

# Als die Stunde des Polizeigeistes schlug

Gedanken zur frühen Regulierung der betrieblichen Personalvorsorge

Philipp Egli

## Inhalt

I. <a href="#">Schreckgespenster</a>	3
II. <a href="#">Verborgener Sozialstaat</a>	6
III. <a href="#">Sozialgesetzgebung im Aktienrecht</a>	10
IV. <a href="#">Jäger und Paten des Polizeigeistes</a>	12

## I. Schreckgespenster

Wer wie Thomas Gächter die Ruhe der Nacht zum Arbeiten schätzt, wird sich von einer Geisterstunde nicht schrecken lassen. Einen klaren und kühlen Kopf zu bewahren, empfiehlt sich dabei nicht nur zur mitternächtlichen Stunde, sondern auch beim Blick in die Sozialgesetzgebung. Sie kennt ihre eigenen Schreckgespenster, wie sich beispielhaft an jener Zeit vor gut 70 Jahren zeigt, als die *Stunde des Polizeigeistes* schlug: Mit seinen Vorentwürfen zu einem Spezialgesetz über die betriebliche Personalvorsorge schuf der Bund in den Augen manch kritischer Beobachter ein bürokratisches Schreckgespenst. Was äusserlich als «kleines Spezialgesetz»<sup>1</sup> daherkam – 22 Paragraphen auf 7 Druckseiten –, erregte damals die Gemüter derjenigen Kreise, die vor dem Polizeigeist und damit vor der Gesinnung einer staatlichen Einmischung und Kontrolle erschauerten.<sup>2</sup>

Konkret richtete sich der Widerstand von Arbeitgebervertretern, Verbänden der Personalfürsorge und Teilen der Rechtslehre gegen den *Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Personalfürsorge privater Unternehmen vom 20. Juli*

---

<sup>1</sup> So SR Emil Klöti, in: Protokolle der Bundesversammlung, Ständerat, 2. Sitzung, 8. Juni 1949, S. 33.

<sup>2</sup> Hans Gerold Wirz, Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft – ihre Stellung im Steuerrecht und ihre Beaufsichtigung, Stäfa 1955, S. 133, 139.

1951.<sup>3</sup> Der aus heutiger Sicht schlanke Vorentwurf sah eine einheitliche Regelung für alle Personalkassen privater Unternehmen vor.<sup>4</sup> Er zielte namentlich auf eine *Stärkung der Rechtsstellung des Personals*, indem den Arbeitnehmenden ein Recht auf Mitwirkung in der Verwaltung der Personalkassen sowie ein Anspruch auf die satzungsgemässen Leistungen eingeräumt worden wäre.<sup>5</sup> Vorgesehen war weiter eine Rückzahlung der eigenen Beiträge (zzgl. Zins) bei Auflösung des Dienstverhältnisses sowie eine Regelung des Rechtsmittelweges.<sup>6</sup> Stiftungsurkunde und Statuten wären vor der Eintragung auf ihre Gesetzeskonformität zu prüfen gewesen und das Vermögen der Personalkasse wäre vom Geschäftsvermögen des Unternehmens zu trennen gewesen.<sup>7</sup> Personalkassen wie auch Zuwendungen an Personalkassen blieben nach dem Vorentwurf von den direkten Steuern des Bundes befreit.<sup>8</sup>

Die Gegner der Vorlage sahen im Vorentwurf eine unnötige Reglementierung und *drohenden Staatszwang* in Gestalt von zahlreichen Zwangsvorschriften, die der bisherigen, auf Freiheit und Freiwilligkeit beruhenden privatrechtlichen Ordnung widersprachen.<sup>9</sup>

«Die Privatwirtschaft wird bevormundet (...) Wir haben hier ein Beispiel des Staatsinterventionismus vor uns, einen weiteren Schritt zur Bürokratisierung.»

Das war starker Tobak. Der Zürcher Zivilrechtsprofessor August Egger, der selbst an den Vorentwürfen mitgewirkt hatte, verwies nicht nur auf den «gereizten Ton» der Debatte, sondern vor allem auch auf die *Defizite des damals geltenden (Stiftungs-)Rechts*.<sup>10</sup> Bei einer gewöhnlichen Stiftung – so Egger –

---

<sup>3</sup> Siehe zur Entstehung Wirz (Fn. 2), S. 119 ff. Es gab eine Reihe von Vorentwürfen. Ich beziehe mich nachfolgend – soweit nicht ausdrücklich anders erwähnt – auf den letzten Vorentwurf vom 20. Juli 1951 (nachfolgend: VE 1951), dazu eingehend: Werner Scherrer, Wohlfahrtseinrichtungen der privaten Unternehmungen, ZSR 1951, S. 305a ff.; Roger Voumard, Les fonds de bienfaisance des entreprises privées, ZSR 1951, S. 419a ff.; vgl. auch zu einer früheren Fassung Wolfhart F. Bürgi, Der Wohlfahrtsfonds privatwirtschaftlicher Unternehmungen im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 1950.

<sup>4</sup> Zum Geltungsbereich: Art. 1 VE 1951.

<sup>5</sup> Art. 8 und 12 VE 1951.

<sup>6</sup> Art. 13 ff. VE 1951.

<sup>7</sup> Art. 5 und Art. 9 VE 1951. Gerade das behördliche Prüfungsrecht rief starke Opposition hervor, vgl. Scherrer (Fn. 3), S. 384a ff.; Voumard (Fn. 3), S. 566a; vgl. auch Bürgi (Fn. 3), S. 85.

<sup>8</sup> Art. 17 VE 1951. Das galt bereits zuvor, dazu unten II.

<sup>9</sup> Zitat aus Votum von Alfred Matti, Sekretär des schweizerischen Verbandes für Personalfürsorge privatwirtschaftlicher Unternehmungen, in: ZSR 1951, S. 627a; zu Staatszwang und unnötiger Reglementierung: NZZ vom 17. Juni 1952 (Nr. 1328), Blatt 2.

<sup>10</sup> Votum August Egger, in: ZSR 1951, S. 628a ff. Das Stiftungsrecht enthielt damals noch keine Sonderbestimmungen zur Personalvorsorge.

komme die Leistung der Stiftung über die Destinatäre wie eine Schenkung. Ganz anders sei dies bei Wohlfahrtseinrichtungen, bei denen die Destinatäre auf die Leistungen zählen, da sie Teil ihres Lebensstandards bilden. Was bei gewöhnlichen Stiftungen etwas Unerhörtes wäre – die Heranziehung der Destinatäre zu eigenen Beitragsleistungen –, bedeute hier eine höher entwickelte Form der Wohlfahrtsinstitution. Leistungen von Wohlfahrtseinrichtungen seien keine reine Liberalität, sondern ein besonders gestaltetes zusätzliches Entgelt für geleistete Arbeit.<sup>11</sup>

Nachvollziehbar war daher für Egger das starke Interesse des Personals an den Wohlfahrtseinrichtungen, an der Verwendung der Mittel, an der eigenen *Rechtsposition*. Das Personal empfinde das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, wie es unser ganzes rechtsstaatliches Denken erzeuge: «Warum dann nicht dem offenkundigen Bedürfnis des Personals Rechnung tragen?»<sup>12</sup> Der autoritäre Charakter der Stiftung – die dauernde Beherrschung durch den Stifterwillen – bedürfe bei Wohlfahrtseinrichtungen der Milderung durch die Ausrichtung auf die Interessen der Betriebsgemeinschaft von Unternehmen und Personal, auf die «*human relations*». Egger ermahnte, man dürfe sich durch Doktrinarismus weder leiten noch schrecken lassen.<sup>13</sup>

Das primäre Anliegen von Egger war also eine *Stärkung der Rechtsstellung des Personals* und weniger eine Stärkung staatlicher Bevormundung. Egger war durchaus skeptisch gegenüber der «Tendenz, den Schwierigkeiten des Wirtschafts- und Soziallebens in raschem Zugriff mittelst der Gesetzgebungsmaschine zu begegnen».<sup>14</sup> Doch sein differenziertes Votum blieb ungehört: Die Vorarbeiten versandeten und es sollten noch Jahrzehnte verstreichen, bis eine Spezialgesetzgebung zur beruflichen Vorsorge mehrheitsfähig wurde.<sup>15</sup> Zu stark dachten die Gegner der Vorlage in der allzu einfachen «doktrinären» Gegenüberstellung von staatlichem Zwang und freiheitlicher Wirtschaft. Daraus ergab sich beinahe zwangsläufig ein grundlegendes Spannungsverhältnis zwi-

---

<sup>11</sup> Früher sprach man teilweise auch von *Assekuranzlohn*, was sich aber nicht durchsetzen konnte, vgl. Max Wolfensberger, *Die Wohlfahrtsfonds industrieller Unternehmungen im schweiz. Recht*, Bern 1927, S. 4 f.

<sup>12</sup> Egger (Fn. 10), S. 632a.

<sup>13</sup> Egger (Fn. 10), S. 633a f.

<sup>14</sup> August Egger, *Personalfürsorgeeinrichtungen*, *Werdendes Recht und organisatorische Gestaltung* auf Grund des Vorentwurfes vom Juli 1945, Rechtsgutachten vom 30. September 1946 erstattet der Justizabteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (zit. Rechtsgutachten), Fundstelle: Schweizerisches Bundesarchiv, Signatur: E4001C#1000/783#1279\*, S. 34.

<sup>15</sup> Zur weiteren Entwicklung, die zunächst in eine Vorlage zur *Ergänzung des Dienstvertrags- und des Stiftungsrechts* (BB1 1956 II 825) mündete, vgl. Wirz (Fn. 2), S. 134 ff.

schen den privaten Interessen an einer freiheitlichen Ordnung und den öffentlich-rechtlichen Interessen an der sozialen Sicherstellung des Arbeitnehmers.<sup>16</sup>

Und so sahen die Gegner Geister: Das Spezialgesetz erschien ihnen als Bevormundung durch den Staat und als Zersetzung der Zivilrechtsordnung<sup>17</sup> – oder eben: als Schreckgespenst und Polizeigeist. Zweifelhaft erscheint mir, ob diese Kritik berechtigt war. Allenfalls jagten die Gegner der Vorlage Geister, für die sie selbst die Mitverantwortung trugen: Waren die Jäger des Polizeigeistes womöglich auch seine Paten? Bevor auf diese Frage zurückzukommen sein wird (IV.), lohnt es sich, einige Streiflichter auf die frühe Regelung der betrieblichen Personalvorsorge im Steuerrecht (II.) und im Aktienrecht (III.) zu werfen.

## II. Verborgener Sozialstaat

Als sich die eben erwähnten Geisterjäger vor gut 70 Jahren berufen fühlten, gegen das Schreckgespenst einer Spezialgesetzgebung anzukämpfen, förderte der Staat bereits seit über 30 Jahren mit *Hunderten von Millionen Franken* die privaten Wohlfahrtseinrichtungen. Dies geschah allerdings nicht über ein Spezialgesetz oder direkte Geldzahlungen, sondern über die Befreiung von den kriegs- und krisenbedingten Steuern der ersten Jahrhunderthälfte.<sup>18</sup> Diese später auch in das ordentliche Steuerrecht von Bund und Kantonen überführten Regelungen trugen massgeblich zum Aufblühen der privaten Wohlfahrtseinrichtungen bei.

Ab dem Jahr 1916 liess der Bund Wohlfahrtszuwendungen der Unternehmen als Steuerabzüge bei der Kriegsgewinnsteuer zu. Im Ergebnis leistete der Bund nach eigener Einschätzung «*gewaltige Beiträge*» durch die Steuerbefreiung der Wohlfahrtszuwendungen.<sup>19</sup> Mitunter wurden die Steuerprivilegien gar als einer der «*allerwichtigsten*» Beschlüsse bezeichnet, die der Bundesrat im Rahmen der Vollmachten (*pleins pouvoirs*) des Ersten Weltkrieges getroffen hatte.<sup>20</sup> In der Tat: Bis ins Jahr 1921 belief sich das Total der (definitiv oder provisorisch) steuerbefreiten Zuwendungen bereits auf CHF 200 Millionen, bei

---

<sup>16</sup> Bürgi (Fn. 3), S. 82.

<sup>17</sup> Scherrer (Fn. 3), S. 413a.

<sup>18</sup> Vgl. die Übersicht bei Wirz (Fn. 2), S. 149 ff.

<sup>19</sup> Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. Januar 1922 über das Postulat beider Räte betreffend die Sicherstellung der von der Kriegsgewinnsteuer befreiten Wohlfahrtszuwendungen, BBl 1922 I 97 ff. (zit. Bericht Wohlfahrtszuwendungen), S. 97 f.

<sup>20</sup> So NR Eduard Blumer, in: Protokolle der Bundesversammlung, Nationalrat, 1. Sitzung, 23. April 1923 (zit. NR 1923), S. 11.

Gesamteinnahmen durch die Kriegsgewinnsteuer von rund CHF 790 Millionen.<sup>21</sup> Im Laufe der folgenden Jahrzehnte sollten es die einleitend erwähnten «Hundertern von Millionen Franken» werden.<sup>22</sup>

Selbstredend war der Fiskus darum bemüht sicherzustellen, dass diese «gewaltigen Beiträge» *zweckentsprechend verwendet* wurden. Deshalb verlangte die eidgenössische Steuerverwaltung bereits früh, «dass die Zuwendung mit selbständiger juristischer Persönlichkeit ausgestattet werden müsse».<sup>23</sup> Im Alltag fiel die Durchsetzung und Kontrolle der Zweckbindung allerdings schwer – «ein etwas heikles Thema», wie der Bundesrat bald einmal in aller Zurückhaltung einräumen musste.<sup>24</sup>

Allzu verlockend war für die Unternehmen die Steuerfreiheit: Möglicherweise ging es ihnen bisweilen «weniger um das Wohl ihrer Angestellten und Arbeiter, als vielmehr um die Reduktion ihrer Kriegsgewinnsteuerpflicht».<sup>25</sup> Eigennutz hinderte die Errichtung der Stiftung indes nicht.<sup>26</sup> Allerdings fehlte es den Unternehmen nicht selten am Willen oder an den Mitteln (oder an beidem), um die geforderte Sicherheit in Form einer tatsächlichen Ausscheidung und Überführung der Mittel in verselbständigte Stiftungen zu leisten. Selbst der Fiskus musste sich in den wirtschaftlich schwierigen Zeiten nach dem Ersten Weltkrieg damit begnügen, dass sich die Aktiven einer verselbständigten Wohl-

---

<sup>21</sup> Bericht Wohlfahrtszuwendungen (Fn. 19), S. 100; NR 1923 (Fn. 20), S. 12; siehe auch Matthieu Leimgruber, *Solidarity without the State?*, Cambridge 2008, S. 68.

<sup>22</sup> Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen vom 10. Oktober 1947 über die Beaufsichtigung von Personalfürsorgestiftungen (zit. KS 1947), BBl 1947 III 284 ff., 284.

<sup>23</sup> Bericht Wohlfahrtszuwendungen (Fn. 19), S. 98, mit Hinweis auf die Verfügung des Eidg. Finanzdepartements vom 3. Juli 1918, AS 34 763.

<sup>24</sup> So ein Zitat von BR Edmund Schulthess: «Es ist ein etwas heikles Thema, diese privaten Fonds, die in der letzten Zeit des Krieges und in der ersten Nachkriegszeit angelegt worden sind» (AB SR 1931 S. 69); aus der Praxis: Matthieu Leimgruber, *Profits de guerre, fiscalité et caisses de pension (1917-1927)*, *Aspects de la sécurité sociale* 4/2001, S. 15 ff.

<sup>25</sup> Zitat aus: BGE 51 II 465 E. 2 S. 469, wo das Bundesgericht gar von einer rechtmässigen «Schiebung» sprach. Auch konnten Wohlfahrtsfonds mit reinen Ermessensleistungen die Abhängigkeit des Personals vom Arbeitgeber *verschärfen*, vgl. Wolfensberger (Fn. 11), S. 6 ff., 81 f.: Wer opponiert, wenn er ansonsten Anstellung und Alterssicherung verliert?

<sup>26</sup> BGE 51 II 465; zu den Grenzen: BGE 52 I 273.

fahrtseinrichtung in einer ungesicherten Forderung gegenüber dem Unternehmen erschöpften.<sup>27</sup> Die Stiftungen dienten damit auch der steuerbegünstigten Selbstfinanzierung der Unternehmen.<sup>28</sup>

In der Neuen Zürcher Zeitung war später zugespitzt von «Potemkinschen Stiftungen» die Rede,<sup>29</sup> das heisst von Stiftungen, deren Aktiven nur auf dem Papier Geldwert hatten. Heute würde man sie vielleicht als *Zombie*-Stiftungen bezeichnen – also Stiftungen, «die nicht leben, aber auch nicht sterben können».<sup>30</sup> Solche Stiftungen konnten nur beschränkt zur sozialen Fürsorge beitragen.

Kontrolle tat also Not. Stiftungsrechtlich war eine behördliche Aufsicht zur Sicherung des Stiftungszwecks schon damals gesetzlich vorgeschrieben;<sup>31</sup> die staatliche Aufsicht ist bei Stiftungen «von alters her» bewährt.<sup>32</sup> Weiter gingen die Steuerbehörden von Bund und Kantonen im Laufe der Jahrzehnte dazu über, detaillierte Regelungen zu den Voraussetzungen der Steuerbefreiung aufzustellen. Die beinahe 800-seitige (!) Dissertation von Hans Wirz aus dem Jahr 1955 zur Stellung der Wohlfahrtseinrichtungen im Steuer- und Aufsichtsrecht mit einer umfassenden Darstellung der damaligen Steuerpraxis von Bund und Kantonen lässt *Detailliertheit und Dichte* der steuerlich motivierten Regeln erahnen.<sup>33</sup> Die Themen der steuerlichen Regeln waren vielfältig und nahmen diejenigen des geplanten Spezialgesetzes vorweg.

Angesichts dieser zunehmenden Regulierung der Wohlfahrtseinrichtungen durch das Steuerrecht sprach Wirz kritisch von einer *kalten Revision* der zivilrechtlichen Strukturen.<sup>34</sup> Das öffentlich-rechtliche Steuerrecht überformte zunehmend das privatrechtliche Stiftungsrecht. Diese «expansive Kraft» des

---

<sup>27</sup> Verfügung des Eidg. Finanzdepartements vom 15. Oktober 1921, AS 37 754; eingehend: K. Böschenstein/H. Held, Bericht über die Durchführung der Eidgenössischen Kriegsgewinnsteuer, Bern 1929, Fundstelle: Schweizerisches Bundesarchiv, Signatur: E6300B#1969/255#7\*, S. 44 ff., insb. S. 48; später auch Art. 673 Abs. 3 aOR, dazu unten Fn. 47; zu den Grenzen: BGE 72 I 205.

<sup>28</sup> Graziano Lusenti, Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne fédérale, Genf 1989, S. 70 ff., insb. S. 72.

<sup>29</sup> Ch. Kopf, Wohlfahrtseinrichtungen in der Privatwirtschaft, NZZ vom 21. April 1936 (Nr. 677), Blatt 5.

<sup>30</sup> Votum SR Gottfried Keller, AB SR 1931 S. 66.

<sup>31</sup> Art. 84 ZGB; August Egger, Zürcher Kommentar, Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 84 N 2.

<sup>32</sup> Egger, Rechtsgutachten (Fn. 14), S. 11.

<sup>33</sup> Siehe Wirz (Fn. 2).

<sup>34</sup> Wirz (Fn. 2), S. 250, bezogen auf die Einführung von Rechtsansprüchen auf Geldleistungen; weiterführend Thomas Koller, Privatrecht und Steuerrecht, Bern 1993.

Steuerrechts geriet dort an rechtliche Grenzen, wo die Kantone mit ihrem Steuerrecht allzu stark in zivilrechtliche Strukturen eingriffen.<sup>35</sup> Die damit einhergehenden Spannungen zwischen Stiftungsrecht und Steuerrecht zeigten sich etwa dann, wenn Steuerbehörden eine Ausscheidung oder Sicherstellung des Stiftungsvermögens einforderten<sup>36</sup> oder die Steuerbefreiung von Anpassungen in den Stiftungsurkunden abhängig machten, die Stiftungsaufsicht aber vom Grundsatz der Unabänderlichkeit der Stiftungssatzungen ausging<sup>37</sup>.

Lehre und Praxis fanden zwar Wege, um die beiden Rechtsordnungen aufeinander abzustimmen.<sup>38</sup> Auch drängte der Bundesrat die kantonale Stiftungsaufsicht geradezu zur Kontrolle: «Die steueramtliche Kontrolle allein führt ... nicht zum Ziel, wenn sie nicht durch eine ernsthafte, zeitlich unbegrenzte Kontrolle der Aufsichtsbehörde ergänzt wird.»<sup>39</sup> Doch die Gesetzgebung der Kantone blieb unterschiedlich, die kantonale Rechtspraxis uneinheitlich und die Rechtslage entsprechend *unübersichtlich*.

Auffallend ist, dass durch die «Hintertür» des Steuerrechts schon früh eine staatliche Regulierung der betrieblichen Personalvorsorge einsetzte.<sup>40</sup> In den Sozialwissenschaften wurde eine solche staatliche Sozialpolitik über das Steuerrecht auch schon als unsichtbarer oder *verborgener Sozialstaat* (*hidden welfare state*) bezeichnet.<sup>41</sup> Möglicherweise war es diese «Unsichtbarkeit», die es Max Huber in seinem Geleitwort zur immerhin 800-seitigen Dissertation von Hans Wirz erlaubte, mit Blick auf die Wohlfahrtseinrichtungen ein Hohelied auf die private Initiative, die freie Wirtschaft und die betriebliche Sozialpolitik anzustimmen.<sup>42</sup>

Eine spezialgesetzliche Regelung im Sinne von August Egger wäre allenfalls die Möglichkeit gewesen, dieses zunehmend *unübersichtliche Dickicht* von mehr oder weniger verborgenen steuerlichen (und stiftungsrechtlichen) Regeln durch klare und transparente (zivil-)rechtliche Grundsätze obsolet zu

---

<sup>35</sup> Art. 6 ZGB.

<sup>36</sup> Vgl. dazu aus aufsichtsrechtlicher Sicht BGE 75 I 269.

<sup>37</sup> Wilhelm Schönenberger, Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR 1947, S. 41 ff.; Egger (Fn. 10), S. 629a.

<sup>38</sup> Schönenberger (Fn. 37), passim.

<sup>39</sup> KS 1947 (Fn. 22).

<sup>40</sup> Vgl. zum Verhältnis von Sozialrecht und Steuerrecht z.B. Hans Zacher, Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, Bayerischer Wohlfahrtsdienst 1/1979, S. 1 ff., 3.

<sup>41</sup> Vgl. Christopher Howard, The Hidden Welfare State, Tax Expenditures and Social Policy in the United States, Princeton 1997 (als Gegenbegriff zum «visible welfare state»).

<sup>42</sup> Max Huber, Zum Geleit, in: Wirz (Fn. 2), S. VII.

machen.<sup>43</sup> In dieser Lesart wäre die Spezialgesetzgebung sogar ein Beitrag *gegen* den staatlichen Bürokratismus und für eine Stärkung der zivilrechtlichen Rechtsstellung des Personals gewesen – aber um dies so zu sehen, hätte man Privatrecht nicht einfach mit der Freiheit und Freiwilligkeit der (Aktien-)Gesellschaft gleichsetzen dürfen.

### III. Sozialgesetzgebung im Aktienrecht

Es gab denn auch schon früh Regeln zu Wohlfahrtseinrichtungen im Aktienrecht,<sup>44</sup> was auf den ersten Blick überraschen mag: Zumindest in früheren Jahrzehnten galt die Aktiengesellschaft als die Kapitalgesellschaft schlechthin, deren Seele das *Gewinnstreben der Aktionäre* war.<sup>45</sup> Und doch verankerte die Revision des Obligationenrechts von 1936 im Aktienrecht eine Norm zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen:

«Mit dieser Ordnung will dem Unternehmen der Aktiengesellschaften wenigstens nach einer Richtung in bezug auf die Gewinnverwendung eine soziale Funktion zugunsten der Arbeiter und Angestellten zugewiesen werden.»<sup>46</sup>

Der damals geschaffene Art. 673 aOR sah vor, dass die Statuten einer Aktiengesellschaft Fonds zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Angestellte und Arbeiter des Unternehmens vorsehen konnten. Dabei waren die Wohlfahrtszuwendungen aus dem Vermögen der Gesellschaft aus-

---

<sup>43</sup> Die Rechtsgrundlagen für die Spezialgesetzgebung sah Egger mit Bezug auf Stiftungen in Art. 64 aBV und Art. 84 ZGB, siehe Egger, Rechtsgutachten (Fn. 14), S. 11.

<sup>44</sup> Entsprechende Regelungen gab es auch für die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft, nicht aber für Personengesellschaften und Einzelunternehmen, vgl. F. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957, Art. 673 N 8. Nicht eingegangen wird nachfolgend auf die Regelungen in der damaligen Fabrikgesetzgebung, vgl. Art. 78 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (BBl 1914 III 567 ff.).

<sup>45</sup> Alfred Siegwart, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945, Einl. N 220; ferner Walter R. Schluep, Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und öffentlichem Interesse, in: Max Boemle et al. (Hrsg.), Lebendiges Aktienrecht, FS Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 311 ff.

<sup>46</sup> Eugen Huber, Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement erstattet im März 1920, S. 112.



zuscheiden und in eine Stiftung zu überführen.<sup>47</sup> Schliesslich hatte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Rückerstattung der eigenen Beiträge (ohne Zins) bei Auflösung des Dienstverhältnisses.<sup>48</sup>

Nach der damaligen Lehre wies diese Regelung einen «ausgesprochen sozialpolitischen Charakter» auf, ja sie wurde sogar als Weiterentwicklung (!) des modernen Sozialrechts bezeichnet: Ihre Besonderheit sah man in der Freiwilligkeit der Wohlfahrtszuwendungen, was es erlaubte, die Wohlfahrtseinrichtungen vollständig ins Privatrecht einzuordnen.<sup>49</sup> Die Bestimmungen traten in beschränkter Masse an die Stelle der (im ersten Anlauf gescheiterten) staatlichen Altersversicherung. Das Bundesgericht bezeichnete Art. 673 aOR gar ausdrücklich als «Ausschnitt aus der eidgenössischen Sozialgesetzgebung»:

«Die durch das revidierte Aktienrecht an die Generalversammlung verliehene Befugnis, Beiträge zugunsten von Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal zu entrichten, ist ein Ausschnitt aus der eidgenössischen Sozialgesetzgebung mit der Besonderheit, dass der Staat auf Eingriffe verzichtet und es dem einzelnen Unternehmen überlässt, die zweckdienlichen Anordnungen zu treffen. Diesem Vertrauen in den sozialen Sinn der Aktiengesellschaft muss entsprechen, dass sie nicht durch ihre Satzung die erhaltene Kompetenz wegbedingen darf.»<sup>50</sup>

Eine solche Wohlfahrt in privaten Händen und auf private Initiative lebte vom *Vertrauen in den sozialen Sinn* der Aktiengesellschaft, was das Bundesgericht dadurch förderte, dass es den Zuwendungen an Wohlfahrtseinrichtungen einen Vorrang vor dem Recht auf Dividende einräumte. In diesem (sehr bescheidenen) Umfang gewährte das Aktienrecht der Wohlfahrt die Vorfahrt vor dem Gewinnstreben einzelner Aktionäre; ihr Recht auf Dividende hatte zurückzutreten.<sup>51</sup> Die Wohlfahrtszuwendungen blieben aber dem Mehrheitswillen der Aktionäre überlassen: Über die Zuwendungen beschloss die Generalversammlung; sie waren Ausdruck einer «dringlichen sozialen Pflicht gegenüber dem Personal».<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Das Gesetz erlaubte, dass das Stiftungsvermögen in einer Forderung an die Gesellschaft bestand (Art. 673 Abs. 3 aOR).

<sup>48</sup> Art. 673 Abs. 1-4 aOR in der Fassung vom 18. Dezember 1936 (in Kraft bis 30. Juni 1958); dazu eingehend die Kommentierung von Bürgi (Fn. 44). Die Norm wurde später ins Arbeitsrecht überführt, vgl. Art. 343<sup>bis</sup> aOR (in der Fassung ab 1. Juli 1958 bis 31. Dezember 1971).

<sup>49</sup> Bürgi (Fn. 44), Art. 673 N 7, von dort auch das Zitat im Haupttext (Hervorhebung im Original).

<sup>50</sup> BGE 72 II 293 E. 4 S. 303 f.

<sup>51</sup> Otto K. Kaufmann, Das Recht auf Dividende, St. Gallen 1947, S. 23 ff.; siehe auch Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 488 f.

<sup>52</sup> BGE 72 II 293 E. 4 S. 306.

Dies waren für die damalige Zeit bemerkenswerte *Wandlungen im Wesen der juristischen Person*.<sup>53</sup> Man kann darin ein schwindendes Vertrauen in die unsichtbare Hand des Marktes und einen vorsichtigen Eingriff der sichtbaren Hand des Rechts erblicken.<sup>54</sup> Die Regelung gründete aber letztlich mehr in einer sozialen (moralischen) Pflicht als in einer eigentlichen Rechtspflicht. Die Stärkung des Rechts war denn auch das besondere Anliegen der geplanten Spezialgesetzgebung.

#### IV. Jäger und Paten des Polizeigeistes

Längst vorbei sind heute die Zeiten, in denen sich das Sozialrecht im Steuerrecht und im Aktienrecht verbarg. Der sichtbare und entfaltete Sozialstaat begnügt sich nicht mit der privaten Wohlfahrt und dem Vertrauen in den sozialen Sinn der (Aktien-)Gesellschaft. *Staat tut Not*. Hans-Peter Tschudi brachte das regulatorische Dilemma der privaten Wohlfahrt angesichts der gescheiterten Bemühungen um eine Spezialgesetzgebung treffend wie folgt auf den Punkt:<sup>55</sup>

«Warum sind die ursprünglich weitgehenden Pläne des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes auf einen so bescheidenen Revisionsentwurf zusammenschmolzen? Ich erblicke die Ursache darin, dass zwischen der Freiwilligkeit in der Äufnung von Wohlfahrtsfonds und der gesetzlichen Regelung ein fast unüberbrückbarer Gegensatz besteht. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Stiftung von Mitteln durch die Betriebe zur Unterstützung des Personals sehr zu begrüssen ist. Auch sind gesetzliche Bestimmungen, welche erreichen sollen, dass die Arbeitnehmer wirklich in den Genuss dieser Mittel kommen, erwünscht. Stellt der Gesetzgeber jedoch weitgehende Vorschriften auf, so empfindet der Unternehmer dies als unannehmbaren Eingriff. Wenn er freiwillig Mittel zur Verfügung stellt, will er in deren Verwendung möglichst nicht gebunden sein. Somit haben weitgehende gesetzliche Regelungen die Folge, dass die Unternehmer in der Bewilligung von Mitteln für Wohlfahrtszwecke zurückhaltend werden. Damit wird aber der beabsichtigte Schutz der Arbeitnehmer in sein Gegenteil verkehrt. Diese Problematik, welche der privaten Wohlfahrt innewohnt, hat zur Folge, dass sie die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer gegenüber den verschiedenen Risiken des Lebens, wie Alter, Krankheit, Invalidität, allein nicht erreichen kann. Dem Ausbau der staatlichen Sozialversicherung muss somit weiterhin die grösste Aufmerksamkeit geschenkt werden.»

Wie wir inzwischen wissen, hat auch die staatliche Wohlfahrt ihre Kosten. Gerade die berufliche Vorsorge ist ein gutes Beispiel für die Risiken staatlicher

---

<sup>53</sup> Wolfhart F. Bürgi, *Wandlungen im Wesen der juristischen Person*, in: *Staat und Wirtschaft*, FS Hans Nawiasky, Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, S. 245 ff.

<sup>54</sup> Schluep (Fn. 45), S. 325 f.

<sup>55</sup> Votum SR Tschudi, AB SR 1957 S. 235; in der Rechtstheorie ist mitunter gar von einem «regulatorischen *Trilemma*» die Rede, da mit Politik, Recht und Wirtschaft (mind.) drei Funktionsbereiche aufeinanderprallen, weiterführend Gunther Teubner, *Das regulatorische Trilemma*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13 (1984), S. 109 ff.

Regulierung.<sup>56</sup> Überhaupt kann der Staat vielfach nur ungenügend kompensieren, was die Gesellschaft versäumt. Die Sozialziele brauchen zu ihrer Verwirklichung Staat *und* Gesellschaft. Das beste Rezept gegen überbordende staatliche Regulierung wäre daher: die Gesellschaft nimmt ihre soziale Verantwortung selbst wahr.<sup>57</sup> Der Staat hätte dann zwar den rechtlichen Rahmen zu setzen, müsste ihn aber nicht selbst ausfüllen. Die berufliche Vorsorge – dieses «Werk der Sozialpartner» – wäre an diesen Gedanken durchaus anschlussfähig (gewesen).<sup>58</sup>

Genau auf diese *gesellschaftliche Verantwortung* und deren rechtliche Absicherung zielte das einleitend erwähnte Votum von August Egger ab, der denn auch ein engagierter Verfechter eines sozialen Zivilrechts war.<sup>59</sup> Ob aber das für einen solchen Ansatz trotz aller rechtlichen Absicherung unverzichtbare «Vertrauen in den sozialen Sinn der Aktiengesellschaft» belohnt würde, muss wohl bezweifelt werden. Allzu gerne überlässt die (Aktien-)Gesellschaft das Gemeinwohl dem Staat und ruft damit jenen Polizeigeist hervor, den sie später mit Verve bekämpft. Insofern können die Jäger des Polizeigeistes auch seine Paten sein: Sie jagen ein Schreckgespenst, das sie selbst mitverantworten.

In der betrieblichen Personalvorsorge zeichneten sich demnach bereits früh die regulatorischen Probleme des modernen Sozialstaates ab: das ewige Ringen zwischen individuellen und kollektiven Interessen: «Glücklich der Staat und die Zeit, wo diese beiden Grundelemente der Rechtsbildung sich zu einer erträglichen Harmonie verbunden haben!»<sup>60</sup> Dies macht bewusst: Sozialstaatlichkeit ist ein *fortwährender Auftrag*, wobei die Art und Weise der Problemlösung auch von der Einstellung der jeweiligen Epoche zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft abhängt.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> Philipp Egli/Martina Filippo, Berufliche Vorsorge: Stösst die Logik an ihre Grenzen?, NZZ vom 11. Juni 2020, S. 7, zu den gesetzlich bedingten Pensionierungsverlusten.

<sup>57</sup> Vgl. zum «gesellschaftspolitischen» Subsidiaritätsprinzip Thomas Gächter, Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit, ZSR 2014 II, S. 5 ff., 60 ff.

<sup>58</sup> Das BVG ist «Rahmengesetz», vgl. Art. 6 und 49 BVG; zum «Werk der Sozialpartner» vgl. statt vieler: Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 600.

<sup>59</sup> August Egger, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Zürich 1950.

<sup>60</sup> Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. 4, Basel 1893, S. 300.

<sup>61</sup> Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 480; allgemein: Richard Bäuml, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 1965, S. 81 ff.; Josef Esser, Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts, Heidelberg 1979, S. 5.

Die als «Polizeigeist» beschimpfte staatliche Einmischung und Kontrolle ist mitunter erforderlich, aber wohl häufig nur die zweitbeste Lösung gegenüber gesellschaftlicher (Eigen-)Verantwortung.<sup>62</sup> Wer reguliert, sollte daher an seine Grenzen denken. Und wer Regulierung beklagt, sollte an seine Verantwortung denken. Wo es an einem von beidem fehlt, gerät Regulierung rasch zu einer tragischen Angelegenheit: *Ohne den Staat geht es nicht – und mit ihm auch nicht.*

So endet mein Beitrag in einer *Paradoxie* und damit ohne rechten Schluss.<sup>63</sup> Wer einen Ausweg finden will, braucht einen klaren und kühlen Kopf. Womit wir wieder am Anfang wären:

«Verehrtes Publikum, jetzt kein Verdross:  
Wir wissen wohl, das ist kein rechter Schluss (...)  
Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen  
Den Vorhang zu und alle Fragen offen. (...)  
Der einzige Ausweg wär aus diesem Ungemach:  
Sie selber dächten auf der Stelle nach (...)<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Haller/Kölz/Gächter (Fn. 61), Rz. 87.

<sup>63</sup> Wenig tröstlich wird sein, dass Paradoxien in der modernen Gesellschaft unvermeidlich sind, vgl. Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1997, S. 1144.

<sup>64</sup> Ausschnitte aus: Bertolt Brecht, *Der gute Mensch von Sezuan*, Epilog, zit. nach Bertolt Brecht, *Gesammelte Werke*, Bd. 4, Frankfurt a.M. 1967, S. 1607; für einen möglichen Ausweg vgl. Gächter (Fn. 57), S. 63, wonach das Versicherungsprinzip (Sozialversicherung!) eine «geradezu modellhafte Verbindung von Solidarität und Subsidiarität» sei.