

# Vorzeitige Pensionierung – Arbeits- und vorsorgerechtliche Aspekte

Alfred Blesi

## Inhalt

I.	Pensionierung und Aufgabe der Erwerbstätigkeit.....	132
II.	Ordentliche Pensionierung nach AHVG und in der beruflichen Vorsorge.....	133
III.	Vorzeitige Pensionierung nach AHVG.....	134
IV.	Vorzeitige Pensionierung in der beruflichen Vorsorge.....	134
	1. Nach Gesetz und Reglement.....	134
	2. Schranken .....	135
	3. Ausnahme bei betrieblicher Restrukturierung .....	136
	a) Zum Begriff der „betrieblichen Restrukturierung“ .....	136
	b) Erfordernis der reglementarischen Grundlage.....	137
	c) Mindestalter? .....	138
V.	„Vorzeitige Pensionierung“ durch den Arbeitgeber?.....	138
VI.	Beendigung des Arbeitsvertrags im vorpensionierungsfähigen Alter.....	140
VII.	Erwerbstätigkeit nach vorzeitiger Pensionierung.....	142
	1. Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber .....	142
	2. Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit beim gleichen Arbeitgeber .....	143
	3. Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit bei einem Arbeitgeber, welcher derselben Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist .....	144
	4. Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.....	145
VIII.	Externe Mitgliedschaft.....	146
IX.	Ausfinanzierung von Rentenkürzungen und Gleichbehandlung.....	148

Mit der vorzeitigen Pensionierung erfüllt sich ein Arbeitnehmer den Wunsch, seine Erwerbstätigkeit vor dem ordentlichen Rücktrittsalter aufzugeben oder zu reduzieren. Der Anstoss zu einer vorzeitigen Pensionierung kann aber auch vom Arbeitgeber ausgehen, insbesondere wenn sich dieser anlässlich einer Unternehmenssanierung von älteren Mitarbeitenden trennen muss oder will. In beiden Situationen stellen sich aus rechtlicher Sicht interessante Fragen an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, die im Folgenden näher betrachtet werden sollen.

## **I. Pensionierung und Aufgabe der Erwerbstätigkeit**

In der Praxis fallen die Aufgabe der Erwerbstätigkeit und der Zeitpunkt des Erreichens des Pensionierungsalters in der AHV und in der beruflichen Vorsorge recht häufig auseinander. So können Personen ihre Erwerbstätigkeit bereits vor Erreichen des frühest möglichen oder des ordentlichen Pensionierungsalters aufgeben. Umgekehrt bleiben frühzeitig oder ordentlich Pensionierte oftmals erwerbstätig oder nehmen ihre Erwerbstätigkeit beim selben oder bei einem anderen Arbeitgeber wieder auf. Nicht selten sind Pensionierte auch selbstständig erwerbstätig. Um die verschiedenen Fragen rund um die vorzeitige Pensionierung zu verstehen und einordnen zu können, ist es wichtig, die Begriffe „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, „Aufgabe der Erwerbstätigkeit“ und „Pensionierung“ auseinanderzuhalten.

Der Begriff „Aufgabe der Erwerbstätigkeit“ ist zivilrechtlich geprägt und bedeutet die Beendigung einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit. Bei Beendigung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit wird ein Arbeitsvertrag beendet. Das Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters nach AHVG und/oder in der beruflichen Vorsorge führt nicht automatisch zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Um ein Arbeitsverhältnis auf den Zeitpunkt, in dem der Anspruch auf Altersleistungen der AHV und/oder der beruflichen Vorsorge entsteht, zu beenden, muss eine Kündigung ausgesprochen oder ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen werden. Möglich ist auch, die Laufzeit eines Arbeitsvertrags auf den Zeitpunkt des Erreichens des ordentlichen Pensionierungsalters nach AHVG oder gemäss Vorsorgereglement zu befristen.

Bei selbstständiger Erwerbstätigkeit ergibt sich die Beendigung der Erwerbstätigkeit aus der tatsächlichen Aufgabe der auf Erwerb ausgerichteten Tätigkeit.

## **II. Ordentliche Pensionierung nach AHVG und in der beruflichen Vorsorge**

Der Begriff „Pensionierung“ ist sozialversicherungsrechtlich geprägt und bedeutet, dass eines der von den Sozialversicherungen gedeckten Risiken, der „Vorsorgefall Alter“, eintritt.

Der Anspruch auf eine Altersrente der AHV entsteht nach Vollendung des 64. Altersjahrs für Frauen bzw. des 65. Altersjahrs für Männer<sup>1</sup>.

Die ordentliche Pensionierung in der obligatorischen beruflichen Vorsorge ist analog zu derjenigen in der AHV geregelt. Der Anspruch auf Altersleistungen beginnt, wenn Männer das 65. Altersjahr bzw. Frauen das 64. Altersjahr zurückgelegt haben<sup>2</sup>. Nach Art. 13 Abs. 2 BVG kann eine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement bestimmen, dass der Anspruch auf Altersleistungen bereits mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit entsteht. Die ordentliche Pensionierung in der beruflichen Vorsorge erfolgt in diesem Fall vor derjenigen in der AHV.

Die Ausrichtung der Vorsorgeleistung in der Form einer Altersrente wird vom Gesetzgeber als Regelfall bezeichnet<sup>3</sup>. Eine vollständige oder teilweise Auszahlung des angesparten Altersguthabens in Kapitalform soll indessen möglich sein, wenn sie reglementarisch vorgesehen ist<sup>4</sup>. Der Versicherte hat (auch ohne reglementarische Grundlage) einen gesetzlichen Anspruch, mindestens einen Viertel seines BVG-Altersguthabens in Kapitalform zu bezie-

---

<sup>1</sup> Art. 21 Abs. 1 AHVG.

<sup>2</sup> Art. 13 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 62a BVV 2.

<sup>3</sup> Art. 37 Abs. 1 BVG.

<sup>4</sup> Art. 37 Abs. 4 lit. a BVG.

hen<sup>5</sup>. Mit der vollständigen Auszahlung des Altersguthabens in Kapitalform wird das Vorsorgeverhältnis beendet.

### **III. Vorzeitige Pensionierung nach AHVG**

Die Altersrente der AHV kann ein oder zwei ganze Jahre vorbezogen werden<sup>6</sup>. Dabei wird die Altersrente pro Vorbezugsjahr um 6.8% gekürzt. Frauen mit den Jahrgängen 1939 bis 1947 mussten nur eine hälftige Kürzung von 3.4% pro Vorbezugsjahr hinnehmen<sup>7</sup>. Diese Übergangsbestimmung galt für Frauen, die bis zum 31. Dezember 2009 vom Rentenvorbezug Gebrauch machten.

Eine soziale Abfederung von vorzeitigen Pensionierungen wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur 11. AHV-Revision diskutiert<sup>8</sup>. Die Revision scheiterte aber in der Schlussabstimmung des Nationalrates im Oktober 2010.

### **IV. Vorzeitige Pensionierung in der beruflichen Vorsorge**

#### **1. Nach Gesetz und Reglement**

In der beruflichen Vorsorge besteht für eine vorzeitige Pensionierung eine grössere Flexibilität als in der AHV. Gesetzliche Grundlage für die Ermöglichung einer vorzeitigen Pensionierung ist Art. 13 Abs. 2 BVG. Gestützt auf diese Bestimmung kann eine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement bestimmen, dass der Anspruch auf Altersleistungen bereits mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit entsteht. Die Vorsorgeeinrichtung ist indessen nicht verpflichtet, Pensionierungen vor dem gesetzlich vorgesehenen Rücktrittsalter<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Art. 37 Abs. 2 BVG.

<sup>6</sup> Art. 40 Abs. 1 AHVG.

<sup>7</sup> Schlussbestimmung d) der Änderung vom 7. Oktober 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997 (10. AHV-Revision).

<sup>8</sup> Geschäft 05.093.

<sup>9</sup> Art. 13 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 62a BVV 2.

zu ermöglichen; die Versicherten haben daher keinen gesetzlichen Anspruch auf vorzeitige Pensionierung<sup>10</sup>.

Art. 13 Abs. 2 BVG ist somit gleichzeitig Grundlage sowohl für eine Abweichung vom gesetzlichen Rentenalter<sup>11</sup> als auch für eine vorzeitige Pensionierung. Eine Vorsorgeeinrichtung kann in ihrem Reglement also beispielsweise bestimmen, dass das ordentliche Pensionierungsalter nach zurückgelegtem 63. Altersjahr erreicht wird und dass eine vorzeitige Pensionierung ab dem 60. Altersjahr möglich ist.

## 2. Schranken

Seit der letzten Etappe der ersten BVG-Revision sind einer Vorsorgeeinrichtung bei der Regelung der vorzeitigen Pensionierung insofern Schranken gesetzt, als das Reglement einen Altersrücktritt frühestens ab dem vollendeten 58. Altersjahr gestatten darf<sup>12</sup>. Der Bundesrat hat damit die ihm vom Gesetzgeber eingeräumte Kompetenz zur Festsetzung eines Mindestalters genutzt<sup>13</sup>. Für die Implementierung dieser Regelung wird den Vorsorgeeinrichtungen eine Übergangsfrist bis 31. Dezember 2010 gewährt.

Der Bundesrat liess sich bei der Festsetzung eines Mindestalters zur vorzeitigen Pensionierung von verschiedenen Motiven leiten. Zum einen berücksichtigte er damit die allgemeine demographische Entwicklung. Zum andern war ihm eine möglichst hohe Erwerbsbeteiligung wichtig, weshalb er Anreize für ein frühes Ausscheiden aus dem Erwerbsleben beseitigen wollte<sup>14</sup>. Auch steuerliche Überlegungen mögen bei der Festsetzung eines Mindestalters eine Rolle gespielt haben. Eine vorzeitige Pensionierung im frühen Alter

---

<sup>10</sup> STAUFFER HANS-ULRICH, Tücken bei der vorzeitigen Pensionierung, SPV 10/2009, 35.

<sup>11</sup> Art. 13 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 62a BVV 2.

<sup>12</sup> Art. 1i BVV 2, in Kraft seit 1. Januar 2006.

<sup>13</sup> Art. 1 Abs. 3 BVG.

<sup>14</sup> Bundesamt für Sozialversicherungen, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 83, 20.

wird, verbunden mit der Möglichkeit der Ausfinanzierung der Leistungskürzungen, als potentiell missbräuchliche Steueroptimierung betrachtet<sup>15</sup>.

### 3. Ausnahme bei betrieblicher Restrukturierung

Art. 1i BVV 2 regelt zwei Ausnahmen vom frühest möglichen Vorpensionierungsalter. Altersrücktritte sind vor dem 58. Altersjahr zulässig bei betrieblichen Restrukturierungen<sup>16</sup> und bei Arbeitsverhältnissen, in denen frühere Altersrücktritte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vorgesehen sind<sup>17</sup>. In den Erläuterungen zum 3. Paket der 1. BVG-Revision des BSV finden sich keine weiterführenden Hinweise zum Hintergrund dieser beiden Ausnahmebestimmungen<sup>18</sup>.

#### a) Zum Begriff der „betrieblichen Restrukturierung“

Der Begriff der „betrieblichen Restrukturierung“ wird auch in Art. 53b Abs. 1 lit. b BVG verwendet. Nach dieser Bestimmung sind die Voraussetzungen einer Teilliquidation u.a. dann vermutungsweise erfüllt, wenn eine Unternehmung restrukturiert wird. Es ist sachgerecht, für den Ausnahmetatbestand nach Art. 1i BVV 2 denselben Begriff der betrieblichen Restrukturierung zu verwenden<sup>19</sup>.

Der Begriff der betrieblichen Restrukturierung nach Art. 53b Abs. 1 lit. b BVG beinhaltet sowohl quantitative wie qualitative Aspekte; er impliziert neben einer Änderung der Unternehmensstruktur auch einen Personalab-

---

<sup>15</sup> ZÜGER MARINA, Steuerliche Missbräuche nach Inkrafttreten der 1. BVG-Revision, ASA 75 (2007), 528.

<sup>16</sup> Art. 1i Abs. 2 lit. a BVV 2.

<sup>17</sup> Art. 1i Abs. 2 lit. b BVV 2; dazu weiterführend: BRECHBÜHL JÜRIG, Der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand, in: SCHAFFHAUSER/STAUFFER (Hrsg.), BVG-Tagung 2007, St. Gallen 2008, 79 f.

<sup>18</sup> Bundesamt für Sozialversicherungen, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 83, 20.

<sup>19</sup> So auch BRECHBÜHL (FN 17), 77; WENGER CHRISTIAN, Probleme rund um die vorzeitige Pensionierung in der beruflichen Vorsorge, Zürich/Basel/Genf 2009, 56.

bau<sup>20</sup>. Das quantitative Element, d.h. der Umfang der Personalreduktion, ist indessen weniger zu gewichten, denn der Fall einer erheblichen Verminderung der Belegschaft ist bereits in Art. 53b Abs. 1 lit. a BVG vorgesehen. Das Bundesgericht hielt fest, dass organisatorische Änderungen, die keine vollständige oder teilweise Schliessung eines Unternehmensteils und keine damit verbundene Personalreduktion zur Folge haben, sondern sich in einer Umgestaltung der Führungsstrukturen erschöpfen, nicht als Unternehmensrestrukturierung gelten<sup>21</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht erwägt dagegen in einem jüngeren Entscheid unter Bezugnahme auf Entscheide der damaligen Beschwerdekommision BVG, eine betriebliche Restrukturierung im Sinne von Art. 53b Abs. 1 lit. b BVG könne selbst dann vorliegen, wenn kein Personalabbau damit verbunden ist<sup>22</sup>. Wann eine betriebliche Restrukturierung vorliegt, beurteilt sich demnach im Einzelfall in erster Linie nach dem qualitativen Element der durch die Restrukturierung ausgelösten organisatorischen Änderung.

Die (quantitativen) Voraussetzungen einer Massenentlassung nach Art. 335d OR, die gelegentlich als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer betrieblichen Restrukturierung herangezogen werden<sup>23</sup>, sind für die Beurteilung des quantitativen Elements nur bedingt tauglich. Die obligationenrechtliche Regelung der Massenentlassung hat einen anderen Hintergrund als die vorsorgerechtlichen Bestimmungen zur vorzeitigen Pensionierung und Teilliquidation. Dies kommt schon darin zum Ausdruck, dass für die Definition der Massenentlassung nach Art. 335d OR nur die innerhalb einer kurzen Zeitperiode von 30 Tagen ausgesprochenen Kündigungen zu beachten sind<sup>24</sup>.

#### *b) Erfordernis der reglementarischen Grundlage*

Will eine Vorsorgeeinrichtung gestützt auf Art. 1i Abs. 2 BVV 2 vorzeitige Pensionierungen vor dem vollendeten 58. Altersjahr ermöglichen, ist dafür

---

<sup>20</sup> VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Berufliche Vorsorge, Zürich 2009, N 14 zu Art. 53b BVG mit Verweis auf verschiedene Urteile.

<sup>21</sup> BGer 2A.48/2003 vom 26. Juni 2003, Erw. 3.2, beziehungsweise auf Art. 23 Abs. 4 lit. b FZG, der durch Art. 53b Abs. 1 lit. b BVG ersetzt wurde.

<sup>22</sup> BVerwGer C-4814/2007 vom 3. April 2009, Erw. 9.3.3.

<sup>23</sup> WENGER (FN 19), 56; BRECHBÜHL (FN 17), 78.

<sup>24</sup> GEISER THOMAS, Teilliquidationen bei Pensionskassen, ST 2007, 84.

eine reglementarische Grundlage erforderlich<sup>25</sup>. Dies kann implizit auch aus dem Wortlaut von Art. 1i Abs. 1 BVV 2 hergeleitet werden, wonach das Mindestalter für den Altersrücktritt im Reglement festzulegen ist. Das Erfordernis der reglementarischen Grundlage für eine vorzeitige Pensionierung (vor dem vollendeten 58. Altersjahr) ergibt sich aber auch aus dem Grundsatz der Planmässigkeit gemäss Art. 1g BVV 2. Diese Bestimmung verlangt, dass die Anspruchsvoraussetzungen der verschiedenen Leistungen im Reglement genau festzulegen sind. Ein Entscheiden von Fall zu Fall, ob schon vor dem vollendeten 58. Altersjahr vorzeitige Pensionierungen ermöglicht werden sollen, würde den Grundsatz der Planmässigkeit verletzen.

c) *Mindestalter?*

Es stellt sich weiter die Frage, ob für eine vorzeitige Pensionierung vor dem vollendeten 58. Altersjahr gestützt auf Art. 1i Abs. 2 BVV 2 ein absolutes Mindestalter zu beachten ist. Eine entsprechende Limite fehlt und es sind keine Hinweise für ein solches Mindestalter ersichtlich<sup>26</sup>. Im Fall einer betrieblichen Restrukturierung dürften aber in aller Regel finanzielle Gründe dazu führen, dass vorzeitige Pensionierungen zu tragbaren Bedingungen ohnehin nur wenige Jahre vor dem Alter 58 realisiert werden können.

## V. „Vorzeitige Pensionierung“ durch den Arbeitgeber?

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sich ein Arbeitgeber bei seinem Entscheid, Mitarbeitende vorzeitig zu pensionieren, innerhalb der vorsorgerechtlichen Rahmenbedingungen, wie sie sich aus dem Gesetz und dem Reglement der Vorsorgeeinrichtung ergeben, bewegen muss. Der Grundsatz der Planmässigkeit nach Art. 1 Abs. 3 BVG und Art. 1g BVV 2 schliesst die Zusprechung von Leistungen, die nicht vom Reglement vorgesehen sind, aus<sup>27</sup>. Die Vorsorgeeinrichtung darf daher keine vorzeitigen Pensionierungen

---

<sup>25</sup> WENGER (FN 19), 57.

<sup>26</sup> So auch WENGER (FN 19), 57, der jedenfalls vorzeitige Pensionierungen ab vollendetem 55. Altersjahr als unproblematisch bezeichnet.

<sup>27</sup> VETTER-SCHREIBER (FN 20), N 1 zu Art. 1g BVV 2.



durchführen, wenn solche gemäss Reglement nicht oder erst ab einem späteren Rücktrittsalter möglich sind.

Können Mitarbeitende keine Altersleistungen der Vorsorgeeinrichtung vorzeitig beziehen, bleibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, betriebliche Vorruhestandsleistungen zu erbringen. Eine solche Lösung sollte im Grunde genommen nicht als vorzeitige Pensionierung bezeichnet werden, da sie rein zivilrechtlicher Natur ist und die sozialversicherungsrechtliche Altersvorsorge grundsätzlich nicht betrifft. Aus zivilrechtlicher Sicht stellt sich die interessante Frage, wie betriebliche Vorruhestandsleistungen zu qualifizieren sind.

Zu beurteilen ist, ob bei Ausrichtung von betrieblichen Vorruhestandsleistungen das Arbeitsverhältnis unter Ausklammerung der Arbeitspflicht weiter besteht oder ob die arbeitsvertraglichen Beziehungen beendet sind und lediglich nachvertragliche Rentenverpflichtungen der ehemaligen Arbeitgeberin bestehen. Das Bundesgericht hält zur betrieblichen Vorruhestandsregelung einer Arbeitgeberin fest, dass damit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und – als Gegenleistung dafür – die Ausrichtung von monatlichen Ruhegehältern vereinbart worden sei<sup>28</sup>. Es wäre durchaus vorstellbar und ist in der Praxis auch anzutreffen, dass eine betriebliche Vorruhestandsregelung als Freistellung von der Arbeitspflicht bis zum Erreichen des Zeitpunkts der (vorzeitigen) Pensionierung ausgestaltet wird<sup>29</sup>. In einem anderen Entscheid beschreibt das Bundesgericht die betrieblichen Frühpensionierungen bei Gesellschaften der damaligen SAirGroup dahingehend, dass die betreffenden Mitarbeiter von der weiteren Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt worden seien und bis zum jeweiligen Erreichen des ordentlichen Rücktrittsalters einen reduzierten Lohn ausbezahlt erhalten hätten<sup>30</sup>. Diese Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts könnte darauf hindeuten, dass von einer besonderen Form der Freistellung auszugehen ist. In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht indessen auf Unterschiede zwischen einer betrieblichen Vorruhestandslösung und einer typischen Freistellung hingewie-

---

<sup>28</sup> BGE 131 III 606, Erw. 5.

<sup>29</sup> BLESİ ALFRED, Art. 333 OR und Haftung des Betriebsnachfolgers für Versprechen betreffend Frühpensionierung, Jusletter vom 8. Mai 2006.

<sup>30</sup> BGE 129 III 94 (Einleitung).

sen<sup>31</sup>. Namentlich bestehe beim betrieblich frühpensionierten im Gegensatz zum freigestellten Arbeitnehmer keine Treuepflicht mehr. Die Frage der Rechtsnatur einer betrieblichen Vorruhestandsregelung liess das Bundesgericht letztlich aber offen.

Die Entscheidung, ob im Fall einer betrieblichen Vorruhestandslösung ein Arbeitsverhältnis weiterbesteht oder ob zwischen dem ehemaligen Arbeitgeber und dem Rentenbezüger ein Rechtsverhältnis anderer Art entsteht, hat wichtige sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen. Zu beurteilen ist beispielsweise, ob Personen, die eine betriebliche Vorruhestandsrente beziehen, nach AHVG als Erwerbstätige oder Nichterwerbstätige zu qualifizieren sind, ob sie Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung haben und ob sie in der Vorsorgeeinrichtung ihres bisherigen Arbeitgebers versichert bleiben dürfen.

## **VI. Beendigung des Arbeitsvertrags im vorpensionierungsfähigen Alter**

Endet das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt, in dem die versicherte Person das Alter für eine vorzeitige Pensionierung bereits erreicht hat, stellt sich die Frage, ob der Vorsorgefall „Erreichen des vorzeitigen Rücktrittsalters“ oder der Freizügigkeitsfall eintritt. Das Bundesgericht hat dazu in der Vergangenheit in zahlreichen Urteilen eine restriktive Praxis angewendet<sup>32</sup>. Es ging von einer „automatischen“ Pensionierung aus, wenn der Arbeitsvertrag in einem Alter beendet wurde, in dem ein reglementarischer Anspruch auf Altersleistungen bestand. Die Absicht der versicherten Person, anderweitig erwerbstätig zu bleiben, spielte dabei keine Rolle.

---

<sup>31</sup> BGE 134 III 102, Erw. 3.1.2.

<sup>32</sup> BGE 120 V 306; BGE 129 V 381; BGer 5C.230/2006 vom 22. Oktober 2007; Zur Kritik an der restriktiven Praxis siehe MÜLLER ROLAND A., Die vorzeitige Pensionierung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte verschiedener Sozialversicherungszweige, SZS 1997, 348 und KOLLER THOMAS, Vorzeitige Pensionierung und Anspruch auf Freizügigkeitsleistung: Bemerkungen zu einem eigenartigen Spannungsverhältnis, AJP 1995, 497 ff.

Später hat das Bundesgericht seine Praxis etwas gelockert<sup>33</sup>. Eine „automatische“ vorzeitige Pensionierung erfolge dann nicht, wenn das Vorsorgereglement die Ausrichtung einer vorzeitigen Altersrente von der Ausübung einer Willenserklärung der versicherten Person abhängig macht. Sieht ein Vorsorgereglement also vor, dass eine vorzeitige Pensionierung erfolgt, wenn die versicherte Person diese verlangt, so könne die versicherte Person bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im vorpensionierungsfähigen Alter selber zwischen Pensionierung und Freizügigkeitsfall wählen<sup>34</sup>.

Der Gesetzgeber erachtete auch diese Praxis als unbefriedigend und zu starr<sup>35</sup>. Mit einer Ergänzung des Freizügigkeitsgesetzes, die am 1. Januar 2010 in Kraft trat, will er nun verhindern, dass versicherte Personen, die ihre Erwerbstätigkeit noch nicht aufgeben wollen, gegen ihren Willen eine Altersleistung beziehen müssen<sup>36</sup>. Nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> FZG können Versicherte eine Austrittsleistung nun auch dann beanspruchen, wenn sie die Vorsorgeeinrichtung zwischen dem frühest möglichen und dem ordentlichen regulatorischen Rentenalter verlassen und die Erwerbstätigkeit weiterführen oder arbeitslos gemeldet sind.

Mitarbeitende im vorpensionierungsfähigen Alter, deren Arbeitsvertrag aufgelöst wird, haben mit Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> FZG also die Wahl zwischen dem Bezug der Altersleistung und der Übertragung der Austrittsleistung an eine neue Vorsorgeeinrichtung oder eine Freizügigkeitseinrichtung. Dies muss auch im Fall einer vorzeitigen Pensionierung bei einer betrieblichen Restrukturierung nach Art. 1i Abs. 2 lit. a BVV 2, d.h. bei einer Pensionierung vor Vollendung des 58. Altersjahres, gelten. Je früher das Ende des Arbeitsverhältnisses vor dem ordentlichen Rücktrittsalter liegt, desto grösser dürfte das Bedürfnis der Betroffenen sein, die Austrittsleistung zu wählen.

---

<sup>33</sup> BGer B 38/00 vom 24. Juni 2003 und B 33/04 vom 18. Mai 2005; BGE 133 V 293.

<sup>34</sup> Kann eine vorzeitige Pensionierung dagegen sowohl von der versicherten Person als auch vom Arbeitgeber verlangt werden, also auch gegen den Willen der versicherten Person durchgesetzt werden, so fällt deren Wahlmöglichkeit dahin und es kommt zu einer „automatischen“ Pensionierung der versicherten Person (BGE 129 V 381).

<sup>35</sup> STAUFFER HANS-ULRICH (FN 10), spricht von einer „unglücklichen Rechtsprechung“.

<sup>36</sup> WALSER HERMANN, Vorzeitige Pensionierung – Vorsorgefall Alter, SPV 10/2009, 31.

Zu beachten ist indessen, dass diesen Personen bei Eintritt der Vorsorgefälle Invalidität, Tod oder Alter keine Renten mehr ausbezahlt werden können, wenn ihre Austrittsleistung auf ein Freizügigkeitskonto übertragen worden ist und sie später keine Arbeitsstelle mit Anschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung mehr finden. Dieses Risiko ist für Arbeitslose gemindert, weil sie im Rahmen der obligatorischen beruflichen Vorsorge für die Risiken Tod und Invalidität bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG versichert sind<sup>37</sup>. Weiter können alle Personen, die (beispielsweise im Rahmen einer Restrukturierung) aus der obligatorischen Versicherung ausscheiden, den Alterssparprozess auf freiwilliger Basis bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG weiterführen<sup>38</sup>.

## VII. Erwerbstätigkeit nach vorzeitiger Pensionierung

Entschliesst sich eine vorzeitig pensionierte Person, ihre Erwerbstätigkeit vor oder nach Erreichen des ordentlichen AHV-Rentenalters wieder aufzunehmen, so ist dies aus zivilrechtlicher Sicht ein grundsätzlich unbedenklicher Vorgang<sup>39</sup>. Als komplexer erweisen sich indessen die sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen eines solchen Entscheids, hat doch die betreffende Person mit ihrer Pensionierung ursprünglich zum Ausdruck gebracht, ihre Erwerbstätigkeit definitiv aufgeben zu wollen. Für die Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Folgen ist zu unterscheiden, ob die pensionierte Person ihre Erwerbstätigkeit beim gleichen oder bei einem anderen Arbeitgeber wieder aufnimmt oder ob sie eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt.

### 1. Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass eine (vorzeitige) Pensionierung überhaupt erfolgen kann. Das

---

<sup>37</sup> Art. 2 Abs. 3 BVG.

<sup>38</sup> Art. 47 Abs. 1 BVG.

<sup>39</sup> Vorbehalten bleibt selbstverständlich die Einhaltung der nachvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem früheren Arbeitgeber.

Bundesgericht hat im Entscheid BGE 120 V 306<sup>40</sup> festgehalten, dass der Vorsorgefall Alter so lange nicht eintreten kann, als der Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber zumindest teilweise weiterbesteht. Zu beachten ist allerdings, dass eine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement eine vorzeitige Teilpensionierung vorsehen kann.

Im gleichen Entscheid hat das Bundesgericht indessen auch festgehalten, dass die Beendigung der Erwerbstätigkeit nur auf das Arbeitsverhältnis mit demjenigen Arbeitgeber bezogen ist, welcher der betreffenden Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist<sup>41</sup>. Gegen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber ist also nichts einzuwenden.

Dies bedeutet, dass eine vorzeitig pensionierte Person die Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber weiterführen bzw. wieder aufnehmen kann. Das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses mit einem neuen Arbeitgeber hat somit keine Auswirkungen auf die Altersleistungen, welche die Vorsorgeeinrichtung des früheren Arbeitgebers ausrichtet<sup>42</sup>.

## **2. Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit beim gleichen Arbeitgeber**

Im Entscheid B 59/04 vom 20. Oktober 2004 hatte das Bundesgericht den Fall eines Lehrers zu beurteilen, der sich in der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensionieren lassen wollte. Nach Beendigung seiner Tätigkeit als Hauptlehrer am Ende eines Schuljahres, d.h. nach dem Ende der Sommerferien, wollte er eine Tätigkeit für dieselbe Schule weiterführen. Das Bundesgericht hielt fest, dass in diesem Fall kein relevanter Unterbruch der Erwerbstätigkeit vorliege und verneinte einen Anspruch auf Altersleistungen der beruflichen Vorsorge.

Den Ausführungen des Bundesgerichts lässt sich nicht entnehmen, ab wann ein „relevanter zeitlicher Unterbruch“ vorliegt. Zur Vermeidung von Umgehungen sollte zusätzlich zu einer zeitlichen Distanz zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen auch verlangt werden, dass die spätere Wiedereinstel-

---

<sup>40</sup> Bestätigt in BGer B59/04 vom 20. Oktober 2004.

<sup>41</sup> BGE 120 V 306.

<sup>42</sup> Vorbehalten bleibt die Aufnahme einer Arbeitstätigkeit bei einem Arbeitgeber, welcher derselben Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, vgl. Ausführungen in Ziffer VII.3.

lung im Zeitpunkt der vorzeitigen Pensionierung noch nicht beabsichtigt gewesen war.

### **3. Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit bei einem Arbeitgeber, welcher derselben Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist**

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat vor kurzem entschieden, dass eine vorzeitig pensionierte Person ihren Anspruch auf Ausrichtung der Altersrente verliert, sobald sie wieder ein Arbeitsverhältnis antritt, mit welchem sie in derselben Vorsorgeeinrichtung (Bernische Pensionskasse) versichert ist<sup>43</sup>. Das Gericht stellte fest, dass die Frage des Zusammenfallens von Altersleistungsbezug und Aktivmitgliedschaft weder im Gesetz noch im betreffenden Reglement geregelt sei und wandte zur Lückenfüllung u.a. eine entsprechende Bestimmung im Reglement der Pensionskasse des Bundes (Publica) an. Es schützte somit die Forderung der Bernischen Pensionskasse auf Rückzahlung der Leistungen ab dem neuen Stellenantritt und die Einstellung der Altersleistungen.

Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde des Versicherten gut<sup>44</sup>. Nach seiner Auffassung ist die Altersrente in diesem Fall auf Grund des erfolgten Altersrücktritts geschuldet. Die Altersrente sei in der ausgerichteten Höhe auch finanziert worden. Der Umstand, dass die Erwerbstätigkeit nach längerem Unterbruch bei einem anderen Arbeitgeber (welcher derselben Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist) wieder aufgenommen worden sei, spiele keine Rolle, denn eine reglementarische Grundlage zur Rückforderung bzw. Einstellung der Leistungen fehle im konkreten Fall.

Nicht entschieden ist damit die Frage, ob unmittelbar nach einer vorzeitigen Pensionierung, d.h. ohne Unterbruch, eine Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber aufgenommen werden kann, welcher derselben Vorsorgeeinrichtung wie der bisherige angeschlossen ist. Aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid ergibt sich aber, dass eine Vorsorgeeinrichtung die Aus-

---

<sup>43</sup> BGer 08 69063 BV vom 4. Juli 2008: Das neue Arbeitsverhältnis wurde rund zwei Jahre nach der vorzeitigen Pensionierung mit einem anderen Arbeitgeber aufgenommen, der ebenfalls der Bernischen Pensionskasse angeschlossen war.

<sup>44</sup> BGer 9C\_706/2008 vom 6. November 2008.

richtung von Altersleistungen für diesen Fall reglementarisch einschränken kann<sup>45</sup>.

#### **4. Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit**

Die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Anschluss an eine vorzeitige Pensionierung nach unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich unproblematisch. Für Selbständigerwerbende gilt der Grundsatz der freiwilligen Versicherung bei der Vorsorgeeinrichtung ihres Berufsstands, ihrer Arbeitnehmer oder bei der Auffangeinrichtung<sup>46</sup>. Selbständigerwerbende können sich im Obligatorium oder im Überobligatorium versichern<sup>47</sup>. Beim Wechsel von einer unselbstständigen zu einer selbstständigen Tätigkeit besteht zudem die Möglichkeit, sich die Austrittsleistung bar auszahlen zu lassen<sup>48</sup>. Das Bundesgericht hat vor kurzem in Präzisierung von Art. 4 Abs. 4 BVG (in Kraft seit 1. Januar 2005) entschieden, dass ein Selbständigerwerbender, der freiwillige berufliche Vorsorge betreibt, zum Zwecke betrieblicher Investitionen die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen darf<sup>49</sup>.

Ob in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht tatsächlich eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, entscheidet die zuständige Ausgleichskasse. Sie folgt in ihrer Beurteilung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und prüft im Wesentlichen, ob eine betriebswirtschaftliche oder arbeitsorganisatorische Abhängigkeit vorliegt bzw. ob die versicherte Person ein unternehmerisches Risiko trägt<sup>50</sup>. Eine Weiterführung der Zusammenarbeit mit dem bisherigen Arbeitgeber mit anderem Pensum und anderer Bezeichnung wird in der Regel nicht als Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit anerkannt.

---

<sup>45</sup> BGer 9C\_706/2008 vom 6. November 2008.

<sup>46</sup> Art. 44 BVG.

<sup>47</sup> Art. 4 Abs. 3 BVG.

<sup>48</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG.

<sup>49</sup> BGer B 134/06 vom 12. März 2008.

<sup>50</sup> Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO (Stand 1. Januar 2010), Rz. 1013.

## VIII. Externe Mitgliedschaft

Mit dem Begriff „Externe Mitgliedschaft“ wird die Weiterversicherung in der Vorsorgeeinrichtung des bisherigen Arbeitgebers bezeichnet. Nach Art. 47 Abs. 1 BVG kann ein Versicherter die Vorsorge oder bloss die Altersvorsorge im bisherigen Umfang bei derselben Vorsorgeeinrichtung weiterführen, wenn er aus der obligatorischen Vorsorge ausscheidet. Dies kann für den Versicherten in verschiedenen Situationen attraktiv sein, etwa wenn er vorläufig ohne Erwerbstätigkeit bleiben oder bei Teilpensionierung den bisherigen Verdienst weiter versichern will. Auch bei einem Wechsel von einer unselbstständigen zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit kann eine Weiterführung der Versicherung in der Vorsorgeeinrichtung des bisherigen Arbeitgebers ermöglicht werden<sup>51</sup>.

Eine externe Mitgliedschaft ist allerdings nur möglich, wenn eine entsprechende reglementarische Grundlage besteht. Fehlt eine solche, hat ein Versicherter keinen Anspruch, in der Vorsorgeeinrichtung seines bisherigen Arbeitgebers zu verbleiben<sup>52</sup>. Ferner darf bei einer externen Mitgliedschaft nicht mehr als das bisher erzielte Einkommen versichert werden und der (extern) Versicherte darf nicht gleichzeitig bei einem anderen Arbeitgeber tätig und deswegen in einer anderen Vorsorgeeinrichtung versichert sein<sup>53</sup>.

Aus steuerlicher Optik wird zudem verlangt, dass grundsätzlich nur das AHV-beitragspflichtige Einkommen, d.h. nur das tatsächlich erzielte Einkommen, versichert werden darf<sup>54</sup>. Dieses Erfordernis wird aus Art. 1 Abs. 2 BVG abgeleitet, wonach in einer Vorsorgeeinrichtung nur das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen nach AHVG versichert werden darf<sup>55</sup>. Art. 47 Abs. 1 BVG und Art. 1 Abs. 2 BVG stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander. Eine Weiterversicherung nach Art. 47 Abs. 1 BVG wäre jedenfalls dann nicht möglich, wenn keine Erwerbstätigkeit mehr aus-

---

<sup>51</sup> STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 506.

<sup>52</sup> VETTER-SCHREIBER (FN 20), N 1 zu Art. 47 BVG.

<sup>53</sup> BRECHBÜHL (FN 17), 98; VETTER-SCHREIBER (FN 20), N 2 zu Art. 47 BVG.

<sup>54</sup> ZÜGER MARINA, Neue steuerlich motivierte Bestimmungen im BVG, TREX 4/2007, 207.

<sup>55</sup> Art. 1 Abs. 2 BVG gilt gemäss Art. 49 Abs. 2 Ziff. 1 BVG auch für die weitergehende berufliche Vorsorge.



geübt wird, da ja kein Einkommen erzielt wird<sup>56</sup>. Akzeptiert wird in der Praxis aber eine zeitlich befristete Ausnahme bei vorübergehendem Unterbruch der Erwerbstätigkeit, wenn wahrscheinlich ist, dass der Versicherte anschliessend wieder eine Erwerbstätigkeit aufnimmt oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit kurz vor einer möglichen vorzeitigen Pensionierung. Als Faustregel gilt eine Zeitdauer von zwei Jahren<sup>57</sup>.

Im Rahmen der Strukturreform BVG hat das Parlament am 11. Dezember 2009 Massnahmen zur Erleichterung der Arbeitsmarkteteiligung von älteren Arbeitnehmern beschlossen. Zu diesem Zweck soll eine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement vorsehen können, dass für Versicherte, deren Lohn sich nach dem 58. Altersjahr um höchstens die Hälfte reduziert, auf Verlangen der versicherten Person die Vorsorge für den bisherigen versicherten Verdienst weitergeführt wird. Die Weiterversicherung des bisherigen versicherten Verdienstes soll höchstens bis zum ordentlichen reglementarischen Rentenalter erfolgen<sup>58</sup>. Die neuen Bestimmungen werden am 1. Januar 2011 in Kraft treten<sup>59</sup>. Ob diese Regelung die erstrebte Erhöhung der Arbeitsmarkteteiligung älterer Arbeitnehmer zur Folge hat, bleibt abzuwarten. Nicht auszuschliessen ist, dass die neue Möglichkeit auch Anreize zur frühzeitigen Reduktion der Erwerbstätigkeit setzt.

Mit der neuen Regelung wird die externe Mitgliedschaft im Zeitraum nach Vollendung des 58. Altersjahres einer versicherten Person konkretisiert. Keinerlei Klärung ergibt sich für die Zeit davor und für die Frage, wie das Spannungsverhältnis zwischen Art. 1 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 1 BVG zu lösen ist<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Nach Auffassung von MOSER MARKUS, Erhaltung des Vorsorgeschutzes durch freiwillige Weiterversicherung („externe Mitgliedschaft“), SPV 8/2007, 78, wird die Möglichkeit einer integralen externen Weiterführung der Vorsorgezugehörigkeit durch Art. 1 Abs. 2 BVG indessen nicht beeinträchtigt.

<sup>57</sup> VETTER-SCHREIBER (FN 20), N 3 zu Art. 47 BVG unter Verweis auf Schweizerische Steuerkonferenz, Vorsorge und Steuern, Anwendungsfälle zur beruflichen Vorsorge und Selbstvorsorge, Muri/Bern 2008, A.2.4.1.

<sup>58</sup> Entwurf Art. 33a BVG.

<sup>59</sup> Die Referendumsfrist ist am 1. April 2010 abgelaufen.

<sup>60</sup> Die kritischen Einwände von MOSER (FN 56), 78, zur neuen Bestimmung bleiben jedenfalls berechtigt.

## **IX. Ausfinanzierung von Rentenkürzungen und Gleichbehandlung**

Ein vorzeitiger Bezug von Altersleistungen hat grundsätzlich eine Kürzung der Renten zur Folge. Die versicherungstechnisch bedingte Kürzung der Altersleistung kann gestützt auf entsprechende reglementarische Bestimmungen ganz oder teilweise durch den Arbeitgeber oder den Versicherten ausfinanziert werden.

Eine teilweise oder vollständige Ausfinanzierung von Rentenkürzungen kann im Fall einer Restrukturierung vorkommen, bei der Mitarbeitende vorzeitig pensioniert werden. Dabei ist zu beachten, dass Leistungen des Arbeitgebers bei Entlassungen aus betrieblichen Gründen bis zur Höhe des doppelten Betrages der maximalen jährlichen Altersrente nach AHVG von der Qualifizierung als massgebender Lohn ausgenommen sind<sup>61</sup>. Als betriebliche Gründe gelten Restrukturierungen nach Art. 53b BVG und durch einen Sozialplan geregelte kollektive Entlassungen. Das Bundesamt für Sozialversicherungen bezeichnet eine Entlassung dann als kollektiv, wenn ein grösserer Teil der Belegschaft davon betroffen ist. Leistungen, mit denen einzelne Arbeitnehmende individuell begünstigt werden, und selbst gewählte vorzeitige Pensionierungen gehören demgegenüber zum massgebenden Lohn<sup>62</sup>.

Im Zusammenhang mit kollektiven Ausfinanzierungen von Rentenkürzungen durch einen Arbeitgeber können sich interessante Fragen der Gleichbehandlung stellen. Das Bundesgericht (damals EVG) hatte in BGE 127 V 252 folgenden Sachverhalt zu beurteilen: ein Angestellter der Basler Verkehrsbetriebe hatte im April 1996 eine Einzahlung in die Vorsorgeeinrichtung von CHF 21'877 geleistet, um die Rentenreduktion bei vorzeitiger Pensionierung auszukaufen. Zwei Jahre später wurde der Angestellte im Rahmen einer Restrukturierung entlassen und es stellte sich heraus, dass er im Rahmen der Restrukturierung so gestellt wurde, dass er auch ohne (persönlichen) Auskauf der Rentenreduktion eine gleich hohe Altersrente erzielt hätte. Der Angestellte klagte daher auf Rückzahlung seiner Einzahlung von CHF 21'877,

---

<sup>61</sup> Art. 8<sup>ter</sup> Abs. 1 AHVV.

<sup>62</sup> WML (FN 50), Rz. 2107 ff.

indem er geltend machte, die Grundsätze von Rechtsgleichheit und Treu und Glauben seien verletzt.

Das EVG hielt dazu fest, dass die faktische Ungleichbehandlung gegenüber anderen vorzeitig Pensionierten, die sich nicht eingekauft hatten, keine Verletzung der Rechtsgleichheit darstelle. Die von der Vorsorgeeinrichtung (bzw. vom Kanton im Rahmen der Restrukturierung) getroffene Regelung sei sachlich begründet. Auch die gerügte Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben liess das EVG nicht gelten, schliesslich sei der Auskauf der Rentenreduktion lange (zweieinhalb Jahre) vor der vorzeitigen Pensionierung erfolgt. Es sei daher anzunehmen, dass sich der Angestellte so oder so eine Pensionierung mit vollen Leistungen sichern wollte. Das EVG hielt die Rückforderung daher für unbegründet. Die geschilderte Rechtsprechung betrifft eine von öffentlichem Recht geregelte Rechtsbeziehung. Es gibt keinen Grund, die vom EVG erörterten Grundsätze im Verhältnis zu einer privatrechtlich geregelten Vorsorgeeinrichtung anders anzuwenden.