

# Pensionierte Angestellte: Heikle sozialrechtliche Punkte

**Christoph Senti**

Dr. iur., Rechtsanwalt,  
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,  
Lehrbeauftragter Universität  
St. Gallen

Bei der Anstellung oder Weiterbeschäftigung von Pensionierten sind die Rahmenbedingungen besonders in sozialrechtlicher Sicht anders als bei gewöhnlichen Angestellten. Die heiklen Punkte im Überblick.

Eine teilzeitliche Tätigkeit bietet dem Pensionierten einen weiterhin geregelten Wochenrhythmus, während der Arbeitgeber froh ist, auf erfahrene Mitarbeiter zurückgreifen zu können – sei dies allgemein oder nur für Auftragspitzen und/oder Sonderaufgaben. Bei solchen Arbeitsverhältnissen gilt es arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten je nach Bedürfnissen zu beachten. Von Interesse ist auch, ob und inwieweit sich die besonderen Bedürfnisse im Einzelfall vertraglich umsetzen lassen.

## 1. Pensionierung nach Sozialversicherungsrecht

### 1.1 Ordentliche Pensionierung

Anspruch auf eine Altersrente gemäss dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) haben Männer mit Vollendung des 65. Altersjahres und Frauen, die das 64. Altersjahr vollendet haben.<sup>1</sup> Der Anspruch entsteht jeweils ab dem ersten Tag des auf diesen Geburtstag folgenden Monats.<sup>2</sup> Dasselbe Alter begründet den Anspruch auf eine Altersrente im Bereich der beruflichen Vorsorge.<sup>3</sup> Die ordentliche Pensionierung hat grundsätzlich die Entstehung des Anspruches auf eine Altersrente<sup>4</sup> und das Ende der Beitragspflicht zur Folge.

### 1.2 Vorzeitige Pensionierung

Sowohl die AHV als auch die berufliche Vorsorge erlauben eine vorzeitige Pensionierung. Nach

AHVG kann die Altersrente um ein oder zwei Jahre vorbezogen werden, sofern die Voraussetzungen für einen Anspruch auf die ordentliche Altersrente erfüllt sind.<sup>5</sup> Damit können sich Männer ab dem 63. Altersjahr und Frauen ab dem 62. Altersjahr vorzeitig pensionieren lassen. Bei einer vorzeitigen Pensionierung wird nicht nur die Rente gekürzt,<sup>6</sup> sondern auch jene Rentenleistungen, die gegebenenfalls die Altersrente ablösen.<sup>7</sup>

Nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) ist eine vorzeitige Pensionierung ebenfalls möglich, wobei der Bundesrat das diesbezügliche Mindestalter auf das vollendete 58. Lebensjahr festgelegt hat.<sup>8</sup> Da sich durch eine vorzeitige Pensionierung die Beitragsdauer verkürzt und die Rentendauer verlängert, wird die Höhe der Altersrente aus der beruflichen Vorsorge über eine Anpassung des Umwandlungssatzes gekürzt, sofern keine Zusatzfinanzierung stattfindet.<sup>9</sup>

Lässt sich ein Arbeitnehmer vorzeitig pensionieren und bezieht er die Altersrente,<sup>10</sup> untersteht er weiterhin der obligatorischen Versicherungspflicht, falls er bis zum ordentlichen Rentenalter wieder eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt.<sup>11</sup>

### 1.3 Aufgeschobene Pensionierung

In der ersten Säule kann die ordentliche Pensionierung um mindestens ein und bis maximal fünf Jahre aufgeschoben werden.<sup>12</sup> Der spätere Bezug der Altersrente führt zu deren Erhöhung im Umfang des versicherungstechnischen Gegenwartwertes,<sup>13</sup> der sich nach der Ta-

belle in Art. 55<sup>ter</sup> der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) berechnet. Das Ersuchen um Aufschub der Altersrente hat nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters innerhalb eines Jahres und in schriftlicher Form zu erfolgen.<sup>14</sup> Werden ohne Ersuchen um Aufschub Rentenzahlungen unwidersprochen entgegengenommen, gilt dies als konkludenter Verzicht und das Wahlrecht als verwirkt.<sup>15</sup>

In der zweiten Säule ist eine aufgeschobene Pensionierung nur dann möglich, wenn das Reglement der betreffenden Vorsorgeeinrichtung dies zulässt.<sup>16</sup> Der Aufschub ist höchstens bis zum 70. Altersjahr möglich<sup>17</sup> und führt zu einer Erhöhung des Umwandlungssatzes.<sup>18</sup> Während über das ordentliche Rentenalter hinaus im obligatorischen Bereich keine weitere Aufstockung des Altersguthabens mehr möglich ist,<sup>19</sup> kann im überobligatorischen Bereich das Altersguthaben weiter gespiesen werden.<sup>20</sup>

### 1.4 Aufgeschobene oder vorzeitige Teilpensionierung

Der Anspruch auf eine Altersrente nach AHVG entsteht mit Erreichen des Rentenalters,<sup>21</sup> wobei sowohl eine vorzeitige als auch aufgeschobene Pensionierung möglich ist. Das Gesetz sieht jedoch in der ersten Säule weder eine teilweise vorzeitige Pensionierung vor noch den Bezug nur eines Teils der Altersrente bei aufgeschobener Pensionierung. Reduziert der Arbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit und damit seinen Lohn vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters, sinkt automatisch auch sein beitragspflichtiges Einkommen.<sup>22</sup>

Die Möglichkeit der Kompensation dieser Lohnreduktion mit einem vorzeitigen Teilbezug der Altersrente sieht das AHVG nicht vor. Ist der Arbeitnehmer über das ordentliche Pensionsalter hinaus tätig, kann er die Rente entweder beziehen oder die Pensionierung um ein bis maximal fünf Jahre aufschieben.<sup>23</sup> Auch in diesem Fall ist eine Teilpensionierung im Sinne des Bezuges nur eines Teils der Altersrente nicht möglich.

In der zweiten Säule ist eine vorzeitige Teilpensionierung möglich, indem die Erwerbstätigkeit eingeschränkt und ein Teil der Altersrente bezogen wird. Voraussetzung ist jedoch, dass die reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung dies zulassen.<sup>24</sup> Bei der teilweisen vorzeitigen Pensionierung wird für die Berechnung der späteren Teilrente das in diesem Zeitpunkt noch versicherte Gehalt herbeigezogen.<sup>25</sup> Art. 33a BVG erlaubt ausserdem seit dem 1. Januar 2011, dass der Arbeitnehmer trotz eines reduzierten effektiven Lohnes bis zum Erreichen des ordentlichen reglementarischen Rentenalters die Vorsorge für den bisherigen versicherten Verdienst weiterführt.<sup>26</sup>

Wann eine Teilpensionierung vorliegt, klärte das Bundesgericht in seinem Entscheid B 59/04:<sup>27</sup> «Eine Teilpensionierung wird dann angenommen, wenn der Arbeitnehmer ohne relevanten zeitlichen Unterbruch beim gleichen Arbeitgeber in einer im Wesentlichen identischen Tätigkeit mit einem reduzierten Pensum weiterarbeitet.»<sup>28</sup> Diese Definition ist insofern bedeutsam, als damit eine aufgeschobene Teilpensionierung nur dann möglich ist, wenn nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters das (reduzierte) Arbeitspensum beim gleichen Arbeitgeber weitergeführt wird. Wechselt der Arbeitnehmer mit Erreichen des ordentlichen Rentenalters den Arbeitgeber, endet das bisherige

Vorsorgeverhältnis<sup>29</sup> und beim neuen Arbeitgeber besteht (infolge Erreichen des ordentlichen Rentenalters<sup>30</sup>) keine obligatorische Versicherungspflicht. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung die Möglichkeit einer Fortführung der Versicherung nach Art. 47 BVG,<sup>31</sup> oder bei der Vorsorgeeinrichtung des neuen Arbeitgebers eine freiwillige Versicherung nach Art. 4 BVG möglich ist.<sup>32</sup>

## 2. Zivilrechtliche Folgen der Pensionierung

Das Einzelarbeitsvertragsrecht kennt kein Rentenalter. Die zivilrechtlichen Konsequenzen einer Pensionierung ergeben sich einzig daraus, dass das im Sozialversicherungsrecht definierte Rentenalter mittelbar in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis eingreift. Diesbezüglich zu erwähnen sind Art. 331 ff. OR im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge, was vorliegend allerdings nicht näher ausgeleuchtet werden soll.

Weiter finden sich in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen Bestimmungen zum flexiblen Altersrücktritt, die sich am sozialversicherungsrechtlich definierten Rentenalter orientieren und den Parteien eines Einzelarbeitsvertrages Rechte und Pflichten auferlegen. Als Beispiel sei hier der Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt (GAV FAR) im Bauhauptgewerbe erwähnt. Dieser sieht die Möglichkeit einer vorzeitigen Pensionierung ab dem 60. Altersjahr vor, wobei bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters nach AHVG gewisse Leistungen ausgerichtet werden.<sup>33</sup> Ähnlich ist der Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des

GAV Vorruhestandsmodell im Dach- und Wandgewerbe.<sup>34</sup> Aber auch bei der Krankentaggeldversicherung spielt das Alter eine Rolle: Bei diversen Versicherungen gilt ab Erreichen des ordentlichen Rentenalters nach AHVG eine auf maximal 180 Tage verkürzte Leistungsdauer.<sup>35</sup>

Trotzdem gilt es zu beachten, dass das Erreichen des ordentlichen Rentenalters in zivilrechtlicher Hinsicht grundsätzlich keine Konsequenzen hat: Das Arbeitsverhältnis dauert fort, sofern dieses weder gekündigt wurde noch im Einzelarbeitsvertrag, Reglement oder gar Gesamtarbeitsvertrag die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters vorgesehen ist.<sup>36</sup>

Keine Bedeutung hat das (Pensions-)Alter des Arbeitnehmers im Bereich des Arbeitsgesetzes und den dazugehörigen Verordnungen.<sup>37</sup> Sonderschutzvorschriften existieren einzig für jugendliche Arbeitnehmer,<sup>38</sup> schwangere Frauen und stillende Mütter<sup>39</sup> sowie Arbeitnehmer mit Familienpflichten.<sup>40</sup> Nach Art. 36a Arbeitsgesetz (ArG) wäre der Bundesrat befugt, via Verordnung für «andere Gruppen von Arbeitnehmern» besondere Schutzvorschriften für beschwerliche und gefährliche Arbeiten zu erlassen. Von dieser Kompetenz, die gemäss Botschaft ausdrücklich zum Schutz älterer Arbeitnehmer gedacht war, wurde bisher kein Gebrauch gemacht.<sup>41</sup>

## 3. Beitragspflicht pensionierter Angestellter

Im Bereich der Alters- und Hinterlassenenversicherung ist der Lohn von Arbeitnehmenden, die das 64. bzw. 65. Altersjahr vollendet haben, beitragspflichtig, sofern dieser den Betrag von Fr. 1400.– pro Monat bzw. Fr. 16 800.– pro Jahr übersteigt.<sup>42</sup> Pensionierte Ar-

beitnehmende sind somit ab einem bestimmten Einkommen beitragspflichtig, obwohl das versicherte Risiko (Alter) bereits eingetreten ist und eine Rente bezogen wird.

Bei der beruflichen Vorsorge endet die obligatorische Versicherungs- und damit auch die Beitragspflicht mit Erreichen des ordentlichen Rentenalters.<sup>43</sup> Vorbehalten bleibt der Fall einer aufgeschobenen Pensionierung.<sup>44</sup>

Die Beitragspflicht bei der Invalidenversicherung richtet sich nach den Vorschriften des AHVG,<sup>45</sup> womit auch dieselben Freibeträge gelten.<sup>46</sup> Entsprechendes gilt für die Beiträge nach Erwerbsersatzgesetz, die als Zuschlag auf die Beiträge gemäss AHVG erhoben werden.<sup>47</sup>

Die Arbeitslosenversicherung schützt den Arbeitnehmer vor dem Risiko eines Erwerbsausfalles.<sup>48</sup> Die Beitragspflicht richtet sich grundsätzlich nach derjenigen des AHVG.<sup>49</sup> Arbeitnehmer, die das für den Anspruch auf eine einfache Altersrente massgebende Alter erreicht haben, sind von der Beitragspflicht allerdings ausgenommen.<sup>50</sup> Nach Erreichen des für eine einfache Altersrente nach AHVG massgebenden Alters, sind dem Arbeitnehmer vom Monatslohn somit keine ALV-Beiträge mehr abzuziehen. Zur Beitragspflicht vorzeitig pensionierter Arbeitnehmer sei auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen verwiesen.<sup>51</sup> Mit Erlöschen der Beitragspflicht endet auch der Anspruch auf Bezug von Arbeitslosentaggeldern, sofern eine Altersrente bezogen wird.<sup>52</sup>

Der obligatorischen Unfallversicherung unterstehen alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer.<sup>53</sup> Das Gesetz sieht kein Erlöschen der Versicherungspflicht bei Erreichen des Pensionsalters vor, wenn weiterhin gearbeitet wird.<sup>54</sup> Die zu bezahlenden Prämien richten sich nach dem versicherten

Verdienst.<sup>55</sup> Dieser bemisst sich grundsätzlich in Abhängigkeit des massgebenden Lohnes nach AHVG,<sup>56</sup> darüber hinaus sind aber auch Löhne beitragspflichtig, «(...) auf denen wegen des Alters des Versicherten keine Beiträge der AHV erhoben werden.»<sup>57</sup>

Hat der Arbeitgeber eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, sind die Versicherungsbedingungen dahingehend zu prüfen, wie pensionierte Arbeitnehmer behandelt werden. Diesbezüglich sehen diverse VVG-Versicherungen vor, dass der Versicherungsschutz mit Erreichen des 70. Altersjahres endet,<sup>58</sup> womit per dieses Datum auch die Pflicht zur Zahlung von Versicherungsprämien dahinfallen dürfte. Bezüglich der Prämienpflicht stellen die AVB jeweils auf den beitragspflichtigen Lohn nach AHVG ab, sehen jedoch nicht ausdrücklich eine Prämienbefreiung von Arbeitnehmenden vor, die nicht dem Versicherungsschutz unterstehen (also älter als 70 Jahre sind) und trotzdem ein AHV-pflichtiges Einkommen beziehen.<sup>59</sup>

## 4. Beschäftigung pensionierter Angestellter

Die Beschäftigung pensionierter Arbeitnehmer kann sich auf zwei Arten ergeben: entweder durch die Weiterführung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses über das ordentliche Rentenalter hinaus oder durch Neuanstellung eines bereits pensionierten Arbeitnehmers.

### 4.1 Weiterbeschäftigung pensionierter Angestellter

Beispiel: Peter Muster arbeitet bei der X AG und bezieht mit Erreichen des ordentlichen Pensionsalters seine Altersrente. Gleichzeitig arbeitet er bei der X AG ohne (neuen) schriftlichen Arbeitsvertrag weiter, weil ein noch laufen-

- 1 Art. 21 Abs. 1 AHVG.
- 2 Art. 21 Abs. 2 AHVG.
- 3 Art. 13 Abs. 1 lit. a BVG (Männer) und Art. 13 Abs. 1 lit. b BVG i.V.m. Art. 62a BVV2 und Art. 21 Abs. 1 AHVG.
- 4 Art. 21 AHVG, Art. 13 BVG.
- 5 Art. 40 AHVG.
- 6 Art. 40 AHVG; zur Kürzung vgl. Art. 56 AHVV.
- 7 Ueli Kieser, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, N 9/91. Zu weiteren Auswirkungen eines vorzeitigen Rentenbezuges vgl. Kieser, N 9/88 ff.
- 8 Art. 1 Abs. 3 BVG i. V. m. Art. 1i BVV2; zu den Ausnahmen vgl. Art. 1i Abs. 2 BVV2.
- 9 Art. 13 Abs. 2 BVG; Thomas Flückiger in: Jacques-André Schneider, Thomas Geiser, Thomas Gächter (Hrsg.), Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2012, Art. 13 BVG N 22 mit div. Verweisen. Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, S. 232 N 620. Zur Berechnung des geänderten Umwandlungssatzes vgl. ders., S. 233 N 623, m. V. a. Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), Mitteilung 7/1988, Rz 37; vgl. auch Art. 1b BVV2.
- 10 Art. 13 Abs. 2 BVG; Art. 1i BVV2.
- 11 Jürg Brechbühl in: Kommentar zum BVG und FZG, Art. 10 BVG N 14, m. w. V.; Flückiger in dems., Art. 13 BVG N 21.
- 12 Art. 39 Abs. 1 AHVG; vgl. zu den Ausnahmen Art. 55<sup>bis</sup> AHVV.
- 13 Art. 39 Abs. 2 AHVG.
- 14 Art. 55<sup>quater</sup> AHVV.
- 15 BGE 105 V 50 ff.
- 16 Art. 13 Abs. 2 und Art. 33b BVG; Kieser, N 6/109; Hans-Ulrich Stauffer, Die Berufliche Vorsorge, Zürich 2006, S. 231 N 618 ff.
- 17 Art. 33b BVG.
- 18 Flückiger in: Kommentar zum BVG und FZG, Art. 13 BVG N 31. Zur Berechnung des geänderten Umwandlungssatzes vgl. Stauffer, a.a.O., S. 233 N 631, m. V. a. BSV, Mitteilung 7/1988, Rz 37.
- 19 Art. 15 Abs 1 lit. a BVG am Ende.
- 20 Flückiger in: Kommentar zum BVG und FZG, Art. 13 BVG N 32, m. w. V.
- 21 Art. 21 Abs. 1 AHVG.
- 22 Art. 4 ff. AHVG, Art. 6 ff. AHVV.
- 23 Art. 39 Abs. 1 AHVG; vgl. zu den Ausnahmen: Art. 55<sup>bis</sup> AHVV.
- 24 Flückiger in: Kommentar zum BVG und FZG, Art. 13 BVG N 25. Stauffer, a.a.O., S. 232 N 621.
- 25 Stauffer, a.a.O., Kapitel 3 N 27, m. V. a. Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS) 1997, 478 E. 2c.
- 26 Dazu ausführlich: BSV, Mitteilung Nr. 124 N 799.
- 27 Urteil vom 20. Oktober 2004.
- 28 SZS 2005, S. 486 f.
- 29 Art. 10 Abs. 2 lit. b BVG.
- 30 Art. 10 Abs. 2 lit. a BVG.
- 31 Thomas Geiser / Christoph Senti in: Kommentar zum BVG und FZG, Art. 47 BVG N 18.
- 32 Jacques-André Schneider in: Kommentar zum BVG und FZG, Art. 4 BVG N 8 ff.
- 33 Art. 12 ff. GAV FAR im Bauhauptgewerbe vom 5. Juni 2003.
- 34 Bundesratsbeschluss vom 2. August 2010, Art. 11 ff.

des Projekt abgeschlossen werden soll, für das er verantwortlich ist. Was ist bei der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu beachten?

Ergeben sich aus dem weitergeführten Arbeitsverhältnis Fragen, ist zu klären, welche Vertragsgrundlage für die rechtliche Beurteilung relevant ist. Dabei sind verschiedene Varianten möglich.

#### **4.1.1 Vertragliche Grundlage des weitergeführten Arbeitsverhältnisses**

Wie bereits erwähnt, endet ein Arbeitsvertrag nur dann mit Erreichen des ordentlichen Pensionsalters, wenn dies vertraglich vereinbart oder der Vertrag von einer Partei gekündigt wurde. Damit endet der ursprünglich vereinbarte Arbeitsvertrag und die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses stellt entweder eine (mündliche) einvernehmliche Vertragsänderung dar oder die stillschweigende Fortführung eines befristeten Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 334 Abs. 2 OR.

In letzterem Fall gilt das Arbeitsverhältnis als unbefristet und muss für eine Beendigung durch eine der beiden Vertragsparteien ordentlich gekündigt werden. Im Falle einer (mündlich) vereinbarten Weiterbeschäftigung handelt es sich wohl um einen neuen (befristeten) Arbeitsvertrag. Sieht der Arbeitsvertrag keine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Pensionierung des Arbeitnehmers vor und wird dieses fortgeführt, gilt grundsätzlich die ursprüngliche Vertragsvereinbarung weiter, sofern keine anderweitigen Abreden getroffen wurden.

Wird ein bestehender Arbeitsvertrag nicht beendet oder trotz Kündigungsklausel einvernehmlich weitergeführt, besteht die Gefahr, dass mit der Pensionierung des Arbeitnehmers diverse – insbesondere sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen ändern, die im Vertrag oder Regle-

ment womöglich ausdrücklich vereinbart wurden.

#### **4.1.2 Veränderte Rahmenbedingungen**

##### **4.1.2.1 Beitragspflichten**

Wie oben erwähnt, fällt die Beitragspflicht für diverse Versicherungen mit Erreichen des ordentlichen Rentenalters dahin. Dies führt zu einer Erhöhung des ausbezahlten Nettolohnes zu Gunsten des Arbeitnehmers, was wohl in aller Regel unproblematisch sein dürfte. Zu prüfen sind ausserdem die Versicherungspflichten allgemeinverbindlich erklärter GAV. Findet sich darin eine Versicherungspflicht des Arbeitnehmers ohne Rücksicht auf dessen Versicherbarkeit, bedeutet dies für den Arbeitgeber grundsätzlich, dass er zwingende Vorschriften des GAV nicht einhalten kann.

Dieses Problem stellt sich vor allem bei der Krankentaggeldversicherung. So ergibt sich meines Erachtens aus Art. 27 lit. b des GAV Gastgewerbe nur sinngemäss, dass für nach BVG pensionierte Arbeitnehmer kein Minimalbeitrag von 12,6 Prozent des koordinierten Lohnes erhoben werden muss. Ebenso wenig ergibt sich eine unmittelbare Antwort auf die Frage, ob für Arbeitnehmer mit aufgeschobener Pensionierung diese Beitragspflicht in gleichem Umfang gilt.

##### **4.1.2.2 Krankentaggeldversicherung**

Diverse Krankenversicherungen nach VVG sehen vor, dass die maximale Bezugsdauer von Krankentaggeldern nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters auf 180 Tage beschränkt ist und ein Taggeldanspruch mit Erreichen des 70. Altersjahres definitiv erlischt.<sup>60</sup> Wurde dem Arbeitnehmer im Einzelarbeitsvertrag oder Reglement ein Anspruch von 720 Tagen versprochen, stellt sich

die Frage, ob der Arbeitgeber im Falle einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit für diese längere Lohnfortzahlungspflicht einzustehen hat.

Zu beachten ist ausserdem, dass gewisse Krankentaggeldversicherungen den Versicherungsschutz nach Erreichen des ordentlichen Pensionsalters von einem vorgängig eingereichten schriftlichen Gesuch abhängig machen.<sup>61</sup> Wird die Einreichung eines solchen Gesuches unterlassen, kann dies zum vollständigen Wegfall der Krankentaggelder führen. In Bezug auf die daraus resultierende Haftung wäre jedoch zu klären, ob die Pflicht zur Einreichung eines solchen Gesuches beim Arbeitnehmer oder -geber liegt beziehungsweise ob Letzteren diesbezüglich eine Aufklärungspflicht trifft.<sup>62</sup>

Ein weiteres Problem sind in allgemeinverbindlichen GAV enthaltene Pflichten zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung mit einer Leistungsdauer von mindestens 720 oder 730 Tagen. Nicht in allen allgemeinverbindlichen GAV finden sich Regelungen, welche diejenigen Arbeitnehmenden, die in diesem Ausmass gar nicht versichert werden können, von der Versicherungspflicht ausnehmen. Ein solcher Vorbehalt findet sich in Art. 64 Abs. 3 lit. g GAV Bauhauptgewerbe oder Art. 43.6 GAV Coiffeurgewerbe. Nicht aber, soweit dies ersichtlich ist, im GAV Gastgewerbe (Art. 23 GAV) oder dem GAV für das Autogewerbe «Ostschweiz» (Art. 29 GAV), dessen Gültigkeit am 30. Juni 2011 endete.

##### **4.1.2.3 Keine freiwillige berufliche Vorsorge**

Mit Erreichen des ordentlichen Rentenalters endet die obligatorische Versicherungspflicht und der Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine Altersrente.<sup>63</sup> Wird die Altersrente bezogen, hat der Arbeit-

nehmer auf das Recht zur Weiterführung der Vorsorge verzichtet.<sup>64</sup> Ein solches Wahlrecht besteht natürlich nur, sofern das Vorsorgereglement die Weiterführung überhaupt zugelassen hätte.

Art. 4 Abs. 1 BVG eröffnet dem Arbeitnehmer zwar die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung, die Verordnung umschreibt jedoch den Kreis derjenigen Arbeitnehmenden, welche von dieser freiwilligen Versicherung Gebrauch machen können.<sup>65</sup> Pensionierte Arbeitnehmende gehören nicht dazu.<sup>66</sup>

Will der Arbeitnehmer die berufliche Vorsorge weiterführen, muss er auf einen Rentenbezug verzichten und die Weiterführung nach Art. 33b BVG beantragen, sofern das Vorsorgereglement dies zulässt.

#### 4.1.3 Fazit: Aktualisierung des Arbeitsvertrages bei Weiterbeschäftigung

Bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses über die (ordentliche) Pensionierung hinaus, empfiehlt es sich, den bestehenden Arbeitsvertrag an die aktuelle Situation anzupassen.

Erstens lässt sich damit eine Haftung des Arbeitgebers für allfällige, im ursprünglichen Arbeitsvertrag versprochene, seit der Pensionierung aber nicht mehr versicherbare Leistungen vermeiden. Zweitens drängt es sich auf, im Hinblick auf die versicherungstechnischen Wahlmöglichkeiten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Pensionierung die Folgen einer Weiterbeschäftigung vorgängig zu besprechen. Drittens schliesslich drängt sich eine schriftliche Aktualisierung des Arbeitsvertrages auch deshalb auf, weil sich aufgrund der Bedürfnisse im konkreten Einzelfall bei der Regelung (zivilrechtlicher) Rechte und Pflichten besondere Konstellationen ergeben können.

## 4.2 Neuanstellung pensionierter Angestellter

Beispiel: Hans Müller arbeitete bis zu seiner Pensionierung bei der F GmbH und bezieht seither eine Altersrente. Die Z AG und Hans Müller einigen sich für ein konkretes Projekt auf einen Arbeitsvertrag mit einem Pensum von 50 Prozent. Welche Besonderheiten sind bei der Neuanstellung zu beachten?

### 4.2.1 Kleinere wirtschaftliche Abhängigkeit dank Rente

Arbeitnehmende sind vor allem deshalb auf diverse Schutznormen des Arbeitsrechts angewiesen, weil der Lohn aus Erwerbstätigkeit häufig die einzige Einkommensquelle darstellt und sie daher wirtschaftlich vom Arbeitgeber als Vertragspartei abhängig sind.

Dieses wirtschaftliche Ungleichgewicht verschiebt sich beim pensionierten Arbeitnehmer zu seinen Gunsten: Dank des stetigen Einkommens in Form einer Altersrente ist der Arbeitnehmer nicht mehr im gleichen Ausmass vom Lohn aus Erwerbstätigkeit abhängig. Verfügt er über eine existenzsichernde Altersrente, ist der Arbeitnehmer in der Lage, mit dem Arbeitgeber auf Augenhöhe über die Vertragsbedingungen zu verhandeln.

Die wirtschaftliche Unabhängigkeit vom vertraglich vereinbarten Lohn hat für den Arbeitnehmer einen grösseren Handlungsspielraum bei der Aushandlung des Arbeitsvertrages zur Folge, was für beide Seiten vorteilhaft sein kann. Er ist nicht zwingend auf die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften angewiesen. Im Gegenteil, diese können sogar seinen persönlichen Bedürfnissen zuwiderlaufen.

So lässt sich beispielsweise fragen, ob eine obligatorische Versicherung in seinem Interesse ist, wenn er sich dank einer Altersrente gar nicht gegen das versicherte

- 35 Bspw. Swica, AVB 2006, Ziff. III Rz. 23; Axa Versicherungen AG, AVB 07.2010, lit. B8, Rz. 9; Zürich-Versicherungs-Gesellschaft, AVB 1/2007, Ziff. 8.6 lit. e.
- 36 Ullin Streiff / Adrian von Kaenel / Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, Zürich 2012, Art. 335 N 4, wobei sich diese «Vereinbarung» auch aus einem Verweis auf das Vorsorgereglement (BGE 114 II 349 = Pra 1989 Nr. 114) oder einer betrieblichen Übung (AGer ZH Entscheide 2008 Nr. 21, ZR 2001 Nr. 81) ergeben kann.
- 37 BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, vom 13. März 1964; SR 822.11.
- 38 Art. 29 ff. ArG.
- 39 Art. 35 ff. ArG.
- 40 Art. 36 ArG.
- 41 Olivier Subilia in: Thomas Geiser / Adrian von Kaenel / Rémy Wyler (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, ArG 36a N 3 mit Verweis auf Botschaft Rev., BBl. 1994 II 157.
- 42 Art. 3 Abs. 1 AHVG, Art. 6<sup>quater</sup> AHVV.
- 43 Art. 10 Abs. 2 lit. a BVG.
- 44 Vgl. oben, Ziff. 0.
- 45 Art. 2 IVG, m. V. a. Art. 3 und 12 AHVG.
- 46 Fr. 1400.– pro Monat bzw. Fr. 16 800.– jährlich (Art. 2 IVG i. V. m. Art. 3 AHVG und Art. 6<sup>quater</sup> AHVV); Merkblatt AHV/IV 2.01 Ziff. 2 und 14.
- 47 Art. 27 EOG i. V. m. Art. 3 AHVG und Art. 6<sup>quater</sup> AHVV; Merkblatt AHV/IV 2.01 Ziff. 2 und 14.
- 48 Art. 1a AVIG.
- 49 Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG.
- 50 Art. 2 Abs. 2 lit. c AVIG.
- 51 Art. 13 Abs. 3 AVIG i. V. m. Art. 12 AVIV.
- 52 Art. 8 Abs. 1 lit. d AVIG.
- 53 Art. 1a Abs. 1 UVG.
- 54 Zum Ausnahmekatalog von der obligatorischen Versicherung Art. 2 UVV.
- 55 Art. 92 UVG.
- 56 Art. 7 Abs. 1 lit. b UVV.
- 57 Art. 7 Abs. 1 lit. d UVV.
- 58 Bspw. Swica, AVB 2006, Ziff. V Rz. 42; Axa Versicherungen AG, AVB 07.2010, lit. B4, Rz. 2; Zürich Versicherungen-Gesellschaft, AVB 1/2007, Ziff. 16.2 lit. d.
- 59 Swica, AVB 2006, Ziff. VIII Rz. 67; Axa Versicherungen AG, AVB 07.2010, lit. C2 Rz. 2.
- 60 Bspw. Swica, AVB 2006, Ziff. III Rz. 23; Axa Versicherungen AG, AVB 07.2010, lit. B8, Rz. 9; Zürich Versicherungen-Gesellschaft, AVB 1/2007, Ziff. 8.6 lit. e.
- 61 Rhenusana, AVB 01.07, Art. 1315 Abs. 1.
- 62 Art. 10 Abs. 2 BVG.
- 63 Art. 13 Abs. 1 BVG.
- 64 Art. 33b BVG.
- 65 Art. 1j Abs. 3 und 4 BVV2.
- 66 Stauffer, N 493 ff.

Risiko wie Lohnausfall absichern müsste.

Bei der Anwendung beziehungsweise Auslegung der arbeitsrechtlichen Schutznormen darf bei pensionierten Arbeitnehmern meines Erachtens mitberücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer dank einer laufenden Altersrente nicht im gleichen Ausmass wie ein «gewöhnlicher» Arbeitnehmer auf diese Schutznormen angewiesen ist.

#### 4.2.2 Praktische Fragen bei der Neuanstellung

##### 4.2.2.1 Sozialversicherungsrechtliche Beitragspflichten

Zur Frage, welche Sozialversicherungsbeiträge vom monatlichen Bruttolohn in Abzug zu bringen sind, kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden. Dasselbe gilt für die bereits gemachten Ausführungen betreffend Krankentaggeldversicherung.

Immerhin ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Neuanstellung eines Arbeitnehmers im Rentenalter das Wahlrecht von Art. 33b BVG bei der Pensionskasse des neuen Arbeitgebers ausschliesst. Die Bestimmung sieht nämlich vor, dass die Vorsorge weitergeführt wird, was bei einem Eintritt in eine neue Pensionskasse nicht möglich ist.<sup>67</sup> Zu prüfen wäre einzig, ob der Arbeitnehmer bei der Pensionskasse seines ehemaligen Arbeitgebers die Vorsorge oder bloss die Altersvorsorge weiterführen kann.<sup>68</sup>

##### 4.2.2.2 Geltungsbereich des Arbeitsrechts

Wie erwähnt hat das Erreichen des Rentenalters weder im Bereich des Arbeitsvertragsrechts<sup>69</sup> noch im Bereich des Arbeitsgesetzes Konsequenzen. Entsprechend gelten auch für pensionierte Arbeitnehmer die diesbezüglichen Vorschriften gleichermaßen wie für nicht pensionierte Arbeitnehmer.

##### 4.2.2.3 Verzicht auf Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung

Inwieweit besteht für die Vertragsparteien die Möglichkeit, vertraglich auf eine Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall oder anderen Gründen einer Arbeitsverhinderung zu verzichten? Die Vorschriften des Obligationenrechts zur Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung sind teilzwingender Natur, weshalb nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers davon abgewichen werden darf.<sup>70</sup> Kommt hinzu, dass auch pensionierte Arbeitnehmer obligatorisch gegen Unfall versichert sind.<sup>71</sup>

Aus naheliegenden Gründen nicht zum Tragen kommt die Lohnfortzahlungspflicht infolge Schwangerschaft<sup>72</sup> oder Militärdienst,<sup>73</sup> auch wenn dafür Versicherungsbeiträge abzuführen sind, sofern der Freibetrag nach AHVG überschritten wird. Das Risiko der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann der Arbeitgeber in der Regel höchstens in reduziertem Umfang über eine Krankentaggeldversicherung absichern; deren Lohnfortzahlung beträgt in der Regel maximal 180 Tage.

Ob eine solche Absicherung (bei paritätischer Beitragszahlung) als gleichwertig zur Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR bezeichnet werden kann, ist meines Erachtens fraglich. Die allgemein bekannten Gerichtsentseide äussern sich regelmässig zu Versicherungslösungen mit einer Dauer von 720, nicht aber 180 Tagen.<sup>74</sup>

Kritisch wird der Vergleich vor allem dann, wenn bei der «Gleichwertigkeit» nicht auf die gesamten Versicherungsleistungen abgestellt wird, sondern einzig diejenigen, welche dem Arbeitnehmer aufgrund seines konkreten Alters offenstehen. Mit anderen Worten: Darf bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit die Versicherungsdauer von 720 Tagen be-

rücksichtigt werden, auch wenn der Arbeitnehmer aufgrund seines Alters gar nicht mehr die Möglichkeit hat, von dieser Leistungsdauer zu profitieren?

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang meines Erachtens ein Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 16. Januar 2003.<sup>75</sup> Darin wurde eine vertragliche Vereinbarung als zulässig anerkannt, wonach die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit in Form eines Lohnzuschlages abgegolten wurde, womit sich der Arbeitnehmer selbst gegen dieses Risiko versichern konnte.

##### 4.2.2.4 Arbeit auf Abruf

Arbeit auf Abruf ist deshalb sozialpolitisch brisant, weil der Arbeitnehmer Gefahr läuft, mangels effektiver Tätigkeit kein Einkommen zu verdienen, obwohl er sich zur Verfügung des Arbeitgebers hält und seine Freizeit insofern nicht für eine andere Tätigkeit (finanziell) nutzen kann.<sup>76</sup> Gerade aber bei pensionierten Arbeitnehmern mit einem Teilzeitpensum kann Arbeit auf Abruf im Interesse beider Vertragsparteien liegen: Während der Arbeitgeber auf einen erfahrenen, zeitlich flexibel verfügbaren Mitarbeiter zurückgreifen kann, bieten einzelne Arbeitseinsätze eine für den Pensionierten willkommene Abwechslung mit Zusatzverdienst. Dabei entscheidend ist natürlich, dass die Modalitäten des Abrufes beim pensionierten Arbeitnehmer nicht zu einer ungewollt starken Einschränkung seiner Freizeit führen und so zu einer psychischen und/oder physischen Belastung führen.

Bereitschaftsdienst ist nach herrschender Rechtsprechung bei echter Arbeit auf Abruf, bei welcher dem Abruf Folge geleistet werden muss, zwingend entschädigungspflichtig.<sup>77</sup> Bei unechter Arbeit auf Abruf, sprich Gelegenheitsarbeit, kann der Arbeitneh-

mer einen Einsatz ablehnen.<sup>78</sup> Wie hoch der für den geleisteten Bereitschaftsdienst zu bezahlende Lohn sein muss, ist gerichtlich noch nicht geklärt.<sup>79</sup> Auf jeden Fall aber darf bei der Bemessung einer solchen Entschädigung meines Erachtens berücksichtigt werden, dass der pensionierte Arbeitnehmer dank seiner Altersrente nicht lebensnotwendig von einer Entschädigung des Bereitschaftsdienstes abhängig ist.

#### 4.2.2.5 Konkurrenzverbot

Pensionierte Arbeitnehmer haben in der Regel aufgrund ihres Alters viel Berufserfahrung, weshalb der Wechsel zu einem Mitbewerber für den Arbeitgeber unerwünscht sein kann. Soweit die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind,<sup>80</sup> kann der Arbeitgeber die Verwertung von Kundenbeziehungen, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen mit Hilfe eines Konkurrenzverbotes verhindern. Ein Konkurrenzverbot ist in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht angemessen zu beschränken, um eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers zu verhindern.

Ist die wirtschaftliche Existenz eines pensionierten Arbeitnehmers durch eine ordentliche Altersrente gesichert, ist dies meines Erachtens im Rahmen der «Würdigung aller Umstände»<sup>81</sup> zu berücksichtigen, was im Ergebnis zur Konsequenz hätte, dass ein Konkurrenzverbot den pensionierten Arbeitnehmer mit (genügender) Altersrente stärker einschränken darf, als einen noch nicht pensionierten Arbeitnehmer.

#### 4.2.2.6 Weitere Aspekte (de lege ferenda)

Neben den erwähnten Punkten finden sich weitere Themenbereiche, bei welchen meines Erachtens mit Recht die Frage gestellt werden darf, ob der pensionierte

Arbeitnehmer des im Gesetz vorgesehenen Sozialschutzes bedarf. So zum Beispiel beim zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c OR), der insofern am Ziel vorbeischießt, als ein pensionierter Arbeitnehmer im Falle einer Kündigung während Krankheit nicht dem wirtschaftlichen Druck zur Stellensuche ausgesetzt ist. Fraglich ist auch die Notwendigkeit des Ausweisens des Ferienzuschlages auf der Lohnabrechnung, damit der Arbeitnehmer in jedem Fall weiss, wie hoch sein Ferienlohn ist.<sup>82</sup>

## 5. Zusammenfassung

Mit der Pensionierung des Arbeitnehmers ändern sich vor allem in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht die rechtlichen Rahmenbedingungen grundlegend. Deshalb empfiehlt es sich, nicht nur bei der Neuanstellung eines pensionierten Arbeitnehmers, sondern vor allem auch bei der Weiterbeschäftigung trotz Pensionierung die Situation zu überdenken und den Arbeitsvertrag anzupassen.

Erstens weil bei Arbeitsverhältnissen mit pensionierten Arbeitnehmern häufig besondere Bedürfnisse und Konstellationen vorliegen.

Zweitens sollte sich der Arbeitnehmer über seine (sozialversicherungsrechtlichen) Handlungsoptionen Gedanken machen, sei dies bezüglich Weiterführung der beruflichen Vorsorge oder einer allfälligen Teilpensionierung.

Drittens schliesslich hat insbesondere die Weiterbeschäftigung eines pensionierten Arbeitnehmers zur Konsequenz, dass womöglich diverse, im Arbeitsvertrag konkret vereinbarte Leistungen gar nicht mehr versichert werden können, was für den daraus haftpflichtigen Arbeitgeber nicht ungefährlich sein kann.

<sup>67</sup> BSV Mitteilung Nr. 124 N 799 Ziff. 7, S. 6.

<sup>68</sup> Art. 47 BVG i. V. m. Art. 33b BVG.

<sup>69</sup> Insbes. Art. 319 ff. OR.

<sup>70</sup> Art. 324a Abs. 4 OR.

<sup>71</sup> Art. 1 Abs. 1 UVG.

<sup>72</sup> Art. 324a Abs. 3 OR.

<sup>73</sup> Art. 324a Abs. 1 OR.

<sup>74</sup> Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O. Art. 324a/b, N. 24.

<sup>75</sup> AN020917.

<sup>76</sup> Christoph Senti, «Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst», in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2006, S. 669, mit Verweis auf BGE 124 III 251 f.

<sup>77</sup> BGE 124 III 249 ff.

<sup>78</sup> Senti, ZBJV 2006, S. 655 f.

<sup>79</sup> KGer Freiburg, Urteil vom 29.12.1999 (A2 59/98):

Pflicht zur Zahlung von Fr. 12.– bei einem ordentlichen Stundenlohn von Fr. 19.–;

BGer 4C.407/1999: 20 Prozent des ordentlichen Lohnes;

ArbGer Interlaken-Oberhasli, Urteil von 1998:

25 Prozent des ordentlichen Lohnes (erwähnt in:

Seco, Empirische Analyse der Arbeit auf Abruf in der Schweiz, S. 11, FN 5).

<sup>80</sup> Art. 340 ff. OR.

<sup>81</sup> Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340a N 5, m. V. a. eine – kritisierte und nach deren Auffassung unzutreffende – bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach unberücksichtigt bleibt, ob eine spezielle Gegenleistung erbracht werde.

<sup>82</sup> BGE 129 III 493 ff.