

# **BGE BGE 100 IB 137 vom 1. Januar 1974**

Bundesgericht (BGE), 1974-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_100\\_IB\\_137](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_100_IB_137)

FR: BGE BGE 100 IB 137 du 1 janvier 1974

IT: BGE BGE 100 IB 137 del 1 gennaio 1974

## **Regeste**

Regeste Stiftungsaufsicht. Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen an das neue Arbeitsvertragsrecht. 1. Treffen die Organe einer rechtsbeständigen Stiftung eine widerrechtliche Massnahme oder sind einzelne Bestimmungen der Stiftungsurkunde nicht mehr gesetzeskonform, so hat die Aufsichtsbehörde nicht nach Art. 88 Abs. 2 ZGB vorzugehen, sondern von ihrem Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 84 Abs. 2 ZGB Gebrauch zu machen. Dabei ist die Aufsichtsbehörde befugt, unmittelbar einzugreifen und die Stiftungsorgane zur notwendigen Korrektur zu zwingen (Erw. I 2a). 2. Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörde über Stiftungen (Erw. I 2a). 3. Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Zehnten Titel des OR, dem neuen Arbeitsvertragsrecht. Die Frist von fünf Jahren für die Anpassung der Statuten und Reglemente der bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen hat sowohl formelle als auch materielle Wirkung (Erw. III).

Regeste Surveillance des fondations. Adaptation des statuts et règlements d'une institution de prévoyance pour le personnel au nouveau droit du contrat de travail. 1. Si les organes d'une fondation régulièrement constituée prennent une mesure illégale, ou si certaines dispositions de l'acte de fondation ne sont plus conformes à la loi, l'autorité de surveillance ne doit pas procéder selon l'art. 88 al. 2 CC, mais elle doit faire usage de son droit de supervision au sens de l'art. 84 al. 2 CC. En application de ce droit, elle a la possibilité d'intervenir immédiatement et de contraindre les organes de la fondation à apporter la modification nécessaire (consid. I/2a). 2. Recevabilité du recours de droit administratif contre des décisions émanant de l'autorité de surveillance des fondations (consid. I/2a). 3. Interprétation de l'art. 7 al. 2 des dispositions finales et transitoires applicables au titre X du CO relatif au contrat de travail. Le délai de cinq ans prévu pour l'adaptation des statuts et règlements des institutions de prévoyance en faveur du personnel existantes déploie un effet aussi bien formel que matériel (consid. III).

Regesto Vigilanza sulle fondazioni. Adattamento degli statuti e dei regolamenti delle istituzioni di previdenza a favore del personale alle nuove disposizioni in materia di contratto di lavoro. 1. Ove gli organi di una fondazione regolarmente costituita adottino un provvedimento illegittimo, od ove determinate disposizioni dell'atto di fondazione non siano più conformi alla legge, l'autorità di vigilanza non deve procedere secondo l'art. 88 cpv. 2 CC, bensì valersi del suo diritto di supervisione ai sensi dell'art. 84 cpv. 2 CC. In tal guisa essa è autorizzata ad intervenire immediatamente e ad obbligare gli organi della fondazione ad apportare le necessarie modifiche (consid. I 2a). 2. Ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo contro decisioni pronunciate dall'autorità di vigilanza sulle fondazioni (consid. I 2a). 3. Interpretazione dell'art. 7 cpv. 2 delle disposizioni finali e transitorie applicabili al nuovo titolo X, relativo al contratto di lavoro, del CO. Il termine di

cinque anni previsto per l'adattamento degli statuti e dei regolamenti delle istituzioni di previdenza a favore del personale esercita i suoi effetti tanto sul piano formale che su quello materiale (consid. III).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In erster Linie stellt sich die Frage, ob auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten werden kann. Laut Art. 98 lit. g OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen letztinstanzlichen kantonalen Endentscheid zulässig. Im Kanton Basel-Stadt obliegt die Aufsicht über die Stiftungen dem Justizdepartement. Dieses erliess das Zirkularschreiben vom November 1972 und die an die Beschwerdeführerin adressierte Verfügung vom 9. Juli 1973 in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Stiftungen. Nach Art. 11 Ziff. 7 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928 ist der Weiterzug von Verfügungen der Aufsichtsbehörden über Stiftungen an das kantonale Verwaltungsgericht grundsätzlich ausgeschlossen ( BGE 96 I 407 mit Hinweisen). Damit ist der angefochtene Beschluss des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid im Sinne von Art. 98 lit. g OG . Die Beschwerdeführerin macht indessen geltend, das Justizdepartement sei zum Erlass der angefochtenen Verfügung sachlich nicht zuständig gewesen, weil der Entscheid über die in der Verfügung behandelten zivilrechtlichen Fragen allein in die Kompetenz des ordentlichen Zivilrichters falle. Sie behauptet damit sinngemäss, die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches hätten die Aufsichtsbehörde nicht berechtigt, im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion die Art. 331a-331c rev. OR als auf die Pensionskasse anwendbar zu erklären. Ob dies zutrefte, d.h. ob das Justizdepartement und der Regierungsrat im Rahmen ihrer Kompetenzen gehandelt haben, ist daher zunächst zu untersuchen. Wird diese Frage bejaht, so ist im weitem zu prüfen, ob die Vorinstanzen die genannten Bestimmungen zu Recht oder zu Unrecht als in Kraft getreten und deshalb für die Beschwerdeführerin anwendbar erklärt haben.

### **E. 2**

a) Gemäss Art. 84 Abs. 1 ZGB stehen die Stiftungen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Nach Absatz 2 hat die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwendet wird. BGE 100 Ib 137 S. 144 Art. 84 Abs. 2 ZGB schliesst nach Lehre und Rechtsprechung die Befugnis ein, darüber zu wachen, dass das Stiftungsvermögen nach Massgabe der Stiftungsurkunde erhalten bleibe ( BGE 99 Ib 258 f. Erw. 3 mit Hinweisen). Der Inhalt der Stiftungsurkunde und die Anordnungen des Stiftungsrates können indessen nur im Rahmen der Rechtsordnung Bestand haben. Die Aufsichtsorgane sind deshalb nach Lehre und Rechtsprechung auch befugt zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde und die Anordnungen des Stiftungsrates dem Gesetz entsprechen (EGGER, N. 10 zu Art. 84 ZGB ; EBERLE, Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1929, S. 140; Botschaft des Bundesrates zur Ergänzung des Dienstvertrags- und des Stiftungsrechts vom 10. Dezember 1956, BBl 1956 II S. 834; SUTER, Untersuchungen zur Rechtsstellung des Destinatärs von Personalvorsorgestiftungen, ZBJV 1973 S. 374; nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 1960 i.S. Pensionsfonds der Angestellten der Henkel & Co. AG c. Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Erw. 4 und 5). Das Aufsichtsrecht der zuständigen Behörde nach Art. 84 ZGB kann sich daher nicht nur auf die

Prüfung der zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens beschränken. Eine Stiftung, deren Zweck widerrechtlich geworden ist, muss gemäss Art. 88 Abs. 2 ZGB durch den Richter aufgehoben werden, wobei die Aufsichtsbehörde nach Art. 89 ZGB klageberechtigt ist. Diese Bestimmung gelangt jedoch nur zur Anwendung, wenn der Stiftungszweck als solcher, nicht nur eine einzelne Massnahme der Stiftungsorgane, widerrechtlich wurde (EGGER, N. 4 zu Art. 88/89 ZGB). Trifft der Stiftungsrat einer rechtsbeständigen Stiftung eine widerrechtliche Massnahme, so hat die Aufsichtsbehörde nicht das Aufhebungsverfahren nach Art. 88 Abs. 2 ZGB einzuleiten, sondern von ihrem Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 84 ZGB Gebrauch zu machen. Gleich verhält es sich, wenn sich nach einer Gesetzesänderung herausstellt, dass eine einzelne Bestimmung der Stiftungsurkunde mit dem neuen Recht nicht mehr übereinstimmt, ohne dass dadurch der Stiftungszweck als solcher widerrechtlich geworden wäre, oder wenn die Stiftungsorgane eine Anordnung treffen, welche den neuen Bestimmungen widerspricht. Ob dies zutrifft, kann nur auf dem Wege einer Würdigung ermittelt werden. Die Aufsichtsbehörde BGE 100 Ib 137 S. 145 muss daher zur Vornahme einer solchen Würdigung berechtigt sein; sie könnte ihre Aufsichtsfunktion sonst gar nicht erfüllen. Stellt die Aufsichtsbehörde auf Grund der vorgenommenen Würdigung fest, dass eine Anordnung des Stiftungsrates der Stiftungsurkunde oder dem Gesetz widerspricht oder dass eine einzelne Bestimmung der Stiftungsurkunde mit neuen Gesetzesbestimmungen nicht im Einklang steht, so kann sie die Stiftungsorgane, unmittelbar gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB, zur Vornahme der notwendigen Korrektur zwingen ( BGE 99 Ib 259 Erw. 4). Soweit es zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich ist, darf die Aufsichtsbehörde den Stiftungsorganen verbindliche Weisungen erteilen (erwähntes Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 1960, Erw. 4 mit Hinweisen, und BGE 99 Ib 259 ). Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, welche die Aufsichtsbehörden über Stiftungen zum Eingreifen von Amtes wegen ermächtigen, sind nach der Rechtsprechung materiell öffentliches Recht im Sinne von Art. 5 VwG ( BGE 96 I 409 ). Entscheidungen, welche eine Verwaltungsbehörde im Rahmen dieser Befugnisse trifft, sind demnach öffentlich-rechtlicher Natur (Urteil des Bundesgerichtes vom 17. März 1971 in BJM 1971 S. 119; vgl. auch SUTER, a.a.O., S. 357). Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwG sind sie gemäss Art. 97 Abs. 1 OG mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Diese ist somit generell zulässig gegen die von der Aufsichtsbehörde kraft ihrer Stellung getroffenen Verfügungen ( BGE 96 I 409 ). b) Im vorliegenden Fall gelangte das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt zur Ansicht, das teilweise Abweichen der Beschwerdeführerin vom Barauszahlungsverbot widerspreche dem neuen Arbeitsvertragsrecht. Unter diesen Umständen war es berechtigt und verpflichtet, in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Stiftungen gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB einzugreifen und die Stiftungsorgane anzuweisen, den gesetzmässigen Zustand herzustellen. Soweit es dies tat, kam seinem Eingriff öffentlich-rechtlicher Charakter zu. Auf die von der Pensionskasse gegen den Entscheid des Regierungsrates erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb einzutreten.

### **E. 3**

Der unklare Sinn von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen führte zu Unsicherheit über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen von Art. 331a-331c rev. OR für die Personalfürsorgeeinrichtungen. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement äusserte sich bereits am 10. November 1971 auf eine Anfrage hin in dem Sinne, dass die neue Regelung für die Personalfürsorgeeinrichtungen ab 1. Januar 1972 gelte, nach einer ernstzunehmenden abweichenden Auffassung dagegen ab 1. Januar 1973. In der Folge kam

es zu verschiedenen parlamentarischen Vorstössen, bei deren Behandlung sich der Bundesrat zur Frage des Inkrafttretens der neuen Ordnung und der Bedeutung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen äusserte. Mit seiner Antwort auf das Postulat Sauser am 7. Juni 1972 legte sich der Bundesrat noch nicht fest, indem er darauf hinwies, dass bezüglich der Bedeutung der fünfjährigen Frist zur Anpassung der Kassenstatuten bei den beteiligten Kreisen erhebliche Meinungsverschiedenheiten beständen; es lägen BGE 100 Ib 137 S. 152 Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Anpassung eine formelle Angelegenheit sei und der Wirksamkeit der neuen Regelung ab 1. Januar 1972 nicht entgegenstehe; es würden aber auch andere Meinungen vertreten und der Entscheid in dieser Angelegenheit sei Sache des Zivilrichters (Sten. Bull. NR 1972 I S. 781/82). Am 29. Juni, am 13. September und am 4. Dezember 1972 äusserte sich der Bundesrat hingegen im Nationalrat eindeutig in dem Sinne, auf Grund der Entstehungsgeschichte und des Zwecks der Übergangsvorschrift könne sich die fünfjährige Frist nur auf die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente der Pensionskassen beziehen, während sie auf die Regelung der materiellen Ansprüche nach Art. 331a-331c rev. OR nicht anwendbar sei; die neue Freizügigkeitsregelung werde spätestens ab 1. Januar 1973 voll wirksam; von diesem Zeitpunkt an dürften keine Barauszahlungen mehr gemacht werden; für die Revision der Statuten und Reglemente hätten die Pensionskassen jedoch fünf Jahre Zeit; eine offensichtliche Lücke im Freizügigkeitsgefüge des Gesetzes bestehe nicht (Sten. Bull. NR 1972 I S. 1276 und II S. 1879 und 2005). Als der Ständerat im Dezember 1972 die Statuten für die Versicherung des Bundespersonals behandelte, bemerkte der Berichterstatter, die Barauszahlung von Austrittsschädigungen sei nach Art. 331c rev. OR und den entsprechenden Übergangsbestimmungen ab 1. Januar 1973 grundsätzlich untersagt (Sten. Bull. SR 1972 S. 816). Der bundesrätlichen Auslegung schlossen sich u.a. die Kantone Zürich, Bern, St. Gallen und Basel-Stadt sowie die Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden an. Diese empfahl allerdings, die bis 31. Dezember 1972 einbezahlten Arbeitnehmerbeiträge in konkreten Einzelfällen vom Barauszahlungsverbot zu befreien, sofern das Verbot im fraglichen Unternehmen zu zahlreichen Kündigungen führen und dadurch die finanzielle Stabilität der Personalfürsorgestiftung gefährden sollte (SUTER, a.a.O. S. 378/79).

#### **E. 4**

In der Literatur haben sich die Autoren SUTER, a.a.O. S. 381, und MEYER, Arbeitsvertragsrecht und Personalvorsorge, SJZ 1973 S. 230, der bundesrätlichen Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zum neuen Arbeitsvertragsrecht angeschlossen. Dieselbe Meinung sollen auch Hug, der Redaktor des Entwurfs zum Arbeitsvertragsrecht, Merz und Viret vertreten, die alle drei von MEYER, BGE 100 Ib 137 S. 153 a.a.O., zitiert werden. Merz soll sich in einem Vortrag vor dem Bernischen Juristenverein dahin geäußert haben, man lege Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen am besten so aus, dass man ihn als nicht geschrieben betrachte (WOHLMANN, a.a.O. S. 91). Auch MEYER, a.a.O., schlug vor, den genannten Artikel als nicht existent anzusehen. Anderer Meinung bezüglich des Inkrafttretens der neuen Ordnung und der Tragweite von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen als der Bundesrat sind die Autoren SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 121 ff., WOHLMANN, a.a.O. S. 92, und STREIFF, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, S. 250 N. 6. Sie vertreten die Auffassung, Art. 7 Abs. 2 beziehe sich nicht nur auf die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen, sondern auch auf die materielle Anwendung der neuen Rechtsordnung. Damit könnten Arbeitnehmer innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist die

Barauszahlung ihrer Beiträge an die Personalfürsorgeeinrichtung verlangen, sofern diese ihre Statuten und Reglemente der neuen Ordnung noch nicht angepasst habe.

WOHLMANN, a.a.O., führte in diesem Zusammenhang aus, mit Bezug auf Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen sei dem Gesetzgeber ein grobes Versehen unterlaufen, das theoretisch und praktisch keiner befriedigenden Lösung zuzuführen sei; es bleibe nichts anderes übrig, als in grösstmöglicher Annäherung an den Wortlaut und die Praktikabilität des Gesetzes die fragliche Bestimmung so zu interpretieren, dass während einer fünfjährigen Übergangsfrist alle Pensionskassen zum neuen System übergehen müssten.

## **E. 5**

Die vom Bundesrat, der Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden sowie einigen Autoren vorgenommene Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen, der auch die Vorinstanz gefolgt ist, vermag indessen nicht zu befriedigen. Die Unterscheidung zwischen der rein formellen Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen an die neue Ordnung innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist von Art. 7 Abs. 2 und der Einführung der materiellen Regelung innerhalb Jahresfrist ist rechtlich nicht haltbar. a) Bei Art. 7 der Übergangsbestimmungen handelt es sich um eine Norm des intertemporalen Privatrechts. Der Gesetzgeber bezweckte damit, eine gewisse Anpassungsfrist an die BGE 100 Ib 137 S. 154 neue Ordnung zur Verfügung zu stellen, nach deren Ablauf nur noch das neue Recht anzuwenden sein wird (vgl. dazu und zum Folgenden SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 122 f.). In Absatz 1 hat der Gesetzgeber mit Bezug auf die Arbeitsverträge eine kurze Anpassungsfrist von einem Jahr und gegenüber den bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen in Absatz 2 eine längere Übergangsfrist von fünf Jahren vorgesehen. Abgesehen von dem unglücklich gewählten Wort "berechtigt" sind der weitere Wortlaut und der Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 klar. Sie richtet sich an die bestehenden privatrechtlichen Personalfürsorgeeinrichtungen, deren Rechtsgrundlagen innerhalb von fünf Jahren seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes diesem angepasst werden müssen. Soweit es sich bei diesen Fürsorgeeinrichtungen um Stiftungen handelt, wird ihre Organisation durch die Stiftungsurkunde, das Statut und die Ausführungsreglemente bestimmt. In diesen Grundlagen sind auch die Leistungen der Fürsorgeeinrichtung, die Beitragspflichten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer sowie die Ansprüche der Destinatäre verankert. In der Regel wird darin ein Rechtsanspruch der Begünstigten und ein Klagerecht gegen die Stiftung anerkannt. Die in Art. 7 Abs. 2 vorgesehene Anpassung an die neue Regelung der Art. 331a-331c rev. OR kann daher nicht formlos geschehen. Um das Barauszahlungsverbot einzuführen, muss das für die Änderung der Rechtsgrundlagen der Stiftung vorgesehene Verfahren eingehalten werden, wie auch Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen dies vorsieht. Erst wenn diese Rechtsgrundlagen nach formell durchgeführter Revision mit dem neuen Recht materiell übereinstimmen, ist die Anpassung vollzogen. Solange aber die massgebenden Statuten und Reglemente der Fürsorgeeinrichtungen nicht abgeändert worden sind, werden die Ansprüche der Destinatäre darin verbindlich geregelt. Der Arbeitnehmer darf seine Ansprüche gestützt auf die für ihn geltende reglementarische Ordnung durchsetzen und den neuen Gesetzesvorschriften entgegenhalten (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 122 unten). Die Anwendung dieser Vorschriften bedeutet für ihn entgegen der Auffassung der Vorinstanz einen Eingriff in wohlerworbene Rechte (vgl. IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 341 I). Das Bundesgericht hat schon ausdrücklich erklärt, dass der Anspruch des BGE 100 Ib 137 S. 155 Arbeitnehmers gegenüber einer privaten Pensionskasse auf Leistung der Rente vom

Eintritt des Versicherungsfalles an die Eigenschaft eines wohlverworbenen Rechtes besitzt ( BGE 80 II 130 und BGE 61 II 175 ff.). Dasselbe muss aber gelten, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch auch in der Weise durchsetzen kann, dass ihm bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses seine eigenen Beiträge an die Fürsorgeeinrichtung ausbezahlt werden. Er hat unter Umständen diese Beiträge während Jahren im Vertrauen darauf geleistet, dass er eines Tages einen ansehnlichen Betrag herausverlangen kann, wenn er seine Stelle kündigen wird, weil er eine Änderung seiner Lebensverhältnisse ins Auge gefasst hat, wie beispielsweise die Aufgabe der beruflichen Tätigkeit infolge Heirat, die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die Gründung eines eigenen Geschäftes, die Auswanderung etc. In diesen Fällen wird er die fragliche Summe in seine Zukunftspläne miteinbezogen haben. Dieser Arbeitnehmer sieht sich durch die neue Regelung von Art. 331c rev. OR in seinem Vertrauen getäuscht. Ein solcher Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse darf nicht ohne eine angemessene Übergangszeit erfolgen, in der die Betroffenen ihre Rechte wahrnehmen können. Der neue Rechtszustand muss ihnen durch eine Statutenrevision, bei der sie möglicherweise ein Mitspracherecht haben, vor Augen geführt werden. Auf alle Fälle müssen sie aber die Möglichkeit haben, durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Barauszahlung der geleisteten Beiträge vor Inkrafttreten der neuen Ordnung doch noch zu realisieren, wofür eine nur kurze Übergangszeit nicht genügen würde. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen eine Frist von fünf Jahren für die Anpassung der massgebenden Statuten und Reglemente vorgesehen, die sowohl formelle als auch materielle Wirkung haben muss (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 123). Anders wäre die Rechtslage nur dann, wenn die Rechte der Begünstigten durch eine zwingende Gesetzesvorschrift mit Wirkung ab 1. Januar 1973 eingeschränkt würden. Dies ist aber nicht der Fall. Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen gilt nur für das Verhältnis zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages. Die Beziehungen der Fürsorgeeinrichtungen zu den Arbeitnehmern werden in Absatz 2 geregelt, der eine Anpassungsfrist von fünf Jahren vorsieht. BGE 100 Ib 137 S. 156 Dass Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen die Personalfürsorgeeinrichtungen nur als "berechtigt" und nicht etwa als verpflichtet bezeichnet, ihre Statuten und Reglemente den neuen Vorschriften von Art. 331a-331c rev. OR anzupassen, wird in der Literatur mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der neuen Gesetzesbestimmungen erklärt, indem der Gesetzgeber bei der Bereinigung des endgültigen Gesetzestextes versehentlich unterlassen habe, die Kannvorschrift von Art. 7 Abs. 2 in eine Mussvorschrift umzuwandeln (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 123, und WOHLMANN, a.a.O. S. 92). Dazu ist jedoch zu bemerken, dass der Wortlaut der fraglichen Bestimmung auch schon im Gesetzesentwurf des Bundesrates nicht eben sinnvoll schien. Wenn die Personalfürsorgeeinrichtungen berechtigt sein sollten, die im Entwurf vorgesehene neue Regelung zu übernehmen, so ist nicht einzusehen, weshalb diese Berechtigung dann auf fünf Jahre beschränkt werden müsste. Die Vorschriften von Art. 331a Abs. 1 und 2 des Entwurfes wurden jedoch als relativ zwingend erklärt, d.h. sie durften nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Schon daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber trotz des Ausdrucks "berechtigt" in Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der Meinung war, es werde den Personalfürsorgeeinrichtungen eine Frist von fünf Jahren gewährt, um ihre Reglemente der neuen Ordnung anzupassen, welche die Pflicht zur Erhaltung der Vorsorgeansprüche in den Vordergrund rückte und die Barauszahlung der vom Arbeitnehmer geleisteten Beiträge nur noch subsidiär vorsah; denn die zwingende Ausgestaltung dieser Bestimmungen hätte sonst gar keinen Sinn gehabt. Das

ganze System des Gesetzesentwurfes verstärkt noch den Eindruck, dass Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen richtigerweise als Mussvorschrift zu verstehen ist. Der Bundesrat beabsichtigte denn auch, mit der neuen Regelung im Entwurf die Personalfürsorgeeinrichtungen zu veranlassen, in steigendem Masse die durch Arbeitgeberbeiträge oder aus Mitteln der Fürsorgeeinrichtung selbst finanzierten Vorsorgeansprüche ihrem individuellen Fürsorgezweck zu erhalten (BB1 1967 II S. 362). Nachdem die eidgenössischen Räte in der parlamentarischen Beratung des Gesetzesentwurfes durch Einfügung der Art. 331b und 331c rev. OR die Barauszahlung der Arbeitnehmerbeiträge mit einer geringfügigen Ausnahme ausgeschlossen und das Recht des Arbeitnehmers BGE 100 Ib 137 S. 157 auf künftige Vorsorgeleistungen allgemein verpflichtend eingeführt haben, erscheint es umso eher angebracht, Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen im Sinne einer Mussvorschrift auszulegen (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 123). Diese Auslegung ist der natürlichste und naheliegendste Weg zur Beseitigung des Widerspruchs zwischen dem zwingenden Gesetzesrecht von Art. 331c Abs. 1 und 2 rev. OR und der Übergangsbestimmung von Art. 7 Abs. 2. Sie entspricht auch am ehesten dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Ein weiterer Vorteil dieser Interpretation besteht darin, dass den Personalfürsorgeeinrichtungen damit die nötige Zeit für die Umstellung ihres Betriebes eingeräumt wird; denn die Einführung des Barauszahlungsverbotest ist für sie mit umfangreichen administrativen Arbeiten und versicherungstechnischen Studien verbunden. Im übrigen hat der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Personalfürsorgewesens schon wiederholt eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen. Dies war der Fall bei der Einführung der Wohlfahrtsfonds in Art. 3 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum revidierten Obligationenrecht sowie im Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Dienstvertrags- und Stiftungsrechts (Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal) vom 21. März 1958, welches die Art. 343bis OR und Art. 89bis ZGB einfügte und in Ziffer III Abs. 1 und 2 eine Übergangsbestimmung enthielt, die ebenfalls Anpassungszeiten von fünf Jahren festsetzte. b) Demgegenüber hält die Argumentation des angefochtenen Entscheides einer kritischen Überprüfung nicht stand. Da die Vorinstanz davon ausging, dass die Übergangsbestimmung von Art. 7 Abs. 2 nur eine Anweisung zur formellen Anpassung der Statuten und Reglemente enthalte, auf die Frage nach der materiellen Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen von Art. 331a-331c rev. OR aber keine Antwort gebe, nahm sie an, es bestehe eine Lücke im Gesetz. Diese Gesetzeslücke sei in analoger Anwendung von Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen auszufüllen, so dass die neue Ordnung materiell mit Wirkung ab 1. Januar 1973 anwendbar sei. Das Bestehen einer Gesetzeslücke darf nicht leichthin angenommen werden. Darunter versteht man das Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung, indem der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen ( BGE 87 II 361 ). Eine Lücke ist nur dann gegeben, wenn dem BGE 100 Ib 137 S. 158 Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann ( BGE 83 III 152 ) und wenn sich auch auf dem Wege analoger Anwendung bestehender Rechtssätze keine Lösung finden lässt ( BGE 94 I 308 Erw. 2). Werden diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht, so zeigt sich, dass eine Gesetzeslücke nicht besteht. Dem Gesetz kann nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen eine passende Vorschrift entnommen werden, indem die etwas missglückte Formulierung auf dem Wege der Interpretation als Mussvorschrift gedeutet wird. Diese richtet sich an die bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen, und Art. 331c wird darin neben Art. 331a und 331b

ausdrücklich erwähnt (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 124). Aber selbst wenn man annehmen wollte, Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen sei aus Versehen stehen geblieben und sollte eigentlich als gegenstandslos geworden gestrichen werden, wie es in der Literatur von MERZ (siehe WOHLMANN, a.a.O. S. 91) und MEYER, a.a.O. S. 230, vertreten wurde, wäre keine Gesetzeslücke gegeben. Nach Art. 1 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Obligationenrecht finden die Vorschriften des Schlusstitels des ZGB auch auf dieses Gesetz Anwendung. Art. 1 SchlT ZGB bestimmt jedoch, dass die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, auch weiterhin dem bisherigen Recht unterstellt bleiben. In diesem Zusammenhang wird zwar auch auf Art. 2 SchlT ZGB verwiesen, wonach die Bestimmungen des Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt werden, mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finden, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme vorsieht. SUTER, a.a.O. S. 380, betrachtet die neue Freizügigkeitsregelung als um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt, da sie zwingendes Recht darstelle. Die zwingende Natur einer Vorschrift genügt indessen noch nicht, um ihren Ordre-public-Charakter zu bejahen ( BGE 93 II 382 Erw. 4a). Die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit rechtfertigen die rückwirkende Anwendung einer Norm erst dann, wenn diese zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört, d.h. grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert (BROGGINI, BGE 100 Ib 137 S. 159 Intertemporales Privatrecht, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, S. 451). Gewiss verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung des Barauszahlungsverbot in Art. 331c rev. OR ein sozialpolitisches Ziel und liegt der Ausbau der Vorsorgeeinrichtungen im öffentlichen Interesse. Damit kann aber noch nicht gesagt werden, dass die bisherige Regelung, welche die Barauszahlung der vom Arbeitnehmer geleisteten Beiträge an die Personalfürsorgeeinrichtung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zulies, gegen die öffentliche Ordnung verstosse und mit den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung unvereinbar sei. Dies kann umso weniger der Fall sein, als die meisten öffentlichen Pensionskassen, u.a. diejenige des Bundes, die Barauszahlung heute noch allgemein zulassen. Wäre übrigens Art. 2 SchlT ZGB anwendbar, so hätte das zwingende neue Recht mit Bezug auf die Personalfürsorgeeinrichtungen mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes am 1. Januar 1972 zur Anwendung gelangen müssen und nicht erst am 1. Januar 1973, wie die Vorinstanz angenommen hat. Wollte man aber schliesslich doch die Existenz einer Gesetzeslücke bejahen, so wäre nicht einzusehen, weshalb sie in analoger Anwendung von Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen, der einen ganz andern Sachverhalt ins Auge fasst, auszufüllen wäre. Diese Bestimmung bezieht sich ausdrücklich auf die bestehenden Arbeitsverträge und damit auf das Verhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer. Die Anpassung dieser Verträge an die neue Freizügigkeitsregelung ist relativ einfach, so dass sie innert der Frist von einem Jahr vorgenommen werden kann. Im Gegensatz dazu können sich bei der Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen komplizierte versicherungstechnische Probleme ergeben, die schon aus praktischen Gründen kaum innert einem Jahr gelöst werden können (WOHLMANN, a.a.O. S. 91). Wenn schon von Lückenausfüllung die Rede ist, wäre es naheliegender, auf das Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Dienstvertrags- und Stiftungsrechts (Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal) vom 21. März 1958 zurückzugreifen, das in Ziffer III Abs. 1 und 2 eine Frist von fünf Jahren für die Anpassung an die damals eingefügten Art. 343bis OR . und Art. 89bis ZGB (ausgenommen Absatz 4) vorsah. Diese Bestimmungen hätten gegenüber dem von der

Vorinstanz zur Lückenausfüllung herangezogenen Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen BGE 100 Ib 137 S. 160 den Vorteil, dass sie sich auf einen dem hier zu regelnden wirklich analogen Fall beziehen. c) Nach der vorgenommenen Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zum neuen Arbeitsvertragsrecht kommt dieser Vorschrift sowohl formelle als auch materielle Bedeutung zu. Zudem hat sie für die bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen verpflichtenden Charakter. Diese haben somit seit dem Inkrafttreten des neuen Arbeitsvertragsrechts am 1. Januar 1972 fünf Jahre Zeit, um das Barauszahlungsverbot der Arbeitnehmerbeiträge bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses einzuführen. Zuzugeben ist, dass mit einer Übergangsfrist von fünf Jahren auch gewisse Nachteile verbunden sind. Der Hauptnachteil besteht darin, dass auf diese Weise die neue Freizügigkeitsregelung nicht für alle Personalfürsorgeeinrichtungen gleichzeitig in Kraft tritt, sondern es den einzelnen Institutionen überlassen bleibt, ob sie die Anpassung ihrer Statuten und Reglemente schon bald nach dem 1. Januar 1972 oder erst gegen Ende der Frist vornehmen wollen, was zu einer unübersichtlichen Situation im Gebiete des Personalfürsorgewesens führen kann. Dieser Mangel war jedoch bereits im System des Gesetzesentwurfes enthalten, wenn auch mit weniger schwerwiegenden Folgen, nachdem der Entwurf die Freizügigkeitsregelung nicht obligatorisch erklärt, sondern nur in den Vordergrund gerückt hatte. Im übrigen wird dieser Nachteil etwas gemildert durch den Umstand, dass sehr viele Personalfürsorgeeinrichtungen die Anpassung an das neue Recht erst gegen Ende der fünfjährigen Frist vornehmen werden, wodurch wieder eine gewisse Übereinstimmung erreicht werden wird. Von der Vorinstanz wird ferner geltend gemacht, eine einjährige Übergangsfrist erweise sich auch im Hinblick auf die kommende Gesetzgebung über die obligatorische berufliche Vorsorge als zweckmässig und sinnvoll. Das Gesetz vom 25. Juni 1971 stelle eine Vorstufe für ein neues Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (die sog. zweite Säule) dar, das vor Ende 1976 in Kraft treten werde. Die neue Regelung im Bundesgesetz vom 25. Juni 1971, d.h. die Art. 331a-331c rev. OR, hätte aber gar keinen Sinn, wenn sie selber erst in diesem Zeitpunkt eingeführt sein werde. Nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge wird jedoch dieses Bundesgesetz über die obligatorische berufliche BGE 100 Ib 137 S. 161 Vorsorge kaum vor 1977 in Kraft treten. Es bildet daher keinen Grund, die Einführung von Massnahmen zu beschleunigen, für die der Gesetzgeber trotz der missglückten Formulierung eine Frist von fünf Jahren vorgesehen hat. Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die einjährige Übergangsfrist zur Einführung des Barauszahlungsverbot in der Praxis offenbar nicht bewährt hat, empfahl doch die Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden in einer anlässlich ihrer Jahrestagung von 1972 gefassten Resolution eine Ausnahme vom Barauszahlungsverbot für Arbeitnehmerbeiträge, welche bis zum 31. Dezember 1972 einbezahlt worden sind, sofern bei Handhabung des Verbotes im konkreten Fall die Gefahr zahlreicher Kündigungen bestehe und dadurch die finanzielle Stabilität der Personalfürsorgestiftung in Frage gestellt werde (SUTER, a.a.O. S. 379). Das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt musste als Aufsichtsbehörde bei der Anwendung von Art. 331c rev. OR ebenfalls verschiedene Ausnahmen zulassen, wie dem angefochtenen Entscheid zu entnehmen ist. Auch wenn die Vorinstanz diese Praxis der Aufsichtsbehörde lediglich als differenzierte Handhabung des Barauszahlungsverbot bezeichnet, so wird damit eben doch offenbar, dass eine Übergangsfrist von nur einem Jahr auch den Bedürfnissen des Alltags zu wenig Rechnung trägt. Die Art. 331a-331c rev. OR sind nach dem Ausgeführten für die Beschwerdeführerin noch nicht in Kraft getreten. Die Entscheide der beiden Vorinstanzen sind damit

bundesrechtswidrig. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.