Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C 914/2007

Urteil vom 12. Dezember 2008
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Lustenberger, Borella, Kernen, Seiler,
Gerichtsschreiber Fessler.

Parteien
1. Einwohnergemeinde Zug, vertreten durch den Stadtrat von Zug, Stadthaus am Kolinplatz, Postfach 1258, 6301 Zug,

2. X._____,

Beschwerdeführerinnen,

gegen

Kanton Zug,
Beschwerdegegner, vertreten durch den Regierungsrat des Kantons Zug, Regierungsgebäude, Postfach 156, 6301 Zug.

Gegenstand
Berufliche Vorsorge,

Beschwerde betreffend das Gesetz
über die Zuger Pensionskasse vom 31. August 2006.

Sachverhalt:

A.
Am 31. August 2006 verabschiedete der Kantonsrat des Kantons Zug die Totalrevision des Gesetzes vom 1. September 1994 über die Pensionskasse des Kantons Zug. Gegen das neue Gesetz über die Zuger Pensionskasse (Pensionskassengesetz) wurde das Referendum ergriffen. Am 17. Juni 2007 fand die Abstimmung statt. Das Ergebnis wurde von der Staatskanzlei im Amtsblatt des Kantons Zug Nr. 25 vom 22. Juni 2007 publiziert mit dem Vermerk «angenommen». Weiter wurde auf die Möglichkeit der Beschwerde gegen die Abstimmung bis 25. Juni 2007 hingewiesen. Im Amtsblatt Nr. 48 vom 30. November 2007 wurde die Aufnahme des Gesetzes vom 31. August 2006 in die kantonale Gesetzessammlung mitgeteilt mit dem Hinweis, dagegen könne innert 30 Tagen, laufend ab dem Tag der Publikation im Amtsblatt, beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden.

B.
Mit Eingabe vom 20. Dezember 2007 haben die Einwohnergemeinde Zug, vertreten durch den Stadtrat, und X._____ gemeinsam Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben mit dem Rechtsbegehren, § 1 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse vom 31. August 2006 sei für bundesrechtswidrig zu erklären und deshalb aufzuheben.

Der Kanton Zug, vertreten durch den Regierungsrat und dieser handelnd durch die Finanzdirektion, beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, eventualiter in dem Umfang, in dem die Zuger Pensionskasse Vorsorgeleistungen gewährt, die über das BVG-Minimum hinausgehen. Diesem Antrag schliesst sich der Kantonsrat des Kantons Zug an. Das Bundesamt für Sozialversicherungen schliesst auf Gutheissung der Beschwerde.

Am 12. Dezember 2008 hat die II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts eine publikumsöffentliche Beratung durchgeführt.
Erwägungen:

1.
Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG) in Kraft getreten. Es ist gemäss seinem Art. 132 Abs. 1 auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ergangen ist. Dies gilt analog für Beschwerden gegen kantonale Erlasse nach Art. 82 lit. b BGG (Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 5 zu Art. 132). Untersteht ein Erlass dem Referendum, kann er nicht vor dem Ablauf der Referendumsfrist oder der Referendumsabstimmung als rechtsverbindlich betrachtet werden (vgl. BGE 130 I 82 E. 1.2 S. 84 f.). Die Abstimmung über das vom Zuger Kantonsrat am 31. August 2006 verabschiedete neue Pensionskassengesetz fand am 17. Juni 2007 nach dem Inkrafttreten des BGG statt, welches somit auf das vorliegende Verfahren anwendbar ist.

Gegen kantonale Erlasse ist direkt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig (Art. 82 lit. b BGG), sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann (Art. 87 BGG).

2.
Die Einwohnergemeinde Zug und X._____, welche seit Jahren an einer Schule der Stadt unterrichtet, fechten § 1 Abs. 1 lit. b des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetzes vom 31. August 2006 über die Zuger Pensionskasse an. Nach dieser Bestimmung ist - neben dem Staatspersonal (lit. a) und dem Personal der angeschlossenen Organisationen nach § 2 (lit. c) - auch das Lehrpersonal der gemeindlichen Schulen bei der Vorsorgeeinrichtung des Kantons versichert. Die Beschwerdeführerinnen rügen, § 1 Abs. 1 lit. b des Pensionskassengesetzes verstosse u.a. gegen Art. 11 Abs. 2 BVG («Verfügt der Arbeitgeber nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, wählt er eine solche im Einverständnis mit seinem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung») sowie Art. 49 Abs. 1 BV («Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor»).

3.
Nach Auffassung des Kantons Zug kann auf die Beschwerde der Einwohnergemeinde Zug und X._____ aus formellen Gründen nicht eingetreten werden:

3.1 Es fehle an einem Anfechtungsobjekt. Schon nach dem bisherigen § 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. September 1994 über die Pensionskasse des Kantons Zug sei das Lehrpersonal der gemeindlichen Schulen bei der kantonalen Vorsorgeeinrichtung versichert gewesen. Die Totalrevision vom 31. August 2006 habe insoweit keine Änderung gebracht. Dies schliesse die Überprüfung im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle aus.
3.1.1 Nach der Rechtsprechung zu Art. 84 aOG (staatsrechtliche Beschwerde) stellt bei einer Totalrevision jede einzelne Bestimmung, auch wenn sie inhaltlich mit der bisherigen Regelung übereinstimmt, eine neu erlassene Rechtsnorm dar, die (wieder) Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle bilden kann (Urteil 2P.244/2004 vom 13. April 2005 E. 4.2.4; ZBl 104/2003 S. 327, 1P.621.2001 vom 16. Juli 2002, E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 108 Ia 126 E. 1b S. 130). Bei Partialrevisionen verhält es sich anders. Hier sind unverändert fortbestehende Normen einer abstrakten Kontrolle durch das Bundesgericht nur insoweit zugänglich, als ihnen im Rahmen des modifizierten Gesetzes eine gegenüber ihrem ursprünglichen Gehalt veränderte Bedeutung zukommt, sie einen anderen Rechtssinn erhalten und im Gesamtzusammenhang in einem anderen Licht erscheinen (BGE 122 I 222 E. 1b/aa S. 224). Diese Grundsätze gelten auch bei Beschwerden gegen kantonale Erlasse nach Art. 82 lit. b

BGG (vgl. Urteil 2C 462/2007 vom 11. September 2007 E. 2.2.2; Seiler/von Werdt/ Güngerich a.a.O. N 48 zu Art. 82; Heinz Aemisegger/Karin Scherrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, N 45 f. zu Art. 82 BGG).
3.1.2 Der Beschwerdegegner macht sinngemäss geltend, eine unterschiedliche Betrachtungsweise in Bezug auf die Anfechtbarkeit eines Erlasses je nachdem, ob rein formell eine Total- oder eine Partialrevision vorliege, sei nicht gerechtfertigt. Entscheidend sei, ob im Rahmen der Revision die fragliche Norm materiell den gleichen oder einen anderen Rechtssinn bekommen habe. Diese Vorbringen entbehren nicht einer gewissen Logik. Darauf braucht hier indessen aus folgenden Gründen nicht näher eingegangen zu werden: Die Frage, ob das Lehrpersonal gemeindlicher Schulen bei der kantonalen Pensionskasse versichert sein (und bleiben) soll, war im Rahmen der Revision zur Diskussion gestellt worden. Der Regierungsrat hatte u.a. aufgrund von zwei Rechtsgutachten für die zweite Lesung im Kantonsrat eine Ergänzung in § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzesentwurfes in dem Sinne beantragt, dass das Lehrpersonal der gemeindlichen Schulen bei der Vorsorgeeinrichtung des Kantons versichert ist, soweit die Gemeinde nicht eine eigene Pensionskasse unterhält. Diese Änderung wurde vom Parlament jedoch abgelehnt. § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse ist somit aufgrund einer politischen Entscheidung wiederum so wie früher gefasst worden und
stellt insofern eine im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle überprüfbare neue Vorschrift dar (Urteile 1P.364/2002 vom 28. April 2003 E. 1.3 und 1P.494/2001 vom 14. August 2002 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 128 I 254).

3.2 § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse hätte zunächst bei der zuständigen Aufsichtsbehörde nach Art. 61 Abs. 1 BVG angefochten werden können und müssen. Diese habe auch die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen zu beaufsichtigen und könne somit deren reglementarische Erlasse auf ihre Bundesrechtskonformität hin prüfen.
3.2.1 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen kantonale Erlasse ist unmittelbar nur zulässig, sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann (Art. 87 Abs. 1 BGG). Nach Art. 61 Abs. 1 BVG bezeichnet jeder Kanton eine Behörde, welche die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz auf seinem Gebiet beaufsichtigt. Zu den Aufgaben der Aufsichtsbehörde gehört u.a. die Prüfung der reglementarischen Vorschriften auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz (Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG). Insoweit übernimmt sie auch die abstrakte Normenkontrolle von Erlassen der zuständigen legislativen oder exekutiven Behörden als Reglement öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen (BGE 134 I 23 E. 3.2 S. 27 mit Hinweisen; 121 II 198 E. 2a S. 201). Die Aufsichtsbehörde nach Art. 61 Abs. 1 BVG kann somit in ihrem Zuständigkeitsbereich Vorinstanz im Sinne der Überschrift von Art. 87 BGG sein (vgl. auch Seiler/von Werdt/Güngerich a.a.O. N 8 ff. zu Art. 86). Ihre Entscheide können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 74 BVG; Esther Tophinke, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, N 11 zu Art. 86 BGG).
3.2.2 Die Befugnis der Aufsichtsbehörde zur abstrakten Normenkontrolle beurteilt sich nach den möglichen Massnahmen, welche sie zur Behebung von Mängeln anordnen kann (Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG). Die Aufsichtsbehörde kann den gesetzlichen Vorschriften widersprechende Reglemente oder Teile davon nur aufheben resp. deren Nichtanwendbarkeit feststellen, soweit sie der Vorsorgeeinrichtung verbindliche Weisungen über die Ausgestaltung entsprechender Bestimmungen erteilen kann (vgl. BGE 119 V 195 E. 3c S. 199). Diese Massnahmen müssen ihre Grundlage im BVG haben (BGE 134 I 23 E. 3.4 S. 28 f.). Zu den einer abstrakten Normenkontrolle zugänglichen reglementarischen Bestimmungen im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG zählen in erster Linie die von den Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 50 Abs. 1 BVG zu erlassenden Bestimmungen über die Leistungen (lit. a), die Organisation (lit. b), die Verwaltung und Finanzierung (lit. c), die Kontrolle (lit. d) sowie das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten (lit. e). Der Kreis der versicherten Personen resp. der anschlussberechtigten Arbeitgeber fehlt in dieser - allerdings nicht abschliessenden (BBl 1976 I S. 257) - Aufzählung. Dies spricht gegen eine
diesbezügliche Prüfungsbefugnis im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle durch die Aufsichtsbehörde. Diese könnte einer Vorsorgeeinrichtung ohnehin nicht verbindliche Weisungen betreffend den zu versichernden Personenkreis oder die anzuschliessenden Arbeitgeber erteilen. Die Aufsichtsbehörde hat in Anschlussfragen nach Art. 11 f. BVG und Art. 7 ff. BVV 2 keine Kompetenzen (vgl. Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, S. 113 Rz. 316 und S. 471 f. Rz. 1261 f.; BBl 2000 S. 2668 und 2689 f. sowie 1976 I S. 224 f.). Insbesondere könnte sie weder eine Vorsorgeeinrichtung dazu verhalten, einen angeschlossenen Arbeitgeber abzugeben, noch eine andere Vorsorgeeinrichtung verpflichten, diesen aufzunehmen (vgl. SVR 2006 BVG

Nr. 22 S. 86, B 72/04, E. 5.1). Die Aufsichtsbehörde fällt somit als für die Beurteilung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse zuständige Vorinstanz ausser Betracht und die direkte Beschwerde an das Bundesgericht ist daher zulässig.

3.3 Die am 20. Dezember 2007 erhobene Beschwerde sei verspätet. Die Anfechtungsfrist habe an dem der Mitteilung des Ergebnisses der Referendumsabstimmung vom 17. Juni 2007 im Amtsblatt des Kantons Zug Nr. 25 vom 22. Juni 2007 folgenden Tag zu laufen begonnen.
3.3.1 Die Beschwerde gegen einen Erlass ist innert 30 Tagen nach der nach dem kantonalen Recht massgebenden Veröffentlichung des Erlasses beim Bundesgericht einzureichen (Art. 101 BGG). Den Fristenlauf löst nicht die Publikation des Erlasses in der nach kantonalem Recht massgeblichen Form aus, sondern erst die Feststellung, dass dieser - z.B. nach nicht benützter Referendumsfrist oder Annahme in einer Volksabstimmung - zustandegekommen ist und damit auf einen zugleich bestimmten oder noch zu bestimmenden Termin in Kraft treten kann (Erwahrungsbeschluss; Urteil 2C 462/2007 vom 11. September 2007 E. 2.2.1 mit Hinweis auf die Rechtsprechung zu Art. 89 Abs. 1 aOG, u.a. BGE 130 I 82 E. 1.2 S. 84; Seiler/von Werdt/Güngerich a.a.O. N 4 zu Art. 101; Aemisegger/Scherrer a.a.O. N 1 zu Art. 101 BGG).
3.3.2 Im Kanton Zug werden gesetzgeberische Erlasse sowie deren Aufnahme in die Amtliche Gesetzessammlung durch die Staatskanzlei im «Amtsblatt des Kantons Zug» veröffentlicht resp. bekanntgemacht (§§ 6, 7 und 9 des Publikationsgesetzes vom 29. Januar 1981 [BGS 152.3]). Im Amtsblatt werden auch die Ergebnisse der kantonalen Abstimmungen unter Angabe der Beschwerdemöglichkeit publiziert (§ 23 Abs. 2 des Wahl- und Abstimmungsgesetzes vom 28. September 2006 [WAG; BGS 131.1]). Beschwerde beim Regierungsrat kann geführt werden wegen a) Verletzung des Stimmrechts; b) Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von Abstimmungen (§ 67 Abs. 1 WAG). Im Sinne dieser Regelung wurde im Amtsblatt des Kantons Zug Nr. 25 vom 22. Juni 2007 das Ergebnis der Abstimmung vom 17. Juni 2007 über das am 31. August 2006 vom Kantonsrat verabschiedete neue Gesetz über die Zuger Pensionskasse mitgeteilt und auf die Möglichkeit der Beschwerde (§§ 67-69 WAG) hingewiesen. Entgegen der vom Kanton Zug in seiner Vernehmlassung vertretenen Auffassung kann diese Bekanntmachung nicht als die Frist nach Art. 101 BGG auslösender Erwahrungsbeschluss betrachtet werden. Es bestand noch die Möglichkeit, gegen die Abstimmung beim Regierungsrat Beschwerde zu
erheben. Der Erlass konnte daher frühestens nach unbenütztem Ablauf der diesbezüglichen Frist von drei Tagen (§ 67 Abs. 2 WAG) als zustandegekommen gelten. Somit löste erst die Mitteilung der Aufnahme des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse in die kantonale Gesetzessammlung im Amtsblatt Nr. 48 vom 30. November 2007 die Anfechtungsfrist nach Art. 101 BGG aus. Die Beschwerde vom 20. Dezember 2007 ist daher rechtzeitig.

3.4 Die Beschwerdelegitimation sei nicht gegeben. Die Einwohnergemeinde Zug sei durch den angefochtenen § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse nicht in besonderem Masse berührt, weil bereits nach § 2 Abs. 2 des bisherigen Gesetzes über die Pensionskasse des Kantons Zug das Lehrpersonal der gemeindlichen Schulen zum Kreis der versicherten Personen gehört habe. Sodann sei der Wunsch, die Lehrerinnen und Lehrer an den städtischen Schulen bei der eigenen Pensionskasse zu versichern, rein pekuniärer Natur und begründe kein rechtlich schützenswertes Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Norm.
3.4.1 Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist u.a. berechtigt, wer: a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat; b. durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist; und c. ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 89 Abs. 1 BGG). Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Erlass unmittelbar oder virtuell (d.h. mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal) in seinen tatsächlichen Interessen betroffen wird (Urteile 2C 218/2007 vom 9. Oktober 2007 E. 1.4 und 2C 71/2007 vom 9. Oktober 2007 E. 2.3; BGE 130 I 82 E. 1.3 S. 85; Seiler/von Werdt/ Güngerich a.a.O. N 32 zu Art. 89; Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, N 13 zu Art. 89 BGG). Dies gilt auch für das Gemeinwesen, wenn es gleich oder ähnlich wie ein Privater durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass berührt ist (vgl. BGE 131 II 58 E. 1.3 S. 61 f.; 127 V 80 E. 3a/bb S. 83; Seiler/von Werdt/Güngerich a.a.O. N 34 zu Art. 89; Waldmann a.a.O. N 6 und 42 zu Art. 89 BGG).
3.4.2 Vorab kann nach dem in E. 3.1.1 und 3.1.2 Gesagten die Beschwerdelegitimation der Einwohnergemeinde Zug und von X._____ nicht mit der Begründung verneint werden, das Lehrpersonal der Stadtzuger Schulen habe schon bisher zum Kreis der versicherten Personen der Pensionskasse des Kantons gehört, weshalb nicht von einem Berührtsein in besonderem Masse gesprochen werden könne. Sodann ist keine Betroffenheit

in rechtlich geschützten Interessen erforderlich. Es genügt ein faktisches Interesse. Diese Voraussetzungen sind bei beiden Beschwerdeführerinnen ohne weiteres zu bejahen. Die Einwohnergemeinde Zug im Besonderen ist aufgrund der Arbeitgeberbeitragsfinanzierungspflicht nach § 14 Abs. 3 des Pensionskassengesetzes und § 3 des Gesetzes vom 21. Oktober 1976 über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrpersonen an den gemeindlichen Schulen (Lehrpersonalgesetz; BGS 412.31) resp. aufgrund der Vorsorgepflicht (vgl. die Überschrift zu Art. 11 BVG) als Arbeitgeberin der an ihren Schulen unterrichtenden Lehrerinnen und Lehrer (E. 4.2.1), wozu auch X._____ gehört, ähnlich wie ein Privater von der angefochtenen Bestimmung betroffen. Anderseits ist der Einwohnergemeinde Zug und auch X._____ die Beschwerdelegitimation nicht etwa deshalb abzuerkennen, weil bei einer allfälligen Aufhebung von § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse das an den Stadtschulen unterrichtende Lehrpersonal mangels einer entsprechenden Grundlage im einschlägigen kommunalen Recht (noch) nicht in die eigene Pensionskasse aufgenommen werden könnte. Nach § 2 Abs. 2 des Reglements vom 29. November 1994 über die Pensionskasse der Stadt Zug in der Fassung gemäss Beschluss des Grossen Gemeinderates Zug vom 12. November 2002 und 22. November 2005 können u.a. Lehrpersonen, die gemäss kantonalem Recht bei der Pensionskasse des Kantons Zug angeschlossen sind, nicht Mitglieder der Kasse sein. Das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG daran, eine kantonale Bestimmung im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen zu lassen, besteht unabhängig davon, ob und inwiefern die nach Aufhebung der angefochtenen Bestimmung allenfalls Platz greifende Ordnung die Rechtsuchenden schlechter stellt als bisher (Urteil 2P.253/2003 vom 13. Juli 2004 E. 1.2.3, nicht publ. in: BGE 130 I 279).

Die Beschwerde ist zulässig und es ist darauf einzutreten.

4.
Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Zuger Pensionskasse, wonach das Lehrpersonal der gemeindlichen Schulen bei der Vorsorgeeinrichtung des Kantons versichert sei, verletze Art. 11 Abs. 2 BVG. Aufgrund dieser Bestimmung sei die Einwohnergemeinde Zug als Arbeitgeberin der an ihren Schulen unterrichtenden Lehrerinnen und Lehrer in der Wahl der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich frei. Insbesondere habe sie Anspruch darauf, (auch) das Lehrpersonal an den städtischen Schulen durch die eigene Pensionskasse zu versichern. Dem Kanton komme im Rahmen von Art. 11 Abs. 2 BVG keine Rechtsetzungskompetenz in diesem Bereich zu.

5.
Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, eine Rechtsetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 130 I 279 E. 2.2 S. 283 mit Hinweisen).

5.1 Gemäss Art. 11 BVG muss der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Abs. 1). Verfügt der Arbeitgeber nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, so wählt er eine solche im Einverständnis mit seinem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung (Abs. 2). Die Auflösung eines bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung und der Wiederanschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung durch den Arbeitgeber erfolgt im Einverständnis mit dem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung (Abs. 3bis Satz 1). Diese Regelung stützt sich direkt auf Art. 34quater Abs. 3 aBV resp. den inhaltlich gleichen Art. 113 BV (BGE 126 V 93 E. 4e S. 99) ab. Danach erlässt der Bund Vorschriften über die berufliche Vorsorge. Er beachtet dabei die Grundsätze der 2. Säule, u.a. dass die berufliche Vorsorge für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer obligatorisch ist, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann, und die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei einer Vorsorgeeinrichtung versichern (Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b und c erster Teilsatz BV).

5.2 Art. 11 Abs. 1 BVG statuiert die Pflicht des Arbeitgebers, einer registrierten Vorsorgeeinrichtung ange-

schlossen zu sein (vgl. auch die französische und italienische Textfassung; ferner AB 1980 S 266 f. und 1981 N 1039). Der Titel des zweiten Teils («Versicherung») zweites Kapitel (Art. 11 f. BVG) spricht von der «Vorsorgepflicht des Arbeitgebers». Im Übrigen aber macht das Gesetz keine Vorgaben etwa in dem Sinne, dass der Arbeitgeber je nach Grösse oder Betriebsart sich einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung anschliessen müsste. Der Arbeitgeber ist somit grundsätzlich frei in der Wahl der Vorsorgeeinrichtung zur Durchführung der (obligatorischen) beruflichen Vorsorge seiner Arbeitnehmer. Er kann sogar selber eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten. Dieses für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge auf betrieblicher Ebene typische Wahlrecht gilt für private Arbeitgeber ebenso wie für das Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden). Das Gesetz nimmt diesbezüglich keine Unterscheidung vor. Der Umstand, dass das Erfordernis des Einverständnisses des Personals oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung nach Art. 11 Abs. 2 und 3bis BVG lediglich bei privaten Arbeitgebern
gilt (Art. 50 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BVG sowie Art. 51 Abs. 5 BVG; BGE 134 I 23 E. 6.4 S. 34; Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge, 2. Aufl. 2006, S. 71; Hans J. Pfitzmann, Die öffentlich-rechtlichen Pensionskassen im BVG-Obligatorium, in: SZS 1985 S. 233 ff., S. 236), ändert an der einheitlichen gesetzlichen Ordnung nichts, wonach privaten und öffentlichen Arbeitgebern die Befugnis im Sinne eines Rechts und einer Pflicht zur Bestimmung der Vorsorgeeinrichtung durch Gründungsakt oder Anschlussvertrag zukommt.

5.3
5.3.1 Der Begriff des Arbeitgebers im Sinne von Art. 11 BVG wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Im Urteil B 6/88 vom 14. Dezember 1989 entschied das Eidg. Versicherungsgericht, die Begriffe "Arbeitnehmer", "Selbständigerwerbender" und "Arbeitgeber" in der beruflichen Vorsorge seien im Sinne des AHV-Rechts zu verstehen (vgl. SZS 1990 S. 181). Konkret streitig war die obligatorische Versicherungspflicht der Vorsteher der nichtverstaatlichten Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Wallis und deren Hilfspersonal bei der Vorsorgekasse für das Personal des Staates Wallis. Es ging somit, wie auch die Begründung in E. 6 zeigt, um den persönlichen Geltungsbereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge (Art. 2-5 BVG in der damals geltenden Fassung), insbesondere was unter Arbeitnehmer und Selbständigerwerbender zu verstehen ist. Im gleichen Sinne entschied das Bundesgericht in BGE 115 Ib 37 E. 4d S. 43, dass der Arbeitnehmerbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1 (in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1) BVG nach AHV-rechtlichen Kriterien auszulegen ist (vgl. dazu BGE 122 V 169 E. 3a-c S. 171 ff.). Schliesslich ist auch die Frage, wer im Bereich der beruflichen Vorsorge bei unklaren Verhältnissen als beitragspflichtiger Arbeitgeber nach Art. 66 Abs.
2 BVG zu gelten hat, in gleicher Weise wie im AHV-Recht zu entscheiden (SZS 1997 S. 55, B 23/92, E. 3b).
5.3.2 Es erscheint somit naheliegend, den Begriff des Arbeitgebers nach Art. 11 BVG ebenfalls im AHV-rechtlichen Sinne zu verstehen. Dafür spricht auch der Normzweck. Die berufliche Vorsorge soll zusammen mit der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise ermöglichen (Art. 113 Abs. 2 lit. a BV; BGE 134 V 208 E. 4.3.3 S. 219; Botschaft vom 10. November 1971 zum Entwurf betreffend die Änderung der Bundesverfassung auf dem Gebiete der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BBl 1971 II 1624 f. und Botschaft vom 19. Dezember 1975 zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BBl 1976 I 149; Ueli Kieser, in: Ehrenzeller/Schweizer/Mastronardi/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N 6 ff. zu Art. 113 BV; Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 164 N 15). Die berufliche Vorsorge beruht auf der Grundidee, eine umfassende Versicherung für die Risiken Alter, Tod und Invalidität zu gewährleisten und diesbezügliche Lücken im Vorsorgeschutz durch ein Obligatorium zu schliessen (vgl. BBl 1970 II 570). Die Anschlusspflicht der Arbeitgeber nach Art.
11 Abs. 1 BVG bezweckt somit die möglichst lückenlose Erfassung der Arbeitnehmer (und der Arbeitslosen), welche in den persönlichen Geltungsbereich des BVG fallen und bei denen die alters- und lohnmässigen Voraussetzungen nach Art. 7 f. BVG gegeben sind. Insbesondere soll verhindert werden, dass eine Person für die gleiche Erwerbstätigkeit zwar in der AHV, nicht aber in der beruflichen Vorsorge als Unselbständigerwerbende versichert ist und umgekehrt (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts B 6/88 vom 14. Dezember 1989 E. 6).
5.3.3 Gemäss Art 12 Abs. 1 AHVG gilt als (beitragspflichtiger) Arbeitgeber, wer obligatorisch versicherten Personen Arbeitsentgelte gemäss Artikel 5 Absatz 2 (massgebender Lohn resp. Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit ) ausrichtet. Mit Bezug auf die an den Schulen der Stadt Zug unterrichtenden Lehrerinnen und Lehrer ist das die Einwohnergemeinde Zug. Nach § 60 ff. des Schulgesetzes vom 27. September 1990

(BGS 412.11) ist sie für die strategische und operative Führung der Stadtschulen verantwortlich. Sie stellt die Lehrer an, beurteilt deren Auftragserfüllung (§ 60 Abs. 1 lit. c und § 63 Abs. 4) und besoldet sie (§ 2 des Lehrpersonalgesetzes). Dieses Gesetz - auch soweit es sich auf die Zuständigkeit des Kantons für das Schulwesen (Art. 62 Abs. 1 BV) stützt - begründet keine Arbeitgeberstellung des Kantons im Sinne der Alters- und Hinterlassenenversicherung. Es regelt lediglich die Rahmenbedingungen für die Anstellung der gemeindlichen Schulleitungen und Lehrpersonen sowie die Kantonsbeiträge an deren Besoldung durch die Gemeinden (§ 1 und 2). Von einer abschliessenden Regelung der Lehrerbesoldung in dem Sinne, dass die Arbeitgeberqualität nach Art. 12 AHVG und Art. 11 BVG einzig dem Kanton zukommen könne, wie dieser in
seiner Vernehmlassung geltend macht, kann nicht gesprochen werden Dass der Kanton nach § 14 Abs. 3 des Pensionskassengesetzes i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. b des Lehrpersonalgesetzes einen Beitrag an die Pensionskasse zu Gunsten des Lehrpersonals der Gemeinden leistet, gibt zu keiner anderen Betrachtungsweise Anlass. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach § 2 des Pensionskassengesetzes es den Gemeinden offensteht, ihr gesamtes Personal oder allenfalls lediglich einen Teil davon, insbesondere das Lehrpersonal, bei der kantonalen Vorsorgeeinrichtung zu versichern.

5.4 Nach dem Gesagten kann sich einzig fragen, ob die verfassungsrechtlich garantierte Souveränität (Art. 3 BV), Organisationsautonomie (Art. 46 Abs. 2 BV) und Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone durch den Bund (Art. 47 BV) eine hinreichende Grundlage dafür sind, die Lehrerinnen und Lehrer an den Stadtzuger Schulen bei der kantonalen Vorsorgeeinrichtung zu versichern. Dies ist zu verneinen. Aus Art. 3 BV im Besonderen lässt sich zwar originär der Grundsatz ableiten, dass überhaupt öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen nach kantonalem Recht bestehen, was das Gesetz durch Art. 48 Abs. 2 BVG auch anerkennt (BGE 134 I 23 E. 3.3 S. 28). Laut dieser Vorschrift müssen registrierte Vorsorgeeinrichtungen die Rechtsform einer Stiftung oder einer Genossenschaft haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts sein. Träger öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen können aber nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus der Entstehungsgeschichte der beruflichen Vorsorgeordnung ergibt, nicht nur die Kantone, sondern auch die Gemeinden sein: Bereits bei der Schaffung der Verfassungsgrundlage für eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Art.
34quater aBV in der in der Volksabstimmung vom 3. Dezember 1972 angenommen Fassung) bestanden zahlreiche Einrichtungen der privaten und öffentlichen Vorsorge (Bericht der Eidg. Expertenkommission für die Förderung der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BBl 1970 II 565 ff.). Träger der öffentlich-rechtlichen Einrichtungen waren der Bund, die Kantone und die Gemeinden (BBl 1970 II 612). Dabei war von Anfang an unbestritten, dass die gewachsenen Strukturen bewahrt und auf dem Bestehenden aufgebaut werden sollte (Brühwiler a.a.O. S. 165; Pierre-Yves Greber, in: Jean-François Aubert und andere [Hrsg.], Kommentar zur Bundesverfassung, N 93 zu Art. 34quater aBV). Immerhin hatten die bestehenden Vorsorgeeinrichtungen (u.a. Personalfürsorgestiftungen, Pensions- und Versicherungskassen) gewissen Mindestanforderungen in Bezug auf Organisation, Leistungsumfang und Beitragsanteil des Arbeitgebers zu genügen (BBl 1971 II 1620 f.; Brühwiler a.a.O. S. 165; Kieser a.a.O. N 22 ff. zu Art. 113 BV). Diese Grundsätze waren auch bei der Schaffung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) wegleitend (BBl 1976 II 156, 160 f. und 254 f.; Sten.Bull. 1977 N 1272 und 1297). Der
Sprecher der ständerätlichen Kommission führte u.a. aus, Artikel 34quater Absatz 3 umschreibe den Rahmen, innerhalb dessen der Bund in die Vorsorgeeinrichtungen eingreifen könne. Im Übrigen habe er aber die bestehenden Pensionskassen zu berücksichtigen und sich in ihrer Autonomie entfalten zu lassen. Es gehe um den Aufbau durch Ausbau des Bestehenden (AB 1980 S 243 und 258). Bei der Beratung der Bestimmungen über die Organisation und die Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen im Besonderen wurde sowohl in den vorberatenden Kommissionen von National- und Ständerat (Protokolle vom 27./28. Januar und 7./8. Juli 1977, vom 10./11. September 1979, sowie - im Rahmen des Differenzbereinigungsverfahrens - vom 16./17. Februar und 20. November 1981), als auch in der parlamentarischen Debatte - neben dem Bund und den Kantonen - die Gemeinden als Träger öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen genannt (Sten.Bull. 1977 N 1272; AB 1980 S 290 [Kündig], 291 [Hefti]und 292 [Bundesrat Hürlimann]sowie AB 1981 N 1099 [Muheim]). Dies hat auch im Gesetz seinen Niederschlag gefunden. Nach Art. 50 Abs. 2 BVG können die in Absatz 1 erwähnten Bestimmungen über die Leistungen (lit. a), die Organisation (lit. b), die Verwaltung und Finanzierung (lit. c),
die Kontrolle (lit. d) sowie das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten (lit. e) bei einer Einrichtung des öffentlichen Rechts in den vom Bund, Kanton oder von der

Gemeinde erlassenen Vorschriften enthalten sein. Art. 51 Abs. 5 BVG sodann hält fest, dass das nach Absatz 1 paritätisch mit der gleichen Zahl von Vertretern der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers besetzte oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung vorher anzuhören ist, wenn der Bund, der Kanton oder die Gemeinde Bestimmungen nach Artikel 50 Absatz 2 erlässt (vgl. BGE 134 I 23 E. 6.4 S. 34 und Pfitzmann a.a.O.). Zu den die Zustimmung oder die vorgängige Anhörung des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung erfordernden Verwaltungshandlungen gehört auch die Kündigung des Anschlussvertrages (durch den Arbeitgeber) und der Anschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung (BGE 127 V 377 E. 5d S. 388; Riemer/Riemer-Kafka a.a.O. S. 48 N 57 f.).

5.5 Zusammenfassend räumt somit das Bundesrecht den Gemeinden als Arbeitgeberinnen nach Art. 11 BVG die Befugnis ein, zur Durchführung der beruflichen Vorsorge ihres Personals eine eigene Vorsorgeeinrichtung zu errichten oder sich zu diesem Zweck einer registrierten Vorsorgeeinrichtung, beispielsweise jener des betreffenden Kantons, anzuschliessen (vgl. § 2 Pensionskassengesetz). In diese auf Art. 11 und 50 f. BVG gestützte Kompetenz dürfen die Kantone nicht eingreifen und etwa Gemeinden den Anschluss an eine bestimmte Vorsorgeeinrichtung vorschreiben. Das tut aber § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes vom 31. August 2006 über die Zuger Pensionskasse, indem es das Lehrpersonal der gemeindlichen Schulen zum Versichertenkreis zählt. Diese Bestimmung ist daher wegen Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) aufzuheben, und zwar in sinngemässer Anwendung von Art. 50 Abs. 3 zweiter Satz BVG mit Wirkung ex nunc et pro futuro, ohne dass es noch ihrer formalen Aufhebung durch den kantonalen Gesetzgeber bedarf. Um bei den betroffenen Lehrpersonen Versicherungslücken zu vermeiden, hat die bisherige Regelung übergangsrechtlich bis zum Inkrafttreten einer bundesrechtskonformen neuen Ordnung weiter zu
bestehen. Der Eventualantrag des Kantons Zug, § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes vom 31. August 2006 über die Zuger Pensionskasse sei lediglich im Umfang der BVG-Mindestleistungen aufzuheben, ist unbegründet. Das Recht der Gemeinden, ihr gesamtes Personal bei der eigenen Vorsorgeeinrichtung zu versichern, umfasst den obligatorischen und den weitergehenden Vorsorgebereich.

6.
Dem unterliegenden Kanton Zug sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen, da der Streit nicht seine Vermögensinteressen betrifft (Art. 66 Abs. 4 BGG).

Die (nicht anwaltlich vertretenen) Einwohnergemeinde Zug und X._____ haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
In Gutheissung der Beschwerde wird § 1 Abs. 1 lit. b des Gesetzes vom 31. August 2006 über die Zuger Pensionskasse aufgehoben.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsrat des Kantons Zug und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 12. Dezember 2008
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Meyer Fessler