

GUTACHTEN

zuhanden der Schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, c/o
Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Schwarztorstr. 51,
3003 Bern

betreffend unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen
und Männer in der beruflichen Vorsorge

Verfassungsrechtliche Aspekte

erstattet von

Prof. Dr. Regula Kägi-Diener
Marktgasse 14
9004 St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

AUSGANGSSITUATION UND FRAGESTELLUNG	3
BEHANDLUNG	4
I. Öffentlich-rechtliche Grundlage: Rechtsgleichheit	4
1. Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV	4
2. Geschlechtergleichheit im besonderen	5
3. Folgen oder Ergebnisse als zentrale Kriterien der Herstellung von Gleichheit	7
4. Internationale Einflüsse	8
5. Zusammenfassung	9
II. Geltung der Geschlechtergleichheit	10
1. Der grundsätzliche Geltungsbereich gemäss Art. 35 BV	10
2. Geltungsbereich und -wirkung der „Lohngleichheit“ (Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV)	12
3. Intensität der Wirkung: Von der direkten Wirkung zur Schutzwirkung	13
4. Massgeblichkeit der Rechtsgleichheit für Vorsorgeverhältnisse	14
5. Gleichheitsbestimmungen auf Ebene des BVG	16
III. Einzelne Fragen	18
1. Differenzierte oder gleiche Renten im obligatorischen Bereich ?	18
2. Ungleiche Renten (Umwandlungssätze) im ausserobligatorischen Bereich ?	22
3. Fallen Pensionsanwartschaften (auch im überobligatorischen Bereich) der beruflichen Vorsorge unter den Begriff „Lohn“ und sind die Bestimmungen des GIG anwendbar ?	23
4. Verpflichtung der Behörden im Genehmigungsverfahren	24
5. Ist es zulässig, für den überobligatorischen Bereich von den Umwandlungssätzen des BVG abzuweichen ?	24
6. Mindeststandards für Versicherungsverträge	26

Anhang: Literaturverzeichnis und Abkürzungsverzeichnis

Ausgangssituation und Fragestellung

a) Im Sommer 2003, zeitlich zusammenfallend mit dem Ende der parlamentarischen Behandlung der (ersten) Revision des BVG¹, kündigten verschiedene Versicherungen „neue Modelle“ für die Berufliche Vorsorge an. Eines der wesentlichen Merkmale dieser „neuen Modelle“ ist die Abweichung von der geschlechterindifferenten Berechnung des *Umwandlungssatzes* in der sog. erweiterten Versicherung der beruflichen Vorsorge (ausserobligatorischer Bereich)².

Der (Renten-)Umwandlungssatz ist einer der massgebenden Kriterien, nach denen sich die Rente der Versicherten bestimmt. Zusammen mit dem für die Absicherung des Alters zur Verfügung stehenden Altersguthaben, welches sich im wesentlichen aus dem Prämientotal (der Höhe der Prämie und der Dauer der Prämienleistungen) sowie der (auf dem sog. Mindestzinssatz beruhenden) Verzinsung desselben berechnet, erlaubt der Umwandlungssatz, direkt die Jahresrente im Alter festzulegen (siehe dazu Art. 14 BVG).

b) Für den *obligatorischen Bereich*³ hatte das BVG in der ersten (zur Zeit noch geltenden) Fassung für Frauen und Männer die gleichen Sätze festgelegt. Auch nach der Revision des Gesetzes vom 3. Oktober 2003 behält es gleiche Renten-Umwandlungssätze bei (Art. 14 Abs. 2 BVG 2003: 6,8% für das ordentliche Rentenalter 65 von Frau und Mann⁴). Demgegenüber sehen die sogenannten „neuen Modelle“ des *ausserobligatorischen* Bereichs erheblich unterschiedliche Sätze für Frauen und Männer vor (Bsp: Winterthur Versicherung für Frauen: 5,454 Prozent, für Männer: 5,835 Prozent).

1 BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40), in Kraft seit 1985. – Die bis zum Inkrafttreten der am 3. Oktober 2003 vom Parlament revidierten Bestimmungen noch gültige erste Fassung wird anschliessend mit „aBVG“ bezeichnet (wo sie sich von den revidierten Vorschriften unterscheidet), während die revidierte Fassung mit „BVG 2003“ bezeichnet wird. Wo Bestimmungen keine Änderung erfuhr oder es nicht auf die Änderung ankommt, erfolgt die Bezeichnung mit „BVG“.

² Dieser wird auch als *überobligatorischer* Bereich bezeichnet. Da andererseits innerhalb der erweiterten Versicherung unterschieden wird nach vorobligatorischem, überobligatorischem und unterobligatorischem Bereich, verwenden wir hier den Begriff der extra- bzw. ausserobligatorischen Leistung. Siehe dazu auch Brühwiler, Personalvorsorge, S. 253; Riemer, Vorsorgeverträge, S. 234; Geiser, Vorsorge-Reglemente, S. 621. Im vorliegenden Fall interessieren vor allem diejenigen Versicherungsverhältnisse, welche ausserhalb der Versicherungsgrenzen der Art. 7 und 8 BVG Vorsorgeleistungen anbieten (unter- und überobligatorischer Bereich). Für die vorobligatorischen Verhältnisse gilt aber grundsätzlich das Gleiche.

³ Es sei hier klargestellt, dass es nicht um das Obligatorium im Sinn von Art. 2 und 3 BVG geht, das gegenüber der Freiwilligen Versicherung im Sinne von Art. 4 BVG abzugrenzen ist.

⁴ Gemäss den Übergangsbestimmungen (lit. b) zur 1. BVG-Revision legt der Bundesrat den Mindestumwandlungssatz fest für diejenigen Versicherten, die innerhalb von zehn Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes das ordentliche Rentenalter erreichen. Abs. 2 der Bestimmung besagt, dass für Frau und Mann der Mindestumwandlungssatz pro Jahr verschieden sein kann, solange für Frau und Mann unterschiedliche ordentliche Rentenalter gelten.

c) Vor diesem Hintergrund stellte die Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten den Gutachtern die Frage, ob unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer in der beruflichen Vorsorge zulässig seien, wobei mehrere Problemkreise noch differenziert aufgeworfen wurden.

Es erscheint angezeigt, auszugehen von folgender Ausgangsfrage:

Ist es unter der Voraussetzung gleichen Rentenalters zulässig, in der beruflichen Vorsorge unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer vorzusehen?

Nachstehenden erfolgt zunächst eine Auslegeordnung der Geschlechtergleichheit, welche aus öffentlich-rechtlicher Sicht im Vordergrund steht (Ziff. I und II). Auf deren Hintergrund wird anschliessend auf verschiedene aufgeworfene Fragen einzeln eingegangen (Ziff. III).

Behandlung

I. Öffentlich-rechtliche Grundlage: Rechtsgleichheit

1. Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV

Aus öffentlicher Sicht ist die aufgeworfene Frage primär eine solche der Geschlechtergleichheit. Diese ist im Kontext mit der allgemeinen Rechtsgleichheit in Art. 8 BV geordnet.

Art. 8 Abs. 1 BV statuiert, dass alle Menschen – ob Frau, ob Mann – vor dem Gesetz gleich sind. Die Bestimmung hat Querschnittscharakter, wie übrigens auch das erst mit der Totalrevision verfassungsrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV. Das heisst, sie gilt für sämtliche Bereiche staatlicher Tätigkeit und richtet sich nach konstanter Lehre und Praxis an alle staatlichen Organe, sowohl an die gesetzgebenden wie an die rechtsanwendenden, und selbst der privatrechtlich handelnde Staat ist daran gebunden⁵.

Im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 BV gilt eine so genannte relative Gleichheit. Danach muss Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, auf der anderen Seite muss aber auch Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden. Die Gleichbehandlung *ungleicher* Tatbestände verletzt den Gleichheitssatz eben so sehr wie die Ungleichbehandlung gleicher Tatbestände. Es ist deshalb wichtig, zu wissen, aufgrund welcher Kriterien rechtserhebliche Ungleichheiten angenommen werden müssen (bzw. dürfen), wann, mit anderen Worten, lebensstatsächliche Umstände so ungleich sind, dass sie zu

⁵ Siehe dazu Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, § 41 Rz. 9. – Auf zusätzliche Weiterungen wird unter Ziff. II näher eingegangen.

einer rechtlich differenzierten Behandlung führen müssen. Diese Frage wird danach beurteilt, ob die Differenzen „erheblich“ sind („erhebliche tatsächliche Unterschiede“). Wie das Bundesgericht es ausdrückt, dürfen rechtliche Unterscheidungen nicht getroffen werden, wenn „ein vernünftiger oder sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich“ ist⁶. Es wird somit eine Gewichtung vorgenommen. Gewichtungen haben sich in die Werteordnung der Verfassung und die Rechtstradition einzufügen und schöpfen aus ihnen.

2. *Geschlechtergleichheit im besonderen*

Im Verhältnis von *Frauen und Männern* bildet das Geschlecht *keinen* vernünftigen oder sachlichen Grund für die differenzierte rechtliche Behandlung. Das geht aus Art. 8 Abs. 3 erstem Satz BV hervor, der ausdrücklich die „Gleichberechtigung“ von Mann und Frau verlangt und ein formelles Gleichstellungsgebot enthält. Dieses statuiert zunächst, wie aus der Geschichte zu Art. 8 Abs. 3 erstem Satz BV⁷ hinlänglich bekannt ist, *Blindheit* der rechtlichen Regelung gegenüber dem Geschlecht. Mit „Geschlecht“ ist die *soziale Bedeutung* der Geschlechtszugehörigkeit (Gender) anvisiert. Rein biologische Gründe konnten von Beginn an unter Umständen berücksichtigt werden, aber nur, wenn sie „zwingend“ waren.⁸ Die 1981 eingefügten Verfassungsbestimmungen beabsichtigten ein *Differenzierungsverbot*.⁹ Damit wurde eine rechtliche Angleichung der Geschlechter verordnet. Und es wurde verboten, die Geschlechtszugehörigkeit als so erheblich anzusehen, dass sie zu unterschiedlichen rechtlichen Lösungen führt. Aus der Entstehungsgeschichte geht klar hervor, dass die negative Wertschätzung, welche mit dem Frau-Sein erfahren worden war, zu dieser Anordnung führte, damit das weibliche Geschlecht nicht mehr als Grund für eine rechtliche Schlechterstellung benutzt werden durfte. Der Geschlechtergleichheitsartikel sollte den Wandel in der Wertanschauung über die Gleichwertigkeit von Frauen und Männern vorantreiben¹⁰.

Die Bestimmung wurde in der Folge geschlechtersymmetrisch verstanden. Die frauenorientierte Zielsetzung fiel (in der Praxis) in ihrer Bedeutung für die Interpretation und die

⁶ Vgl. BGE 125 I 178.

⁷ Beziehungsweise dessen Vorgänger, Art. 4 Abs. 2 erstem Satz aBV.

⁸ Es sei an dieser Stelle bemerkt, dass das biologische Element rechtlich suspekt geworden ist, nachdem die Erfahrung gezeigt hat, dass sehr vieles biologisch erklärt wurde, von dem man heute überzeugt ist, dass es auf sozialen Faktoren beruht, d.h. sozialkonstruiert ist. Das gilt im Geschlechterverhältnis (z.B. die angebliche „natürliche“ Fähigkeit der Frauen, mit Kindern umzugehen, oder die angeblich weniger gut ausgebildete Intellektualität der Frauen u.dgl.). Es ist deshalb sehr vorsichtig mit diesem Kriterium umzugehen.

⁹ Vgl. Botschaft „Gleiche Rechte für Mann und Frau“, S. 49, wörtlich: „Der neue Artikel verbietet im Prinzip jede rechtliche Differenzierung nach dem Geschlecht. Der Geschlechtsunterschied darf mit anderen Worten für die rechtliche Behandlung von Mann und Frau grundsätzlich keine Rolle mehr spielen.“

¹⁰ So auch Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, Rz. 27 zu § 41; Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 270.

anschliessende Rechtsschöpfung etwas zurück. Das ändert indessen nichts daran, dass es grundsätzlich unzulässig ist, das weibliche oder männliche Geschlecht als Grund für eine differenzierte Behandlung heranzuziehen.

Die formelle Konzeption des Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV wurde mit der im Jahre 2000 in Kraft getretenen Verfassung durch das – (auch) auf das Geschlecht bezogene – Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV *bestätigt*¹¹. Dieses Diskriminierungsverbot ist zwar nicht gleichermassen formell ausgerichtet und arbeitet – übrigens so wenig wie Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV¹² – nicht mit der *Blindheit* rechtlicher Regelungen gegenüber dem Geschlecht. Es achtet vielmehr auf das *Ergebnis*, auf die tatsächlichen Auswirkungen einer Regelung und korrigiert diese Auswirkungen, wenn sie – soweit die Geschlechterdiskriminierung in Frage steht – eine Person deshalb benachteiligt, weil sie Mann ist oder Frau ist (also wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem der Geschlechter, d.h. zu einer der beiden Gruppen). Mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV sollten Stigmatisierungen vermieden werden, die gewisse Gruppen nach historischer oder aktueller Erfahrungen trafen.

Anknüpfungen an ein verpöntes Merkmal gemäss Art. 8 Abs. 2 BV (Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache etc.) begründen den „Verdacht einer unzulässigen Differenzierung“¹³. Sie sind zwar nicht unter allen Umständen unzulässig, müssen jedoch qualifiziert gerechtfertigt werden. Sie sind in der Regel nur dann erlaubt, wenn sie eine Diskriminierung, d.h. herabsetzende Wertschätzung, *korrigieren*. Mit solchen Anknüpfungen ist besonders sensibel umzugehen, wenn die Heranziehung eines verpönten Kriteriums dazu dient, eine historisch herabgesetzte Gruppen – hier die Frauen – einem besonderen rechtlichen Regime zu unterstellen. Mit anderen Worten: Soll das Geschlecht herangezogen werden, um ein differenziertes rechtliches Regime einzuführen, muss dies klarerweise dazu dienen eine (aufgrund gesellschaftlicher Rollenstereotypen) ungerechtfertigte und abschätzig wirkende Benachteiligung zu beheben.¹⁴ Mit anderen Worten, aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BV, der Individualcharakter hat, können die Gerichte im Einzelfall (oder auch die Gesetzgebung generell) aufgrund einer geschlechterbezogenen Sichtweise eingreifen, um Schlechterstellung zu korrigieren. Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV („Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem ...“) sowie Art. 3 Abs. 3 GlG¹⁵ dürfen (und müssen) im Arbeitsverhältnis Anordnungen getroffen werden, um eine effektive, tatsächliche Gleichstellung zu verwirklichen, wenn allein formelle rechtliche Gleichstellung nicht ausreicht. In diesem Sinne ergänzen sich die Gleichheitsbestimmungen.

¹¹ Art. 8 Abs. 2 lautet: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen...des Geschlechts...“

¹² Dieser lautet: „Das Gesetz sorgt für ihre (der Frau und des Mannes) rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.“

¹³ So das Bundesgericht in BGE 126 II 393 E. 6a im Anschluss an Walter Kälin und Marina Caroni.

¹⁴ Dass andere ganz besonders wichtige Gründe eine Differenzierung rechtfertigen könnten, ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen, praktisch aber nicht denkbar.

¹⁵ BG über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, Gleichstellungsgesetz, SR 151.

3. Folgen oder Ergebnisse als zentrale Kriterien der Herstellung von Gleichheit

Die Orientierung der Rechtsgleichheit am *Ergebnis* (und nicht unbedingt an der Begründung) ist im übrigen nicht neu.¹⁶ Sie entspricht einer langen Tradition der Rechtsprechung zum Gleichheitssatz. Das Bundesgericht hat namentlich im Zusammenhang mit der Willkür, einem Unterfall der Rechtsgleichheit, stets geprüft, ob eine Regelung, die als willkürlich gerügt wurde, sich im *Ergebnis* halten lasse, und es hat nicht in erster Linie die Begründung betrachtet. Es hat entsprechend die Motivierung eines Entscheides bei Bedarf sogenannten substituiert, d.h. durch eigene Überlegungen ersetzt und eine Anordnung geschützt, wenn sie sich als halt- und begründbar erwies, auch wenn die konkrete Begründung durch die vorinstanzliche Behörde verworfen wurde. Eine so an den Folgen orientierte Rechtsauffassung hat es erlaubt, materielle Gleichstellung und die Chancengleichheit (auch ausserhalb der Geschlechtergleichheit) als Formen der Rechtsgleichheit schon früh anzuerkennen¹⁷. Trotz des grundsätzlichen Differenzierungsverbotes in Art. 8 Abs. 3 erstem Satz BV konnte die Rechtsprechung so auch im Verhältnis zwischen Mann und Frau materielle Gleichheitsanliegen mit einschliessen. Heute anerkennt die Lehre und Praxis, dass Art. 8 Abs. 3 erster Satz in Kombination mit Art. 8 Abs. 2 BV trotz der primär formalen Ausrichtung der Geschlechtergleichheit die Bekämpfung mittelbarer bzw. indirekter Diskriminierungen ermöglicht¹⁸. Besteht mit anderen Worten, die Gefahr der faktischen Benachteiligung eines der Geschlechter, so kann zu dessen Gunsten eine differenzierte Behandlung vorgesehen werden.¹⁹

¹⁶ Rieder, Form oder Effekt, S. 46 spricht von einer „Folgenbezogenheit“: „Insofern verlangt der allgemeine Gleichheitssatz nie ausschliesslich eine aktbezogene Betrachtungsweise, die allein auf die formale Gleichbehandlung abstellt, sondern immer eine folgenbezogene, die die Auswirkungen einer staatlichen Handlung berücksichtigenden Perspektive“.

¹⁷ Z.B. um allen Stimmberechtigten die Abgabe der Stimme zu ermöglichen, wo sie auch immer wohnten, ob sie im Militär waren oder zu Hause, oder um minderbemittelten Personen das Prozessieren zu ermöglichen, ohne dass sie den üblichen Kostenvorschuss bezahlen müssen, siehe dazu Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, § 41 Rz. 17.

¹⁸ So auch Epiney/Duttwiler, Gleichstellung, S. 42. Sieht man das Verhältnis von Art. 8 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 erster Satz BV als ein solches von genereller Norm zu spezieller Norm (so Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 536 ff.), muss das Verbot der mittelbare Diskriminierung – d.h. die Korrektur effektiver negativer Auswirkungen für eines der Geschlechter trotz formal gleicher rechtlicher Behandlung – aus Art. 8 Abs. 3 BV direkt fliessen. Auf die dogmatische Konstruktion kommt es indessen nicht an. Die Aussage, dass rechtliche und faktische Benachteiligungen eines Geschlechtes verboten sind, bleibt dieselbe.

¹⁹ Die Benachteiligung wird vom Bundesgericht bei der indirekten Diskriminierung aufgrund quantitativer Überlegungen nachgewiesen (wenn „wesentlich mehr oder überwiegend“ Angehörige eines der Geschlechter betroffen sind, so BGE 125 II 543). Auf mehr *qualitative Betrachtung* („Gefahr“ der Benachteiligung) plädieren Epiney/Duttwiler, Gleichstellung, S. 52.

4. Internationale Einflüsse

Wohl noch mehr als die meisten anderen Grundrechte hat die Rechtsgleichheit durch die Entwicklungen im internationalen Bereich eine dynamisierte und insofern auch völkerrechtlich eingebettete Auslegung und Verfeinerung gefunden, vor allem in der Lehre. Im Zusammenhang mit der Geschlechtergleichheit ist einerseits die Rechtsprechung und gesetzgeberische Praxis der EU wegleitend, andererseits ist namentlich das UNO-Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)²⁰ mit heranzuziehen.

a) UNO-Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)

Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) steht in der Schweiz seit 1996 in der Kraft. Es muss zu einer Auslegung führen, welche das schweizerische Verfassungsrecht und die internationalen Bestimmungen in einem dialektischen Verhältnis begreift und aufeinander bezieht. Unabhängig davon, ob dieses Abkommen Bestimmungen enthält, die self-executing sind²¹, ist durch den Imperativ der CEDAW bei der Auslegung der verschiedenen Absätze des Art. 8 BV und bei ihrem Zusammenspiel in erheblichem Masse auf eine „tatsächliche Verwirklichung“ der Gleichberechtigung zu achten (d.h. es ist das faktische Ergebnis zu berücksichtigen, Art. 2 CEDAW, dort insbesondere lit. a, d und e), und die „stereotypen Rollenverteilungen“ dürfen nicht mehr Grundlage von rechtlichen Praktiken sein (Art. 5 lit. a CEDAW). Mit der Integration dieser völkerrechtlichen Verpflichtung wird das schweizerische Rechtsverständnis, auch das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, für die mit der Stellung der Frauen verbundenen *Nachteile* sensibilisiert. Die CEDAW enthält im übrigen eine ausgeprägte objektive Verpflichtung des Staates, den Rollenwandel der Geschlechter zu beschleunigen und für die breite Verwirklichung der Besserstellung von Frauen in den verschiedensten Bereichen zu sorgen²². Eine solche Verpflichtung wird ähnlich, wenn auch nicht gleichermassen stringent aus den Grundrechten und so auch aus dem Gleichstellungsprinzip abgeleitet. Sie gilt nicht nur im klassischen staatsrechtlichen Bereich, welcher die Privaten in ihrem Verhältnis zum Staat und seinen Organen betrachtet, sondern geht eindeutig darüber hinaus.²³

b) EU-Recht

Die Entwicklung der Geschlechtergleichheit im EU-Raum ist zwar nicht in gleichem Masse für die Schweiz verpflichtend wie die CEDAW. Sie lässt indessen eine gemeinsame

²⁰ SR 0.108

²¹ d.h. die direkt einklagbare Ansprüche vermitteln und von den Gerichten unmittelbar umgesetzt werden können.

²² Siehe dazu auch Kägi-Diener, Entwicklungen, S. 256 ff.

²³ Siehe hinten Ziff. II/1 und II/2, S. 10 ff.

Europäische Auffassung von Gerechtigkeit gegenüber den Geschlechtern erkennen, in deren Tradition auch das schweizerische Recht steht und dem es sich nicht entziehen kann.

Im *Versicherungsbereich* ist für das Verständnis der Geschlechtergleichheit im Europäischen Recht bemerkenswert, dass die EU-Kommission am 5. Dezember 2003 den Richtlinienvorschlag „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ (KOM [2003] 657)²⁴ endgültig genehmigt hat. Darin wird vor allem der gleichberechtigte Zugang zu Dienstleistungen geregelt und vorgesehen, dass das Geschlecht kein Faktor für die differenzierte Berechnung von Prämien oder Leistungen in der Versicherung sein darf²⁵. Wie im übrigen dem *Gemeinsamen Bericht der EG-Kommission und des Rates über angemessene und nachhaltige Renten*²⁶, der eine Darstellung der einzelnen Länder enthält (S. 114 ff.), entnommen werden kann, laufen im ganzen EU-Raum Bestrebungen, die Stellung der Frauen – namentlich in der beruflichen Vorsorge – zu verbessern und historisch erklärbare Unterschiede zu beheben. Dabei geht es u.a. darum, die in den Renteneinkommen ersichtliche Spiegelung der Unterschiede bei den Arbeitseinkommen von Männern und Frauen auszugleichen. Der Bericht schliesst daraus, dass bei einem grossen Teil der Massnahmen, mit denen die Angemessenheit von Rentensystemen verstärkt werden sollen, „insbesondere Frauen profitieren müssen“. Über die Bemühungen zu gleichen Renten bei gleichen Lebensarbeitseinkommen hinaus werden damit Besserstellungen der Frau diskutiert, und es wird verlangt, die Bestimmungen zu überprüfen, weil anders die Gleichheit von Frauen und Männern nicht sichergestellt sei (Ziel 10 des Berichts, S. 95). Das Gefälle zwischen den Renten der beruflichen Vorsorge ist aus verschiedenen Gründen (Teilzeitarbeit, Mutterschaftspause, nicht versicherte Arbeitsverhältnisse) auch in der Schweiz zulasten der Frauen noch höher als das Lohngefälle. Würde sich die Schweiz der europäischen Stossrichtung anschliessen, ginge es auch darum, die durch typische Frauenlebensverläufe bewirkten Vorsorgelücken zu schliessen.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

- Die formelle oder formale Gleichstellung von Mann und Frau, die die Zugehörigkeit zum einen oder zum anderen Geschlecht nicht für eine Differenzierung benutzt, sondern sie gar nicht erst beachtet, erfüllt die Geschlechtergleichheit primär und in einem

²⁴ Council Directive implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services (proposal: IP/03/1501, siehe <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/> (abgerufen: 10.12.2003).

²⁵ Siehe dazu http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2003/nov/article13proposal_en.pdf (abgerufen: 10.12.2003)

²⁶ Siehe: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/dec/joint_pensions_report_de.pdf (Entwurf; abgerufen: 13.02.04).

ersten Schritt. Die formale Gleichstellung bildet nach der Konzeption des schweizerischen Rechts die Regel.

- Resultiert wider Erwarten trotz der formalen Gleichstellung eine Schlechterstellung (mehrheitlich) für das eine oder andere Geschlecht (indirekte Diskriminierung), kann korrigierend eingegriffen werden. Das bedeutet auch, dass in diesen Fällen das Geschlecht als Kriterium für eine differenzierende Regelung benutzt werden darf.
- Auf das Geschlecht abgestellt werden kann sodann, wenn biologische Gründe eine differenzierte Behandlung zwingend erfordern (Es handelt sich im wesentlichen um Recht, das Schwangerschaft und Geburt regelt).
- Nach dem Geschlecht darf sodann differenziert werden, um den gesellschaftlichen Rollenwandel zu beschleunigen (im letzten Fall geht es um sog. positive Massnahmen, siehe Art. 4 CEDAW).
- *Unzulässig* ist indessen nach Art. 8 BV, das Geschlecht heranzuziehen, ohne dass gleichzeitig (1) der Rollenwandel beschleunigt oder (2) ein Ausgleich verfolgt wird. Dies gilt aufgrund der CEDAW ganz besonders und zumindest, wenn Schlechterstellungen von *Frauen* damit verbunden sind, schreibt das Übereinkommen doch vor, dass auch ausserhalb der formalen Gleichstellung besondere Massnahmen und alle geeigneten Mittel ergriffen werden müssen, um die Stellung der Frauen zu *verbessern* (insofern besteht eine Abweichung von der Geschlechtersymmetrie²⁷).
- Wenn man sich darüber streiten könnte, ob das eine oder andere Geschlecht durch eine Regelung oder Ordnung schlechter gestellt wird, darf keine Differenzierungen vorgenommen werden. Die Heranziehung des Geschlechterkriteriums ist und bleibt grundsätzlich unzulässig, da es den Verdacht einer Diskriminierung in sich trägt und kann deshalb nur ausnahmsweise und nur dann benutzt werden, wenn dafür eine besonders gute Begründung vorliegt, namentlich um eine Diskriminierung zu beheben.

II. Geltung der Geschlechtergleichheit

1. Der grundsätzliche Geltungsbereich gemäss Art. 35 BV

Grundsätzlich und nach traditioneller Auffassung verpflichtet der verfassungsmässige Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau den Staat, in all seinem Tun und Lassen darauf zu achten, dass Männer und Frauen ungeachtet ihres Geschlechts gleich behandelt werden (formaler Anspruch) und zugleich indirekte Diskriminierungen vermieden werden. Diese Verpflichtung ist ausdrücklich in Art. 35 BV festgehalten und hat folgende Bedeutung:

²⁷ Siehe oben Ziff. 2, S. 5.

a) Wie jedes andere Grundrecht muss die Geschlechtergleichheit *in der ganzen Rechtsordnung* zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV). Sie entfaltet nicht nur im Staatsrecht Wirkungen, sondern ebenso im Privatrecht und in allen anderen denkbaren Rechtsgebieten. Die Rechtsgleichheit ist mithin (zusammen mit dem integralen Grundrechtskanon) dem ganzen Recht quasi „unterlegt“. Bei der Gesetzgebung, der Rechtschöpfung durch die Gerichte, der Rechtsfortbildung und der Auslegung des Rechts im Einzelfall ist dieser Grundlage Rechnung zu tragen. Keine Beschäftigung mit dem Recht kann sich ihr legitimerweise entziehen.

b) Wer *staatliche Aufgaben* wahrnimmt, ist an die Geschlechtergleichheit gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). In diesem Zusammenhang vermittelt mithin der *öffentliche Charakter einer Aufgabe* die Grundrechtsverpflichtung, unabhängig davon, ob die entsprechenden Aufgabenträger und –trägerinnen privatrechtlich oder öffentlichrechtlich organisiert sind. Öffentlichen (staatlichen) Charakter hat eine Aufgabe dann, wenn ihr öffentliche Interessen zugrunde liegen. Formal äussert sich dies darin, dass die betreffenden Trägerinnen und Träger regelmässig hoheitlich auftreten können, d.h. diese Interessen auch ohne Zustimmung der Betroffenen durchgesetzt werden können. Die Grundrechtsbindung bildet insofern Basis für eine Inhaltskontrolle, welche in rein privatrechtlichen Verhältnissen durch die Privatautonomie und im freien Wettbewerb durch die Konkurrenz gewährleistet ist. Mit anderen Worten, wo eine freie Vertragsautonomie fehlt, verdichten sich, so Sinn und Zweck von Art. 35 Abs. 2 BV, die Grundrechte und namentlich die Rechtsgleichheit zu objektiven Schranken der Handlungsmacht. Damit wird gleichzeitig die Geltung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung gewährleistet und insofern der Kreis zwischen den ersten beiden Absätzen von Art. 35 BV geschlossen.

Eine an der CEDAW orientierte Interpretation von Art. 35 Abs. 2 BV lässt das *öffentliche Interesse* als massgebendes Kriterium weit auslegen. Die CEDAW, die weltweit verbindlich ist, will nämlich in allen Rechtstraditionen Gleichstellung von Mann und Frau festschreiben, auch in solchen, welche die Grenze zwischen öffentlich (hoheitlich) und privat (privatautonom) anders ziehen als das schweizerische Recht. Sie verlangt von den Staaten im übrigen, dass auch Diskriminierungen durch (private) „Personen, Organisationen und Unternehmen“ ein Riegel geschoben wird. Eine weite Auslegung entspricht ebenfalls der neueren schweizerischen Lehre. Mit *Schefer* sind neben traditionell als hoheitlich bezeichneten Rechtsverhältnissen auch öffentlich-rechtlich geprägte Privatrechtsverhältnisse im Rahmen von Art. 35 Abs. 2 BV in die Grundrechtsordnung einzubinden und so (u.a.) auf die Geschlechtergleichheit zu verpflichten²⁸.

c) Die Behörden haben dafür zu sorgen, dass die Geschlechtergleichheit auch *unter Privaten* wirksam wird (Art. 35 Abs. 3 BV). In BGE 126 II 314 hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass Grundrechte eine „staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdun-

²⁸ Siehe Schefer, Schutzpflichten, S. 1139 ff. Er prüft unter Art. 35 Abs. 2 BV neben hoheitlichen Rechtsverhältnissen und „öffentlich-rechtlich geprägten Privatrechtsverhältnissen“ auch privatrechtliche Konkurrenzverhältnisse (zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Akteuren). Auf die letzte Kategorie ist hier nicht näher einzugehen.

gen“ begründen, die von Dritten (gemeint Privaten) verursacht werden. Mit anderen Worten, es hat – und mit ihm die Lehre – anerkannt, dass es für den Staat nicht ohne Belang sein kann, wenn grundrechtliche Positionen durch wirtschaftliche Macht oder anderweitige private Macht bedroht werden. Der Staat ist heute aus Art. 35 Abs. 1 und 35 Abs. 3 BV verantwortlich, dass in solchen Fällen Abhilfe geschafft wird. Wo Behörden tätig werden, haben sie somit diesen Schutzgedanken aufzunehmen und ihre (rechtliche wie faktische) Tätigkeit daran auszurichten. Dies führt dazu, dass bei der Mitwirkung von Behörden an privatrechtlichen Verhältnissen grundrechtliche Imperative zu beachten sind. Das gilt namentlich bei Genehmigungen, welche die Rechtmässigkeit sicher stellen sollen und deshalb vom Querschnittscharakter des Diskriminierungsverbots erfasst werden.

Die ursprünglich enge Konzeption, dass Grundrechte, auch die Rechtsgleichheit, nur gegenüber staatlichen Hoheitsträgern zum Tragen kommen, wurde in jüngerer Zeit vermehrt gelockert²⁹. Und diese Ausweitung ist durch Art. 35 BV seit dem Jahre 2000 verfassungsmässig festgeschrieben. Anliegen dieser Strömung ist es, auch Machtverhältnisse ausserhalb der staatlichen Sphäre einer Kontrolle zu unterwerfen und so die aktuelle Gefährdungslage für die Grundrechte besser in den Griff zu bekommen.

2. Geltungsbereich und -wirkung der „Lohnleichheit“ (Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV)

Bereits seit 1981 beansprucht die Geschlechtergleichheit aufgrund einer ausdrücklichen verfassungsmässigen Anordnung unmittelbare Geltung in jenem Lebensbereich, der für viele den Alltag am stärksten prägt, nämlich in der Arbeitswelt. Hier sollte die Gleichheit unter den Geschlechtern (so Art. 4 Abs. 2 dritter Satz aBV, heute Art. 8 Abs. 3 dritter Satz BV) in erster Linie gelten und direkt eingeklagt werden können, zumindest, was den Lohn betrifft³⁰. Damit wurde die wirtschaftliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses besonders effektiv dem Geschlechtergleichheitsgebot unterstellt, ist doch die materielle Lage eine der wichtigen Grundlagen menschenwürdigen Daseins und der Entfaltung der Einzelnen überhaupt. In diesem Zusammenhang entfaltet die Geschlechtergleichheit sog. *direkte Drittwirkung*. Sie kann damit gestützt auf die Verfassung direkt auch gegenüber Privaten geltend gemacht und eingeklagt werden, während es sonst für die Verpflichtung von Privaten eine entsprechende Anordnung des Gesetzgebers braucht (Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV) oder eine andere Mitwirkung der Behörden voraussetzt.³¹

²⁹ Zunächst namentlich durch die Lehre von der objektiven Wirkung (d.h. ausserhalb und ergänzend zum subjektiven Anspruch mit justiziellem Durchsetzungscharakter), siehe dazu etwa Müller, Einleitung, Rz. 40 ff. (direkt anspruchsbegründender Gehalt, programmatische Schicht, flankierende Funktion bei der Rechtsanwendung), Schindler, Verständnis, S. 59 ff.

³⁰ Art. 8 Abs. 3 dritter Satz BV lautet: „Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“.

³¹ Es sei an dieser Stelle festgehalten, dass die Verweisung an den Gesetzgeber gemäss Art. 8 Abs. 3 erstem Satz nur als primäre nicht als ausschliessliche Verweisung verstanden werden kann. Sie greift unter der

Entsprechend der Zielsetzung dieser Bestimmung darf der *Begriff des Lohnes* nicht eng verstanden werden. Er umfasst auch nach der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung nicht nur den Geldlohn i.e.S., sondern *jede (Gegen-)Leistung, die für geleistete Arbeit entrichtet wird*. Darunter fallen Naturallohn, Gratifikationen, Provisionen und soziale Lohnkomponenten wie Familien-, Kinder- und Alterszulagen³². Die Ansprüche der beruflichen Vorsorge hängen mit dem Beschäftigungsverhältnis eng zusammen. Sie lassen sich als Ersatz für das Arbeitseinkommen sehen, das den während des Erwerbslebens erreichten Lebensstandard (einigermaßen) aufrechterhalten soll. Aus diesem Grunde werden in der EU Betriebsrenten ebenfalls als eine Form der Entlohnung betrachtet³³. Im schweizerischen Recht ist diese Zuordnung nicht so klar. In verschiedenen, nicht mehr ganz neuen Entscheiden wurden Renten der beruflichen Vorsorge (noch - ?) nicht zum Lohn gezählt³⁴. Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Es ist nicht zu übersehen, dass die Anwartschaften für die Renten bzw. künftige Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge – sowohl der obligatorischen, wie der ausserobligatorischen – aufgrund des Arbeitsverhältnisses entstehen und nicht von ihm abstrahiert werden können. Für die einzelnen Arbeitnehmenden spielt bei der Anstellung denn auch regelmässig nicht nur das ausbezahlte Salär eine Rolle, sondern ebenso die Komponenten der sozialen Sicherheit, die für die Zeit nach der aktiven Arbeitsphase die wirtschaftlichen Bedingungen eines menschenwürdigen Daseins gewährleisten. Diese Sicherheit wird mit dem Arbeitsverhältnis eingegangen und von den daran Beteiligten finanziert. Dass die Auszahlung auf eine spätere Zeit „verschoben“ und unter gewisse Bedingungen gestellt ist, vermag weder den Konnex zum Arbeitsverhältnis zu lösen, noch seine Eigenschaft als aufgrund der Arbeitsleistung erworbene – mittels einer Versicherung bewerkstelligten – wirtschaftlichen Basis aufzuheben. Es schiene uns deshalb angezeigt, wenn sich die Rechtsprechung dem Gesichtspunkt der EU anschliesse und auch (künftige) Renten als Lohn betrachten würde.

3. *Intensität der Wirkung: Von der direkten Wirkung zur Schutzwirkung*

Unabhängig davon, ob Renten als Lohn betrachtet werden oder nicht, ist die Geschlechtergleichheit als zentrales Grundrecht mit hohem Gerechtigkeitsgehalt zu betrachten. Als solches entfaltet sie sich in alle Richtungen, d.h. sowohl vertikal zwischen Staat und Einzelnen wie auch horizontal unter Privaten, dies ist mit Art. 35 Abs. 1 BV wie mit Art. 35 Abs.

heutigen Verfassung etwas zu kurz, wie eine dialektischen Auslegung von Art. 8 Abs. 3 und Art. 35 BV in Verbund mit der CEDAW ergibt. Insofern ist die Verweisung an den Gesetzgeber *ergänzt* worden.

³² BGE 126 II 223 f (Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege).

³³ Bericht Renten, Ziff. 5.2.2. Dies stützt sich auf die Richtlinie 96/97/EG. Siehe dazu auch Steiner, Verbot der Diskriminierung, S. 71 ff. bezüglich Leistungen der sozialen Sicherheit: „an das Geschlecht geknüpfte Differenzierungen, insbesondere unterschiedliche Pensionsalter für Frauen und Männer, sind nämlich nach Art. 119 EGV... generell unzulässig“.

³⁴ BGE 109 Ib 81 E. 4c, 87; 116 V 198 E. 2a/aa, 207; dazu Bigler-Eggenberger, Lohngleichheit, S. 1272. Als obiter dictum wiederholt in BGE 126 II 224 (mit Bezug auf die Witwerrente).

3 BV verfassungsmässig angeordnet³⁵. Freilich ist die Wirkung nicht in allen Fällen gleich. *Umfassende* Bindung besteht gegenüber staatlichen Exponenten und gegenüber Privaten, die staatliche (öffentliche) Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV), während in einer privatautonomen Konstellation unter Privaten eine *Schutzwirkung* bejaht wird, welche die Behörden verpflichten, allenfalls tätig zu werden. Mit der Schutzwirkung nicht verbunden ist in der Regel ein individueller Schutz. Eine sog. direkte Drittwirkung, d.h. dass Grundrechte, und damit auch die Geschlechtergleichheit unmittelbar justiziable Individualansprüche im privaten Verkehr ausserhalb von Art. 35 Abs. 2 BV vermitteln, wird nach allgemeiner Auffassung nicht angenommen.³⁶ Die Schutzwirkung zielt vielmehr eher auf *generelle* Verhältnisse, wenngleich es nicht ausgeschlossen ist, dass sie den Einzelfall erfasst.

4. *Massgeblichkeit der Rechtsgleichheit für Vorsorgeverhältnisse*

a) Entscheid des EVG vom 26. Oktober 2001 i.S. M. c. Servisa Sammelstiftung

Unabhängig davon, ob Renten als Lohn betrachtet werden und deshalb Art. 8 Abs. 3 dritter Satz BV direkt zum Zuge kommt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht festgehalten, die Rechtsgleichheit sei auch für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen verbindlich³⁷. Zwar ging es dort nicht um die Geschlechtergleichheit, sondern um die allgemeine Rechtsgleichheit. Die Geschlechtergleichheit weist wohl einige Besonderheiten auf, worauf bereits eingegangen wurde. Sie ist aber in ihrer Bedeutung nicht geringer einzustufen, gegenstands hat sie eine *verstärkte* Wirkung, vor allem durch den Ausschluss des Differenzierungskriteriums „Geschlecht“, im Rahmen der direkten Drittwirkung und durch den interpretatorischen Einbezug der CEDAW, dann aber auch in der gesetzlichen Ausgestaltung im Geltungsbereich des GlG. Im allgemeinen folgt die Geschlechtergleichheit aber anderen Teilsätzen der Rechtsgleichheit. Das gilt vor allem für das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV, das eine zentrale Menschenrechtsschutzbestimmung darstellt.³⁸

Diese Anwendung des Gleichheitsgedankens im Versicherungsverhältnis der beruflichen Vorsorge lässt sich – auch wenn das Bundesgericht es im vorerwähnten Entscheid nicht so

³⁵ Vgl. dazu Egli, Drittwirkung, S. 151ff. und 191; Häner, Grundrechtsgeltung, S. 1144 f.; Schefer, Schutzpflichten, S. 1132 f. – Besson, *Égalité horizontale*, S. 118, Rz 530 will unter Privaten nicht die Frage der Gleichberechtigung, sondern der *Gleichbehandlung* angewendet wissen, weil private Beziehungen nicht auf Rechte angelegt seien. Da im Prinzip der Geschlechtergleichheit sowohl der rechtliche wie der faktische Aspekt verankert ist, spielt diese dogmatische Unterscheidung keine Rolle.

³⁶ Dazu Egli, Drittwirkung, S. 135 ff.

³⁷ BGE vom 26. Oktober 2001 i.S. M. c. Servisa Sammelstiftung, B 63/99 (siehe auch SZS/RSAS 47/2003 S. 43).

³⁸ Hausammann, Menschenrechte, S. 97, Rz. 198; Schefer, Kerngehalt, S. 483, der das Geschlechtergleichheitsgebot nach dem Rassendiskriminierungsverbot als das am besten anerkannte Diskriminierungsverbot bezeichnet.

begründet hat – aus Art. 35 Abs. 2 BV ableiten, und zwar aufgrund von zwei Überlegungen, die nachstehend dargestellt werden (lit. b und c).

b) Öffentlich-rechtliche Verpflichtung aus Art. 111 BV

Art. 111 BV verpflichtet den schweizerischen Staat, eine „ausreichende Altersvorsorge“ zu garantieren (Vorläufer dieser Bestimmung war Art. 34quater aBV, der seit 1972 in Kraft stand). Zu dieser Altersvorsorge gehört nach der schweizerischen Konzeption neben der AHV die berufliche Vorsorge („2. Säule“), welche zumindest in mittleren Einkommenschichten die gewohnte Lebenshaltung im Alter sicherstellen soll. Der schweizerische Staat hat diese Verpflichtung dadurch gelöst, dass er für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein Obligatorium eingeführt hat und sie an Versicherungseinrichtungen weist, welche gewisse Bedingungen beachten müssen. Das Verhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Vorsorgeeinrichtung ist in diesem Sinne zwar ein solches zwischen Privaten, es ist aber nicht einfach privatrechtlich in dem Sinn, dass es von der Privatautonomie beherrscht würde. Da der Staat mittels dieser Vertragsverhältnisse seine Verpflichtung aus Art. 111 BV erfüllt, muss er auch dafür sorgen, dass sich der (über)mächtige Anbieter in den Schranken der objektiven Werteordnung bewegt, wie der Staat dies tun müsste, wenn er die Versicherung selber anbieten würde. Das Vertragsverhältnis im obligatorischen Bereich muss deshalb als öffentlich-rechtlich geprägtes Verhältnis betrachtet werden, das dazu dient, die staatliche Verpflichtung zu erfüllen. Art. 35 Abs. 2 BV ist dort direkt anwendbar. Es handelt sich keineswegs um ein „normales“ privatrechtliches Verhältnis, in dessen Rahmen die Konkurrenz als Regulierungsfaktor spielt und welches der Privatautonomie der beteiligten Personen unterliegt. Gelten aber die Grundentscheidungen der öffentlichen Ordnung, ist die Rechtsgleichheit und in diesem Rahmen auch die Geschlechtergleichheit direkt massgebend für die Gestaltung des Verhältnisses.³⁹ Nicht im gleichen Masse im öffentlichen Interessen steht die erweiterte, insbesondere die überobligatorische Vorsorge. Der Gesetzgeber hat mit der Zweiteilung in obligatorische und überobligatorische Vorsorge zu erkennen gegeben, dass er die Bedeutung und Dringlichkeit des Anliegens differenziert. Gleichwohl hat er diesen Versicherungsbereich nicht vollständig privater Gestaltung überlassen. Er hat sie aus der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nicht entlassen.

c) Art der Festlegung der reglementarischen Bestimmungen

Nach Art. 50 BVG erlassen die Vorsorgeeinrichtungen reglementarische Bestimmungen, welche u.a. das Verhältnis zu den Versicherten und den Anspruchsberechtigten regelt. Würden sich die Vorsorgeeinrichtungen allein im Privatrecht bewegen, in welcher Privatautonomie und Wirtschaftsfreiheit gelten, müssten solche Bestimmungen über das Verhältnis zwischen den Parteien vertraglich geordnet werden. Es kann hier offen gelassen werden, ob die vertragliche Form die richtige ist. Wählen die Vorsorgeeinrichtungen jedoch gestützt auf Art. 50 BVG keine vertragliche Form, müssen sie als im öffentlichen Recht tätig betrachtet werden. Das heisst, sie gehen „hoheitlich“ vor im Sinn von Art. 35

³⁹ Siehe dazu auch unten Ziff. III/1 lit. b, S. 18.

Abs. 2 BV⁴⁰, und zwar im obligatorischen wie im überobligatorischen Bereich. Damit haben sie sich aber an die Grundrechte und namentlich an die Geschlechtergleichheit zu halten und das formelle Gleichstellungsgebot des Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV zu beachten.

d) Die Auffassung von H.M. Riemer

Zum gleichen Ergebnis kommt *Hans Michael Riemer*, der – wenn auch aufgrund dogmatisch anderer Überlegungen – verlangt, dass im Vorsorgeverhältnis (übrigens ebenso im Rahmen des Ausserobligatoriums) die Rechtsgleichheit unter den Destinatären gewährleistet und keine Willkür erlaubt ist.⁴¹ Ist aber die Rechtsgleichheit zu beachten, besteht keinerlei Grund, dass die Geschlechtergleichheit, welche ein Teil der Rechtsgleichheit ist, nicht Eingang in die rechtliche Rahmenordnung findet.

e) Aufsichtspflicht

Für die Auffassung, dass das Vorsorgeverhältnis sowohl im obligatorischen wie im ausserobligatorischen Bereich öffentlich-rechtlich geprägt ist, spricht endlich, wenn auch nicht zwingend, dass nach Art. 62 BV die (staatliche) Aufsichtsbehörde darüber zu wachen hat, dass die reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmen. Zu den gesetzlichen Vorschriften gehören auch die verfassungsmässigen Vorschriften.

f) Zusammenfassende Feststellung

Aus all diesen Überlegungen folgt, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung in der beruflichen Vorsorge Geltung haben.

5. Gleichheitsbestimmungen auf Ebene des BVG

In seinem Entwurf zur 1. Revision des BVG hatte der Bundesrat einen Art. 33a vorgeschlagen, welcher die Gleichbehandlung von Frauen und Männern statuierte⁴². Für die weitergehende (ausserobligatorische) Vorsorge hatte eine Übergangsbestimmung (lit. e) festgelegt, dass die Gleichbehandlung innerhalb von fünf Jahren seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung eingeführt und gegebenenfalls die Reglemente und Verträge entsprechend angepasst werden sollten⁴³. Diese Bestimmung strich der Ständerat als Zweitrat, die Streichung wurde in der Differenzvereinbarung vom Nationalrat diskussionslos angenommen.

⁴⁰ Siehe oben Ziffer II/1 lit. b, S. 11.

⁴¹ Siehe Riemer, Vorsorgeverträge, S. 249 oben.

⁴² Er lautete wie folgt: „Frauen und Männer haben unter gleichen Voraussetzungen Anspruch auf Leistungen in gleicher Höhe“.

⁴³ Siehe BBl 2000, S. 2717 (Art. 33a; siehe auch S. 2692) und 2724 (Übergangsbestimmung e).

Wie aus dem Votum des Kommissionssprechers und der Ergänzung von Bundesrätin Dreifuss im Ständerat hervorgeht, wollte man allerdings grundsätzlich Diskriminierungen im über- bzw. ausserobligatorischen Bereich nicht befürworten, meinte aber – so Kommissionssprecher Studer – dass es in der Phase der Adaption des Rücktrittsalters nicht angezeigt sei, auch für den überobligatorischen Bereich die gleiche Gleichstellung zu verlangen (wie für die obligatorische Vorsorge)⁴⁴. Es ging mithin offenbar nicht darum, Tür und Tor zu öffnen für irgendwelche Ungleichbehandlungen, sondern die bisherigen Differenzierungen (im Rücktrittsalter und offenbar auch bei der Witwen-/Witwerrente) sollten noch – für eine Übergangsfrist? – weitergeführt werden können. Für ein solches Verständnis spricht einerseits die Übergangsbestimmung lit. b Abs. 2, wonach solange noch ein differenzierter Umwandlungssatz für die Mann und Frau angewendet werden kann, als für Mann und Frau unterschiedliche ordentliche Rentenalter gelten. Nachher aber, so ist daraus im Sinne eines Umkehrschlusses zu folgern, sind differenzierte Umwandlungssätze nicht mehr zulässig⁴⁵.

Anstelle des vorgeschlagenen Art. 33a wurde in Art. 1 BVG ein Abs. 3 aufgenommen, welcher zwar ungleich weniger klar ist, aus dem aber immerhin gefolgert werden kann, dass es dem Gesetzgeber bewusst war, dass der *Grundsatz der Gleichbehandlung* gilt.⁴⁶ Eine systematische Auslegung dieser Vorschriften, welche die Verfassung mit einbezieht und die CEDAW berücksichtigt, führt praktisch zu einem Ergebnis, wie Art. 33a EntwBVG es normierte. An dieser Stelle sei festgehalten, dass gemäss Art. 49 BVG 2003 diese Bestimmung (Art. 1 Abs. 3 BVG 2003) auch für die erweiterte, die ausserobligatorische Versicherung Geltung hat.

Dass Art. 33a EntwBVG nicht Eingang ins Gesetz fand, ist zwar zu bedauern, weil diese vorgeschlagene Bestimmung dem Vorsorgesystem des BVG mit Bezug auf die Leistungen die Anforderungen der Geschlechtergleichheit klärend eingefügt hätte. Letztlich vermag die Verfassungslage aber dennoch durchzudringen, weil sich (in dieser Hinsicht) das BVG verfassungs- und staatsvertragskonform auslegen und anwenden lässt, ohne dass ein Konflikt mit dem Wortlaut des Gesetzes entstände. Für die Vollzugsgesetzgebung gilt Art. 8 BV – und damit auch Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV (formelle Gleichstellung von Mann und Frau) – unmittelbar und ist vom Verordnungsgeber ohne weiteres und direkt zu beachten.

⁴⁴AB 2002 S 1046.

⁴⁵ Es ist allerdings festzustellen, dass diese Differenzierungskompetenz für den Bundesrat gegenüber der Gleichheitsbestimmung des bisherigen Art. 17 Abs. 1 BVV 2 („Der Mindestumwandlungssatz für die Altersrente beträgt 7,2 Prozent des Altersguthabens. Er gilt unabhängig von Geschlecht und Zivilstand.“) eine Aufweichung darstellt, die sich aus Sicht des (Geschlechter-)Gleichheitsgebots nicht erklären lässt.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 3 in der Fassung vom 3. Oktober 2003 lautet: „Der Bundesrat präzisiert die Grundsätze der Angemessenheit, der Kollektivität, der Gleichbehandlung...“

III. Einzelne Fragen

Aus der oben dargestellten Auslegeordnung lassen sich eine Reihe von Fragen beantworten, die im Zusammenhang mit den „neuen Modellen“ der Versicherungsanbieter auftauchen. Darauf wird nachstehend eingegangen.

1. Differenzierte oder gleiche Renten im obligatorischen Bereich ?

a) Die Frage nach der Höhe der Rente für Männer und/oder Frauen ist, unter der Bedingung gleicher Voraussetzungen, praktisch die Frage nach einem differenzierten Umwandlungssatz und wird nachstehend allein unter diesem Gesichtswinkel betrachtet.⁴⁷

b) Wie bereits dargelegt, ist die Vorsorge mit Art. 111 (und Art. 113) BV in die Hände des Bundes gelegt. Es handelt sich hierbei um eine Bestimmung, die letztlich der Umsetzung des Staatszweckes der „gemeinsamen Wohlfahrt“ (Art. 2 Abs. 2 BV) dient.⁴⁸ Die Festlegung des minimalen Versicherungsumfanges, einschliesslich des sog. Mindestumwandlungssatzes gemäss Art. 13 ff. BVG und Art. 17 (ff.) BVV 2⁴⁹, ist zentral für die Wahrnehmung dieser Verantwortung. Dass der Staat sich gleichzeitig ziviler Vorsorgeeinrichtungen bedient, ist ein typischer Ausdruck unserer liberalen Verfassung, in welcher die Organisationsfähigkeit und das Know How Privater sowie die Regeln des Marktes für die Gestaltung der Gemeinschaft ausgenutzt werden, so weit sie sich dazu eignen⁵⁰. Die Verwebung öffentlicher und privater Kräfte ändert aber an der grundsätzlichen Einbindung der öffentlichen Hand in das Vorsorgerecht nichts. Sie führt zu einem Versicherungsverhältnis im (obligatorischen) Vorsorgebereich mit starken öffentlich-rechtlichen Elementen, welche garantieren müssen, dass der Verfassungsauftrag erfüllt wird. Die öffentlich-rechtliche

⁴⁷ Damit wird namentlich ausgeblendet, ob und wieweit allenfalls im schweizerischen Recht kompensatorische Verbesserungen zur Vermeidung der durch die (schlechtere) Arbeitssituation mitbewirkten indirekten Diskriminierung im Rentenalter, d.h. das erhöhte Rentengefälle, rechtlich angezeigt oder zulässig wären, vgl. dazu oben, Ziff. I./4./b (Bestrebungen in der EU), S. 9. Nach geltender Auffassung können grundsätzlich im Rahmen der Gesetzgebung kollektive Gesichtspunkte (wie die insgesamt schlechtere faktische Stellung der Frauen) eine grössere Bedeutung erlangen als im individuellen Fall, so dass ein Ausgleich zwischen formeller Gleichheit und materiellen Gleichstellungsanliegen gefunden werden könnte, siehe auch Epiney/Duttwiler, Gleichstellung, S. 45.

⁴⁸ Mader, St. Galler Kommentar, Art. 111, Rz 2 bezeichnet Art. 111 als eines der „Kernelemente der Sozialverfassung“.

⁴⁹ Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1.

⁵⁰ Art. 6 BV, welcher eine individuelle und gesellschaftliche Verantwortung für Private („jede Person“) statuiert, ist Ausdruck dieses Zusammengehens von Staat und Gesellschaft bzw. Wirtschaft, wenngleich er die vorliegende Situation nicht genau trifft.

Durchwirkung⁵¹ aufgrund dieser Verpflichtung und im Hinblick auf die stark unterschiedliche Verhandlungsmacht der am Vorsorgeverhältnis Beteiligten rechtfertigen eine *unmittelbare und uneingeschränkte grundrechtliche Einbindung*⁵². Das bedeutet eine strikte Verpflichtung auf die Beachtung der Geschlechtergleichheit gemäss Art. 8 Abs. 3 erstem Satz BV (und auf das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV) aufgrund von Art. 35 Abs. 2 BV.

c) Angesichts dieser Überlegungen erscheint es unzulässig, für Frauen und Männer unterschiedliche (Mindest-)Umwandlungssätze vorzusehen, wenn die gleichen Voraussetzungen auf sie zutreffen. Eine formelle Differenzierung analog zu den so genannten „neuen Modellen“ verstösst für die obligatorische Vorsorge klarerweise gegen das formelle Gleichstellungsgebot von Mann und Frau.

d) Wie ausgeführt (oben Ziff. I/5, S. 9 f.) könnte vom formellen Gleichstellungsgebot abgewichen werden, wenn die Abweichung dazu dienen würde, eine Diskriminierung zu beheben⁵³. Eine (allgemeine) Diskriminierung ist bei gleichen Umwandlungssätzen aber nicht ersichtlich, vielmehr werden damit ja gerade über die Geschlechtergrenzen hinweg (bei gleichem Altersguthaben) gleiche Renten und damit eine im Prinzip gleiche Alterssicherung gewährleistet⁵⁴.

e) Selbst wenn es das formelle Geschlechtergleichstellungsgebot des Art. 8 Abs. 3 erstem Satz BV nicht gäbe und die Frage eines geschlechterdifferenzierten (Mindest-)Umwandlungssatzes allein aufgrund von *Art. 8 Abs. 1 BV*⁵⁵ zu entscheiden wäre, wäre eine Differenzierung u.E. unzulässig. Sie liesse sich mit sachlichen Gründen nicht vertreten, ja wäre *willkürlich*, und zwar aus folgenden Überlegungen:

⁵¹ Bewerkstelligt durch die zahlreichen (halbseitig-)zwingenden Mindestvorschriften für die obligatorische Vorsorge und die übrigen zwingenden Vorschriften des BVG.

⁵² Siehe auch Schefer, Schutzpflichten, S. 1143, Ziff. (2).

⁵³ Zwingende biologische Gründe, die eine besondere Regelung für Frauen (oder Männer) rechtfertigen, sind offensichtlich nicht vorhanden. Zwingende biologische Gründe liegen angesichts der anerkannten sozialen Konstruktion typischer fraulicher bzw. typisch männlicher Verhaltensweisen und Lebensumstände nach heutiger Erkenntnis praktisch nur noch vor, wenn Schwangerschaft und Geburt geregelt werden müssen, dazu auch oben Fn.7 (S.5).

⁵⁴ Diese folgt freilich dem vor dem Gleichstellungsgebot kritischen Lohngefälle, worauf hier aber nicht eingegangen werden kann. Es handelt sich mithin um eine relative Gleichheit. Noch problematischer ist die mögliche indirekte Diskriminierung von Teilzeitarbeitenden, welche immerhin im Rahmen der Revision etwas gemildert wurde (siehe dazu Kägi-Diener, Berufliche Vorsorge, S. 1011). Auch diese Frage kann hier nicht weiter verfolgt werden.

⁵⁵ „Ungleiches ist nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.“

aa) Im allgemeinen wird das Anliegen, bei Frauen einen tieferen Rentenumwandlungssatz anzuwenden, mit der (statistisch) höheren Lebenserwartung der Frauen begründet.⁵⁶ Tatsächlich hält dieser Grund einer näheren Prüfung nicht stand:

- Der Umwandlungssatz berechnet sich freilich nach der voraussichtlichen Dauer der Rentenzahlung und darf deshalb auf schematischen Überlegungen dazu beruhen. Gleichwohl müssen die aus den entsprechenden Tatsachen abgeleiteten Gründe mit der Dauer der Rentenzahlung in einem direkten Zusammenhang stehen.
- Die Dauer der Rentenzahlung berechnet sich indessen keineswegs einfach nach der Anzahl der Jahre, während welcher der oder die Versicherte über das Rentenalter hinaus lebt. Eine Rente löst nämlich, wenn die versicherte Person stirbt, Ansprüche von Hinterbliebenen aus. Damit lösen Männer aufgrund ihres Vorsorgeverhältnisses für ihre verwitweten Frauen, die Frauen lösen für ihre verwitweten Männer Rentenansprüche aus (wenn auch nicht gleich hohe wie die eigenen). Die Rentendauer beruht damit bei Ehepaaren auf der Lebensdauer von Frauen *und* Männern. Berücksichtigt man, dass Männer häufig mit jüngeren Frauen verheiratet sind, wird das Abstellen auf die mutmassliche Lebensdauer der Männer und deren Vergleich mit der mutmasslichen Lebensdauer der Frauen für eine Differenzierung vollends uneinsichtig und ungerechtfertigt⁵⁷. Es fehlt schlichtweg an einer sachlichen Beziehung zwischen der mutmasslichen Lebensdauer von Männern bzw. Frauen und der unterschiedlichen Festsetzung des Umwandlungssatzes.

bb) Es dürfte heute als gesichert gelten, dass die statistisch höhere Lebenserwartung von Frauen nicht primär oder jedenfalls nicht überwiegend auf dem biologischen Geschlecht beruht. Andere Faktoren wie Familienstand, sozioökonomische Bedingungen, Beschäftigung/Arbeitslosigkeit, Religion, Rauchen, Sucht- und Ernährungsgewohnheit, körperliche und geistige Aktivitäten spielen anerkanntermassen eine bedeutsame Rolle für die Mortalität, wenn auch deren Anteile im einzelnen nicht unbedingt festgelegt werden können. Es gibt also zahlreiche Faktoren, welche eine Differenzierung rechtfertigen könnten. Darüber hinaus ist besonders zu beachten, dass es bei den Versicherten um diejenige Bevölkerung geht, die im *Berufsleben* steht. Als Grundlage für die aktuelle Feststellung der Lebenserwartung der berufstätigen Frauen werden alle Frauen herangezogen, die heute im *Rentenalter* stehen (bzw. dieses bereits durchlaufen haben), unabhängig davon, ob sie berufstätig waren oder nicht. Im Vergleich zu diesen Frauen dürften die Versicherten stärker berufsorientiert sein, hat doch die Erwerbsquote der Frauen der Aktivgeneration (15-65 Jahren) bis jetzt ständig zugenommen und liegt heute in der Schweiz – je nach Art der Zählung – zwischen zwei Dritteln und (fast) vier

⁵⁶ Gemäss NZZ Online vom 24.06.2003, Wirtschaft, wurde allerdings von der Versicherungswirtschaft erklärt, der niedrigere Umwandlungssatz für Frauen erkläre sich nicht aufgrund der höheren Lebenserwartung, sondern aus dem tieferen AHV-Alter, vgl. www.nzz.ch/2003/06/24, abgerufen am 22.07.2003, siehe auch Kägi-Diener, Berufliche Vorsorge, S. 1014 oben.

⁵⁷ Gemäss einer (gegenüber der Gutachterin allerdings nicht ausdrücklich bestätigten) Aussage eines renommierten Versicherungsmathematikers soll gegenteils ein *höherer* Umwandlungssatz für Frauen gerechtfertigt sein.

Fünfteln. Die Frauen des aktiven (zweiten) Lebensabschnittes haben deshalb ohne Zweifel andere (berufliche) Bedingungen und anderen Lebensumstände als diejenigen, die sich heute im Dritten Lebensabschnitt befinden. Mit einer *Angleichung* des Lebensverlaufes von Frauen und Männern im Berufs- und Familienleben – eine der zentralen Forderungen der Gleichstellungspolitik – ist zumindest partiell eine Angleichung der Lebensumstände und damit der Einflüsse auf das Gesundheitsverhalten und die Gesundheit von Frauen und Männern selber zu erwarten.⁵⁸ Wird das nicht berücksichtigt, werden veraltete Geschlechterstereotype als Basis verwendet, die jedenfalls einer zunehmend gleichgestellten Gesellschaft nicht entsprechen. Das widerspricht auch der CEDAW.⁵⁹

cc) Endlich ist darauf hinzuweisen, dass die Lebenseinstellung sowie die Lebens- und Gesundheitsbedingungen des Alltags (körperliche Anstrengungen und Verbrauch, Stressfaktoren, Verantwortung, Kreativität u.dgl.) sehr viel stärker durch die verschiedenen Berufe und beruflichen Stellungen beeinflusst werden, als durch die Zugehörigkeit zum einen oder anderen Geschlecht. Nachdem die Vorsorge klarerweise einen Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit hat, wäre ein Abstellen auf die Bedingungen, welche diese Tätigkeit vermittelt, sehr viel sachgerechter als das Abstellen auf den Umstand, ob eine Person Frau ist oder Mann ist. Die Anknüpfung ans (biologische) Geschlecht ist viel zu grob und ermangelt einer triftigen Begründung.⁶⁰

f) An dieser Stelle sei vergleichend darauf hingewiesen, dass es wohl kaum akzeptiert, sondern als Diskriminierung schweizerischer Rentenberechtigter betrachtet würde, wenn für Arbeitnehmende aus dem süd- und osteuropäischen Raum ein höherer Umwandlungssatz eingeführt würde. Es ist aber notorisch, dass in Süd- und in Osteuropa die Lebensdauer geringer ist als in der Schweiz⁶¹. Wird nun für solche Gruppen von Versicherten keine Besserstellung vorgesehen, ist auch nicht einzusehen, weshalb Männer gegenüber Frauen allgemein besser gestellt werden könnten, ohne dass das Diskriminierungsverbot verletzt ist.

g) Individuelle Faktoren, deren Berücksichtigung eigentlich bei Individualrechten verlangt wird⁶², können in einer Versicherung aus praktischen Gründen nur sehr beschränkt zum Tragen kommen, zumal in der beruflichen Vorsorge die individuellen Bedingungen der

⁵⁸ Siehe dazu Kägi-Diener, Berufliche Vorsorge, S. 1014.

⁵⁹ Siehe oben Ziff. I/4 lit. a, S. 8.

⁶⁰ Allerdings möchten wir hier einer Differenzierung nach *Berufen* und beruflicher Stellung auch nicht das Wort reden, müssen aber feststellen, dass sich weit eher ein sachlich-logischer Zusammenhang finden liesse.

⁶¹ Deshalb müssten zumindest Rentenberechtigte, die nach den süd- oder osteuropäischen Ländern zurückkehren, einen höheren Rentensatz beanspruchen können.

⁶² Damit ist ein Anspruch auf gleiche Wertschätzung verbunden, was die Rechtsgleichheit in die Nähe der Menschenwürde rückt, so sinngemäss Weber-Dürler, Grundrechtseingriff, S. 80; Jörg Paul Müller, Allg. Bemerkungen, § 39 Rz. 36 ff.

(künftigen) Ehepartnerin bzw. des Ehepartners und anderer rentenberechtigter Hinterbliebener ebenfalls berücksichtigt werden müssten und Extrapolierungen unvermeidlich sind. Bei Versicherungen kommt deshalb ein Solidarausgleich zum Tragen. Er rechtfertigt die Beschränkung des Individualanspruch auf individuelle Vergleichbarkeit. Das bedingt aber, dass die Kriterien, die für die Grundregelung herangezogen werden, besonders sorgfältig festgelegt werden. Einen einzelnen Faktor, nämlich das Geschlecht, heranzuziehen, der erst noch im Rahmen des Diskriminierungsverbotes ein verpöntes Merkmal bildet, hält dieser Anforderung ohne Zweifel nicht stand.

h) Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in der obligatorischen Versicherung für den Umwandlungssatz (bzw. die relative Höhe der Renten) das formelle Gleichstellungsgebot unmittelbar zum Zuge kommt und keinerlei ausreichenden Gründe vorliegen, welche ein Abweichen davon erlauben würden.

2. *Ungleiche Renten (Umwandlungssätze) im ausserobligatorischen Bereich ?*

a) Im erweiterten, ausserobligatorischen Bereich präsentieren sich die Verhältnisse nicht wesentlich anders als im obligatorischen Bereich. Namentlich gilt auch hier, dass die sachlichen Umstände, welche auf die Lebens- bzw. die Rentendauer Einfluss haben, nicht in erster Linie mit dem biologischen Geschlecht der versicherten Person zusammen hängen. Die Heranziehung dieses Kriteriums erscheint deshalb unter keinem Titel gerechtfertigt.⁶³

b) In diesem Zusammenhang fällt sodann ins Gewicht, dass die Unterscheidung von obligatorischer und erweiterter Vorsorge nach der gesetzlichen Regelung, die den obligatorischen Bereich durch „Mindestvorschriften“ (siehe Art. 6 BVG) abgrenzt, nicht kategorisch ist.⁶⁴ Das ist u.a. daraus ersichtlich, dass der Rechtsweg in beiden Fällen der Gleiche ist.⁶⁵ Auch die Kassen unterscheiden oft nicht speziell zwischen obligatorischer und ausserobligatorischer Vorsorge (namentlich die sog. umhüllenden Kassen)⁶⁶. Von diesem Standpunkt her rechtfertigen sich keine kategorisch unterschiedlichen rechtlichen Regime.

c) Wie oben dargelegt, gilt für Vorsorgeeinrichtungen mit Bezug auf den ausserobligatorischen Bereich das Gleichheitsprinzip, eingeschlossen die Geschlechtergleichheit aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 49 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 1

⁶³ Vgl. oben Ziff. III/1, lit. d – h, S. 18-21.

⁶⁴ Mit Grund hat Thomas Geiser wiederholt darauf hingewiesen, dass bei jedem Abweichen von den *Mindestvorschriften* des BVG ein Wechsel von der obligatorischen zur ausserobligatorischen Vorsorge erfolgt, siehe Geiser, *Vorsorge-Reglemente*, S. 621; Geiser, *Auslegung*, S. 110.

⁶⁵ Art. 73 bzw. 74 BVG.

⁶⁶ Das sind Vorsorgeeinrichtungen, die sowohl den obligatorischen wie auch den über- bzw. ausserobligatorischen Bereich abdecken.

BVG.⁶⁷ Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung sowie mit der Tragweite und dem Charakter der Vorsorgeversicherung im Rahmen des BVG⁶⁸, unabhängig davon, ob mit der erweiterten Versicherung eine öffentliche Aufgabe i.S. von Art. 35 Abs. 2 BV wahrgenommen werde oder nicht. Immerhin ist hier darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber, der die Abgrenzung zwischen obligatorischem und erweitertem Bereich vorgenommen hat, die Möglichkeit schuf, den Umfang fliessend zu gestalten, ohne dass die Versicherung den Charakter als (vom öffentlichen Recht bevorzugte und in dieses eingebettete) berufliche Vorsorge verliert. Er hat damit auch zum Ausdruck gebracht hat, dass er diese (über die Mindestvorschriften hinausgehende) Vorsorge mit einem öffentlichen Interessen belegt, anders als eine einfache Vermögensbildung für das Alter, selbst anders als eine solche im Rahmen der Dritten Säule. Das verleiht dem ausserobligatorischen Bereich eine öffentlich-rechtliche Note, welche die öffentlich-rechtlichen Grundsätze sinnvollerweise durchschlagen lassen müssen.⁶⁹

d) Unerheblich ist für die Geltung der Rechtsgleichheit im extraobligatorischen Bereich des Vorsorgeverhältnisses, dass die bisherige Rechtsprechung die Anwartschaft bzw. den Rentenanspruch⁷⁰ der Arbeitnehmenden nicht als Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 3 dritter Satz BV (und des GlG) qualifizierte. Dies mag für einzelne Fälle eine Bedeutung haben, für die grundsätzliche Bindung an das Gleichheitsprinzip spielt dieser Umstand keine Rolle.

3. *Fallen Pensionsanwartschaften (auch im überobligatorischen Bereich) der beruflichen Vorsorge unter den Begriff „Lohn“ und sind die Bestimmungen des GlG anwendbar ?*

Wie bereits ausgeführt,⁷¹ hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, die Rentenanswartschaft bzw. den künftigen Rentenanspruch bisher *nicht* als Lohn im Sinne des GlG betrachtet. Diese Rechtsprechung überzeugt die Expertin nicht. Auch die Vorsorgeleistung ist untrennbar mit dem Arbeitsverhältnis verbunden und dient der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeitnehmenden. Sie verdient es deshalb, vom Grundsatz her gleich behandelt zu werden, wie das übliche Salär und die weiteren (finanziellen und nicht-finanziellen) Leistungen, die als Entgelt für die Arbeitsleistung ausgerichtet werden. Eine Anpassung an den Europäischen Standard, wo die Rentenanswartschaft grundsätzlich als Lohn(-bestandteil) gilt,

⁶⁷ Siehe dazu oben, Ziff. II/5, S. 16 f.

⁶⁸ Siehe oben Ziff. II/4, S. 14 – 16.

⁶⁹ Siehe dazu auch oben Ziff. II/4, lit.b a.E., S. 15.

⁷⁰ Wir möchten hier offen lassen, ob es sich um eine Anwartschaft oder um einen Anspruch handelt

⁷¹ Oben Ziff. II/2, S. 12 f.

drängt sich umso eher auf, als das Gesetz gemäss Art. 89a ff. BVG 2003 dem Grundsatz nach eine Koordination mit dem Europäischem Recht sucht.

4. *Verpflichtung der Behörden im Genehmigungsverfahren*

Wie in unserer Ausführung zu Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 BV⁷² dargestellt, sind alle Behörden gemäss ausdrücklicher Bestimmung verpflichtet, den Grundrechten Nachachtung zu verschaffen, selbst wo es um Verhältnisse geht, die sich unter Privaten abspielen. Es ist also keineswegs nur der Gesetzgeber (und der Verordnungsgeber), der gemäss Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz noch besonders zum Handeln angehalten wird.⁷³

Nach Art. 62 Abs. 1 BVG hat die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen, dass die Vorsorgeeinrichtung „die gesetzlichen Vorschriften“ einhält. Zu den gesetzlichen Vorschriften gehören klarerweise auch die verfassungsmässigen Vorschriften und dazu selbstverständlich die Grundrechte. Die Verpflichtung der Behörden im Genehmigungsverfahren, auf die Einhaltung der Grundrechte zu achten, ergibt sich deshalb bereits aus dem Gesetz, es wird durch Art. 35 BV noch zusätzlich verstärkt.

Das bedeutet, dass bei der Genehmigung eines Reglementes die Einhaltung der Geschlechtergleichheit geprüft werden muss, die Genehmigung zu verweigern ist, wenn die Geschlechtergleichheit verletzt ist und gegebenenfalls Massnahmen anzuordnen sind, um Reglemente, welche diese Anforderung nicht einhalten, zu ändern (Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG).

5. *Ist es zulässig, für den überobligatorischen Bereich von den Umwandlungssätzen des BVG abzuweichen ?*

a) Diese Frage ist nicht die Frage der Anwendbarkeit des Gleichheitsprinzips, sondern eine solche der Geltung des BVG, namentlich des Art. 14 BVG. Grundsätzlich können im überobligatorischen bzw. im erweiterten Bereich Renten auch nach anderen Regeln festgelegt werden, insbesondere könnten die Vorsorgeeinrichtungen etwa eine höhere Verzinsung vorsehen.⁷⁴ Auch Art. 49 Abs. 2 BVG, welcher die zwingenden Vorschriften für den extraobligatorischen Bereich benennt, bezieht sich nicht (ausdrücklich) auf den Umwandlungssatz. Eine Vorsorgeeinrichtung dürfte sich deshalb auf eine andere Grundlage stützen können, solange die Rechte der Vorsorgenehmerinnen und –nehmer und der grundrechtlichen Rahmen beachtet werden.

⁷² Oben Ziff. I/1, S. 10 ff.

⁷³ Der Gesetz- (und Verordnungs-)Geber hat eine besondere gestaltende Kompetenz, welche sich in der Regel von derjenigen anderer Behörden abhebt.

⁷⁴ Siehe dazu Art. 14 Abs. 2 aBVG, der (mit Zustimmung des Bundesrates) selbst im obligatorischen Bereich einen tieferen Umwandlungssatz erlaubte, wenn die „sich daraus ergebenden Überschüsse“ zur Leistungsverbesserung verwendet wurden. Die Bestimmung ist im revidierten BVG gefallen.

b) Immerhin sind hier zwei kritische Bemerkungen anzubringen, welche zu Einschränkungen dieser Grundaussage führen:

- Die sog. „umhüllenden“ Vorsorgeeinrichtungen, welche die Leistungen einheitlich regeln und nicht klar unterscheiden zwischen den Mindestleistungen gemäss BVG und der weitergehenden Vorsorge, können u.E. nicht unterschiedliche Rechnungsgrundlagen anwenden. Das würde die Transparenz und Kontrollierbarkeit (Art. 65a BVG 2003) untergraben. Angesichts von Art. 49 Abs. 2 Ziff. 17 BVG, welche die Vorsorgeeinrichtungen auch im überobligatorischen Bereich auf dieses Erfordernis verpflichtet, erscheint eine solche Vermischung kritisch und gar unzulässig.
- Bei den unterobligatorischen Versicherungen, welche eine zusätzliche Deckung für die kleinen Einkommen vorsehen, die nach den allgemeinen Regeln (namentlich wegen des Koordinationsabzugs) aus der Versicherung fallen⁷⁵, besteht der Zweck der Versicherung gerade darin, dass die ohnehin prekäre Lage verbessert wird. Entsprechend finden sich diese Versicherungen in Branchen mit tiefen Einkommen und hohen Anteilen an Teilzeitarbeit. Die Herabsetzung des Umwandlungssatzes unter das Minimum des Art. 14 BVG schwächt die soziale Funktion solcher Vorsorgeverträge erheblich. Faktisch führt sie zu einer indirekten Diskriminierung von Frauen, weil wegen des hohen Anteils von Frauen an Teilzeitarbeit und in einkommenschwachen Branchen diese Gruppe besonders an einer Herabsetzung leidet.

Diese indirekte Diskriminierung ist wohl in der gesetzlichen Ordnung angelegt, welche die unteren Einkommen wegen des Koordinationsabzuges (Art. 8 Abs. 1 und 2 BVG) ausschliesst.⁷⁶ Zwar ist diese Grenze wegen des sogenannten Anwendungsgebotes für Bundesgesetze gemäss Art. 191 BV⁷⁷ für die Gerichte bindend. Eine diskriminierungssensible, gleichheitsorientierte Interpretation des Anwendungsbereichs von Art. 14 BVG kann aber dieses Problem angehen, wenn (im unterobligatorischen Versicherungsbereich) die *Verbindlichkeit des Mindestansatzes* festgestellt wird. Für diese Auffassung plädiert die Gutachterin.

Gegen einen solchen Interpretationsansatz könnte freilich vorgebracht werden, Art. 14 BVG sei nicht in Art. 49 BVG verankert worden, welcher ausdrücklich die Bestimmungen bezeichnet, die für die überobligatorische Versicherung gelten.⁷⁸ Die Verbindlichkeit des Mindestumwandlungssatzes für die überobligatorische Versicherung wurde indessen auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Bei dieser Sachlage ist eine Ausle-

⁷⁵ Vgl. dazu Kägi-Diener, Berufliche Vorsorge, S. 1011.

⁷⁶ Der Abzug wurde in der Revision leicht verringert.

⁷⁷ Art. 191 BV legt fest: „Bundesgesetze... sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“. Das bedeutet, dass zwar die verfassungsmässige Fragwürdigkeit einer Norm (von den Gerichten) festgestellt werden kann, die Norm aber trotzdem beachtet werden muss.

⁷⁸ Tatsächlich hatten beide Räte Art. 49 BVG eingehend diskutiert, soweit ersichtlich stand indessen die Verbindlichkeit von Art. 14 BVG nicht zur Diskussion, siehe AB 2002 N 549 f., AB 2002 S 1048 f.

gung zu bevorzugen, die dem übergeordneten Recht und dem Völkerrecht (CEDAW) Nachachtung verschaffen kann.

Die angestellte Überlegung gilt nicht gleichermassen für die Kaderversicherungen, d.h. die Versicherung der Einkommensanteile, die *über* dem koordinierten Lohn (Art. 8 BVG) liegen. Dort lässt sich die indirekte Diskriminierung nicht feststellen.

6. *Mindeststandards für Versicherungsverträge*

Aus einer öffentlich-rechtlich orientierten Gendersicht ist zumindest die Geschlechtergleichheit im oben dargelegten Sinn zu gewährleisten, d.h. im Prinzip ist eine formelle Gleichheit zwischen Mann und Frau mit einer Korrekturmöglichkeit zum Ausgleich von Diskriminierungen. Dafür wäre es sinnvoll, wenn diese Bedingungen (in der Ausführungsgesetzgebung zum BVG) festgeschrieben würden, da offenbar in der Privatwirtschaft, welche die entsprechenden Reglemente aufstellt, die Geltung der Grundrechte noch nicht ausreichend ins Bewusstsein eingegangen und deshalb deren Respektierung nicht selbstverständlich ist. Das gilt übrigens auch für die Genehmigungsbehörden, welche noch allzu sehr im privatautonomen Denken verhaftet sein können und Art. 35 BV in ihrer Praxis zuwenig verankert haben. Konkret scheint uns angezeigt, wenn statuiert würde:

- die Anwendbarkeit der Geschlechtergleichheit auf den Umwandlungssatz (gleiche Umwandlungssätze für Mann und Frau in der obligatorischen und der ausserobligatorischen Versicherung);
- die Anwendbarkeit von Art. 14 Abs. 2 BVG 2003 im Sinne eines Mindestumwandlungssatzes auf die *unterobligatorische* Versicherung; und
- die Anwendung einheitlicher Umwandlungssätze im obligatorischen und ausserobligatorischen Bereich bei umhüllenden Kassen.

ANHANG

Literaturverzeichnis

Die Autoren und Autorinnen sind mit dem Namen zitiert sowie mit einem Stichwort, das in Klammer beigefügt ist.

- Besson Samantha L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers, Fribourg 1999 (*Égalité horizontale*).
- Bigler-Eggenberger Margrit Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit – eine kritische Bestandesaufnahme, in: AJP 2001, 1269 ff. (*Lohnleichheit*)
- Bigler-Eggenberger Margrith, Justitias Waage – wagemutige Justitia ? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann, Basel/Genf /München, 2003 (*Justitias Waage*).
- Brühwiler Jürg Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz: eine arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Studie zum Rechtszustand nach Inkrafttreten des BVG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Personalvorsorge und Arbeitsvertrag, Bern 1989 (*Personalvorsorge*).
- Egli Patricia Drittwirkung von Grundrechten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Schulthess 2002 (*Drittwirkung*).
- Epiney Astrid / Duttwiler Michael, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischen Recht – Konvergenzen und Divergenzen, in: ZBl 2004, 37 ff. (*Gleichstellung*)
- Geiser Thomas Änderung von Vorsorge-Reglementen und wohlerworbene Rechte, in: AJP/PJA 2003, S. 621 (*Vorsorge-Reglemente*).
- Geiser Thomas Die Auslegung von Stiftungsreglementen, in: SZS/RSAS 44/200, S. 97 ff. (*Auslegung*).
- Häner Isabelle Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in AJP 2002, 1144 (*Grundrechtsgeltung*).

- Hausammann Christina Menschenrechte – Impulse für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz, Basel/Genf/München 2002 (*Menschenrechte*).
- Kägi-Diener Regula Neue Modelle in der Beruflichen Vorsorge – und die Gleichstellung von Mann und Frau ?, AJP 2003 S. 1011 ff. (*Berufliche Vorsorge*).
- Kägi-Diener Regula Von Olympe de Gouges zum UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau: Entwicklungen im Recht der Gleichstellung, in: Recht Richtung Frauen, Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, S. 239 ff. (*Entwicklungen*)
- Mader Luzius Kommentar zu Art. 111 BV in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2002 (*St. Galler Kommentar*).
- Müller Jörg Paul Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 S. 621 ff. (*Allg. Bemerkungen*).
- Müller Jörg Paul in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Einleitung zu den Grundrechten (*Einleitung*).
- Rhinow René Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München, 2003 (*Verfassungsrecht*).
- Rieder Andreas Form oder Effekt ? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Bern 2003 (*Form oder Effekt*).
- Riemer Hans Michael Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in: Forstmoser/Tercier/Zäch (Hrsg.), Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe. Zürich 1988, S. 231 ff. (*Vorsorgeverträge*).
- Schefer Markus Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (*Kerngehalt*).
- Schefer Markus Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in AJP 2002, 1131 (*Schutzpflichten*) .
- Schindler Benjamin Zum Begriff und Verständnis der „Grundrechte“ in der neuen Bundesverfassung, in: Gächter Thomas/Bertschi Martin (Hrsg.), Neue Akzente in der „nachgeführten“ Bundesverfassung, Zürich, 2000 (*Verständnis*).

- Steiner Oliver Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, Basel/Genf/München 1999 (*Verbot der Diskriminierung*).
- Waldmann Bernhard Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003 (*Diskriminierungsverbot*).
- Weber-Dürler Beatrice Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 2004, S. 1 ff. (*Gleichbehandlung*)
- Weber-Dürler Beatrice Der Grundrechtseingriff, in: VVDStRL 57 (1998), Berlin-New York 1998, S. 60 ff. (*Grundrechtseingriff*)
- Weber-Dürler Beatrice Rechtsgleichheit, in Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41, S. 657 ff. (*Rechtsgleichheit*).

Berichte

- Gemeinsamer Bericht der Kommission und des Rates über angemessene und nachhaltige Renten (Entwurf), unter:
http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/dec/joint_pensions_report_de.pdf. (abgerufen: 13.02.04; zitiert: *Bericht Renten*).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
aBVG	BVG in der Fassung vor der 1. Revision vom 3. Oktober 2003
Art.	Artikel
BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998, SR 101
BVG 2003	BVG in der Fassung nach der 1. Revision vom 3. Oktober 2003
BVG	Bundesgesetz über die Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, <i>deutsch</i> : UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108
Fn	Fussnote
i.e.S.	im engeren Sinne
lit.	litera (Buchstabe, v.a. in Artikeln)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Rechtssammlung (des Bundes)
u.a.	unter anderem
u.dgl.	und dergleichen
u.E.	unseres Erachtens
v.a.	vor allem
z.T.	zum Teil