

Einschreiben

Bundesamt für Sozialversicherungen
Geschäftsfeld AHV, berufliche Vorsorge
und EL
Bereich Leistungen AHV/EO/EL
Effingerstrasse 20
3003 Bern

Luzern, 17. Oktober 2018
B0003857 / BO - LT

lic. iur. HSG Marco Bolzern
Rechtsanwalt und Notar

lic. iur. Markus Haas
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

lic. iur. Thomas Räber
Rechtsanwalt

lic. iur. Claudia Erbin
Rechtsanwältin und Notarin
Fachanwältin SAV Familienrecht

Dr. iur. Claudio Nosetti
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt SAV Strafrecht

MLaw Brigitte Scheuber
Rechtsanwältin

MLaw Sonja Geiser
Rechtsanwältin

MLaw Roman Pfäffli
Rechtsanwalt

MLaw Nicole Gerber
Rechtsanwältin

MLaw Jennifer Dahinden
Rechtsanwältin

MLaw Thea Leuthold
Rechtsanwältin

eingetragen im Anwaltsregister

info@bhup.ch
www.bhup.ch

Stellungnahme zur Vernehmlassung zur Stabilisierung der AHV (AHV 21)

Sehr geehrter Herr Bundespräsident Berset

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehme ich zu den von Ihnen vorgeschlagenen Massnahmen zur Stabilisierung der AHV wie folgt Stellung:

1. Die Vorlage zur Sicherung der Finanzierung der AHV (AHV21) enthält insbesondere auch die Massnahme der Angleichung des Referenzalters für Frauen und Männer auf 65 Jahre. Den vorgeschlagenen Art. 29^{bis} Abs. 2 AHVG erachte ich im Hinblick auf die Festlegung einer Altersgrenze als äusserst problematisch. Denn trotz der in Art. 3 Abs. 1 AHVG statuierten Pflicht zur Beitragszahlung nach Erreichen des Referenzalters werden gemäss des vorgeschlagenen Art. 29^{bis} Abs. 2 AHVG bei der Ermittlung des Rentenanspruchs noch immer lediglich die bis zur Erreichung des Referenzalters einbezahlten Beiträge berücksichtigt. Im Hinblick auf die durch die Bundesverfassung garantierten Grundrechte und im Hinblick auf die Rechte und Freiheiten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention ist diese Nichtberücksichtigung der Beitragsjahre und des Erwerbseinkommens nach Erreichen des

Referenzalters unter gleichzeitig geltender Verpflichtung zur Beitragszahlung unrechtmässig.

Unrechtmässigkeit nach dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots der BV

2. Das Gleichheitsgebot nach Art. 8 BV statuiert, dass jeder Mensch in seiner unantastbaren Würde gleich geschützt ist und deshalb gleich behandelt und respektiert werden soll. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe ungleich behandelt wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die an Unterscheidungsmerkmale anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen (gemäss Abs. 2 des vorgenannten Artikels) ausmachen. Das Alter ist ein solcher nicht aufgebbarer Bestandteil der Identität einer Person.
3. Eine solche rechtsungleiche Behandlung kann qualifiziert gerechtfertigt werden. Dafür muss die Benachteiligung aber sowohl legitime Ziele und Zwecke erreichen wollen, als sie auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen muss. Das Diskriminierungsverbot hat also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen.¹ Mit Bezug auf die Gründe, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, geht Art. 8 Abs. 2 BV zwar nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus; hingegen gilt im Rahmen der Verhältnismässigkeitprüfung bei einem Verdacht einer unzulässigen Differenzierung nach dem Alter ein etwas strikterer Massstab, um so dem mit Art. 8 Abs. 2 BV gewollt höheren Schutz Rechnung zu tragen.²
4. In der Literatur soll die bisherige Ungleichbehandlung von Personen im Pensionsalter mit dem Gedanken der Solidarität, auf welchem die AHV beruht, gerechtfertigt werden. Zwar ist richtig, dass die AHV auf einem Solidaritätsgedanken aufbaut. Das Ziel dieses Solidaritätsgedanken ist jedoch vorwiegend, dass weniger gut verdienende Versicherte von Beiträgen der besser verdienenden Versicherten profitieren, indem die Auszahlung der Rente gegen oben limitiert wird und die besser verdienenden Versicherten trotz höheren Einzahlungen

¹ BGE 136 I 121 E. 5.2 S. 127; BGE 135 I 49 E. 4.1 S. 53; BGE 129 I 392 E. 3.2.2 S. 397; Urteil 8C_169/2009 vom 28. Juli 2009 E. 4.2.1; je mit Hinweisen.

² BGE 138 I 265 E. 4.3 S. 268.

nur eine sogenannte Maximalrente erreichen können. Sodann muss eine rechtsungleiche Behandlung aufgrund des Solidaritätsgedankens zwingend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen.

5. Personen, die nach Erreichen des Referenzalters noch immer arbeitstätig bleiben, sollen jedoch für die nach Erreichen des Referenzalters gesetzlich geschuldeten Beiträge überhaupt keine staatliche Gegenleistung erhalten (dies entspricht auch der aktuellen Fassung von Art. 29^{bis} AHVG bzgl. des Pensionsalters). So stützen Personen mit fortbestehender Arbeitstätigkeit im Pensionsalter das System der AHV weiterhin, ohne für diese Leistungspflicht eine Gegenleistung zu erhalten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Personen im Pensionsalter die gesamten nach Erreichen des Pensionsalters erwirtschafteten Beiträge im Sinne des Solidaritätsgedankens aufopfern müssen, während gut verdienende jüngere Personen lediglich einen Teil der Beiträge im Sinne des Solidaritätsgedankens aufopfern. Diese Ungleichbehandlung von Personen nach Erreichen des Referenzalters kann sodann keinesfalls qualifiziert gerechtfertigt werden. Insgesamt muss deshalb geschlossen werden, dass die bisherige und auch die vorgeschlagene Gesetzgebung der Alters- und Hinterlassenenversicherung in unverhältnismässiger Weise Unterscheidungen trifft, weshalb insbesondere Art. 29^{bis} Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AHVG im Widerspruch zum Diskriminierungsverbot aus Art. 8 Abs. 2 BV steht.
6. Da mit verbesserter medizinischer Versorgung ausserdem vermehrt Personen über die Pensionierung hinaus arbeiten, ist die Nichtberücksichtigung der AHV-Beiträge sodann im Allgemeinen stossend. Die neuere Altersforschung zeigt, dass eine Altersgrenze als Limitierung der Anrechnung nicht als sachbezogenes Kriterium gelten kann.³ Einerseits verläuft der Alterungsprozess in hohem Masse individuell, andererseits wird die fortgesetzte Erwerbstätigkeit nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters aufgrund der sich immer verbessernden medizinischen Versorgung vermehrt möglich und praktiziert. Die Altersgrenze der effektiven Pensionierung wird sich in absehbarer Zukunft deshalb voraussichtlich weiter verschieben.

³ Zum Forschungsstand Altersdiskriminierung siehe: <http://www.altersdiskriminierung.ch/index.php?id=38> (Zugriff: 03.09.2018).

Unrechtmässigkeit nach dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots der EMRK

7. Die EMRK ist von der Schweiz am 03. Oktober 1974 ratifiziert worden und am 28. November 1974 für deren Gebiet in Kraft getreten. Ihrer Natur nach gebührt der EMRK damit als internationales Recht Vorrang vor nationaler Gesetzgebung. Grundsätzlich ist die Festlegung von Steuern, Beiträgen und Abgaben zwar Sache der Einzelstaaten, darunter fallen auch Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung. Der EGMR hat jedoch in diesem Zusammenhang bereits in mehreren Fällen eine Missbrauchskontrolle vorgenommen.
8. Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält in Art. 14 ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Aus mehreren Entscheiden des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte lässt sich erkennen, dass der EGMR das Alter unter «anderer Status» subsumiert und die Diskriminierung wegen des Alters im Anwendungsbereich der EMRK somit verbietet.⁴ Auch die Kommentarliteratur zu Art. 14 EMRK führt „Alter“ als Grund auf, der unter „Status“ zu subsumieren ist.⁵ Im Übrigen findet sich ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot im zwölften Zusatzprotokoll der EMRK.
9. In den vorstehenden Ziffern konnte bereits dargelegt werden, dass ältere Personen durch die Nichtberücksichtigung der Rentenbeiträge ab Erreichen des Referenzalters (vgl. Art. 29^{bis} Abs. 1 AHVG) unter gleichzeitiger Verpflichtung zur Bezahlung von AHV-Beiträgen (vgl. Art. 3 Abs. 1 AHVG) einzig aufgrund ihres Alters eine weniger günstige Behandlung erfahren, als Personen, die das Referenzalter noch nicht erreicht haben. Eine solche Ungleichbehandlung einzig aufgrund des Alters stellt eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 14 EMRK dar, welche aufgrund der Unverhältnismässigkeit sodann nicht gerechtfertigt werden kann. Um Wiederholungen zu vermeiden wird insbesondere bzgl. der Ungleichbehandlung und der Verhältnismässigkeitsprüfung auf die Ausführungen in vorstehenden Ziffern verwiesen.
10. Insgesamt kann geschlossen werden, dass die bestehende und die vorgeschlagene Gesetzgebung der Alters- und Hinterlassenenversicherung (und dabei insbesondere Art. 29^{bis} Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AHVG) auch im Widerspruch zu Art. 14 EMRK steht.

⁴ etwa EGMR vom 22.10.1981, Nr. 7525/ Dudgeon vs. United Kingdom, Rz. 67–70, oder Menschenrechtskommission vom 13.10.1986, Vr. 11077/64, Nelson vs. United Kingdom.

⁵ etwa JOCHEN A FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 33 zu Art. 14 EMRK.

Unrechtmässigkeit nach dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes der EMRK

11. Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls der EMRK statuiert das Recht auf Achtung des Eigentums. Der Eingriff in das Eigentumsrecht ist gemäss Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls untersagt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt den Rechtspositionen der Sozialversicherung ausdrücklich Eigentumsschutz zu. So hat der EGMR in diversen Urteilen die Eigentumsqualität bestimmter Rechtspositionen aus der Sozialversicherung anerkannt.⁶
12. Sodann hat der EGMR in seinem Urteil *Christian Müller v. Austria* vom 16. Dezember 1974 ausdrücklich entschieden, dass durch die (freiwillig geleisteten) Beitragsleistungen an das Sozialversicherungssystem ein finanzieller Anspruch des Beitragsleistenden an einer angemessenen Beteiligung an diesem Fond entsteht.⁷ Der EGMR entschied, dass die an das Sozialversicherungssystem freiwillig geleisteten Beiträge zu einem Eigentumsrecht des Klägers führten und die Nichtberücksichtigung der freiwilligen Beitragszahlungen bei der Berechnung des Rentenanspruchs eine Verletzung von Art. 1 ZP 1 EMRK darstelle. Die Österreichische Pensionsversicherung bewertete diese freiwillig bezahlten Beiträge als „contributions to a supplementary pensions scheme“ – und damit als Beiträge zu einer „Zusatzrente“. Aufgrund dieser Einstufung der freiwillig bezahlten Beiträge als Beiträge zur „Zusatzrente“ erhielt der Kläger einen kleineren Rentenanspruch als bei einer Berücksichtigung der freiwillig bezahlten Beiträge als „ordentliche Altersrente“. Der Kläger rügte deshalb insbesondere den teilweisen Verlust des Rechts auf eine volle Rente und damit den Verstoß gegen Art. 14 EMRK i.V.m Art. 1 ZP 1 EMRK. In gleicher Weise hat der Europäische Menschenrechtsgerichtshof einen Verstoß gegen Art 14 i.V.m. Art. 1 ZP 1 EMRK bejaht, wenn eine Pension ganz entzogen wird.⁸
13. Wenn nun der EGMR ausdrücklich die Eigentumsrechte an den freiwilligen Beitragsleistungen unter den Schutz von Art. 1 ZP 1 EMRK stellt, so muss gleiches insbesondere für Beitragsleistungen gelten, die gestützt auf eine gesetzliche Verpflichtung geleistet werden müssen. Indem die vorgeschlagene und vorherrschende Gesetzgebung der Alters- und

⁶ *Gaygusuz v. Austria*, Judgement of 16. September 1996, Reports 1996-IV, pp. 1141-1142. Diesem Urteil folgte der Gerichtshof auch in zahlreichen weiteren Fällen wie etwa *Wessels-Bergervoet v. Netherlands* (Appl. No. 34462/97, endgültige Zulässigkeitsentscheidung vom 3. Oktober 2000), *Koua Poirrez v. France* (Urteil vom 30 September 2003), *Kjartan Asmundsson v. Iceland* (Urteil vom 12. Oktober 2004), *Svetlana Naumenko v. Ukraine* (Urteil vom 9. November 2004), *Gorokhov and Rusyayev v. Russia* (Urteil vom 17. März 2005), u.W.

⁷ *Christian Müller v. Austria*, Judgement of 16. Dezember 1974, No 5849/72.

⁸ EGMR vom 12.10.20074 , 60669/00 Nr. 45 Slg. 041-IV – Kjartan -Asmundson Island.

Hinterlassenenversicherung eine Pflicht zur Beitragszahlung auch nach Erlangen des Referenzalters (bzw. des ordentlichen Rentenalters) statuiert, diese Beitragszahlung aber nicht bei der Berechnung der Altersrente berücksichtigt, verpflichtet sie zu einer Leistungspflicht ohne Gegenleistung. Gemäss vorgenannter Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs ist dies als Eingriff in das Eigentumsrecht nach Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP 1 EMRK zu bewerten.

14. Der Eingriff in das Eigentum nach Art. 1 ZP 1 EMRK kann sodann nicht mit öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden, da bereits in den vorstehenden Ziffern dargelegt wurde, dass die Verhältnismässigkeit bei der Nichtberücksichtigung der AHV-Beiträge ab dem Referenzalter nicht erfüllt sein kann. Eine Ungleichbehandlung von älteren Personen ist aufgrund des oben erläuterten Solidaritätsgedankens deshalb nicht verhältnismässig und zumutbar.
15. Insgesamt kann geschlossen werden, dass die in der gemäss der Gesetzgebung der Alters- und Hinterlassenenversicherung statuierte Leistungspflicht ohne Gegenleistung als Eingriff in das Eigentumsrecht nach Art. 14 EMRK zu bewerten ist.

Fazit:

Auch wenn die bisherige Gesetzgebung diese unrechtmässige Ungleichbehandlung von älteren Personen seit mehreren Jahren verankert hatte, darf eine revidierte Gesetzgebung diese Unrechtmässigkeit nicht mehr weiterführen. Der vorgeschlagene Art. 29^{bis} Abs. 2 AHVG ist entsprechend dahingehend abzuändern, dass sowohl die Beitragsjahre (zumindest bei fehlenden Beitragsjahren) als auch das Erwerbseinkommen nach Erreichen des Referenzalters bei der Rentenberechnung mitberücksichtigt werden, ansonsten Personen ab Erreichen der Altersgrenze von der Beitragspflicht zu befreien sind – womit wiederum der vorgeschlagene Art. 3 Abs. 1 AHVG entsprechend abzuändern ist.

Für Ihre Kenntnisnahme danke ich Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse


Marco Bolzern

Christian Affolter
Expert en caisses de pensions
Rue de Chaux 27
2800 Delémont
079 816 7441

Participation à la consultation sur la Stabilisation de l'AVS (AVS 21)

1. Participation à la Consultation sur la Stabilisation de l'AVS

En ma qualité d'expert en caisses de pensions, je suis convaincu de la nécessité de modifier certains paramètres de la loi sur l'AVS afin de coordonner l'évolution des recettes et des dépenses de cette dernière et soutient entièrement le Conseil fédéral, sur le fond, dans sa démarche de revenir avec un nouveau projet afin de stabiliser les finances de l'AVS.

Cette assurance fonctionnant selon le principe de la répartition, afin de freiner ses dépenses, il n'est possible d'agir que sur le niveau des prestations, à savoir soit en diminuant les perspectives de rente futures, soit en repoussant l'âge de référence de l'AVS. Par ailleurs, une augmentation de la TVA ou du taux de cotisations permet notamment d'augmenter les recettes de l'AVS.

Or, aucune des mesures précédentes susmentionnées n'est populaire. Il convient, dès lors, de proposer des mesures qui soient proportionnées et équitables.

2. Proposition du Conseil fédéral

- **Fixer un âge de référence à 65 ans pour les hommes comme pour les femmes**

Dans le cadre de cette participation à ladite consultation, je me limiterai à relever le fait que la proposition du Conseil fédéral de relever l'âge de référence uniquement pour les femmes n'est pas idéal.

3. Contre-proposition

Fixer un âge de référence à 66 ans pour les hommes et à 65 ans pour les femmes

4. Argumentations

- Harmoniser l'âge de référence n'a de sens que si, durant l'année écoulée, la rente moyenne en francs versée aux nouveaux retraités masculins est plus ou équivalente à celle versée aux nouvelles retraitées. Or, tel n'est manifestement pas le cas aujourd'hui.
- L'espérance de vie augmente autant pour les hommes que pour les femmes. Ces dix dernières années, elle a même augmenté davantage pour les hommes que pour les femmes.
- Le peuple s'est déjà exprimé sur cette question dans le cadre de la votation « Prévoyance vieillesse 2020 ». Un sondage effectué après cette votation a montré que le refus du peuple a été motivé principalement par l'augmentation de l'âge de la retraite des femmes.
- Le Conseil fédéral relève qu'il n'est pas adéquat d'augmenter l'âge de référence au-delà d'un certain seuil pour différentes raisons (accès au marché du travail pour les travailleurs âgés notamment). Cependant, il se contredit, car il propose tout de même d'augmenter l'âge de référence pour les femmes. Ainsi, ce qui n'est pas adéquat pour certains, devrait l'être pour d'autres ?

5. Conclusions

Demander un effort aux femmes, alors que cette catégorie de personne exerce majoritairement des activités non rémunérées (femmes au foyer) ou moins rémunérées que celles des hommes n'est pas justifié.

Tout le monde s'accorde à admettre qu'il est nécessaire de trouver des solutions pour stabiliser les finances de l'AVS. Ainsi, la contre-proposition faite dans le présent document touche toutes les catégories de personnes :

- Les hommes et les femmes cotisants à l'AVS qui devront travailler une année de plus ou accepter une réduction de leur rente.
- Les retraités, au même titre que les autres catégories de personnes en Suisse, devront accepter une augmentation de la TVA

Ainsi, en partageant les efforts entre tous, les chances de réussite du projet devant le peuple s'en verront renforcées.

Christian Affolter, expert en caisses de pensions