

Gutachten

erstattet der

Bundeskanzlei

Gurtengasse 5, 3003 Bern

zu Fragen

des Ruhegehalts von Magistratspersonen

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

Inhalt

1	Auftrag.....	2
2	Vorbemerkung.....	3
3	Fragestellung.....	3
4	Aufbau	3
5	Ausgangslage.....	3
6	Grundzüge der Ruhegehaltsregelung.....	4
6.1	Gesetz und Verordnung	4
6.2	Vereinbarung betreffend Auszahlung der Ruhegehälter	5
6.3	Parlamentarische Beratung von Gesetz und Verordnung.....	5
6.3.1	Bundesrätliche Gesetzesbotschaft	5
6.3.2	Festlegungen im Rahmen der parlamentarischen Beratung	6
7	Einordnung der Ruhegehaltsregelung.....	7
7.1	Fragestellung.....	7
7.2	Ruhegehalt als gesetzliche Leistung mit Bezug zur vorangehenden Dienstleistung	7
7.3	Kürzungsordnung	8
7.4	Zwischenergebnis.....	9
8	Folgen des Widerrufs des Verzichts auf ein Ruhegehalt.....	9
8.1	Fragestellung.....	9
8.2	Formeller Verzicht.....	9
8.3	Verzicht durch fehlende Geltendmachung des Anspruchs	10
8.3.1	Ausgangslage	10
8.3.2	Zulässigkeit der Annahme eines Verzichts durch erfolgte Nichtanmeldung ...	10
8.3.3	Anmeldung nach anfänglichem Verzicht	10
8.3.4	Zeitlicher Rahmen der Nachzahlung des Ruhegehalts.....	11
9	Auszahlung des Ruhegehalts bei Widerruf des bisherigen Verzichts bzw. bei verspäteter Anmeldung	11
10	Beantwortung der gestellten Fragen	12
10.1	Darf einer Magistratsperson, die nach Rücktritt auf die Ausbezahlung eines Ruhegehaltes verzichtet hat und dies nachträglich ausbezahlt wünscht, das Ruhegehalt rückwirkend ausbezahlt werden?.....	12
10.2	Falls eine rückwirkende Auszahlung möglich sein sollte: Ist eine Auszahlung in zwei (oder mehreren) zeitlich getrennten Tranchen – sofern von der betroffenen Person so gewünscht – zulässig / geboten / verboten?	12

1 Auftrag

Am 8. Juni 2020 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen des Ruhegehalts von Magistratspersonen ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge

grundsätzlich bejaht, worauf am 9. Juni 2020 der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortenden Fragen gestellt wurden.

2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten:

1. Darf einer Magistratsperson, die nach Rücktritt auf die Ausbezahlung eines Ruhegehaltes verzichtet hat und dies nachträglich ausbezahlt wünscht, das Ruhegehalt rückwirkend ausbezahlt werden?
2. Falls eine rückwirkende Auszahlung möglich sein sollte: Ist eine Auszahlung in zwei (oder mehreren) zeitlich getrennten Tranchen – sofern von der betroffenen Person so gewünscht – zulässig / geboten / verboten?

4 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannten Fragen. Es wird zunächst aufgezeigt, welche allfällige Regelung den massgebenden Erlassen zu entnehmen ist (Ziff. 6). In der Folge wird die Ruhestandsregelung in das Rechtssystem eingeordnet (Ziff. 7). Davon ausgehend wird geklärt, wie es sich mit den Folgen des Widerrufs des Verzichts auf die Auszahlung des Ruhegehaltes verhält (Ziff. 8). Ergänzend wird (ausgehend davon, dass auf den bisherigen Verzicht zurückgekommen werden kann und das Ruhegehalt rückwirkend auszuzahlen ist) auf die Frage eingegangen, wie es sich mit den zulässigen Formen verhält, ein nachzuzahlendes Ruhegehalt (auf das bisher verzichtet wurde) auszurichten (Ziff. 9). Die abschliessende Fragenbeantwortung findet sich in Ziff. 10.

5 Ausgangslage

Die Auftraggeberin schildert die Ausgangslage folgendermassen:

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen (SR 172.121, hiernach: Gesetz) legt in Artikel 1 fest, dass die Bundesversammlung die Höhe der Besoldung der Mitglieder des Bundesrates, der ordentlichen Richter des Bundesgerichts

und des Bundeskanzlers sowie die Taggelder der nebenamtlichen Bundesrichter in einer Verordnung regelt. Zudem hat die Bundesversammlung die berufliche Vorsorge zu regeln. Die Leistungen der beruflichen Vorsorge bestehen dabei aus einem Ruhegehalt nach dem Ausscheiden aus dem Amt sowie Hinterlassenenrenten (Art. 3 Gesetz).

Die Verordnung der Bundesversammlung über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen (SR 172.121.1, hiernach: *Verordnung*) regelt insbesondere die Besoldung, das Ruhegehalt sowie die Hinterlassenenrenten von Magistratspersonen. Als Magistratspersonen gelten die Mitglieder des Bundesrates sowie die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler sowie die Bundesrichterrinnen und Bundesrichter (vgl. Art. 1 und 1a *Verordnung*). Magistratspersonen erhalten nach dem Ausscheiden aus dem Amt unter bestimmten Voraussetzungen ein sogenanntes «volles Ruhegehalt» in der Höhe der halben Besoldung einer amtierenden Magistratsperson (Art. 3 *Verordnung*).

Sofern kein Anspruch auf ein volles Ruhegehalt nach Artikel 3 *Verordnung* entsteht, kann unter bestimmten Voraussetzungen ein «Ruhegehalt bei vorzeitigem Ausscheiden» zuerkannt werden (Art. 4 *Verordnung*). Solange eine ehemalige Magistratsperson ein Erwerbs- oder Ersatzeinkommen erzielt, das zusammen mit dem Ruhegehalt die Jahresbesoldung einer amtierenden Magistratsperson übersteigt, wird das Ruhegehalt um den Mehrbetrag gekürzt (Art. 5 *Verordnung*).

Relevant für die Auslegung dürften insbesondere die folgenden Materialien sein:

- Botschaft zu einem Bundesgesetz und einem Bundesbeschluss über Besoldung und berufliche Vorsorge der Mitglieder des Bundesrates und des Bundesgerichts sowie des Bundeskanzlers vom 14. September 1988 (BBl 1988 III 729)

- Parlamentarische Debatte zum Bundesgesetz und zum Bundesbeschluss (Geschäft: 88.061 / AB 1989 N 1246 ff.)

6 Grundzüge der Ruhegehaltsregelung

6.1 Gesetz und Verordnung

Ausgangspunkt bildet das Bundesgesetz über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen (vom 6. Oktober 1989, SR 172.121) (nachfolgend: *Gesetz*). In Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes wird festgehalten, dass die «Leistungen der beruflichen Vorsorge (...) aus einem Ruhegehalt nach dem Ausscheiden aus dem Amt sowie Hinterlassenenrenten» bestehen. Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes hält fest, dass die berufliche Vorsorge der Magistratspersonen von der Bundesversammlung mit einem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss geregelt wird.

Die Bundesversammlung beschloss am 6. Oktober 1989 die Verordnung der Bundesversammlung über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen (SR 171.121.1) (nachfolgend: *Verordnung*). Art. 3 der Verordnung hält in Abs. 1 fest, dass Magistratspersonen «nach dem Ausscheiden aus dem Amt ein Ruhegehalt in der Höhe der

halben Besoldung einer amtierenden Magistratsperson» erhalten. Den Tatbestand des vorzeitigen Ausscheidens ordnet Art. 4 der Verordnung. Ein solches vorzeitiges Ausscheiden liegt nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vor, «wenn eine Magistratsperson aus dem Amt ausscheidet, ohne dass ein Anspruch auf ein volles Ruhegehalt entsteht». Art. 5 bezieht sich nach seinem Rändtitel auf die «Kürzung des Ruhegehalts wegen Erwerbs- oder Ersatzeinkommen». Hier wird das Folgende festgehalten:

«Solange eine ehemalige Magistratsperson ein Erwerbs- oder Ersatzeinkommen erzielt, das zusammen mit dem Ruhegehalt die Jahresbesoldung einer amtierenden Magistratsperson übersteigt, wird das Ruhegehalt um den Mehrbetrag gekürzt».

Nach Art. 13 der Verordnung zahlt die «Pensionskasse des Bundes» die Ruhegehälter und Hinterlassenenleistungen aus. Die Leistungen werden ihr vom Bund zurückerstattet.

6.2 Vereinbarung betreffend Auszahlung der Ruhegehälter

Es liegt zudem eine Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Pensionskasse des Bundes PUBLICA vor, welche sich auf die «administrative Auszahlung der Ruhegehälter an Magistratspersonen im Ruhestand (exkl. Bundesrichter/innen) sowie der Hinterlassenenrenten bezieht. Nach Ziffer 3.1 dieser Vereinbarung werden die Ruhegehälter dem Bund monatlich in Rechnung gestellt.

6.3 Parlamentarische Beratung von Gesetz und Verordnung

6.3.1 Bundesrätliche Gesetzesbotschaft

Aus den Materialien ergibt sich das Folgende: In der bundesrätlichen Botschaft vom 14. September 1988 wird festgehalten, dass vorgesehen ist, die Magistratspersonen während ihrer Amtszeit nicht dem BVG, zu unterstellen¹. Art. 5 betr. «Kürzung des Ruhegehalts wegen Erwerbseinkommen» wird in der bundesrätlichen Botschaft ausführlicher erläutert. Es wird auf den Grundsatz hingewiesen, dass beim Erzielen eines Erwerbseinkommens nach dem Ausscheiden aus dem Amt eine Verminderung des Ruhegehalts vorzusehen sei, wenn dieses zusammen mit dem Erwerbseinkommen die Bezüge einer amtierenden Magistratsperson übersteigt. Es soll in der Bestimmung geregelt werden, was nicht als Erwerbseinkommen gilt. Zudem wird Bezug genommen auf die «Natur der Ruhegehälter»: «Diese sind nicht Leistungen aus einem Versicherungsverhältnis, sondern stellen eine Gegenleistung des Bundes aus dem Dienstverhältnis zwischen Bund und den Magistratspersonen dar.»² Der Text des vom Bundesrat vorgeschlagenen «Bundesbeschlusses» findet sich in BBl 1988 III 741 bis 744.

¹ Vgl. BBl 1988 III 732.

² So BBl 1988 III 734.

6.3.2 Festlegungen im Rahmen der parlamentarischen Beratung

6.3.2.1 Kennzeichen des Ruhegehaltes

Zunächst wird im Parlament betont, dass das Ruhegehalt gesetzlich geregelt ist und einen Bezug zur beruflichen Vorsorge hat. «Ruhegehalt ist ja nicht eine Frage des Reichtums des Bezügers, es hat vielmehr mit Gesetzen und beruflicher Vorsorge zu tun».³ «Da die Bundesräte und Bundesrätinnen Arbeitnehmerstatus haben, ist ihnen ein grundsätzlicher Anspruch auf ein Ruhegehalt – natürlich unter Beachtung der vorgeschlagenen Kürzungsregel – zuzubilligen».⁴ Im Laufe der Beratung wurde betont, dass das Ruhegehalt verknüpft ist mit der vorangehenden Tätigkeit als Magistratsperson. «Das Ruhegehalt ist eine Fortsetzung, eine Abgeltung für geleistete Dienste».⁵

6.3.2.2 Kürzung des Ruhegehaltes

Im Parlament war unbestritten, dass das Ruhegehalt wegen Überentschädigung zu kürzen ist. «Übt eine Magistratsperson nach dem Ausscheiden aus dem Amt eine Erwerbstätigkeit aus, so soll ihr Gesamteinkommen, bestehend aus Ruhegehalt und Erwerbseinkommen die Jahresbesoldung einer noch amtierenden Magistratsperson gleicher Stufe nicht übersteigen. Geschieht dies trotzdem, ist der Mehrbetrag vom Ruhegehalt in Abzug zu bringen».⁶ «Erzielt ein nach seinem Rücktritt noch arbeitshungriger und rüstiger Alt-Bundesrat – warum sollte das aus volkswirtschaftlicher Sicht unter Umständen nicht sogar sinnvoll sein – infolge einer neuen beruflichen Tätigkeit ein Erwerbseinkommen, so wird richtigerweise der Betrag, der zusammen mit dem Ruhegehalt eine volle Bundesratsbesoldung übersteigt, vom Ruhegehaltsbetrag abgezogen».⁷ «Einerseits wird das hohe Gehalt gekürzt, wenn eine Alt-Bundesrat einer anderweitigen Erwerbstätigkeit nachgeht, und andererseits wird dadurch verhindert, dass ehemalige Bundesräte dazu animiert werden, in alle möglichen Geschäftstätigkeiten einzusteigen».⁸

6.3.2.3 Einordnung des Ruhegehaltes

Im Parlament wurde über die Zuordnung zu einer «Fürsorgeleistung» debattiert, wobei es hier insbesondere darum ging, gegebenenfalls die Höhe des Ruhegehaltes (auch) von Vermögenserträgen abhängig zu machen. «Ich betone noch einmal, das Ruhegehalt der Magistratspersonen ist eine Fürsorgeleistung; man hört dies nicht gerne, aber es ist so. Es ist eine reine Fürsorgeleistung, für die kein Rappen Prämie entrichtet worden ist.»⁹ «Was ist

³ NR Seiler Hanspeter, Berichterstatter; AB 1989 N 1246.

⁴ NR Seiler Hanspeter, Berichterstatter; AB 1989 N 830.

⁵ Bundesrat Stich; AB 1989 N 1247.

⁶ NR Seiler Hanspeter, Berichterstatter; AB 1989 N 821 f.

⁷ NR Seiler Hanspeter, Berichterstatter; AB 1989 N 830.

⁸ SR Piller, Berichterstatter; AB 1988 S 806.

⁹ NR Oester; AB 1989 N 1247; sein Antrag auf Einbezug von Vermögenserträgen ist in der Folge abgelehnt worden.

eigentlich dieses Ruhegehalt des Bundesrates? Es ist doch im Grunde genommen, weil ja nichts einbezahlt wird, eine Art – im idealsten Sinne – Fürsorgeleistung».¹⁰ Die Einordnung dieser Äusserungen, welche im Zusammenhang mit in der Folge abgelehnten Anträgen stehen, lassen darauf schliessen, dass das Ruhegehalt gerade keine Sozialhilfeleistung darstellt.

7 Einordnung der Ruhegehaltsregelung

7.1 Fragestellung

Ausgehend von den vorstehend genannten Elementen ist eine Einordnung des Ruhegehalts vorzunehmen. Dabei steht im Vordergrund, die Regelung von Art. 5 der Verordnung betreffend Kürzung des Ruhegehalts einzuordnen.

7.2 Ruhegehalt als gesetzliche Leistung mit Bezug zur vorangehenden Dienstleistung

Das Ruhegehalt der Magistratspersonen wird durch Gesetz und Verordnung geregelt. Auch im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde klar darauf hingewiesen, dass es sich um einen gesetzlichen Leistungsanspruch handelt.¹¹ Es geht um eigentliche Ansprüche¹² und klarerweise nicht um Leistungen mit Sozialhilfe- oder Fürsorgecharakter; dies erschliesst sich daraus, dass Anträge, das Ruhegehalt auch wegen Vermögenserträgen zu kürzen, abgelehnt wurden.¹³ Das Ruhegehalt steht in direktem Zusammenhang mit der vorangehenden Tätigkeit als Magistratsperson, was sich daraus erschliesst, dass das volle Ruhegehalt erst nach einer bestimmten Mindestdauer der Amtstätigkeit beansprucht werden kann.

Was die Zuordnung zu sonstigen Leistungsansprüchen betrifft, wird darauf hingewiesen, dass es um eine «berufliche Vorsorge» geht; das Ruhegehalt hat mit «beruflicher Vorsorge zu tun».¹⁴ Zugleich wird indessen auch die Nähe zu Ansprüchen aus der vorangehenden Tätigkeit als Magistratsperson betont: «Das Ruhegehalt ist eine Fortsetzung, eine Abgeltung für geleistete Dienste».¹⁵ Die Ruhegehälter «sind nicht Leistungen aus einem Versicherungsverhältnis, sondern stellen eine Gegenleistung des Bundes aus dem Dienstverhältnis zwischen Bund und den Magistratspersonen dar.»¹⁶

¹⁰ NR Müller-Aargau; AB 1989 N 828; seinem Antrag wurde keine Folge geleistet.

¹¹ Dazu Ziff. 6.3.2.1.

¹² Vgl. dazu NR Seiler Hanspeter, Berichterstatter; AB 1989 N 830: «ein grundsätzlicher Anspruch auf ein Ruhegehalt»

¹³ Dazu Ziff. 6.3.2.3.

¹⁴ NR Seiler Hanspeter, Berichterstatter; AB 1989 N 1246.

¹⁵ Bundesrat Stich; AB 1989 N 1247.

¹⁶ So BBl 1988 III 734.

Bei der Zuordnung steht die Nähe zur «Abgeltung für geleistete Dienste» indessen im Vordergrund. Es geht nämlich beim Ruhegehalt – anders als bei den Hinterlassenenleistungen¹⁷ – nicht um die Entschädigung für den Eintritt eines versicherten Risikos; das Ruhegehalt setzt gerade nicht das Erreichen eines bestimmten Alters voraus, sondern wird einzig an die Dauer der Amtstätigkeit geknüpft. Es ergeben sich auch keine Kürzungen, wenn der Rücktritt vom Amt in jüngeren Jahren erfolgt. Ferner kann berücksichtigt werden, dass die Gewährung des Ruhegehalts nicht mit der Entrichtung von Prämien verknüpft ist; es handelt sich um «eine reine Fürsorgeleistung, für die kein Rappen Prämie entrichtet worden ist.»¹⁸

Insgesamt liegt damit im Ausgangspunkt nahe, eine Annäherung des Ruhegehalts zu personalrechtlichen Ansprüchen anzunehmen.

7.3 Kürzungsordnung

Art. 5 der Verordnung legt für bestimmte Sachverhalte die Kürzung des Ruhegehalts fest. Hier zeigen sich versicherungsrechtliche Elemente.

Es wird zunächst eine bestimmte Überentschädigungsgrenze festgelegt, nämlich «die Jahresbesoldung einer amtierenden Magistratsperson».¹⁹ Damit wird auf eine sich verändernde Grösse Bezug genommen, nämlich auf die jeweilige Jahresbesoldung. Daraus ergibt sich, dass die Überentschädigungsberechnung im Laufe der Zeit je neu vorzunehmen ist und sich dabei Anpassungen ergeben können.

Geordnet wird ferner, welche Leistungen anrechenbar sind. Dabei werden «ein Erwerbs- oder Ersatzeinkommen» angerechnet.²⁰ Damit der Kongruenzgrundsatz umgesetzt; weil das Ruhegehalt mit der (vorangehenden) Erwerbsarbeit zusammenhängt (und den Wegfall dieses Erwerbseinkommens entschädigt), werden bei der Überentschädigungsberechnung Erwerbseinkommen (bzw. Ersatzeinkommen, welche das Erwerbseinkommen ersetzen) angerechnet.

Solche Elemente sind typisch für eine versicherungsrechtliche Überentschädigung und finden sich beispielsweise in analoger Weise in Art. 34a BVG oder Art. 24 und Art. 24a BVV2.

¹⁷ Bei ihnen fällt denn auch auf, dass in der Verordnung Regelungselemente aufgenommen werden, welche versicherungsrechtlichen Charakter haben; es geht etwa um die Ansprüche von geschiedenen Ehegatten, um die voraussetzende Ehedauer oder um das Höchstalter von rentenberechtigten Kindern; dazu Art. 7 ff. der Verordnung.

¹⁸ NR Oester; AB 1989 N 1247; sein Antrag auf Einbezug von Vermögenserträgen ist in der Folge abgelehnt worden.

¹⁹ So Art. 5 der Verordnung.

²⁰ Dazu Art. 5 der Verordnung.

7.4 Zwischenergebnis

Insgesamt steht die Einordnung des Ruhegehalts als Leistung mit Bezug zur vorangehenden Tätigkeit als Magistratsperson klar im Vordergrund. Zwar weist die Kürzungsordnung Bezüge zum Versicherungsrecht auf und wird auf die Nähe zur beruflichen Vorsorge hingewiesen. Indessen vermögen diese Teilelemente mit versicherungsrechtlichem Bezug nicht zu bewirken, dass das Ruhegehalt insgesamt als Versicherungsleistung erscheint.

8 Folgen des Widerrufs des Verzichts auf ein Ruhegehalt

8.1 Fragestellung

Die Fragestellung bezieht sich auf einen «Verzicht» auf das Ruhegehalt. Es ist – ausgehend vom vorstehend festgehaltenen Zwischenergebnis – eine Einordnung eines solchen Verzichts vorzunehmen. Nähere Angaben zur Art und Tragweite des Verzichts finden sich im geschilderten Sachverhalt nicht; deshalb ist nachfolgend auf Varianten des Vergleichs einzugehen und aufzuzeigen, wie die jeweiligen Ausgangslagen zu würdigen sind.

8.2 Formeller Verzicht

Es ist denkbar, dass eine Magistratsperson formell auf die ihr an sich zustehende Leistung in Form des Ruhegehalts verzichtet. Im öffentlichen Recht ist allgemein möglich, auf eine an sich beanspruchbare Leistung zu verzichten. Die betreffende Magistratsperson würde mithin formell erklären, das Ruhegehalt nicht beanspruchen zu wollen.

Ist eine solche Erklärung einzuordnen, liegt nahe, die in Art. 23 ATSG festgelegte Ordnung analog heranzuziehen. Nach Art. 23 Abs. 1 ATSG kann die berechtigte Person auf Versicherungsleistungen verzichten; sie kann den Verzicht jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Verzicht und Widerruf sind schriftlich zu erklären. Ein solcher Verzicht darf immerhin keine gesetzlichen Vorschriften verletzen. Art. 23 Abs. 2 ATSG bezieht sich denn auch auf die Umgehung von gesetzlichen Vorschriften. Dass die Umgehung von gesetzlichen Vorschriften keinen Schutz verdient, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz des Verbots des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, welcher im Sozialversicherungsrecht – wie im gesamten Rechtssystem – ebenfalls massgebend ist.²¹ Dass eine solcher formelle Verzichtserklärung eine gesetzliche Vorschrift verletzen würde, ist nicht ersichtlich.

Bei einer solchen Ausgangslage liegt mithin nahe, den Widerruf des Verzichts zwar zuzulassen, indessen den Verzicht nur für die Zukunft gelten zu lassen. Es wäre das Ruhegehalt also ab dem Zeitpunkt des Widerrufs des Verzichts zu gewähren.

²¹ Vgl. BGE 108 V 89; allgemein dazu KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2020, Art. 23 Rz. 49 f.

8.3 Verzicht durch fehlende Geltendmachung des Anspruchs

8.3.1 Ausgangslage

Denkbar ist, dass sich eine Magistratsperson zum Bezug des Ruhegehalts nicht anmeldet. Dies kann beispielsweise darauf zurückzuführen sein, dass die Magistratsperson zunächst über sonstige hinreichende Einkünfte oder Vermögenswerte verfügt. Hier liegt nicht ein formeller Verzicht vor, sondern die Ausgangslage, dass die – allenfalls mindestens teilweise – beanspruchbare Leistung des Ruhegehalts nicht verlangt wird.

8.3.2 Zulässigkeit der Annahme eines Verzichts durch erfolgte Nichtanmeldung

Durch eine Nichtanmeldung eines Leistungsanspruchs kann auf einen solchen Bezug verzichtet werden.²² Es geht beim Ruhegehalt um einen Leistungsanspruch mit gewisser Nähe zu einer Versicherungsleistung, weshalb – wie in Art. 29 ATSG – die entsprechende Leistung nicht ohne Anmeldung zu Leistungsbezug zu gewähren ist. Es gilt hier also das Dispositionsprinzip und nicht das Offizialprinzip.²³

Die Nichtanmeldung stellt also nicht nur einen bloss faktischen Verzicht auf Leistungen dar; ihre Wirkung geht weiter und basiert auf einem rechtlichen Vorgang. Allerdings muss diesbezüglich auch berücksichtigt werden, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein «konkludenter Verzicht», wie er unter dem noch früheren Recht von der Rechtsprechung akzeptiert wurde, nicht mehr möglich sei.²⁴

8.3.3 Anmeldung nach anfänglichem Verzicht

Ob eine spätere Anmeldung zum Leistungsbezug nach einer anfänglichen Nichtanmeldung ausgeschlossen ist, d.h., ob ein «Widerruf» des stillschweigenden «Verzichts» zulässig ist, ist zu bejahen. Durch einen solchen formlosen anfänglichen Verzicht ist eine spätere Anmeldung zum Leistungsbezug nicht grundsätzlich ausgeschlossen.²⁵ Ein «Widerruf» des stillschweigenden «Verzichts» ist insoweit zulässig. Allerdings können sich aus einer solchen (allenfalls verspäteten) Anmeldung Einschränkungen im Leistungsanspruch ergeben. So verhält es sich jedenfalls im Sozialversicherungsrecht. Nachzahlungen erfolgen nur ausserhalb des Rahmens der Leistungsverwirkung (vgl. Art. 24 Abs. 1 ATSG), und das Einzelgesetz kann bei der verspäteten Anmeldung weitere Einschränkungen vorsehen (vgl. z.B. Art. 46 UVG). Immerhin gilt im Sozialversicherungsrecht, dass bei zunächst erfolgter Nichtanmeldung zum

²² Vgl. dazu – zum Sozialversicherungsrecht – KIESER (Fn. 21), Art. 29 Rz. 26-27.

²³ Dazu KIESER (Fn. 21), Art. 29 Rz. 13.

²⁴ So BGE 137 V 398.

²⁵ Anders – aber weit zurückliegend – BGE 108 V 29.

Leistungsbezug und späterer Anmeldung die Leistung im Rahmen der Verwirkungsregelung – indessen ohne Verzugszinsen.²⁶ – nachbezahlt wird.²⁷

Damit ist bei der hier zu beurteilenden Ausgangslage im Zeitpunkt einer Anmeldung zum Bezug des Ruhegehalts die Leistung zu gewähren und zwar – in einem noch zu bestimmenden Rahmen – auch rückwirkend.

8.3.4 Zeitlicher Rahmen der Nachzahlung des Ruhegehalts

Wenn – wie es sich bei der hier einzuordnenden Ausgangslage ergibt – die Leistung nach einer erfolgten Anmeldung (auch) rückwirkend zu gewähren ist, stellt sich die Frage nach der allfälligen zeitlichen Begrenzung der Nachzahlung.

Es kann sich darum handeln, dass angesichts des engen Bezugs zur vorangehenden Magistratstätigkeit eine personalrechtliche Verjährungsfrist anzunehmen ist; es kann sich auch so verhalten, dass die versicherungsrechtliche Nachzahlungsfrist von Art. 24 Abs. 1 ATSG massgebend ist.

Art. 128 Ziff. 3 OR, der hier wohl analog zur Anwendung gelangen kann, sieht – ebenso wie Art. 24 Abs. 1 ATSG – eine fünfjährige Frist vor. Generell gelten im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zudem fünfjährige Verjährungsfristen. Damit liegt nahe, für die Nachzahlung des Ruhegehalts eine fünfjährige Frist anzuwenden.

Die Nachzahlungsfrist berechnet sich rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Anmeldung zum Bezug des Ruhegehalts. Als massgebend ist also die Anmeldung zu betrachten. In einem neueren Entscheid weist das Bundesgericht darauf hin, dass das Unterlassen der Anmeldung «zur Folge (hat), dass der entsprechende Anspruch mit der Zeit erlischt».²⁸ In einem anderen Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass der «Anspruch auf Hilflosenentschädigung (...) solange geltend gemacht werden [kann], als die Frist gemäss Art. 24 ATSG läuft».²⁹ Schliesslich hat das Bundesgericht umfassend festgehalten, dass „für die Geltendmachung von Leistungen (...) bereits die – auch formlose bzw. fehlerhafte – Anmeldung im Sinne von Art. 29 ATSG zur Fristwahrung ausreicht“.³⁰

9 Auszahlung des Ruhegehalts bei Widerruf des bisherigen Verzichts bzw. bei verspäteter Anmeldung

Ergibt sich, dass das Ruhegehalt rückwirkend und/oder für die Zukunft zu gewähren ist, ist – im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen – die entsprechende Summe der

²⁶ Dazu Art. 26 ATSG.

²⁷ Dazu Art. 24 Abs. 1 ATSG.

²⁸ Vgl. BGE 135 V 111.

²⁹ BGE 137 V 361.

³⁰ BGE 133 V 583 f.

anspruchsberechtigten Person umgehend auszurichten. Denn mit dem Widerruf des formellen Verzichts bzw. mit der Anmeldung zum Bezug entsteht der Anspruch auf den Erhalt des Ruhegehalts. Dieses ist – um eine Rechtsverzögerung zu vermeiden – zu gewähren, sobald die entsprechenden Abklärungen abgeschlossen werden können. Dabei bezieht sich die Auszahlung auf die gesamte beanspruchbare Summe. Es ist nicht möglich – weil es an entsprechenden Vorschriften fehlt –, die Nachzahlungssumme aufzuteilen. Zwar mag die anspruchsberechtigte Person allenfalls ein steuerliches Interesse haben, die Aufteilung vorzunehmen; dies stellt indessen keine rechtliche Grundlage dar, um eine Aufteilung vorzunehmen. Ohnehin müsste bei einer solchen Ausgangslage die Frage des Rechtsmissbrauchs geprüft werden.³¹

10 Beantwortung der gestellten Fragen

10.1 Darf einer Magistratsperson, die nach Rücktritt auf die Ausbezahlung eines Ruhegehaltes verzichtet hat und dies nachträglich ausbezahlt wünscht, das Ruhegehalt rückwirkend ausbezahlt werden?

Eine rückwirkende Auszahlung entfällt, wenn die Magistratsperson zunächst formell auf die Auszahlung des Ruhegehalts verzichtet hat. Zwar ist ein Widerruf des Verzichts zulässig, doch entfaltet einer solcher Widerruf nur Wirkungen für die Zukunft. Anders verhält es sich, wenn kein formeller Verzicht erfolgte, sondern die Magistratsperson sich zum Bezug des Ruhegehalts nicht (an-)gemeldet hat. Hier ist eine spätere Anmeldung zulässig, wobei sich bei dieser Ausgangslage ergibt, dass die Leistung rückwirkend zu gewähren ist. Dabei geht es um eine fünfjährige Nachzahlungsfrist, welche rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Anmeldung zu berechnen ist.

10.2 Falls eine rückwirkende Auszahlung möglich sein sollte: Ist eine Auszahlung in zwei (oder mehreren) zeitlich getrennten Tranchen – sofern von der betroffenen Person so gewünscht – zulässig / geboten / verboten?

Eine Aufteilung der Nachzahlungssumme in zeitlich getrennte Tranchen ist weder im Gesetz noch in der Verordnung vorgesehen. Sobald die Leistung beansprucht werden kann, sind die erforderlichen Abklärungen umgehend vorzunehmen, und es ist nach Abschluss der Abklärungen die beanspruchbare Summe umgehend und insgesamt auszurichten.

Zürich, 12. Juni 2020

Uli Uli

³¹ Dazu Art. 23 Abs. 2 ATSG, wonach Verzicht und Widerruf nichtig, sind wenn damit eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften bezweckt wird.