalls ratifizierten EFTA-Übereinkommen<sup>36</sup> bzw. mit der revidierten EFTA-Konvention<sup>37</sup> wurde die mit dem Abkommen CH-EU angestrebte Öffnung der Beschaffungsmärkte zwischen der Schweiz und der EU auf die übrigen EFTA-Staaten ausgedehnt. Bis heute hat die Schweiz zudem eine Vielzahl bilateraler Freihandelsabkommen abgeschlossen.

[Rz 19] Das GPA und das Abkommen CH-EU werden auf Stufe Bund durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB<sup>38</sup>) und die zugehörige Verordnung (VöB)<sup>39</sup> umgesetzt. Die VöB ist zum einen ein Ausführungserlass zum BöB, sie enthält zum anderen aber auch gesetzesvertretende Bestimmungen.<sup>40</sup> Das BöB und die VöB (sowie weitere bundesrechtliche Spezialerlasse) regeln die Vorgaben für die Vergabestellen des Bundes.

---

<sup>31</sup> Art. 53e Abs. 4 BVG.

<sup>32</sup> Art. 53e Abs. 4<sup>bis</sup> BVG; sog. Deckungszusage.

<sup>33</sup> Art. 53e Abs. 6 BVG.

<sup>34</sup> WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422).

<sup>35</sup> Bilaterales Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft (heute: Europäische Union) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68).

<sup>36</sup> Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 (SR 0.632.31).

<sup>37</sup> Datierend vom 21. Juni 2001.

<sup>38</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1).

<sup>39</sup> Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11).

<sup>40</sup> So z.B. im 3. Kapitel Regeln für Beschaffungen, die nicht dem BöB unterstehen, und im 4. Kapitel Bestimmungen zum Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb.

[Rz 20] Die Kantone setzen das GPA autonom um mit der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)<sup>41</sup> sowie mit kantonalen Ausführungserlassen, mit denen sie die Vergaberichtlinien zur VRöB<sup>42</sup> integral oder teilweise in ihren Kompetenzbereich überführen oder mittels Erlass eigener Ausführungsbestimmungen zur IVöB. Gleichzeitig enthält das Binnemarktgesetz (BGBM)<sup>43</sup> allgemein gehaltene Vorgaben für Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonalen oder kommunaler Aufgaben. Ergänzt wird das Beschaffungsrecht zudem auch durch das Kartellgesetz (KG).<sup>44</sup>

[Rz 21] Der Kanton Zürich ist mit einem Beitrittsgesetz<sup>45</sup> der IVöB integral beigetreten. In Ergänzung dazu hat er mittels Submissionsverordnung<sup>46</sup> die Einzelheiten für die Vergabe von Aufträgen, die von der IVöB sowie vom BGBM erfasst werden, geregelt. Anders als etwa der Kanton Aargau hat der Kanton Zürich den subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts nicht weiter gefasst als das Staatsvertrags-, Bundes- und interkantonale Recht.<sup>47</sup>

## 2. Vergabestellen

[Rz 22] Neben den jeweiligen Zentralverwaltungen auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene sind auch andere öffentliche Einrichtungen und Behörden (insbes. auch Sektorenbetriebe der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation) – der subjektiven Ausschreibungspflicht unterworfen.<sup>48</sup>

[Rz 23] Institutionen und Unternehmungen, die mit dem Kanton Zürich wirtschaftlich oder finanziell eng verbunden sind, zürcherische Gemeinden sowie andere öffentlich-rechtliche Körperschaften und gemeinnützige Institutionen mit Sitz im Kanton Zürich sowie mit diesen wirtschaftlich oder finanziell eng verbundene Institutionen und Unternehmungen unterliegen in vielen Fällen der subjektiven Ausschreibungspflicht, zumal die Erfüllung der gesetzlichen Vorsorgepflicht kaum als Teil einer gewerblichen bzw. kommerziellen oder industriellen Tätigkeit qualifiziert werden kann. Auf zürcherische Gemeinden ist das öffentliche Beschaffungsrecht aber jedenfalls anwendbar. Dass diese bzgl. Personalrekrutierung in einem Konkurrenzverhältnis mit anderen Arbeitgebern stehen, ändert daran nichts. Einschlägige subjektive Ausnahmetatbestände sind nicht ersichtlich.

---

<sup>41</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; SR 172.056.5); abrufbar unter: [www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch) > Konkordate > IVöB.

<sup>42</sup> VRöB; abrufbar unter: [www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch) > Konkordate > IVöB > PDF Vergaberichtlinien (VRöB).

<sup>43</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02); vgl. Art. 5 BGBM.

<sup>44</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251).

<sup>45</sup> Gesetz vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (LS 720.1).

<sup>46</sup> Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (LS 720.11).

<sup>47</sup> Vgl. BGE 142 II 369, wonach die Aargauische Pensionskasse in ihrer Eigenschaft als kantonale Anstalt aufgrund des kantonalen Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) ohne Ausnahme für kommerzielle Tätigkeiten dem Vergaberecht untersteht.

<sup>48</sup> Vgl. Anhang I Annexe 1–3 GPA, Anhänge I–IV Abkommen CH-EU, Art. 2 f. BöB und Art. 2 ff. VöB sowie Art. 8 Abs. 1 und 2 und Art. 10 IVöB.

### 3. Beschaffungsgegenstand

[Rz 24] Unter das GPA fallen «Finanzdienstleistungen» in Form von «Versicherungsdienstleistungen» sowie «Bankdienstleistungen und Wertpapiergeschäften», und zwar gemäss Referenz-Nrn. 812 und 814 der provisorischen «Zentralen Produktklassifikation» (provCPC).<sup>49</sup> Nach schweizerischem Verständnis fällt die Anlage der Mittel der Versicherten durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts wie öffentlich-rechtliche Versicherungen und Pensionskassen nicht unter das GPA.<sup>50</sup>

[Rz 25] Unter dem System der beruflichen Vorsorge sind Alters-, Todesfall- und Invaliditätsrisiken versichert. Die «**Altersfall**»-Versicherung der beruflichen Vorsorge fällt in die Kategorie CPC prov 81212 («Pension and annuity services»). Diese Kategorie wird durch Anhang I, Annex 4 GPA erfasst. Die «**Todesfall**»-Versicherung der beruflichen Vorsorge fällt in die Kategorie CPCprov 81211 («Life insurance services»). Diese Kategorie wird ebenfalls vom soeben genannten Anhang umfasst. Die «**Invaliditätsfall**»-Versicherung wird in keiner Kategorie explizit erwähnt. Es gilt diesbezüglich allerdings festzuhalten, dass das versicherte Risiko, mithin die Invalidität im Sinne einer gesundheitlich bedingten Einschränkung in der Erwerbsfähigkeit (oder in der Berufstätigkeit) regelmässig voraussetzt, dass ein Gesundheitsschaden eingetreten ist, welcher eine arbeitsmedizinische Leistungseinbusse und eine damit einhergehende Erwerbseinbusse kausal nach sich zieht. Ein solcher Gesundheitsschaden ist – das schweizerische (Sozial)-Versicherungssystem vor Augen haltend – entweder auf eine Krankheit oder aber auf einen Unfall zurückzuführen. Die gesundheitlichen Folgen eines (oder beider) dieser Ereignisse ziehen dann eine Erwerbseinbusse nach sich. Diese Erwerbseinbusse ist im Rahmen der beruflichen Vorsorge versichert. «Accident and health insurance services» fallen in die Kategorie 81291 CPCprov. Demgemäss kann diese Versicherungskomponente der beruflichen Vorsorge unter diese Kategorie subsumiert werden, denn letztlich geht es hier darum, die finanziellen Folgen von Krankheit und Unfall zu kompensieren. Im übrigen würde diese Versicherungskomponente wohl jedenfalls von der Kategorie 81299 («Other insurance services not elsewhere classified») umfasst. Beide dieser Kategorien (81291 CPCprov und 81299 CPCprov) fallen unter Anhang I, Annex 4, GPA.

[Rz 26] In der Literatur wird die Meinung vertreten, es seien alle möglichen Versicherungsleistungen unter Einschluss der beruflichen Vorsorge (sowie zahlreiche damit zusammenhängende Dienstleistungen, wie insbes. Beratung und Vermittlung bzw. Broker- und Underwriter-Dienstleistungen) erfasst. Ausgenommen seien lediglich diejenigen Sozialversicherungszweige, wo Versicherungsmonopole bestehen.<sup>51</sup> In diesem Bereich komme das Vergaberecht von vornherein nicht zur Anwendung. Wo hingegen Versicherungsdienstleistungen in Frage stünden, bei denen grundsätzlich eine freie Auswahl von Anbietern – mithin ein offener Markt – bestehe, sei

---

<sup>49</sup> Die provCPC ist die offizielle Nomenklatur der UNO, auf die die WTO referenziert; im Übrigen hat sich die von der EU verwendete Klassifikation gemäss CPV-Nomenklatur (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge) auch in der schweizerischen Vergabepraxis etabliert.

<sup>50</sup> Gemäss Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur GPA-Änderung vom 17. Februar 2017 (BBl 2017 2053 ff., insbes. 2109 und 2155).

<sup>51</sup> Wie etwa im Bereich der AHV und der IV oder im Monopolbereich der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) gemäss Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

das entsprechende Versicherungsverhältnis von einem öffentlichen Auftraggeber und dem Versicherungsdienstleister als öffentlicher Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren.<sup>52</sup>

[Rz 27] Offen ist in diesem Zusammenhang, ob Versicherungsdienstleistungen, die zum gesetzlichen Obligatoriumsbereich gehören (und als solche zwingend, verbindlich, sprich: obligatorisch, sind), nicht von vornherein aus dem staatsvertraglichen Geltungsbereich ausscheiden.<sup>53</sup>

[Rz 28] Da, wo der Berufsvorsorgeträger vom Arbeitgeber frei gewählt werden darf, stehen einer Ausschreibung jedoch keine zwingenden Gründe entgegen. So könnte eine Ausschreibung etwa unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Arbeitnehmer (Einverständnis des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung) erfolgen.<sup>54</sup> In der Praxis kommen auch Klauseln zur Anwendung, mit denen sich die Vergabestelle (Arbeitgeber) vorbehält, den Vertrag mit dem bisherigen Anbieter unter bestimmten Bedingungen weiterzuführen.<sup>55</sup> Ein solches Vorgehen würde aber zum Abbruch und ggf. zu einer Neuausschreibung führen. Wie von MARTIN BEYELER<sup>56</sup> postuliert, sollten sinnvollerweise das Beschaffungsobjekt und die Bedingungen (insbes. Leistungsumschreibung/-spezifikation, Eignungs-/Zuschlagskriterien) vom Arbeitgeber in Abstimmung mit den Arbeitnehmern vorgängig so formuliert werden, dass nach erfolgter Ausschreibung und durchgeführtem Offertprüfungsprozess ein Zuschlag ohne Weiterungen erteilt und ein entsprechender Anschlussvertrag abgeschlossen werden kann, wenn die vordefinierten Kriterien erfüllt sind. Dies dient nicht nur der beförderlichen Vergabeabwicklung, sondern auch der aus vorsorgerechtlicher Sicht wünschenswerten Klarheit, Transparenz und Akzeptanz bei der Auswahl optimaler Vorsorgelösungen (Verhütung unerwünschter «Fehlentscheide»).

[Rz 29] Der Arbeitgeber als Vergabestelle kann bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen unter Mitwirkung seiner Arbeitnehmer bereits Vorgaben hinsichtlich der geforderten Versicherungsleistungen und den damit verbundenen Dienstleistungen formulieren. Bei der sorgfältigen Erstellung der Pflichtenhefte kann der Arbeitgeber nötigenfalls externe Berater hinzuziehen (die natürlich in keinem Interessenkonflikt infolge Verstrickung mit möglichen Anbietern stehen dürfen), so dass keine Deckungslücken und ungewollten Verschlechterungen gegenüber dem Ist-Zustand resultieren.<sup>57</sup> Ein solcher Aufwand erscheint angesichts der Tragweite der Angelegenheit gerechtfertigt und zumutbar. In diesem Rahmen lassen sich mit der gebotenen Sorgfalt auch die gesamten Wechselkosten erheben, einschliesslich derjenigen für den etwaigen Rentnereinkauf beim neuen Vorsorgeträger.

---

<sup>52</sup> MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, Rz. 1065 f. und 1077 ff.; DANIELA LUTZ/RAINER ZÜFLE, Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, in: HAVE 2010 S. 323 ff., Ziff. I.B; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Aktuelles aus dem Bundesgericht: Die Aargauische Pensionskasse ist dem Vergaberecht unterstellt, in: Jusletter 7. November 2016, Ziff. III.3; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2013, Rz. 238.

<sup>53</sup> «Services de sécurité sociale obligatoire» fallen unter die provCPC-Gruppe Referenz-Nr. 913 und sind als solche in der Positivliste nicht enthalten; vgl. BEYELER, a.a.O., Fn. 52, Rz. 1079.

<sup>54</sup> CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Sind öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen dem Vergaberecht unterstellt?, in: BR 1/2012 S. 52 ff., insbes. S. 54; vgl. dazu Ausschreibung Berufliche Vorsorge der Gemeinde Lyss vom 23. März 2015, unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) > Projekt-ID 124383 / Meldung-Nr. 860197.

<sup>55</sup> Vgl. Ausschreibung Berufliche Vorsorge Spital Schwyz vom 17. Juli 2015, unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch) > Projekt-ID 128895 / Meldung-Nr. 875697.

<sup>56</sup> Im eingangs erwähnten NZZ-Artikel vom 30. Dezember 2016.

<sup>57</sup> Vgl. LUTZ/ZÜFLE, a.a.O., Ziff. I.C.

[Rz 30] Eine Überprüfung und Neuvergabe der Vorsorgelösung wird im Übrigen auch kaum je aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse als so dringlich einzustufen sein, dass (bei gegebenem Schwellenwert) direkt und ohne Ausschreibung ein freihändiges Verfahren durchgeführt werden kann.<sup>58</sup> Namentlich in Fällen, wo dem Arbeitgeber aufgrund wesentlicher Änderungen des Anschlussvertrages ein gesetzliches Kündigungsrecht zusteht, müssen ihm diese Änderungen von der bisherigen Vorsorgeeinrichtung mind. sechs Monate, bevor die Änderungen in Kraft treten sollen, schriftlich angekündigt werden. Demnach lässt sich bei gebotener zügiger Anhandnahme der Angelegenheit ein ausserordentlicher Wechsel des Vorsorgeträgers im Regelfall so planen und administrieren, dass kein unvorhersehbarer Zeitdruck entsteht. Die Ankündigung wesentlicher Änderungen eines Anschlussvertrages lässt sich als solche noch nicht als unvorsehbares Ereignis qualifizieren. Ein ordentlicher Überprüfungsprozess lässt sich zeitlich so aufsetzen, dass ohnehin kein unvorhersehbarer Zeitdruck entsteht. Eine vorherrschende selbstverschuldete Dringlichkeit begründet keinen Ausnahmetatbestand.

#### 4. Schwellenwert

[Rz 31] Die gemäss den internationalen Beschaffungsabkommen massgeblichen Schwellenwerte<sup>59</sup> werden darin in Schweizer Franken (CHF) umgerechnet. Zzt. liegt der Schwellenwert, ab dem eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist, im Staatsvertragsbereich (GPA, Abkommen CH-EU) für Lieferungen und Dienstleistungen für den Bund bei CHF 230'000<sup>60</sup>, bei den Kantonen bei CHF 350'000.<sup>61</sup> Aufgrund der Regelung des BGBM, wonach Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten publiziert werden müssen, schreiben die Kantone Lieferungen und Dienstleistungen jedoch bereits ab einem Auftragswert von CHF 250'000 öffentlich aus. Im Nicht-Staatsvertragsbereich ist ein offenes/selektives Verfahren bei Dienstleistungen ab einem Auftragswert von CHF 250'000 durchzuführen.<sup>62</sup>

[Rz 32] Bei Versicherungsdienstleistungen entspricht die massgebliche Auftragssumme in aller Regel dem Prämienvolumen. In den Auftragswert ist jede Art der Vergütung einzurechnen (ohne MWST). Werden die obligatorische und die weitergehende Vorsorge gesplittet vergeben und hierzu in Einzelaufträge unterteilt, gilt als Auftragswert der Gesamtwert, zumal Obligatorium und Überobligatorium nach BVG in einem engen Sachzusammenhang stehen. Berechnungsgrundlage bei Versicherungsverträgen als Dauerverträgen ist die vorgesehene gesamte Vertragsdauer (inkl. Verlängerungsoptionen). Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit gilt der zu erwartende Auftragswert von vier Jahren.<sup>63</sup>

[Rz 33] Zum massgebenden Prämienvolumen sind beim Auftrag zur Durchführung der beruflichen Vorsorge die nach Massgabe des Versichertenbestandes anfallenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge (Spar-, Risiko- und evtl. Sanierungsbeiträge) zu zählen. Aufgrund dessen ist der eine öffentliche Ausschreibung erfordernde Schwellenschätzwert (CHF 250'000) bei Gemein-

---

<sup>58</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. d VöB.

<sup>59</sup> Quantifiziert in Sonderziehungsrechten (SZR) des Internationalen Währungsfonds (IWF).

<sup>60</sup> Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB.

<sup>61</sup> Anhang 1 zur IVöB.

<sup>62</sup> Anhang 2 zur IVöB.

<sup>63</sup> Für den Kanton Zürich: § 4 Submissionsverordnung; vgl. LUTZ/ZÜFLE, a.a.O., Fn. 52, Ziff. IV.B.1.

den mittlerer Grösse schnell einmal erreicht, selbst wenn man die Verwaltungsgebühren (Grund- und Zusatzkosten) ausser Acht lässt.

### **III. Konsequenzen einer Nichteinhaltung der submissionsrechtlichen Bestimmungen**

[Rz 34] Gemäss den obigen Ausführungen sind die den einschlägigen, submissionsrechtlichen Bestimmungen als «Auftraggeber»<sup>64</sup> unterstellten Institutionen somit verpflichtet, im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Anschlussvertrages mit einer Stiftung oder einer Einrichtung des öffentlichen Rechts, welche die obligatorische berufliche Vorsorge durchführt, die Bestimmungen des Vergaberechts zu beachten. Es stellt sich somit u.a. die Frage, welches die Konsequenzen einer Nichtbeachtung dieser Bestimmungen sind, was nachfolgend abgehandelt wird.<sup>65</sup>

### **IV. Rechtsfolgen**

#### **1. Auswirkungen auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Anschlussvertrages**

##### **1.1. Rechtsnatur des Anschlussvertrages**

[Rz 35] Wird ein Anschlussvertrag trotz Überschreitung der Schwellenwerte ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens abgeschlossen, so fragt sich, wie und ob sich dies auf die Gültigkeit des Anschlussvertrages auswirkt. Kommt ein solcher dann überhaupt zu Stande, ist er nichtig oder entfaltet er Wirkung?

[Rz 36] Zur Klärung dieser Frage ist zu untersuchen, welche Regeln auf den Anschlussvertrag und dessen Gültigkeit anzuwenden sind:

[Rz 37] Beim Anschlussvertrag handelt es sich um einen Innominatskontrakt.<sup>66</sup> Das Anschlussverhältnis zwischen einem Arbeitgeber, der dem BVG unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt, und einer registrierten Vorsorgeeinrichtung enthält verschiedene Vertragselemente. Diese sind vor allem versicherungs- sowie auftragsrechtlicher Natur. Bei Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform einer Stiftung sind ferner die stiftungsrechtlichen und bei derjenigen des öffentlichen Rechts die einschlägigen Regeln des öffentlichen Rechts zu beachten. Welches Element bzw. welche Regeln im einzelnen Anschlussverhältnis dominieren, ist nur aufgrund einer Analyse des betreffenden Falles anhand der konkreten Umstände zu ermitteln.<sup>67</sup> Als Innominatkontrakt untersteht der Anschlussvertrag jedoch in erster Linie den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts

---

<sup>64</sup> Vgl. Art. 2 BöB bzw. Art. 8 IVöB.

<sup>65</sup> Der Schwerpunkt wird dabei daraufgelegt, welches die Konsequenzen eines *vollständigen Unterbleibens* eines Submissionsverfahrens in Sinne von Art. 11 ff. VöB bzw. Art. 13 ff. BöB sind, obwohl ein solches infolge Überschreitung der Schwellenwerte (vgl. dazu Anhang 1 und Anhang 2 der VöB) durchzuführen gewesen wäre.

<sup>66</sup> Vgl. GABRIELA RIEMER-KAFKA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 5. Auflage, N. 6.24.

<sup>67</sup> Vgl. Bundesamt für Sozialversicherung, Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 8 vom 30. März 1988. S. 2.

(OR). Er bedarf namentlich keiner besonderen Form<sup>68</sup> und kann somit auch stillschweigend, insbesondere konkludent, abgeschlossen werden.<sup>69</sup>

[Rz 38] Demgemäss setzt das Zustandekommen eines Anschlussvertrages im Sinne von Art. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) übereinstimmende Willenserklärungen zwischen dem Arbeitgeber, der sich einer Vorsorgeeinrichtung anschliessen will, und der betreffenden Vorsorgeeinrichtung voraus.

[Rz 39] Liegen solche übereinstimmenden Willenserklärungen vor, so ist vom Zustandekommen des Anschlussvertrages auszugehen, es sei denn, man betrachte einen solchen infolge von Mängeln beim Vertragsabschluss oder infolge Widerrechtlichkeit als anfechtbar oder nichtig.

[Rz 40] Nachfolgend wird untersucht, ob der Abschluss eines Anschlussvertrages ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens als «mangelhaft zustande gekommen» im Sinne von Art. 23 ff. OR zu qualifizieren ist oder gar als nichtig im Sinne von Art. 20 OR.

## 1.2. Fehlendes Vergabeverfahren

### 1.2.1. Einfluss des Vergaberechts auf die Willensbildung des Arbeitgebers

[Rz 41] Wie gezeigt richtet sich das Zustandekommen eines Anschlussvertrages nach den allgemeinen Bestimmungen des OR. Der Abschluss eines Vertrages wird bezüglich seines Zustandekommens, seiner Existenz, seiner Gültigkeit und seiner Wirksamkeit **nicht** durch das Vergaberecht geregelt, sondern durch das auf ihn anwendbare Vertragsrecht.<sup>70</sup>

[Rz 42] Das Vergaberecht beschlägt in diesem Zusammenhang nicht den Aspekt der für das Zustandekommen eines Vertrages notwendigen übereinstimmenden Willenserklärungen, sondern beschlägt letztlich interne Prozesse beim Arbeitgeber. Das Vergaberecht regelt den Willen, den der Arbeitgeber vorvertraglich und vertraglich zu fassen und zu äussern hat. Das Vergaberecht leitet den öffentlichen Arbeitgeber durch die Vertragsanbahnungsphase und gibt ihm vor, was er zu tun hat und was er lassen soll, so dass er den vergaberechtlichen «richtigen» Vertragspartner auswählt.<sup>71</sup>

[Rz 43] Unterbleibt ein Vergabeverfahren, so beschlägt dieser Mangel demgemäss einen internen Prozess beim Arbeitgeber, namentlich den Prozess zur Auswahl des Vertragspartners. Dieser Prozess leidet an einem Mangel, zumal das oben umschriebene «Vertragsanbahnungsverfahren» gar nicht durchgeführt wurde. Dieser Mangel kann aber nicht per se dazu führen, dass ein zwischen dem Arbeitgeber und dem Anbieter abgeschlossener Vertrag infolge eines Willensmangels nicht zustande käme bzw. unverbindlich wäre. Der Umstand, dass kein Submissionsverfahren durchgeführt wurde, kann nicht zu einem wesentlichen Erklärungsirrtum führen, auf den sich der Arbeitgeber berufen könnte. Ein Grundlagenirrtum kann auch kaum bejaht werden. Wenn das Vergaberecht den Willensbildungsprozess des Arbeitgebers beschlägt, so kann – wenn keine Submission durchgeführt wird – möglicherweise davon gesprochen werden, dass die Willensbildung mangelhaft war, doch wäre nicht ersichtlich, worin in Bezug auf den Abschluss des Vertrages

---

<sup>68</sup> Art. 11 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

<sup>69</sup> BGE 123 III 59 E. 5a; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 9C\_430/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3, i.c. Zustandekommen des Anschlussvertrages strittig), (OFK-VETTER-SCHREIBER, 3. Aufl., Zürich 2013, N 4).

<sup>70</sup> Vgl. BEYELER (Fn. 52), S. 1626 f.

<sup>71</sup> Vgl. BEYELER (FN. 52), S. 1626 f.

selbst ein Grundlagenirrtum liegen würde, denn die vorgängige Durchführung eines Submissionsverfahrens kann – objektiv gesehen – nicht zwingend als im Geschäftsverkehr notwendige Grundlage eines Anschlussvertrages betrachtet werden. Der Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR setzt jedoch voraus, dass der Irrtum einen Sachverhalt betraf, der nach Treu und Glauben als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde.

[Rz 44] Für den Arbeitgeber selbst mag es noch zutreffen, dass er den Anschlussvertrag nur abschloss, weil er annahm, dass kein Submissionsverfahren durchzuführen sei und dieser Umstand für ihn wesentlich war. Dass die «Wesentlichkeit» dieses Umstands für den Vertragspartner jedoch erkennbar war, kann nicht leichthin angenommen werden. Im Übrigen wäre selbst dann, wenn man einen Grundlagenirrtum bejahen würde, nicht von der Ungültigkeit des Anschlussvertrages auszugehen. In einem solchen Fall wäre der Anschlussvertrag lediglich anfechtbar.<sup>72</sup> Nach Ablauf der einjährigen Frist gemäss Art. 31 OR würde der Anschlussvertrag genehmigt und wäre ohne weiteres verbindlich.

[Rz 45] Zusammengefasst steht ein fehlendes Submissionsverfahren einem Zustandekommen des Anschlussvertrages unter dem Gesichtspunkt von «Mängeln beim Vertragsabschluss» nicht entgegen.

### 1.2.2. Einfluss des Vergaberechts auf die Gültigkeit des Vertrages

[Rz 46] Zu prüfen bleibt, ob ein Anschlussvertrag, der ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens abgeschlossen wurde, nichtig ist und gar keine Wirkung entfalten kann. Wird kein Submissionsverfahren durchgeführt, obwohl ein solches durchzuführen gewesen wäre, so stellt dies eine Missachtung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen des Vergaberechts dar. Damit stehen die Frage einer allfälligen Widerrechtlichkeit und die Frage der Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR im Raum.

#### a. Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR

[Rz 47] Art. 20 OR sieht in Bezug auf Verträge, die einen unmöglichen, widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden **Inhalt** aufweisen, die Rechtsfolge der Nichtigkeit vor. Der Umstand, dass kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde, kann allerdings nicht dazu führen, dass der **Inhalt** des Anschlussvertrages als unmöglich, widerrechtlich oder gegen die guten Sitten verstossend qualifiziert werden kann.

[Rz 48] Das Gebot, ein Submissionsverfahren durchzuführen und ein allfälliges Verbot, einen Anschlussvertrag ohne ein solches Verfahren durchgeführt zu haben, abzuschliessen, richtet sich an den Arbeitgeber – nicht (auch) an den Anbieter, was somit gegen die Nichtigkeit des Vertrages spricht, zumal «nur» eine Partei von einem solchen Verbot betroffen ist.<sup>73</sup> Der Anschlussvertrag als solcher weist aber aufgrund des «blossen» Unterbleibens der Submission keinen verpönten Inhalt auf. Problematisch ist er, weil der Arbeitgeber den Vertrag nicht so hätte schliessen dürfen. Ein Vertragsinhalt ist aber nicht widerrechtlich, wenn einer der Kontrahenten den Vertrag nicht hätte schliessen dürfen, wofür beispielhaft unter anderem auf den Fall eines ausländischen Mäklers ohne fremdenpolizeiliche Bewilligung zu verweisen ist, der einen inhaltlich an sich zulässi-

---

<sup>72</sup> Vgl. Art. 31 OR.

<sup>73</sup> Vgl. auch PETER GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (Eine Reprise), [http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH\\_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Verfruehter\\_Beschaffungsvertrag.pdf](http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Verfruehter_Beschaffungsvertrag.pdf); S. 5.

gen Vertrag abschliesst.<sup>74</sup> Widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR ist ein Vertrag auch dann, wenn nicht die im Vertrag versprochene Handlung verboten ist, sondern der Abschluss eines Vertrages mit solchem Inhalt. Immer aber muss das Verbot, was sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, um des Vertragsinhaltswillens aufgestellt sein. Richtet es sich nur gegen die subjektive Beteiligung des einen oder beider Kontrahenten, indem dieselbe z.B. nicht ohne Konzession oder polizeiliche Bewilligung erlaubt ist, so wird das Geschäft von Art. 20 OR nicht berührt.<sup>75</sup>

[Rz 49] Um einen solchen Fall handelt es sich bei der vorliegend untersuchten Konstellation. In Analogie zu BGE 62 II 108 ist festzustellen, dass der Anschlussvertrag *seinem Inhalte nach zulässig ist*; verbotswidrig ist höchstens, dass der Arbeitgeber den Vertrag ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens abschloss. Damit ist aber auch gesagt, dass eine Widerrechtlichkeit, der zufolge das Geschäft nichtig gewesen wäre, nicht vorliegen kann, denn der Inhalt des Anschlussvertrages wird durch das Fehlen eines Submissionsverfahrens nicht widerrechtlich.

[Rz 50] Zusammenfassend ergibt sich, dass ein ohne Durchführung des notwendigen Submissionsverfahrens abgeschlossener Anschlussvertrag unter dem Gesichtspunkt von Art. 20 OR nicht nichtig ist. Liegen übereinstimmende Willenserklärungen des Arbeitgebers und des Anbieters vor, so wird der Anschlussvertrag verbindlich – selbst wenn kein Submissionsverfahren durchgeführt wurde.

[Rz 51] Weder Art. 23 ff. OR noch Art. 20 OR stehen der Gültigkeit des Anschlussvertrages somit entgegen. Anzuführen bleibt, dass die Gültigkeit der von der neuen Vorsorgeeinrichtung abgegebenen Deckungszusage (deren Vorliegen überhaupt eine Voraussetzung für die Kündigung des bisher bestehenden Anschlussvertrages ist, sofern der bestehende Anschlussvertrag vorsieht, dass die Rentenbezüger bei der Auflösung des Anschlussvertrages die bisherige Vorsorgeeinrichtung verlassen) folglich auch nicht tangiert werden kann.

### 1.2.3. Ungültigkeit sui generis?

[Rz 52] PETER GAUCH vertritt in Bezug auf einen verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag die Ansicht, dass ein solcher (verfrüht und deshalb) rechtswidrig *abgeschlossener* Vertrag für beide Parteien unwirksam bleibe, seine Ungültigkeit allerdings geheilt werde, wenn und sobald die Erlaubniswirkung des Zuschlages und damit die Erlaubnis zum Vertragsabschluss eintrete. Das heilende Ereignis könne z.B. darin bestehen, dass nach dem verfrühten Abschluss des Vertrages die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde ablaufe oder allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung versagt bleibe, immer vorausgesetzt, dass das anwendbare Vergaberecht den Vertragsabschluss ab dem betreffenden Zeitpunkt erlaube.<sup>76</sup> Diese Auffassung, welche auf eine «Ungültigkeit sui generis» hinausläuft, berücksichtigt nach Auffassung des genannten Autors den Zusammenhang zwischen dem privatrechtlichen Vertragsabschluss und dem öffentlichen Vergaberecht, unterlasse es aber, durch eine unheilbare Vertragsnichtigkeit über das Ziel hinaus zu schießen. In Bezug auf die hier untersuchte Fragestellung würde diese Auffassung bedeuten, dass ein Anschlussvertrag ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens ein rechts-

---

<sup>74</sup> Vgl. dazu Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich LB150044 vom 13. Dezember 2016, mit Verweis auf BGE 62 II 108 ff.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 62 II 108 E. 2b.

<sup>76</sup> Vgl. GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (Eine Reprise), [http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH\\_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Verfruehter\\_Beschaffungsvertrag.pdf](http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Verfruehter_Beschaffungsvertrag.pdf); S. 7.

widrig abgeschlossener Vertrag sei und für die Parteien, d.h. für den Arbeitgeber und die Vorsorgeeinrichtung unwirksam bleibe.

[Rz 53] Kritisch in Bezug auf die Meinung von PETER GAUCH ist aber anzuführen, dass diese «Ungültigkeit sui generis» letztlich einen nicht vorgesehenen «Eingriff» in die obligationenrechtlichen Regelungen vornimmt. Gemäss den Regeln des OR ist ein infolge übereinstimmender Willenserklärungen zustande gekommener Vertrag entweder nach den Regeln von Art. 23 ff. OR **anfechtbar**, **nichtig**, (infolge Verstosses gegen Art. 20 OR) oder aber eben **gültig**. Eine andere Rechtsfolge ist im hier interessierenden Kontext im OR nicht vorgesehen, weshalb sich die Annahme einer «Ungültigkeit sui generis» als systemfremd erweist.

[Rz 54] Neben dieser von PETER GAUCH entwickelten Theorie gibt es jedoch noch andere Lösungsansätze, wovon einer nachfolgend erläutert wird:

## 2. Pflicht zur Beseitigung des vergaberechtswidrigen Zustandes

[Rz 55] MARTIN BEYELER weist ebenfalls daraufhin, dass in Bezug auf vergaberechtswidrige Verträge die Frage aufzuwerfen sei, wie das Vergaberecht darauf reagiere. Die Praxis und Lehre hätten diesbezüglich zahlreiche Lösungsvorschläge zur Verfügung gestellt, welche von der totalen vergaberechtlichen Passivität gegenüber vergabewidrigen Verträgen bis hin zur Nichtigkeit solcher Verträge reichten. Der genannte Autor führt an, dass ausgehend von dem aus generellem Abschlussverbot und spezifischer Abschlusserlaubnis geschaffenen vergaberechtlichen System zu postulieren sei, dass jeder öffentliche Auftraggeber kraft öffentlichen Vergaberechts jederzeit dazu verpflichtet sei, vergaberechtswidrige Verträge zu beseitigen bzw. zurück zu ändern. Komme der Auftraggeber dieser Pflicht nicht von selbst nach, so sei die vergaberechtliche Beschwerdeinstanz, falls sie mit der Sache befasst werde, verpflichtet, den Auftraggeber zu verurteilen, den Vertrag unter Zuhilfenahme der verfügbaren vertraglichen Instrumente umgehend entweder zu beseitigen oder ihn in einen Zustand mit vergaberechtskonformem Inhalt zu überführen.<sup>77</sup> Dieser Ansatz geht demnach davon aus, dass der vergaberechtswidrige Vertrag aus Sicht des Vertragsrechts ein ganz gewöhnlicher Vertrag ist, der gültig, verbindlich und wirksam ist, soweit die allgemeinen, obligationenrechtlichen Regeln zu diesem Schluss führen. Das Vergaberecht beachtet diese Gültigkeit vollumfänglich, verpflichtet aber den öffentlichen Auftraggeber ohne Verzug unter Inkaufnahme aller Folgen, insbesondere jener finanzieller Natur, auszuschöpfen, um den vergaberechtswidrigen Vertragszustand wieder zu beseitigen, bzw. den Vertrag in einen vergaberechtskonformen Status zu bringen. Dies ist keine vergaberechtliche Beeinflussung des Vertragsrechts oder der vertraglichen Lage, sondern die konsequente Fortführung der gewöhnlichen Funktionsweise des Vergaberechts.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> BEYELER (Fn. 52), S. 1628 f.

<sup>78</sup> BEYELER (Fn. 52), S. 1628 f.

### 3. Schlussfolgerungen

[Rz 56] Aus den vorstehenden Erwägungen und den oben erläuterten Lehrmeinungen lassen sich im Hinblick auf die Konstellation, dass ein Anschlussvertrag ohne Durchführung eines Vergabevertrages abgeschlossen werden kann, folgende Schlussfolgerungen ziehen:

[Rz 57] «Mängel beim Vertragsschluss» im Sinne von Art. 23 ff. OR stehen der Gültigkeit eines Anschlussvertrages ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens nicht entgegen. Ebenso ist der Anschlussvertrag nicht nichtig im Sinne von Art. 20 OR.

[Rz 58] Stellt man darauf ab, dass der Anschlussvertrag infolge Unterbleibens eines Vergabeverfahrens rechtswidrig *abgeschlossen* worden sei und für die Parteien im Sinne einer «Ungültigkeit sui generis» ungültig bleibe, die Ungültigkeit allerdings mit Ablauf einer Beschwerdefrist geheilt werden könne, so erweist sich dieses Resultat – abgesehen davon, dass es keine Stütze im ersten Abschnitt des OR (Art. 1 bis Art. 40f OR) findet – insofern als unbefriedigend, als dass im Falle eines gänzlichen Ausbleibens eines Vergabeverfahrens letztlich keine Verfügungen ergehen, welche angefochten werden können, mithin allfällige Beschwerdefristen nicht auslöst würden, es sei denn, man stellt darauf ab, dass der Abschluss des Anschlussvertrages als solcher als Verfügung des Arbeitgebers zu qualifizieren sei, welche die Frist auslöst. Letzteres würde jedoch bedeuten, dass – zumal im Falle eines unterbliebenen Vergabeverfahrens lediglich der Arbeitgeber und der Anbieter in die Angelegenheit involviert sind – die 10tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 15 Abs. 2 IVöB wohl regemässig ablaufen würde, bevor ein Dritter überhaupt je Kenntnis von dieser Frist erhielt. Faktisch würde dies bedeuten, dass die Missachtung des Vergaberechts weitgehend unbeachtlich bliebe. Infolge nachträglicher Heilung der Unwirksamkeit würden auch allfällige Schadenersatzansprüche Dritter keine Rolle mehr spielen, da der Vertragsabschluss nach Fristablauf nicht mehr beanstandet werden könnte.

[Rz 59] Wird davon ausgegangen, dass die Beschwerdefrist für einen Dritten immer erst dann ausgelöst werden kann, wenn dieser Dritte vom Abschluss eines Anschlussvertrages Kenntnis erhält, so tritt eine unsichere Situation ein: Der Vertrag bliebe zwischen den Parteien ungültig und zwar solange, bis sämtliche möglichen Beschwerdeführer vom Abschluss des Anschlussvertrages Kenntnis erhielten und keine Beschwerde erheben. Mit Ablauf der jeweiligen Beschwerdefristen träte dann die Heilung der Ungültigkeit ein. Demgemäss bliebe der Vertrag zwischen den Vertragsparteien auf unbestimmte Zeit ungültig, würde jedoch mit fortschreitendem Zeitablauf von den Parteien des Anschlussvertrages trotz Ungültigkeit abgewickelt, was die Frage aufwirft, ob die Parteien jederzeit geleistete Leistungen infolge Ungültigkeit des Vertrages gegenseitig zurückfordern können. Solches wäre unter Berücksichtigung, dass dann unter dem Regime des neuen Anschlussvertrages durch die Vorsorgeeinrichtung bereits Leistungen an Versicherte ausgerichtet worden sein könnten und überdies der neuen Vorsorgeeinrichtung das zu verwaltende Vermögen übertragen und anschliessend investiert wurde, fatal.

[Rz 60] Die andere Auffassung, wonach der Anschlussvertrag mit Abschluss unter obligationenrechtlichen (und anderen) Gesichtspunkten jedenfalls gültig wird, der Arbeitgeber aber verpflichtet bleibt, die vergabewidrige Situation zu beseitigen, verdient grundsätzlich den Vorzug. Der Arbeitgeber muss, sobald er erkennt, dass er ein Submissionsverfahren hätte durchführen müssen (oder aber von einem Dritten auf diesen Umstand aufmerksam gemacht wird), ein Vergabeverfahren durchführen, um auf den nächsten Kündigungstermin hin einen – nach durchgeführtem Vergabeverfahren – neuen Anschlussvertrag abzuschliessen. Das durchzuführende Vergabeverfahren muss im Abschluss eines neuen Anschlussvertrages münden, zumal eine Kündi-

gung des dann aktuellen Anschlussvertrages, der ohne Durchführung eines Submissionsverfahrens abgeschlossen wurde, erst dann möglich ist, wenn die neue Vorsorgeeinrichtung eine Deckungszusage abgegeben hat.

[Rz 61] Einzuräumen bleibt, dass auch diese Auffassung insofern nicht vollständig zu befriedigen mag, als dass die Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen grundsätzlich ohne Folgen bleibt, sofern nicht von dritter Seite interveniert wird. Diese Lösung ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit jedoch die befriedigendere Lösung, zumal der Bestand des Anschlussvertrages nicht tangiert wird. Die Missachtung der vergaberechtlichen Folgen muss insofern dennoch nicht ungeahnt bleiben, als dass der Arbeitgeber durch eine Instanz dazu verurteilt werden kann, den Vertrag unter Zuhilfenahme der verfügbaren vertraglichen Instrumente umgehend entweder zu beseitigen oder in einen vergaberechtskonformen Inhalt zu überführen. Gemäss der Auffassung von MARTIN BEYELER ist hierzu die vergaberechtliche Beschwerdeinstanz zuständig. Anzuführen bleibt, dass auch aufsichtsrechtliche Instanzen aufgrund ihres Weisungsrechts die Kompetenz haben müssen, einer von ihnen beaufsichtigten Institution im Falle des Unterbleibens eines Submissionsverfahrens entsprechende Weisungen zu erteilen. Wenn man darauf abstellt, dass ein öffentlicher Auftraggeber kraft öffentlichen Vergaberechts jederzeit dazu verpflichtet ist, die entsprechenden vergaberechtlichen Bestimmungen einzuhalten, so stellt ein Nichteinhalten dieser Bestimmungen konsequenterweise auch einen Tatbestand dar, der ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde erfordert, denn das Nichteinhalten der Vergabebestimmungen stellt gleichzeitig eine Rechtsverletzung dar. In praktischer Hinsicht ist dies insofern von Relevanz, als dass eine Aufsichtsbeschwerde letztlich keine eigentliche Beschwer voraussetzt, sondern von jedermann angehoben werden kann.<sup>79</sup>

---

ROLF KUHN ist als Rechtsanwalt und Partner bei der Kanzlei Lutz und Partner Rechtsanwälte AG in Zürich tätig.

---

<sup>79</sup> Denkbar wäre somit auch, dass ein Arbeitnehmer eine solche Beschwerde einreicht, wobei sich dann die Frage stellt, ob und unter welchen Voraussetzungen dies zulässig ist («Whistleblowing Problematik»).