

Gutachten

i.S.

Unterschiedliche Umwandlungssätze

für Frauen und Männer

in der beruflichen Vorsorge

Inhaltsübersicht:

I.	Sachverhalt	1.1.
II.	Fragestellung	2.1.
III.	Vorsorgerechtliche Ausgangslage	
1.	Obligatorischer und nicht obligatorischer Bereich	
a.	Ausgangslage	3.1.
b.	Konzeptuelle Unstimmigkeiten	3.5.
c.	Folgerungen	3.9.
2.	Die unterschiedlichen Rechtsbeziehungen	3.10.
a.	Arbeitgeberin und Vorsorgeeinrichtung	3.13.
b.	Arbeitnehmer und Vorsorgeeinrichtung	3.17.
c.	Destinatäre und Vorsoreeinrichtung	3.23.
IV.	Arbeitsrechtliche Ausgangslage	
1.	Gleichbehandlungsanspruch?	4.1.
2.	Nach den Grundsätzen des Gleichstellungsgesetzes	4.2.
a.	Art der Diskriminierung	4.4.
b.	Gegenstand des Gleichbehandlungsanspruchs	4.6.
c.	Zulässige und unzulässige Unterscheidungen	4.10.
V.	Folgen für das Vorsorgerecht	
1.	Ausgangslage	5.1.
2.	Argument der unterschiedlichen Lebenserwartung	5.2.
a.	Rechtfertigung des Unterscheidungskriteriums	5.3.
b.	Fragwürdigkeit der Berechnung	5.10.
3.	Rechtsfolgen der unzulässigen Unterscheidung	
a.	Für das Arbeitsverhältnis	5.12.
b.	Für das Vorsorgeverhältnis	5.15.
VI.	Beantwortung der einzelnen Fragen	

Literatur:

- GABRIEL AUBERT**, L'égalité des sexes dans le domaine du travail, in: Morand (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, S. 172 ff.
- FABIA BEURRET-FLÜCK/CHRISTOPH MEIER**, Die Wahrung der erworbenen Rechte von Destinatären bei Neuordnung der Personalvorsorge, insbesondere bei Anpassung an das BVG, BJM 1988, S. 169 ff.;
- MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER**, in: Bigler-Eggenberger/Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997;
- MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER**, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002;
- JÖRG BRÜHWILER**, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989;
- JÜRIG BRÜHWILER**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996;
- MONIQUE COSSALI**, L'interdiction de discriminer en raison du sexe dans la vie professionnelle au regard du droit suisse et du droit communautaire, in: Klett/Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, FS Bigler-Eggenberger, Basel 1993, S. 59 ff.;
- JEAN-LOUIS DUC/OLIVIER SUBILIA**, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998;
- ELISABETH FREIVOGEL**, in: Bigler-Eggenberger/Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997;
- THOMAS GEISER**, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, ZBJV 1996, S. 555 ff.;
- THOMAS GEISER**, Die Auslegung von Stiftungsreglementen, SZS 2000, S. 97 ff.
- THOMAS GEISER**, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht? in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, FS Rehbinder, München/Bern 2002, S. 37 ff.
- HARALD GRÜNINGER**, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2002;
- CARL HELBLING**, Personalvorsorge und BVG, Bern 2000;
- THOMAS LÜTHY**, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsorgestiftung, insbesondere der Anschlussvertrag mit einer Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung, Diss Zürich 1989;
- ERNST KRAMER**, Berner Kommentar, 1991;
- MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar, 1985/1992;
- HANS-MICHAEL RIEMER**, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985;
- HANS-MICHAEL RIEMER**, Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in: Forstmoser/Tercier/Zäch (Hrsg.), Innominatsverträge FS Schlupe, Zürich 1988, S. 231 ff.
- WALTER R. SCHLUEP**, Innominatsverträge, SPR Bd. VII/2, Basel 1979, S. 763 ff.;
- KURT SCHWEIZER**, Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Diss. Zürich 1985;
- RAINER SCHWEIZER**, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002;
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 1984;
- ANDREAS VON TUHR/HANS PETER**, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1974/1979;
- HERMANN WALSER**, Die Personalvorsorgestiftung, Diss. Zürich 1975;

I. Sachverhalt

1.1. Im Zusammenhang mit den in der zweiten Säule aufgetauchten Finanzierungsschwierigkeiten, hat eine der grossen Sammelstiftungen angekündigt, für Frauen und Männer im ausserobligatorischen Bereich einen unterschiedlichen Umwandlungssatz des Alterskapitals in eine Rente anzuwenden. Dabei ist die Unterschiedlichkeit des Umwandlungssatzes nicht vom Pensionierungsalter abhängig, sondern kommt bei gleichem Alter zur Anwendung. Der Unterschied wird damit begründet, dass die durchschnittliche Lebenserwartung der Frauen grösser sei als jene der Männer.

1.2. Die Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten hat Frau Prof. Regula Kägi-Diener und mich je mit einem Gutachten zum dargestellten Sachverhalt beauftragt. Während Frau Kollegin Kägi-Diener die Fragen aus staatsrechtlicher Sicht behandelt, konzentriere ich mich auf die arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Entsprechend ergibt sich die nachfolgende Aufteilung der einzelnen Fragen:

II. Fragestellung

2.1. Dem Gutachten liegt die Frage zu Grunde, **ob unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer in der beruflichen Vorsorge zulässig sind**. Daraus ergeben sich im einzelnen folgende Fragen:

1. Ist für die Privatversicherer, insbesondere im Bereich der überobligatorischen beruflichen Vorsorge, von einer direkten Drittwirkung der Grundrechte auszugehen?
Diese Frage wird von Frau Prof. Kägi-Diener beantwortet.
2. Wären unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer im obligatorischen Bereich nach geltendem Recht oder im Rahmen einer Revision des BVG zulässig? oder wäre dies ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 3 BV?
Diese Frage wird sowohl von Frau Prof. Kägi-Diener wie auch von mir beantwortet.
3. Fallen Pensionsanwartschaften (auch im überobligatorischen Bereich) der beruflichen Vorsorge unter den Begriff Lohn? Sind sie als mit einer Erwerbstätigkeit in Zusammenhang stehende Leistungen mit dem Arbeitsverhältnis derart verknüpft, dass auf sie die gleichen Bestimmungen, namentlich das GlG, anwendbar sind? Wenn ja, verstossen unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer gegen das GlG?
Diese Frage wird sowohl von Frau Prof. Kägi-Diener wie auch von mir beantwortet.
4. Ist es zulässig für den überobligatorischen Bereich von den Umwandlungssätzen des BVG abzuweichen?
Diese Frage wird von mir beantwortet
5. Welche Mindeststandards des BVG müssen im Versicherungsvertrag zwischen der Vorsorgeeinrichtung und der Versicherung gewährleistet sein?
Diese Frage wird sowohl von Frau Prof. Kägi-Diener wie auch von mir beantwortet.

III. Vorsorgerechtliche Ausgangslage

1. Obligatorischer und nicht obligatorischer Bereich

a. Ausgangslage

3.1. In der beruflichen Vorsorge wird zwischen dem obligatorischen Bereich und dem nicht obligatorischen unterschieden. Letzterer umfasst den vorobligatorischen, den unterobligatorischen und den überobligatorischen Bereich¹. Das Obligatorium ist nach unterschiedlichen Kriterien und auf unterschiedliche Weise definiert:

3.2. In der beruflichen Vorsorge sind grundsätzlich alle Arbeitnehmer **obligatorisch versichert**, welche das 17. Altersjahr vollendet haben und bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn beziehen, der einen bestimmten Betrag übersteigt². Der Bundesrat kann das Obligatorium überdies auf gewisse Kategorien von Selbständigerwerbenden ausdehnen³. Dieses Obligatorium gilt seit dem Inkrafttreten des BVG, d.h. seit dem 1. Januar 1985.

3.3. Die obligatorische Versicherung betrifft nun allerdings nur einen bestimmten Einkommensteil, nämlich jenen Lohn, der zwischen den im Gesetz aufgeführten Grenzen liegt⁴. Zudem betrifft sie nach der herrschenden Lehre nur jene Teile der Vorsorge, welche aufgrund der Beiträge und Leistungen aufgebaut worden sind, die nach dem Gesetz obligatorisch sind. Darin liegt ein Teil der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung.

3.4. Die Unterscheidung zwischen dem obligatorischen und dem nicht obligatorischen Bereich ist für die Rechtsanwendung von zentraler Bedeutung. Dabei bereitet allerdings gerade diese Unterscheidung wegen der konzeptionellen Unstimmigkeiten grosse praktische Schwierigkeiten.

b. Konzeptuelle Unstimmigkeiten

3.5. Die Schwierigkeit beginnt bereits beim Bestimmen jener Normen des BVG, welche auch im nichtobligatorischen Bereich gelten. Ausgangspunkt bildet der Grundsatz, dass das BVG abgesehen von den in Art. 49 BVG aufgeführten Ausnahmen grundsätzlich nur für die obligatorische Versicherung gilt⁵. Diese Aussage ist aber erstaunlicher Weise nur bedingt richtig. Die **Aufzählung** sowohl in der geltenden Fassung wie auch nach der 1. BVG-Revision⁶ ist **nicht abschliessend**. Das lässt sich an einigen zufällig herausgenommenen Beispielen eindeutig belegen:

- Gemäss Art. 30c Abs. 5 BVG kann der Versicherte das Vorsorgekapital für den Erwerb von Wohneigentum nur vorzeitig beziehen, wenn der Ehegatte schriftlich zugestimmt hat. Die Bestimmung ist nicht unter jenen aufgeführt, welche auch im überobligatorischen Bereich gelten⁷. Soweit der Vorsorgenehmer in einem Arbeitsverhältnis

¹ Vgl. **LOCHER**, S.57.

² Art. 2 BVG.

³ Art. 3 BVG.

⁴ Art. 8 Abs. 1 BVG.

⁵ Vgl. **BRÜHWILER**, S. 254 f.

⁶ Bundesgesetz von 3. Oktober 2003.

⁷ Art. 49 BVG.

steht, gilt die Bestimmung aber auch überobligatorisch, weil die entsprechende Verpflichtung im Arbeitsvertragsrecht festgehalten ist⁸.

Dass die Zustimmung des Ehegatten allerdings bei einem selbständig Erwerbenden im überobligatorischen Bereich nicht notwendig sein soll, ist nicht anzunehmen. Die Bestimmung gilt vielmehr auch im überobligatorischen Bereich uneingeschränkt.

- Ähnliche Ungereimtheiten bestehen beim Mindestzinssatz, der – nach wohl herrschender Lehre⁹ - nur im obligatorischen Bereich gelten soll. Das Freizügigkeitsgesetz, welches auf alle Vorsorgeverhältnisse anwendbar ist, selbst wenn es sich um nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen handelt¹⁰, sieht indessen vor, dass beim Austritt aus einer Vorsorgeeinrichtung die versicherte Person Anspruch auf die eingebrachten Eintrittsleistungen samt Zins hat¹¹, wobei der Mindestzins nach BVG gutzuschreiben ist¹². Insoweit gilt der Mindestzinssatz unbestrittener Massen auch im überobligatorischen Bereich.

3.6. Nur am Rande sei erwähnt, dass schon der Begriff des Mindestzinssatzes¹³ für seine Geltung auch ausserhalb des Obligatoriums spricht. Wird nämlich das Guthaben mit einem höheren Satz verzinst, befindet man sich im überobligatorischen Bereich. Im obligatorischen Bereich kann es deshalb keinen „*Mindestzinssatz*“ sondern nur einen gesetzlichen „*Zinssatz*“ geben.

3.7. Die Problematik rührt daher, dass die obligatorische Versicherung **nicht ein eigenes Sozialwerk** bildet, das von den weiteren Leistungen rechnerisch vollständig getrennt werden kann, wie das beispielsweise bei der obligatorischen Krankenversicherung der Fall ist. man wollte beim BVG von allem Anfang an die Möglichkeit offenlassen, dass ein und die selbe Einrichtung weitere Leistungen erbringen kann. Dadurch wurde ein System mit gesetzlichen Minimalleistungen im Sinne von einseitig zwingenden Gesetzesbestimmungen mit einer obligatorischen Versicherung in einem bestimmten Einkommensbereich kombiniert, ohne diese beiden Gesetzestechniken sauber zu trennen, was zu Widersprüchen und Ungereimtheiten führte. Wechselt eine Person die Vorsorgeeinrichtung, wird sich nachher kaum je mehr feststellen lassen, welcher Teil der Eintrittsleistung nun dem Obligatorium untersteht und welcher nicht. Die Problematik hat sich dadurch verstärkt, dass wegen der Wohneigentumsförderung und bei Scheidungen Beträge sowohl im obligatorischen wie auch im überobligatorischen Bereich bezogen und später wieder einbezahlt werden können.

3.8. Eine weitere Art der Abgrenzung findet sich im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Sicherheitsfonds, bei Insolvenz einer Vorsorgeeinrichtung Leistungen zu erbringen. Hier findet sich eine Begrenzung auf die Leistungen, welche sich auf Grund eines maximal massgebenden Lohnes in der anderthalbfachen Höhe des oberen Grenzbetrages für das Obligatorium ergeben¹⁴. Die Abgrenzung erfolgt somit **ausschliesslich auf Grund der Höhe der Leistung, unabhängig davon, wie der Anspruch entstanden** ist. Er kann während Jahren durch laufende Beiträge in der entsprechenden Höhe geäußert worden sein, durch einen einmaligen

⁸ Art. 331e Abs. 5 OR.

⁹ Erstaunlicher Weise ist allerdings in den allgemeinen Lehrbüchern zum BVG kaum eine Äusserung dazu zu finden.

¹⁰ Art. 1 FZG.

¹¹ Art. 17 FZG.

¹² Art. 6 Abs. 2 FZV.

¹³ Art. 15 Abs. 2 BVG.

¹⁴ Art. 56 Abs. 2 BVG.

Einkauf oder durch eine kurze Beitragsdauer, während derer auf einem die genannten Grenzwerte übersteigenden Einkommen Beiträge bezahlt worden sind.

c. Folgerungen

3.9. Die Unterscheidung der obligatorischen von der nicht obligatorischen Versicherung erfolgt grundsätzlich Beitragsseitig und nicht Leistungsseitig. Das Gesetz kennt aber Mindestregeln für die Berechnung der Leistungen. Konsequenter Weise kann bezüglich der Leistungen folglich nicht zwischen einem obligatorischen und einem überobligatorischen Bereich unterschieden werden. Vielmehr ist zwischen **obligatorischen und weitergehenden Leistungen** zu unterscheiden. Es bestehen Minimalvorschriften, welche nicht unterschritten werden dürfen, unabhängig davon wie die entsprechenden Ansprüche zustande gekommen sind. Insoweit gilt m.E. der gesetzliche Mindestumwandlungssatz für das ganze Altersguthaben, unabhängig davon, wie dieses entstanden ist.

2. Die unterschiedlichen Rechtsbeziehungen

3.10. Die berufliche Vorsorge zeichnet sich dadurch aus, dass - wie häufig bei Versicherungen - **mehrere Rechtssubjekte beteiligt** sind. Die enge Verbindung zwischen dem Vorsorgeverhältnis und dem Arbeitsverhältnis¹⁵ bewirkt, dass nicht nur zwischen der Vorsorgeeinrichtung einerseits und dem Vorsorgenehmer und den Begünstigten andererseits zu unterscheiden ist, sondern dass auch noch die Arbeitgeberin in dieses Rechtsverhältnis einzubeziehen ist. Meist wird im Arbeitsvertrag auf den Vorsorgevertrag und im Vorsorgevertrag auf den Arbeitsvertrag Bezug genommen. Dennoch sind die beiden Verträge auseinander zu halten, da auch nicht die gleichen Rechtssubjekte daran beteiligt sind¹⁶.

3.11. Zudem fragt sich bei der beruflichen Vorsorge, ob die **Rechtsverhältnisse im obligatorischen Bereich von den gleichen Grundsätzen** beherrscht werden, wie im freiwilligen Bereich. Der freiwillige Bereich erfasst einerseits den *erweiterten Bereich*¹⁷, welcher den vorobligatorischen, den überobligatorischen und den unterobligatorischen Bereich einschliesst¹⁸, und andererseits den *weiteren Aufgabenbereich*. Zu diesem gehören die mit der beruflichen Vorsorge verknüpften Leistungen, die nicht die Risiken Alter, Invalidität und Tod betreffen¹⁹.

3.12. Weil das **BVG immer nur Minimalvorschriften** enthält, kann die Vorsorgeeinrichtung immer mehr Leistungen gewähren bzw. den Vorsorgenehmern weniger Verpflichtungen auferlegen als das Gesetz vorsieht. Macht sie dies, befindet sie sich aber automatisch nicht mehr im obligatorischen, sondern im überobligatorischen, freiwilligen Bereich, ohne dass die Rechtsverhältnisse im Einzelnen unterschieden werden könnten. Aus dem obligatorischen in den freiwilligen Bereich rutscht das Vorsorgeverhältnis gleichsam auch, wenn sich die versprochenen Leistungen vorerst strikt im obligatorischen Bereich befinden, nun aber durch eine Gesetzesänderung die obligatorischen Leistungen zurückgefahren werden und damit bei gleichbleibenden Leistungen die Vorsorgeeinrichtung neu mehr als das Obligatorium anbietet. Dies geschieht beispielsweise, wenn die Vorsorgeeinrichtung nur gerade die Minimalverzin-

¹⁵ Vgl. dazu: **BRÜHWILER**, S. 110 ff.

¹⁶ Vgl. dazu **WALSER**, S. 101 ff.

¹⁷ **BRÜHWILER**, S. 253 f.

¹⁸ **RIEMER**, FS Schlupe, S. 234.

¹⁹ **BRÜHWILER**, S. 257 ff.

sung von bis anhin 4 % vorsieht und nunmehr der Minimalzinssatz in der Verordnung gesenkt wird, die Vorsorgeeinrichtung aber bei den 4% bleibt.

a. Arbeitgeberin und Vorsorgeeinrichtung

3.13. Der obligatorische Bereich ist grundsätzlich abschliessend im BVG, im FZG und in den dazu gehörenden Verordnungen geregelt. Eine Vertragsfreiheit gibt es insofern nicht. Entsprechend entsteht auch das Versicherungsverhältnis nach herrschender Lehre nicht durch Vertrag, sondern unmittelbar durch das Gesetz²⁰. Es handelt sich um eine gesetzliche Folge des Arbeitsverhältnisses²¹. Weil es in der Schweiz aber mehrere Vorsorgeeinrichtungen gibt, setzt das Entstehen eines Rechtsverhältnisses zwischen einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung und einem Arbeitnehmer den Anschluss der Arbeitgeberin an die konkrete Vorsorgeeinrichtung voraus. Der Anschluss ist ein **privatrechtlicher²² Vertrag zwischen der Vorsorgeeinrichtung und der Arbeitgeberin**, unabhängig davon, ob das Vorsorgeverhältnis bloss den obligatorischen oder (auch) den freiwilligen Bereich betrifft²³. Hat kein solcher Anschluss stattgefunden, entsteht das Vorsorgeverhältnis vom Gesetzes wegen mit der Auffangeinrichtung²⁴.

3.14. Ein **Anschlussvertrag** ist nicht nur **erforderlich**, wenn sich der Arbeitgeber einer bereits bestehenden (Sammel-)Stiftung anschliessen will, sondern auch, wenn er die Stiftung einzig zum Zweck der Personalvorsorge in seinem Betrieb errichtet²⁵. Mit der Stiftungerrichtung selber wird erst der Zweck der Stiftung bestimmt. Dadurch entsteht aber noch keine Verpflichtung der Arbeitgeberin, ihre Personalvorsorge mit dieser Einrichtung durchzuführen²⁶. Wohl kann sich ein Stifter mit dem Errichtungsakt dazu verpflichten, künftig Vermögenswerte der Stiftung zuzuwenden²⁷. Sofern damit aber weitergehende Rechte und Pflichten der beteiligten Verbunden sind, kann darin kaum mehr als Vermögenszuwendung im Sinne des Stiftungsrechts gesehen werden. Dass die Arbeitgeberin mit der Errichtung einer Vorsorgestiftung auch die Verpflichtung übernimmt, (ausschliesslich) mit dieser die Personalvorsorge im eigenen Betrieb durchzuführen, ist nicht zu vermuten. Vielmehr erfolgt diese Verpflichtung auch diesfalls in einem Anschlussvertrag, der gleichzeitig mit der Errichtung der Stiftung, allenfalls sogar in der gleichen Urkunde geschlossen werden kann, vom Errichtungsakt aber zu unterscheiden ist.

3.15. Der Anschlussvertrag ist ein **zweiseitiger Vertrag²⁸**, da sowohl die Vorsorgeeinrichtung wie auch die Arbeitgeberin Rechte erwerben und Pflichten übernehmen. Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich insbesondere zur Prämienzahlung und gewissen Meldungen²⁹, während sich die Vorsorgeeinrichtung zur Durchführung der beruflichen Vorsorge verpflichtet³⁰. In aller Regel werden im Anschlussvertrag sowohl die Vorsorgeleistungen wie auch die Beiträge näher umschrieben, da sonst die Leistungspflichten gar nicht bestimmt sind. Das kann auch durch die Anerkennung der Stiftungsurkunde und des Reglements durch die Arbeitgebe-

²⁰ RIEMER, FS Schluemp, S. 234

²¹ RIEMER, Berufliche Vorsorge, S. 99; vgl. auch BGE 120 V 19.

²² BRÜHWILER, S. 451.

²³ GEISER, SZS 2000, S. 99.

²⁴ Art. 11 Abs. 5 und Art. 60 BVG.

²⁵ Insofern etwas missverständlich: Art. 11 Abs. 1 BVG; unentschieden: BRÜHWILER, S. 451.

²⁶ Offenbar a.M. RIEMER, Berufliche Vorsorge, S. 98.

²⁷ Vgl. GRÜNINGER, N. 7 zu Art. 80 ZGB.

²⁸ LÜTHY, S. 82.

²⁹ LÜTHY, S. 87 ff.

³⁰ LÜTHY, S. 89 ff.

rin geschehen³¹. Damit werden m.E. die entsprechenden Bestimmung Inhalt des Anschlussvertrages.

Da es sich beim Anschlussvertrag um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt³², kann sein **Inhalt nur im gegenseitigen Einverständnis abgeändert** werden. Fraglich erscheint, ob die Parteien der Vorsorgeeinrichtung auch ein Recht auf einseitige Abänderung einräumen können, indem sie beispielsweise vorsehen, dass die Arbeitgeberin das *jeweilige* Reglement der Vorsorgeeinrichtung anerkennt. Eine solche Vereinbarung findet m.E. enge Grenzen in Art. 27 ZGB. Die Arbeitgeberin kann sich nicht einseitig dem Willen der Vorsorgeeinrichtung ausliefern³³. Vielmehr bedarf es für solche Änderungen einer **Änderungskündigung**. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus Art. 50 und Art. 65 Abs. 2 BVG ableiten³⁴. Diese Bestimmungen besagen nur, dass die Vorsorgeeinrichtung bestimmte Gegenstände zu Regeln hat und dies so geschehen muss, dass die Finanzierung der Vorsorge immer sichergestellt ist. Diese Bestimmungen besagen aber nichts darüber, wie die Vorsorgeeinrichtung diese Regelungen vorzunehmen hat und unter welchen Voraussetzungen diese Regelungen gegenüber Dritten Wirkungen haben können³⁵.

3.16. Der Anschlussvertrag ist im Gesetz nicht näher geregelt³⁶. Es handelt sich um eine selbständige Vertragsart, welche zwar einzelne Elemente von im Obligationenrecht geregelten Verträgen aufweist, aber keiner dieser Vertragsarten untersteht. Insofern handelt es sich um einen **Vertrag sui generis**³⁷. Ob darin ein Innominatsvertrag erblickt werden kann, ist eine Frage der Definition dieser Art von Verträgen, aber ohne praktische Bedeutung. Er wird im Gesetz benannt, aber nicht im Einzelnen geregelt³⁸.

Im Gesetz nicht geregelt ist die **Beendigung des Anschlussvertrages**. Es liegt auf der Hand, dass trotz der Ähnlichkeiten mit dem Auftrag nicht von einer jederzeitigen Auflösbarkeit³⁹ ausgegangen werden kann⁴⁰. Vielmehr werden Anschlussverträge in der Regel auf eine feste Dauer mit anschliessender stillschweigender oder ausdrücklicher Erneuerungsmöglichkeit geschlossen⁴¹ oder es wird ein Kündigungsmöglichkeit mit einer angemessenen Kündigungsfrist vereinbart⁴². Damit besteht die Möglichkeit, im Fall von Änderungsbedürfnissen auf der einen oder anderen Seite mittels Änderungskündigung der Gegenpartei die Alternative zwischen der Beendigung des Anschlusses und der Weiterführung des Vorsorgeverhältnisses mit veränderter Ausgestaltung zu belassen.

b. Arbeitnehmer und Vorsorgeeinrichtung

3.17. Wie dargestellt ist der Anschlussvertrag ein Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und der Arbeitgeberin. Der Arbeitnehmer ist dabei nicht Vertragspartei. Es fragt sich aber, ob der Anschlussvertrag als echter **Vertrag zu Gunsten Dritter** angesehen werden

³¹ LÜTHY, S. 113.

³² LÜTHY, S. 81.

³³ a.M. BRÜHWILER, S. 453, der eine Einschränkung der einseitigen Abänderungsbefugnis nur in Art. 66 Abs. 1, dritter Satz BVG sieht.

So aber BRÜHWILER, S. 452.

³⁵ BEURRET-FLÜCK/MEIER, BJM S. 195.

³⁶ LÜTHY, S. 86.

³⁷ WALSER, S. 117.

³⁸ Vgl. dazu BGE 122 V 145.

³⁹ Art. 404 Abs. 1 OR.

⁴⁰ LÜTHY, S. 128 ff.

⁴¹ LÜTHY, S. 126 ff.

⁴² LÜTHY, S. 130.

kann⁴³. Arbeitgeberin und Vorsorgeeinrichtung vereinbaren, die Vorsorge für die Destinatäre, namentlich den Arbeitnehmer durchzuführen. Insofern ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter durchaus vorstellbar. Daraus können sich aber für den Dritten keine Pflichten ergeben, so dass nicht ein vollständiges Vorsorgeverhältnis zu Stande kommen kann⁴⁴. Im Arbeitsvertrag nun einen Vertrag zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer zu Gunsten der Vorsorgestiftung zu erblicken, wäre gekünstelt. Vielmehr gründet das Verhältnis - soweit es nicht bloss um die obligatorische Vorsorge geht - zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Arbeitgeber ebenfalls auf einem Vertrag, dem sogenannten **Vorsorgevertrag**⁴⁵. Dieser kann ausdrücklich als solcher abgeschlossen werden oder auch dadurch zu Stande kommen, dass der Arbeitnehmer das Vorsorgereglement der Stiftung anerkennt⁴⁶.

3.18. Im Bereich der **obligatorischen Vorsorge**, entsteht das Vorsorgeverhältnis nach herrschender Lehre indessen direkt durch Gesetz⁴⁷, weil keine Vertragsfreiheit bestehe⁴⁸. Es handelt sich nach dieser Auffassung um eine gesetzliche Folge des in aller Regel auf einem Vertrag beruhenden Arbeitsverhältnisses⁴⁹. Diese Betrachtungsweise übersieht aber, dass einerseits die Arbeitgeberin durchaus die Vorsorge mit unterschiedlichen Vorsorgeeinrichtungen vorsehen kann, so dass der Arbeitnehmer gewisse Wahlmöglichkeiten hat und andererseits auch mit Blick auf den blossen Mindestcharakter des BVG durch Rechtsänderungen das Vorsorgeverhältnis vom obligatorischen in den überobligatorischen Bereich und umgekehrt rutschen kann. Zudem besteht auch im obligatorischen Bereich eine gewisse Gestaltungsfreiheit⁵⁰. Von daher liegt wohl in allen Fällen eine vertragliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und der Vorsorgeeinrichtung vor⁵¹, selbst wenn der Arbeitnehmer praktisch keinen vertraglichen Spielraum hat⁵². Die Arbeitgeberin kann beim Vertragsabschluss als Vertreterin der Vorsorgeeinrichtung auftreten⁵³. Eine Ausnahme besteht nur gegenüber der Aufnafangeinrichtung, wenn die Voraussetzungen für den zwangsweisen Anschluss bei ihr gegeben sind.

Daraus ergibt sich nun auch hier die Frage, ob die **Vorsorgeeinrichtungen ihre Pflichten und Rechte verändern kann**, ohne den Vorsorgevertrag zu ändern oder nicht. Nach **RIEMER**⁵⁴ ist eine einseitige Abänderung möglich. Die Destinatärrechte seien hinlänglich durch die Bestimmungen über die paritätische Verwaltung und das Willkürverbot, dem die Stiftung unterliege geschützt. Zudem sei nicht der Arbeitnehmer sondern ausschliesslich die Arbeitgeberin Beitragsschuldnerin⁵⁵. Daraus wird gefolgert, dass der Arbeitnehmer durch eine Reglementsänderung auch nicht zu höheren Beiträgen verpflichtet werden kann. Eine solche Änderung habe nur zur Folge, dass der Arbeitgeber mehr Beiträge bezahlen müsse. Ob er diese Pflicht auf den Arbeitnehmer überwälzen können, hänge anschliessend vom vertraglichen Verhältnis zwischen diesen beiden Personen ab. Diese Betrachtungsweise lässt aber den Umstand beiseite, dass mit solchen Reglementsänderungen die **Ansprüche des Arbeitnehmers verändert** und damit seine Stellung nicht nur indirekt sondern auch direkt betroffen wird. Eine solche Verän-

⁴³ Art. 112 OR.

⁴⁴ Aus der Destinatäreigenschaft lassen sich auch keine Pflichten ableiten, weil das Stiftungsrecht den Destinatären gar keine Pflichten auferlegen kann. Vgl. dazu: **SCHWEIZER**, S. 57 f.

⁴⁵ BGE 122 V 141.

⁴⁶ BGE 122 V 145 mit Hinweis auf 118 V 232; 116 V 221; entsprechend kann das Reglement als Vorsorgevertrag bezeichnet werden. So **HELBLIN**, S. 118.

⁴⁷ **RIEMER**, FS Schluemp, S. S. 234.

⁴⁸ **RIEMER**, Berufliche Vorsorge, S. 99 f.

⁴⁹ **RIEMER**, Berufliche Vorsorge, S. 99; vgl. auch BGE 120 V 19.

⁵⁰ Vgl. dazu **BRÜHWILER**, S. 441.

⁵¹ **BEURRET-FLÜCK/MEIER**, BJM 1988, S. 189; **GEISER**, SZS 2000, S. 99.

⁵² So wohl schon **WALSER**, S. 119.

⁵³ **WALSER**, S. 119 f.

⁵⁴ **RIEMER**, S. 100.

⁵⁵ Art. 66 Abs. 2 BVG.

derung muss er sich nicht gefallen lassen, ohne dabei mitentscheiden zu können. Für eine solche Mitentscheidung ist aber die paritätische Verwaltung ungenügend. Die Interessen der einzelnen Arbeitnehmer können je nach familiärer und wirtschaftlicher Umstände sehr unterschiedlich sein, ohne dass ein Anspruch auf paritätische Vertretung jeder einzelner Kategorie bestünde. Die Argumentation von **RIEMER** übersieht überdies, dass das Gesetz der Vorsorgeeinrichtung das Recht einräumt, die Aufteilung der Beiträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer festzusetzen⁵⁶.

Überdies widerspricht die von der herrschenden Lehre Postulierte Möglichkeit der Einseitigen Änderung der Vorsorgebestimmungen, dem **Ausgangspunkt dieser Meinung**, nämlich dass kein Vertrag vorliege sondern das Vorsorgeverhältnis direkt auf Gesetz beruhe, weil gar kein Gestaltungsspielraum bestehe. Träffe diese Aussage zu, könnte die Vorsorgeeinrichtung auch nicht im Reglement das Vorsorgeverhältnis näher regeln.

Von daher ist auch gegenüber dem Arbeitnehmer ein **einseitiges Änderungsrecht abzulehnen**. Vielmehr ist von einer vertraglichen Bindung zwischen Arbeitnehmer und Vorsorgeeinrichtung auszugehen, welche nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen nur im gegenseitigen Einvernehmen oder durch Änderungskündigung neu geregelt werden kann⁵⁷.

Soweit man der Ansicht **RIEMERS** aber folgen will, ist zu beachten, dass er mit dem Gleichbehandlungsgebot und damit mit der Bindung der Vorsorgeeinrichtung an die Verfassung argumentiert. Soweit der Vorsorgeeinrichtung ein gesetzliches Recht eingeräumt wird, einseitig die Rechte der Destinatäre und die Pflichten der Vorsorgestiftung festzulegen, liegt in der Tat ein (quasi) hoheitliches Auftreten vor, welches eine Bindung an die Grundsätze des staatlichen Handelns verlangt.

3.19. Im überobligatorischen Bereich wird in vielen Fällen allerdings das Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Arbeitnehmer ausdrücklich als **eigentlicher Vorsorgevertrag** ausgestaltet sein. Die Arbeitgeberin schliesst als Vertreterin der Vorsorgeeinrichtung diesen Vertrag mit dem Arbeitnehmer zusammen mit dem Arbeitsvertrag ab. Schriftliche Arbeitsverträge weisen oft ausdrücklich auf die Pensionskassenreglemente hin oder erklären diese gar als Bestandteil des Arbeitsvertrages.

3.20. Beim Vorsorgevertrag handelt es sich insofern um einen **Innominatsvertrag**, als er keine umfassende Regelung im Gesetz gefunden hat. Vorsorgeverträge fallen nicht unter die im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) geregelten Vereinbarungen. Vorsorgeverträge sind Verträge eigener Art⁵⁸. Die Zuordnung zu den Innominatsverträgen bedarf allerdings der Relativierung. Das BVG regelt gewisse Aspekte dieser Verträge, so dass sie, wie die Anschlussverträge, nur teilweise bei den Innominatsverträgen einzuordnen sind. Diese Zwitterstellung führt zur Frage, welche Rolle den im BVG für die obligatorische Versicherung vorgesehenen Normen ausserhalb des obligatorischen Bereichs zukommt. Gelten diese Normen ausschliesslich für die obligatorische Versicherung und haben sie im nicht obligatorischen Bereich keinerlei Bedeutung oder handelt es sich um dispositives Gesetzesrecht, das **auch für den überobligatorischen Bereich zur Anwendung gelangen kann**? In der Regel bestehen nicht zwei von einander unabhängige Vorsorgeverhältnisse für den obligatorischen Bereich und für die weitergehende Vorsorge. Entsprechend ist die Rechtsgrundlage auch ein einheitlicher - „umhüllender“ - Vorsorgevertrag. Auf diesen ist das BVG anwendbar, wobei die Parteien weitgehend frei sind, wie sie das Vorsorgeverhältnis im einzelnen ausgestalten wollen, sofern die Minimalvorschriften des BVG eingehalten sind. Dem BVG kommt insofern die Rolle zwingender Gesetznormen zu, wie sie das Gesetz auch in anderen Bereichen kennt⁵⁹. Die Besonderheit des BVG liegt nun aber darin, dass – wie dargelegt - der obligatorische Bereich einerseits

⁵⁶ Art. 66 Abs. 1 BVG.

⁵⁷ So wohl auch schon **BEURRET-FLÜCK/MEIER**, BJM 1988, S. 189 f., die allerdings auf die davon abweichende Praxis der Vorsorgestiftungen hinweisen.

⁵⁸ **RIEMER**, FS Schlupe, S. 236; **SCHLUEP**, SPR Bd. VII/2, S. 776.

⁵⁹ Z.B. Arbeitsvertragsrecht, Mietvertrag usw.

durch bestimmte Einkommensschranken und andererseits mit bestimmten Leistungen definiert wird. Eine Witwenrente für das Obligatorium übersteigende Einkommensteile fällt ebensowenig unter den obligatorischen Bereich, wie die *Witwenrente* innerhalb der obligatorisch versicherten Einkommen. Dass für einzelne Teile der Vorsorge unterschiedliche Regeln gelten, ist aber nicht zu vermuten. Wohl können die Parteien für weitergehende Leistungen besondere Regeln vereinbaren. Soweit aber solche Vereinbarungen nicht nachgewiesen sind, kommt den Bestimmungen des BVG auch für die weitere Vorsorge die Rolle **dispositiven Gesetzesrechts** zu.

3.21. Dass die Bestimmungen des zweiten Teils des BVG⁶⁰ im Bereich der weitergehenden Versicherung als dispositives Gesetzesrecht gelten, ergibt sich zudem aus dem **Wortlaut des Gesetzes**. Art. 6 BVG hält ausdrücklich fest, dass es sich bei diesen Bestimmungen um Mindestvorschriften handelt⁶¹. Jede darüber hinausgehende Verbesserung - auch innerhalb der in Art. 7 und 8 BVG festgesetzten Lohngrenzen - stellt aber Teil der weitergehenden Versicherung dar⁶². Hätten die Bestimmungen des zweiten Teils nur im obligatorischen Bereich Gültigkeit, wären es keine Mindestvorschriften. Sie können nämlich für den obligatorischen Bereich gar nicht überschritten werden, da man sich bei einer Überschreitung definitionsgemäss im weitergehenden Bereich befindet. Art. 49 Abs. 2 BVG hat von daher nur die Funktion die zwingenden Bestimmungen von den dispositiven abzugrenzen.

3.22. Auch aus dem Vorsorgevertrag ergibt sich somit als Konsequenz, dass auch im ausserobligatorischen Bereich für die Umwandlung des Altersguthabens in eine Rente der gesetzliche Mindestsatz gilt.

c. Destinatäre und Vorsorgeeinrichtung

3.23. Neben dem Arbeitnehmer sieht das BVG weitere begünstigte Personen vor. Namentlich haben die **überlebende Ehefrau⁶³ und Waisen⁶⁴** Anspruch auf Leistungen beim Tod des Arbeitnehmers. Diese Personen stehen aber in keinem vertraglichen Verhältnis mit der Vorsorgeeinrichtung, selbst wenn ein eigentlicher Vorsorgevertrag zwischen dem Arbeitnehmer und der Vorsorgeeinrichtung entstanden ist.

3.24. Sowohl im Vorsorgevertrag mit dem Arbeitnehmer als auch im Anschlussvertrag mit der Arbeitgeberin kann ein Vertrag zu Gunsten Dritter erblickt werden. Es handelt sich um einen **echten Vertrag zu Gunsten Dritter⁶⁵**, so dass die begünstigten Hinterbliebenen ein selbständiges Forderungsrecht erlangen. Dieses entsteht aber erst mit dem Eintritt des Vorsorgefalls, d.h. mit dem Tod des Vorsorgenehmers⁶⁶. Von diesem Zeitpunkt an ist es dann aber auch der Verfügung der Vorsorgeeinrichtung entzogen. Für die Begünstigten nachteilige Veränderungen der Leistungen bedürfen ab diesem Zeitpunkt deren Zustimmung.

⁶⁰ Art. 7 bis 43 BVG.

⁶¹ Dies wird in diversen Bestimmungen wiederholt, z.B. Art. 14 Abs.1 BVG, Art. 15 Abs. 2 BVG.

⁶² **RIEMER**, FS Schlupe, S. 234.

⁶³ Art. 19 BVG. Heute haben als überobligatorische Leistungen auch immer mehr Witwer sowie Lebenspartner und Lebenspartnerinnen Anspruch auf Hinterbliebenenleistungen.

⁶⁴ Art. 20 BVG.

⁶⁵ Art. 112 OR

⁶⁶ **BEURRET-FLÜCK/MEIER**, BJM 1988, S. 194.

IV. Arbeitsrechtliche Ausgangslage

1. Gleichbehandlungsanspruch?

4.1. Wie andernorts dargelegt⁶⁷, gibt es keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Das schweizerische Vertragsrecht wird vom Grundsatz der **Vertragsfreiheit**⁶⁸ als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten beherrscht⁶⁹. Diese kann in die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Inhaltsfreiheit und die Endigungsfreiheit aufgeteilt werden⁷⁰. Vertragsfreiheit bedeutet, dass jedes Privatrechtssubjekt grundsätzlich frei ist, mit wem es welche Verträge abschliessen will. Es gehört zur Privatautonomie, dass nicht das Gesetz und damit der Staat vorschreibt, nach welchen Grundsätzen ich meine Rechte ausüben kann. Jedes Privatrechtssubjekt entscheidet grundsätzlich autonom, welche Wertungen für seine Entscheidungen ausschlaggebend sein sollen. Von daher ist es auch zulässig, dass ein Privatrechtssubjekt in seiner Vertragspraxis nach dem Geschlecht differenziert.

2. Nach den Grundsätzen des Gleichstellungsgesetzes

4.2. Demgegenüber hat das Gebot der Gleichbehandlung von Frau und Mann in der Verfassung eine ausdrückliche Verankerung gefunden⁷¹, wobei ein Gesetzgebungsauftrag für die Gleichstellung im Bereich des Arbeitslebens besteht und ein **direkter Anspruch auf Lohngleichheit** gewährt wird. Das Gleichstellungsgesetz⁷² nimmt beide Regeln auf. Es sieht ein umfassendes Diskriminierungsverbot vor⁷³ und schränkt die Vertragsfreiheit ein.

4.3. Es ist allerdings zwischen „Dürfen“ und „Können“ zu unterscheiden. In gewissen Bereichen führt das Gesetz zu einem **Vertragszwang**. Liegt eine Diskriminierung vor, so wird der diskriminierende Vertragsinhalt durch einen nicht diskriminierenden ersetzt. Insofern handelt es sich um eine *lex perfecta*. In anderen Bereichen erfolgt bloss eine Strafzahlung. Es liegt eine *lex minus quam perfecta* vor. Das Gesetz kennt auch Zwischenformen. Verletzt eine Nichtanstellung das Gleichstellungsgebot, so hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf eine Entschädigung⁷⁴. Es gibt keinen durchsetzbaren Anspruch auf Anstellung⁷⁵. Auch eine diskriminierende Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis, ohne dass die Möglichkeit bestünde, gegen den Willen der Arbeitgeberin die Kündigung rückgängig zu machen⁷⁶. Demgegenüber besteht bei der sogenannten Rache Kündigung die Möglichkeit zur Anfechtung, wenn sie während oder innert sechs Monaten nach einem Verfahren wegen einer Diskriminierung ausgesprochen worden ist⁷⁷. Die **Inhaltsfreiheit** erfährt eine Einschränkung, indem diskriminierende Arbeitsbedingungen nichtig sind und durch einen nicht diskriminierenden Inhalt ersetzt werden⁷⁸. Entsprechend darf nicht nur der korrekte Lohn für die Zukunft, sondern im

⁶⁷ GEISER, FS Rehbinder, S. 37 ff.

⁶⁸ Art. 19 OR.

⁶⁹ KRAMER, N. 20 zu Art. 19 OR.

⁷⁰ KRAMER, N. 17 zu Art. 19 OR; VON TUHR/PETER, , Bd. I, S. 247.

⁷¹ Art. 8 Abs. 3 BV.

⁷² Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995 [SR 151].

⁷³ Art. 3 GlG.

⁷⁴ Art. 5 Abs. 2 GlG.

⁷⁵ BIGLER-EGGENBERGER, N. 22 zu Art. 5 GlG.

⁷⁶ Art. 5 Abs. 2 GlG; BIGLER-EGGENBERGER, N. 22 zu Art. 5 GlG.

⁷⁷ Art. 10 GlG.

⁷⁸ REHBINDER, , N. 7 zu Art. 322 OR.

Rahmen der Verjährungsfristen auch für die Vergangenheit gefordert werden⁷⁹. In der Einigung auf diskriminierende Anstellungsbedingungen kann schon mit Blick auf Art. 341 OR kein Verzicht auf den höheren Lohn erblickt werden⁸⁰.

a. Art der Diskriminierungen

4.4. Welche Diskriminierungen betrifft das Gleichstellungsgesetz? Das Gleichstellungsgesetz stützte sich auf Art. 4 Abs. 2 der alten BV. Diese verbot nur eine - direkte oder indirekte - Diskriminierung auf Grund des Geschlechts. Diesen eingeschränkten Anwendungsbereich hat auch Art. 8 Abs. 3 der neuen BV. Die neue BV erwähnt aber weitere unzulässige Kriterien in Art. 8 Abs. 2 BV. Das Gleichstellungsgesetz selber zählt zudem den Zivilstand, die familiäre Situation und die Schwangerschaft auf⁸¹. Die herrschende Lehre geht von einer engen Interpretation aus und sieht die Anwendung des GIG nur dann vor, wenn eine Geschlechtsdiskriminierung vorliegt⁸². Entsprechend führt der weitere Verbotskatalog bezüglich dieser Tatbestände nicht zu einer direkten Diskriminierung. Eine Unterscheidung beispielsweise nach dem Zivilstand stellt nach dieser Auffassung nur dann eine unzulässige Diskriminierung dar, wenn sie indirekt das Geschlecht diskriminiert, nicht aber, wenn dies aufgrund der konkreten Umstände gar nicht möglich ist, weil beispielsweise überhaupt nur Frauen oder insgesamt nur Männer von der Unterscheidung betroffen sind⁸³. Es scheint mir allerdings fraglich, ob eine verfassungskonforme Auslegung mit Blick auf die neue Bundesverfassung hier nicht zu einer Erweiterung des Gleichstellungsgesetzes führen muss. Die Frage kann aber im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben.

4.5. Die Korrektur einer indirekten Diskriminierung kann zu einer direkten Diskriminierung des anderen Geschlechts führen. Werden beispielsweise in einem Betrieb die Teilzeitangestellten schlechter bezahlt als die Arbeitnehmenden mit einer vollzeitlichen Beschäftigung, kann darin eine indirekte Diskriminierung liegen, weil der Prozentsatz der Frauen bei den Teilzeitbeschäftigten überdurchschnittlich hoch ist. Ein nur teilzeitlich beschäftigter Mann wird sich dagegen nicht wehren können. Eine Frau kann jedoch nach GIG klagen. Tun das nun die Frauen und erreichen sie eine Lohnverbesserung, so bedeutet dies für die teilzeitlich angestellten Männer eine direkte Diskriminierung. Sie erhalten nur deshalb nicht den gleichen Lohn, weil sie Männer sind. Auch die Männer können anschliessend Gleichstellung und damit den höheren Lohn verlangen. Gesetzeskonform ist deshalb nur ein Verzicht auf das Unterscheidungskriterium, welches sich als unsachgemäss erwiesen hat. Wie noch zu zeigen sein wird, hat das im vorliegenden Zusammenhang Bedeutung, soweit es um den arbeitsvertraglichen Ausgleich der Folgen eines ungleichen Umwandlungssatzes geht.

b. Gegenstand des Gleichbehandlungsanspruchs

4.6. Die Verfassung handelt ausdrücklich nur vom Anspruch auf gleichen Lohn. Gemeint ist damit aber jede Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung. Erfasst wird insbesondere neben dem Barlohn, jede Form von Naturallohn, Gratifikationen, Provisionen, French-

⁷⁹ BGE 124 II 450; **BIGLER-EGGENBERGER**, N. 19 f. zu Art. 5 GIG; **BRÜHWILER**, N. 11 zu Art. 322 OR; **AUBERT**, S. 172; **STAEHELIN**, N. 21b zu Art. 322 OR.

⁸⁰ **REHBINDER**, N. 7 zu Art. 322 OR.

⁸¹ Art. 3 Abs. 1 GIG.

⁸² **REHBINDER**, N. 7 zu Art. 322 OR; **STAEHELIN**, N. 21a zu Art. 322 OR; **DUC/SUBILIA**, N. 29 zu Art. 322 OR; **FREIVOGEL**, N. 26 ff. zu Art. 3 GIG.

⁸³ **FREIVOGEL**, N. 30 zu Art. 3 GIG.

Benefits, Sozialleistungen und soziale Lohnkomponenten wie Familien-, Kinder-, Haushalts- und Alterszulagen⁸⁴. Das wird durch Art. 3 Abs. 2 GlG verdeutlicht, indem diese Bestimmung ausdrücklich neben dem Lohn die Arbeitsbedingungen ganz allgemein erwähnt⁸⁵. Darin liegt eine Konkretisierung der Verfassung auf Gesetzesstufe, welche die Gerichte – einschliesslich des Bundesgerichts – und die übrigen Behörden bindet⁸⁶.

4.7. Zu Beachten ist allerdings, dass sowohl Art. 8 Abs. 3 *dritter Satz* BV wie auch das Gleichstellungsgesetz ausschliesslich das Arbeitsverhältnis und damit nur das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin betreffen. Aus dieser Verfassungsbestimmung, welche ausdrücklich *direkte Drittwirkung* hat, kann **kein klagbarer Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung** abgeleitet werden⁸⁷. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, die vorsorgerechtliche Regelung sei mit Bezug auf die Lohnleichheit irrelevant⁸⁸.

4.8. Es liegt auf der Hand, dass eine klare Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GlG vorläge, wenn eine Arbeitgeberin Arbeitnehmerinnen nur im Rahmen des Obligatorium der beruflichen Vorsorge versichern würde, während für Arbeitnehmer auch eine Versicherung im weiteren Lohnbereich vorgesehen wäre. Der **Ausschluss eines Geschlechts vom Versicherungsschutz** hätte ungleiche Arbeitsbedingungen zur Folge, da die einen eine grössere Gegenleistung für die erbrachte Arbeit erhielten als die andern, nämlich neben dem Lohn auch den Vorsorgeschutz, während die anderen, dies aus dem Barlohn selber finanzieren müssten. Daraus ergibt sich aber auch, dass unterschiedliche Vorsorgebedingungen für Mann und Frau nicht zulässig sind, jedenfalls wenn diese zu Leistungen von unterschiedlichem Wert führen.

4.9. Insofern sind die **Art. 8 Abs. 3, letzter Satz BV und das GlG auch auf die Vorsorgebeiträge und Vorsorgeleistungen anwendbar**. Die Arbeitnehmenden haben *gegenüber der Arbeitgeberin* Anspruch darauf, gleiche Vorsorgebedingungen im Zusammenhang mit ihrem Arbeitsverhältnis zu erhalten. Für die vorliegende Fragestellung ist somit entscheidend, ob eine zulässige oder eine unzulässige Unterscheidung den unterschiedlichen Umwandlungssätzen zu Grunde liegt.

c. Zulässige und unzulässige Unterscheidungen

4.10. Dass das Gleichbehandlungsgebot Ausnahmen kennen muss, war auch dem Gesetzgeber klar. Darauf hat auch schon der Bundesrat in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz hingewiesen⁸⁹. Der Gesetzestext selber nennt zwar keinerlei Einschränkungen⁹⁰. Aus dem Randtitel lässt sich aber schliessen, dass es sich um ein Diskriminierungsverbot handelt⁹¹. Als zulässig erscheint deshalb grundsätzlich eine Differenzierung, welche zwar einem Geschlecht Nachteile bringt, sich aber objektiv begründen lässt, sei es aus der Tätigkeit selber oder aus den Umständen, unter denen diese auszuüben ist⁹². Die Rechtfertigung kann sich auch aus

⁸⁴ BGE 126 II 223; **BIGLER-EGGENBERGER**, N. 94 zu Art. 8 BV.

⁸⁵ **FREIVOGEL**, N. 59 f. zu Art. 3 GlG.

⁸⁶ Art. 190 BV.

⁸⁷ BGE 116 V 207; 109 Ib 87.

⁸⁸ Ungenau: **BIGLER-EGGENBERGER**, N. 94 zu Art. 8 BV.

⁸⁹ BBl 1993 I 1297.

⁹⁰ Art. 3 Abs. 1 GlG.

⁹¹ **GEISER**, ZBJV, 1996, S. 559.

⁹² **COSSALI**, S. 70 ff.

anderen sachlichen Gründen, namentlich aus dem Respekt vor anderen Grundrechten ergeben⁹³.

4.11. Zu beachten ist nun allerdings, dass dem in Art. 8 Abs. 2 BV enthaltenen Katalog die Bedeutung eines grundsätzlichen **Anknüpfungsverbotes** zukommt. Die dort erwähnten Merkmale, zu denen auch das Geschlecht gehört, dürfen für eine Regelung grundsätzlich keine Rolle spielen. Soweit eine Differenzierung in der Rechtssetzung oder in der Rechtsanwendung an einem entsprechenden Kriterium anknüpft, ist die Regelung als *fragwürdig* anzusehen und bedarf einer besonderen Rechtfertigung⁹⁴. Klarer Weise nicht als Rechtfertigung für einen Unterschied kann der blosse Umstand des Geschlechtsunterschiedes sowie die gesellschaftliche Rollenteilung unter den Geschlechtern angesehen werden. Die Verfassungsnorm will der gesellschaftlichen Rollenteilung genau entgegenwirken.

V. Folgen für das Vorsorgerecht

1. Ausgangslage

5.1. Es ist somit davon auszugehen, dass die sich aus dem Gleichstellungsgesetz ergebenden Diskriminierungsverbote sich nicht auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Vorsorgeeinrichtung beziehen, sehr wohl aber auf das Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin *auch bezüglich der Vorsorgeregelung*. Die Arbeitnehmerin hat somit aus dem Gleichstellungsgesetz gegenüber der Arbeitgeberin einen Anspruch auf höhere Leistungen, wenn sie auf Grund des Arbeitsverhältnisses weniger Pensionskassenleistungen erhält, als ihre männlichen Kollegen und sich die unterschiedliche Behandlung nicht sachlich rechtfertigen lässt.

2. Argument der unterschiedlichen Lebenserwartung

5.2. Die Vorsorgeeinrichtungen rechtfertigen den unterschiedlichen Umwandlungssatz mit dem Umstand, dass die Frauen eine längere Lebenserwartung haben als die Männer. Dabei geht es immer um die **statistischen Werte**, nicht um die konkrete Lebenserwartung des einzelnen Mannes oder der einzelnen Frau.

a. Rechtfertigung des Unterscheidungskriteriums

5.3. Es ist unbestritten, dass Frauen eine längere Lebenserwartung als Männer haben. Der Unterschied hat sich zudem durch die gesellschaftliche Gleichstellung nicht ausgeglichen, wie zu erwarten wäre. Vielmehr ist der Unterschied grösser geworden, was ein Blick auf in die unterschiedlichen Auflagen der einschlägigen Barwerttafeln sofort zeigt.

5.4. Dennoch erstaunt, dass auf diese statistischen Unterschiede abgestellt wird. Bestehen doch **andere Kriterien** mit sehr viel **höherer statistischer Relevanz**. Mehr als vom Geschlecht hängt die Lebenserwartung vom Gesundheitsverhalten ab. Eine Einteilung in Raucher und Nichtraucher ist ohne weiters möglich. Es könnte nach weiteren Kriterien, wie Hypertonie, anderen Herz- und Kreislauferkrankungen, Alkoholabusus, Übergewicht usw., un-

⁹³ Zu denken ist an die Religionsfreiheit mit Bezug auf die Anstellung Geistlicher.

⁹⁴ SCHWEIZER, N. 48 zu Art. 8 BV.

terschieden werden. Statistisch relevante Unterschiede bestehen auch beim Zivilstand⁹⁵. Massive Unterschiede in der Mortalität ergeben sich auch, wenn einzelne Berufsgruppen gesondert betrachtet werden.

5.5. Handelt es sich aber beim Geschlecht nur um eines von mehreren gleichermassen statistisch relevanten Kriterien, stellt sich nicht nur die Frage, ob dieses Kriterium an sich sachlich ist. Es ist viel mehr ebenso **zu prüfen, ob das Herausgreifen ausschliesslich dieses Kriteriums sich rechtfertigen lässt**. Ebenso unbestritten, wie die Tatsache, dass Frauen im Durchschnitt länger leben als Männer, ist auch, dass einzelne Männer länger leben als einzelne Frauen. Diskriminierend kann aber auch sein, die Nachteile eines bestimmten Kollektivs erdulden zu müssen ohne die Vorteile eines anderen Kollektivs geniessen zu können, dessen Merkmale man auch erfüllt.

5.6. Es liegt auf der Hand, dass die Bildung von Gruppen nach dem Geschlecht den Vorteil der **Einfachheit und der Eindeutigkeit** hat. Das Geschlecht ist immer bekannt. Es ist auch grundsätzlich unabänderlich. Geschlechtsumwandlungen sind statistisch irrelevant. Mit Bezug auf die Lebenserwartung am Ende der Aktivität gilt dies aber auch für eine Vielzahl anderer Kriterien. Der Beruf ist bekannt und kann auch nicht mehr verändert werden. Gleiches gilt auch für die bisherigen Gesundheitsdaten und Fragen der Lebensweise einschliesslich des Zivilstandes. Wohl kann dieser sich später noch ändern. Statistisch relevant sind aber sehr wohl die genannten Kriterien im Zeitpunkt der Pensionierung.

5.7. Als einziges Argument, ausschliesslich nach dem Geschlecht zu unterscheiden, verbleibt somit die **traditionelle Verfügbarkeit** dieser Daten. Das kann aber kein Kriterium sein. Die übrigen statistischen Daten existieren auch und sind ebenfalls zugänglich, wenn sie unter Umständen auch nicht flächendeckend vorliegen, sondern nur auf Grund von Stichproben. Sie werden immerhin in anderen Bereichen, wie beispielsweise der Unfallversicherung, ohne weiteres als Unterscheidungsgrundlagen herangezogen.

5.8. Es bleibt somit eine **ausschliesslich rechtspolitische Frage**, welche Unterscheidungskriterien unter dem Blickwinkel der Nichtdiskriminierung zugelassen sein sollen und welche nicht. Diesbezüglich ist aber die Rechtslage eindeutig. Es geht hier um die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes. Dieses verbietet aber – in Erfüllung eines Verfassungsauftrages – ausschliesslich die Unterscheidung nach dem Geschlecht.

5.9. Es ist von daher eine **offensichtliche Rechtsverletzung, wenn ausschliesslich dieses vom Gesetz einzig ausgeschlossene Kriterium zur Unterscheidung herangezogen wird. Ein Abstellen auf die unterschiedliche Lebenserwartung von Mann und Frau könnte mit den tatsächlichen statistischen Unterschieden nur gerechtfertigt werden, wenn alle andern statistisch gleich relevanten Kriterien auch berücksichtigt würden**⁹⁶.

b. Fragwürdigkeit der Berechnung

5.10. Überdies sind die **mathematischen Grundlagen in Frage zu ziehen**. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum für die Berechnung des Umwandlungssatzes ausschliesslich die Al-

⁹⁵ So schon **ARMIN FUCHS**, Sterblichkeit (Mortalität) und Zivilstand, in: Duss-von Werdt/Fuchs (Hrsg.), Scheidung in der Schweiz, Bern und Stuttgart 1980, S. 73 f.

⁹⁶ Auf die Fragwürdigkeit der Kapitalisierung von Renten nach Geschlecht habe ich schon 1986 in einem Aufsatz hingewiesen: **THOMAS GEISER**, Artikel 473 ZGB und das neue Eherecht, ZBJV 1986, S. 129, FN. 19.

tersrente berücksichtigt wird. Aus diesem Alterskapital muss nämlich nicht nur diese bezahlt werden, sondern auch die Hinterbliebenenleistungen, wenn der Altersrentner oder die Altersrentnerin stirbt. Der Umwandlungssatz muss somit auch die Anwartschaft auf Hinterbliebenenleistungen berücksichtigen. Die beim Tod eines Altersrentners anfallenden Witwenrenten fallen aber wirtschaftlich sehr viel mehr ins Gewicht, als allfällige Witwerrenten, falls die Vorsorgeeinrichtung solche überhaupt vorsieht. Die Relevanz dieser Anwartschaften wird sofort ersichtlich, wenn es darum geht den Deckungsgrad einer Vorsorgeeinrichtung zu berechnen, welche nur noch Rentner hat, oder wenn es um die Spaltung einer Vorsorgeeinrichtung geht.

5.11. Eine **getrennte Finanzierung** der Altersleistungen und der Hinterbliebenenleistungen, in dem Sinne, dass die Kosten der Altersrenten auf die Vorsorgenehmer nach Geschlecht verteilt werden, jedoch die Hinterbliebenenleistungen vom gesamten Kollektiv ohne nach Geschlecht zu differenzieren getragen werden müssen, ist **eindeutig unzulässig**. Hierin liegt nicht nur eine Diskriminierung sondern schlicht eine willkürliche Unterscheidung. Es lässt sich nicht begründen, warum im einen Fall auf das Geschlecht abgestellt wird und im anderen nicht.

3. Rechtsfolge der unzulässigen Unterscheidung

a. Für das Arbeitsverhältnis

5.12. Der unterschiedliche Umwandlungssatz für Mann und Frau hat zur Folge, dass bei gleich hohem Bruttolohn und gleichen Beiträgen die Frau mit gleichem Rentenalter weniger Rente erhält als der Mann. Sie erhält damit für ihre Arbeit weniger Gegenleistung als ein Mann. Der Umstand, dass sie statistisch im Durchschnitt länger Rente bezieht als ein Mann, vermag das aus den dargelegten Gründen nicht zu rechtfertigen. Sie **erhält somit von ihrer Arbeitgeberin weniger Leistung als ein Mann**. Sie kann folglich auf Grund des Gleichstellungsgesetzes klagen und eine gleiche Leistung verlangen wie ihre männlichen Kollegen.

5.13. Die Arbeitgeberin könnte nun versucht sein, dies mit **höheren Beiträgen an die berufliche Vorsorge** auszugleichen. Das hätte aber zur Folge, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeitnehmerin auf Grund des Freizügigkeitsgesetzes eine höhere Austrittsleistung bekäme als ihre männlichen Kollegen. Damit wären dann diese diskriminiert.

5.14. Die Arbeitgeberin hat für ein Gesetzes konformes Verhalten somit nur die Möglichkeit, entweder auf eine über das Obligatorium hinausgehende Vorsorge sowohl für die weiblichen wie auch für die männlichen Mitarbeiter zu verzichten oder (zusammen mit den Arbeitnehmenden) eine Vorsorgeeinrichtung zu wählen, welche für Mann und Frau den gleichen Umwandlungssatz vorsehen. Die Vorsorgeeinrichtung kann nicht ohne die Zustimmung der Arbeitgeberin zu einem unterschiedlichen Umwandlungssatz übergehen, da sie damit ihre vertragliche Verpflichtung aus dem Anschlussvertrag verletzt⁹⁷.

b. Für das Vorsorgeverhältnis

5.15. Demgegenüber ist das Gleichstellungsgesetz auf das Vorsorgeverhältnis selber nicht anwendbar. Entsprechend hat die Vorsorgenehmerin gegenüber der Vorsorgeeinrichtung *aus*

⁹⁷ Vorn Rz. 3.15.

dem Gleichstellungsgesetz keinen Anspruch auf einen den Männern entsprechenden Umwandlungssatz. Zur Frage, ob sich ein solcher Anspruch direkt aus der Verfassung ergibt, nehme ich vorliegend nicht Stellung.

5.16. Jedoch besteht m.E. ein Anspruch auf den gesetzlichen Umwandlungssatzes aus den dargelegten Gründen unabhängig davon, ob das Alterskapital mit obligatorischen Beiträgen oder auf andere Weise geüfnet worden ist⁹⁸. Soweit die Vorsorgeeinrichtung für Frauen einen Umwandlungssatz vorsieht, der unter dem gesetzlichen Mindestsatz liegt, kann die Frau⁹⁹ im Zeitpunkt der Pensionierung die entsprechend höhere Rente einklagen¹⁰⁰.

VI. Beantwortung der einzelnen Fragen

1. *Unterschiedliche Umwandlungssätze im überobligatorischen Bereich?*

6.1. Unter dem Gesichtswinkel des **Gleichstellungsgesetzes** sind im überobligatorischen Bereich unterschiedliche Umwandlungssätze für Frau und Mann zwar zulässig. Erfolgt die Vorsorge aber zusammen mit einem Arbeitsverhältnis, wird dadurch der Anspruch der ArbeitnehmerIn auf gleiche Arbeitsbedingungen für gleiche Arbeit verletzt. Die von einem tieferen Umwandlungssatz betroffene Arbeitnehmerin hat deshalb gegenüber ihrer Arbeitgeberin Anspruch auf Beseitigung dieser Ungleichheit.

2. *Pensionsanwartschaften als Lohn im Sinne des GIG?*

6.2. Der Aufbau der Altes- Hinterlassenen und Invalidenvorsorge bildet Teil der Gegenleistung für die geleistete Arbeit. Sie sind mit dem Arbeitsverhältnis derart verknüpft, dass **im Verhältnis zwischen den Arbeitnehmenden und der Arbeitgeberin** die Bestimmungen des GIG auch diesen Teil der Entschädigung erfassen. Demgegenüber ist das GIG nicht auf das Verhältnis zwischen Vorsorgenehmer und Vorsorgeeinrichtung anwendbar.

6.3. Es hat sich ergeben, dass ein unterschiedlicher Umwandlungssatz den sich aus dem Gleichstellungsgesetz ergebenden Anspruch auf gleiche Arbeitsbedingungen für gleichwertige Arbeit verletzt.

3. *Abweichung vom Mindestumwandlungssatz im überobligatorischen Bereich?*

6.4. Der Mindestumwandlungssatz nach BVG gilt m.E. für das ganze Altersguthaben, unabhängig davon ob dieses durch obligatorische oder freiwillig erbrachte Beiträge geüfnet worden ist. Es handelt sich aber nur um eine Minimalvorschrift. Der Vorsorgeeinrichtung ist es unbenommen, einen höheren Umwandlungssatz zu vereinbaren. Nur einen tieferen darf sie nicht vorsehen.

*

Bern, 27. Februar 2004

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

⁹⁸ Vorn rz. 3.20. f.

⁹⁹ Mutatis mutandis auch der Mann.

¹⁰⁰ Art. 73 BVG.