Urteilskopf

100 Ib 137

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Mai 1974 i.S. Pensionskasse Ciba-Geigy gegen Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt
Regeste (de):
Stiftungsaufsicht. Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen an das neue Arbeitsvertragsrecht.

1. Treffen die Organe einer rechtsbeständigen Stiftung eine widerrechtliche Massnahme oder sind einzelne Bestimmungen der Stiftungsurkunde nicht mehr gesetzeskonform, so hat die Aufsichtsbehörde nicht nach Art. 88 Abs. 2 ZGB vorzugehen, sondern von ihrem Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 84 Abs. 2 ZGB Gebrauch zu machen. Dabei ist die Aufsichtsbehörde befugt, unmittelbar einzugreifen und die Stiftungsorgane zur notwendigen Korrektur zu zwingen (Erw. I 2a).

2. Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörde über Stiftungen (Erw. I 2a).

3. Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Zehnten Titel des OR, dem neuen Arbeitsvertragsrecht. Die Frist von fünf Jahren für die Anpassung der Statuten und Reglemente der bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen hat sowohl formelle als auch materielle Wirkung (Erw. III).

Regeste (fr):
Surveillance des fondations. Adaptation des statuts et règlements d'une institution de prévoyance pour le personnel au nouveau droit du contrat de travail.

1. Si les organes d'une fondation régulièrement constituée prennent une mesure illégale, ou si certaines dispositions de l'acte de fondation ne sont plus conformes à la loi, l'autorité de surveillance ne doit pas procéder selon l'art. 88 al. 2 CC, mais elle doit faire usage de son droit de supervision au sens de l'art. 84 al. 2 CC. En application de ce droit, elle a la possibilité d'intervenir immédiatement et de contraindre les organes de la fondation à apporter la modification nécessaire (consid. I/2a).

2. Recevabilité du recours de droit administratif contre des décisions émanant de l'autorité de surveillance des fondations (consid. I/2a).

3. Interprétation de l'art. 7 al. 2 des dispositions finales et transitoires applicables au titre X du CO relatif au contrat de travail. Le délai de cinq ans prévu pour l'adaptation des statuts et règlements des institutions de prévoyance en faveur du personnel existantes déploie un effet aussi bien formel que matériel (consid. III).

Regesto (it):
Vigilanza sulle fondazioni. Adattamento degli statuti e dei regolamenti delle istituzioni di previdenza a favore del personale alle nuove disposizioni in materia di contratto di lavoro.

1. Ove gli organi di una fondazione regolarmente costituita adottino un provvedimento illegittimo, od ove determinate disposizioni dell'atto di fondazione non siano più conformi alla legge, l'autorità di vigilanza non deve procedere secondo l'art. 88 cpv. 2 CC, bensi valersi del suo diritto di supervisione ai sensi dell'art. 84 cpv. 2 CC. In tal guisa essa è autorizzata ad intervenire immediatamente e ad obbligare gli organi della fondazione ad apportare le necessarie modifiche (consid. I 2a).

2. Ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo contro decisioni pronunciate dall'autorità di vigilanza

sulle fondazioni (consid. I 2a).

3. Interpretazione dell'art. 7 cpv. 2 delle disposizioni finali e transitorie applicabili al nuovo titolo X, relativo al contratto di lavoro, del CO. Il tennine di cinque anni previsto per l'adattamento degli statuti e dei regolamenti delle istituzioni di previdenza a favore del personale esercita i suoi effetti tanto sul piano formale che su quello materiale (consid. III).

Sachverhalt ab Seite 138

BGE 100 Ib 137 S. 138

A.- Durch Bundesgesetz vom 25. Juni 1971 über die Revision des Arbeitsvertragsrechts wurden der Zehnte Titel und der Zehnte Titelbis des Obligationenrechts vom 30. März 1911/18. Dezember 1936/20. September 1963 aufgehoben und durch neue Bestimmungen ersetzt. Die neuen Art. 331a-331c rev. OR brachten für die Personalfürsorgeeinrichtungen zwei wesentliche Neuerungen: Einerseits vermitteln sie dem Arbeitnehmer nach fünf Beitragsjahren einen Anspruch auf eine Freizugigkeitsleistung; er hat damit das Recht, von Spareinrichtungen ausser seinen eigenen Beiträgen einen der Anzahl der Beitragsjahre angemessenen Teil der Beiträge der Arbeitgeber samt Zinsen bzw. von Versicherungseinrichtungen einen angemessenen Teil des Deckungskapitals zu verlangen. Anderseits wird die Barauszahlung der Arbeitnehmerbeiträge und allenfalls der aus den Beiträgen des Arbeitgebers finanzierten Freizügigkeitsleistung grundsätzlich ausgeschlossen. Die Personalfürsorgeeinrichtungen. wurden mit diesen neuen Bestimmungen verpflichtet, zugunsten eines

BGE 100 Ib 137 S. 139

austretenden Arbeitnehmers eine Forderung auf zukünftige Vorsorgeleistungen gegen die Personalfürsorgeeinrichtung eines andern Arbeitgebers oder gegen eine der Versicherungsaufsicht unterstellte Unternehmung oder bei Sparguthaben gegen eine Kantonalbank zu begründen. Gemäss Art. 362 rev. OR dürfen die neuen Art. 331a, 331b und 331c Abs. 1 und 2 rev. OR durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Art. 7 der Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1971 schreibt unter dem Marginale "Anpassung altrechtlicher Verhältnisse" vor: "1 Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Arbeitsverträge (Einzelarbeitsverträge, Normalarbeitsverträge und Gesamtarbeitsverträge) sind innert der Frist von einem Jahr seinen Vorschriften anzupassen; nach Ablauf dieser Frist sind seine Vorschriften auf alle Arbeitsverträge anwendbar. 2 Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen sind berechtigt, innert der Frist von fünf Jahren ihre Statuten oder Reglemente unter Beachtung der für deren Anderung geltenden formellen Bestimmungen den Vorschriften der Artikel 331a, 331b und 331c anzupassen." Nach Art. 8 der Übergangsbestimmungen wird der Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes durch den Bundesrat bestimmt. Dieser setzte die neue Ordnung auf den 1. Januar 1972 in Kraft.

B.- Mit Stiftungsurkunde vom 1. Februar 1917 errichtete die Firma Geigy AG in Basel die "Pensions-, Witwen- und Waisenkasse der J. R. Geigy AG", eine Stiftung mit Sitz m Basel. Die Stiftungsurkunde wurde in der Folge wiederholt abgeändert. Am 20. Oktober 1970 beschloss die Generalversammlung der Geigy AG, die Gesellschaft aufzulösen bzw. mit der Firma Ciba AG unter dem Namen "Ciba-Geigy AG" zu fusionieren und alle Aktiven und Passiven auf die neue Firma zu übertragen. Als Stifterin der genannten Pensionskasse trat an die

Stelle der aufgelösten Geigy AG die Ciba-Geigy AG. Auf den 1. Januar 1972 legte die Ciba-Geigy AG verschiedene Personalfürsorgeeinrichtungen zusammen und führte sie unter dem neuen Namen "Pensionskasse Ciba-Geigy" weiter. Die entsprechende Stiftungsurkunde wurde am 14. Februar 1972 errichtet. Nach § 1 dieser Urkunde ist die Pensionskasse Ciba-

Geigy eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, und nach § 2 bezweckt sie die Vorsorge für die Arbeitnehmer der Ciba-Geigy AG und für die vom Verwaltungsrat bezeichneten Arbeitnehmer von Unternehmen, die mit dem Ciba-Geigy-Konzern verbunden sind, sowie für deren Familienangehörige, insbesondere durch Versicherung gegen die wirtschaftlichen Folgen des Alters, der Invalidität und des Todes.

C.- Anfangs November 1972 sandte das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt, dem in diesem Kanton die Stiftungsaufsicht obliegt, den Stiftungsräten der im Kanton bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen ein Zirkularschreiben, in welchem auf die durch das Bundesgesetz vom 25. Juni 1971 geschaffene neue Regelung hingewiesen wurde. Dazu wurde ausgeführt, in Art. 7 der Schluss- und Übergangsbestimmungen sei nicht in klarer Weise geregelt, von welchem Zeitpunkt an diese Bestimmungen anwendbar seien. Die Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden, welche sämtliche Kantone umfasse, habe sich einstimmig der Auffassung von Professor W. Hug, dem Verfasser des Gesetzesentwurfes, angeschlossen, wonach die neuen Bestimmungen ab 1. Januar 1973 Anwendung finden müssten. Diese Auslegung entspreche übrigens auch derjenigen des Bundesrates. Die formelle Anpassung von Statuten und Reglementen könne hingegen innert fünf Jahren vorgenommen werden, wie dies Art. 7 Abs. 2 der Schluss- und Übergangsbestimmungen vorsehe. Das Justizdepartement ersuchte die Stiftungsräte, der Angelegenheit die nötige Aufmerksamkeit zu schenken, damit die neuen Bestimmungen bei Austritten, welche nach dem 1. Januar 1973 erfolgten, angewendet werden könnten. Am 22. Dezember 1972 beschloss der Stiftungsrat der Pensionskasse Ciba-Geigy die Einführung einer Freizügigkeitsregelung. Darnach erhält ein Versicherter, der vor Vollendung seines fünften Dienstjahres aus der Kasse austritt, ein Austrittsgeld gemäss Art. 70 des Reglementes, das im wesentlichen seine persönlichen Beiträge, vermehrt um einen reglementarischen Zuschlag von 2% pro Dienstjahr, umfasst. Für austretende Arbeitnehmer mit mehr als fünf Dienstjahren wird eine Freizügigkeitsregelung im Sinne von Art. 331a rev. OR vorgesehen, doch kann der Versicherte verlangen, dass ihm anstelle der Freizügigkeitsleistung das Austrittsgeld nach Art. 70 des Reglementes ausgerichtet wird; er hat in

diesem Fall den Verzicht auf die Freizügigkeitsleistung durch Unterzeichnung eines Reverses schriftlich zu bestätigen. Der Stiftungsrat orientierte die Destinatäre der Pensionskasse Ciba-Geigy im Januar 1973 über diese neue Regelung.

D.- Nachdem das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt von dieser Änderung des Reglementes der Pensionskasse Ciba-Geigy Kenntnis erhalten hatte, teilte es der Kasse mit Schreiben vom 9. Juli 1973 mit, ihre Auszahlungspraxis stehe mit den ab 1. Januar 1973 geltenden Gesetzesvorschriften nicht in Einklang; die generelle Zulassung von Barauszahlungen liege, abgesehen von ihrer Gesetzwidrigkeit, auch nicht im Interesse der Destinatäre, denn bei der zukünftigen obligatorischen beruflichen Vorsorge würden sich fehlende Beitragsleistungen zu ihren Ungunsten auswirken. Das Justizdepartement ersuchte deshalb den Stiftungsrat der Pensionskasse Ciba-Geigy, das Barauszahlungsverbot ab sofort zu beachten und Auszahlungen ausschliesslich im

Rahmen der zulässigen Ausnahmefälle vorzunehmen. Es bezeichnete diese Weisung als Verfügung, die beim Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt angefochten werden könne. Die Pensionskasse Ciba-Geigy erhob am 23. Juli 1973 Rekurs an den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt mit dem Antrag, die Verfügung des Justizdepartementes aufzuheben. Zur Begründung machte sie im wesentlichen geltend, das Justizdepartement sei zum Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zuständig gewesen; zudem seien die Art. 331a-331c rev. OR für sie noch gar nicht anwendbar; wollte man aber die Zuständigkeit des Justizdepartementes und die Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen auf sie bejahen, so stünde nicht fest, dass die von ihr getroffene neue Regelung diesen Gesetzesvorschriften widerspreche.
Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt wies den Rekurs am 25. September 1973 ab und bestätigte die Verfügung des Justizdepartementes in allen Punkten. Er bejahte die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde zum Erlass der angefochtenen Verfügung und führte dazu aus, es sei u.a. Aufgabe der Aufsichtsbehörde, die Einhaltung der Gesetzesvorschriften durch die Organe der Stiftung zu überwachen. Dazu gehöre nötigenfalls auch die Befugnis, das Gesetz auszulegen und zu ergänzen. In concreto stehe das Verhältni s Aufsichtsbehörde - Stiftung im Vorderggund, da es in erster Linie um die Frage

der einheitlichen Rechtsanwendung gehe und somit ein als öffentlich zu charakterisierendes Interesse auf dem Spiele stehe, das den Staat zum Eingreifen veranlasse. Im weitern nahm der Regierungsrat an, Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen beziehe sich entsprechend seinem Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte lediglich auf die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgestiftungen. Auf die Frage der materiellen Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen gebe er keine Antwort. Es sei daher eine Gesetzeslücke anzunehmen, die unter analoger Anwendung von Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen auszufüllen sei. Daraus ergebe sich, dass die Art. 331a-331c rev. OR ab 1. Januar 1973 anwendbar seien und dass für die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 1976 eingeräumt werde.

E.- Die Pensionskasse Ciba-Geigy erhob Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, den Beschluss des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 25. September 1973 und die Verfügung des kantonalen Justizdepartementes vom 9. Juli 1973 aufzuheben. Eventualiter verlangte sie die Feststellung, dass gemäss Art. 7 Abs. 2 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Zehnten Titel des OR die Art. 331a-331c rev. OR für sie nicht in Kraft getreten seien.

F.- Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt beantragte, die Beschwerde abzuweisen und seinen Beschluss sowie die Verfügung des Justizdepartementes zu bestätigen; eventuell sei festzustellen, dass gemäss Art. 7 Abs. 2 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Zehnten Titel des OR die Art. 331a-331c rev. OR für die Beschwerdeführerin in Kraft getreten bzw. anwendbar seien. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement reichte eine Vernehmlassung ein, ohne einen konkreten Antrag zu stellen.

G.- Die Pensionskasse Ciba-Geigy hat den Entscheid des Regierungsrates vom 25. September 1973 gleichzeitig mit einer Berufung, eventuell einer Nichtigkeitsbeschwerde und mit einer staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht angefochten.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I

1. In erster Linie stellt sich die Frage, ob auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten werden kann. Laut Art. 98 lit. g OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen letztinstanzlichen kantonalen Endentscheid zulässig. Im Kanton Basel-Stadt obliegt die Aufsicht über die Stiftungen dem Justizdepartement. Dieses erliess das Zirkularschreiben vom November 1972 und die an die Beschwerdeführerin adressierte Verfügung vom 9. Juli 1973 in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Stiftungen. Nach Art. 11 Ziff. 7 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928 ist der Weiterzug von Verfügungen der Aufsichtsbehörden über Stiftungen an das kantonale Verwaltungsgericht grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 96 I 407 mit Hinweisen). Damit ist der angefochtene Beschluss des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid im Sinne von Art. 98 lit. g OG.
Die Beschwerdeführerin macht indessen geltend, das Justizdepartement sei zum Erlass der angefochtenen Verfügung sachlich nicht zuständig gewesen, weil der Entscheid über die in der Verfügung behandelten zivilrechtlichen Fragen allein in die Kompetenz des ordentlichen Zivilrichters falle. Sie behauptet damit sinngemäss, die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches hätten die Aufsichtsbehörde nicht berechtigt, im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion die Art. 331a-331c rev. OR als auf die Pensionskasse anwendbar zu erklären. Ob dies zutreffe, d.h. ob das Justizdepartement und der Regierungsrat im Rahmen ihrer Kompetenzen gehandelt haben, ist daher zunächst zu untersuchen. Wird diese Frage bejaht, so ist im weitern zu prüfen, ob die Vorinstanzen die genannten Bestimmungen zu Recht oder zu Unrecht als in Kraft getreten und deshalb für die Beschwerdeführerin anwendbar erklärt haben.

2. a) Gemäss Art. 84 Abs. 1 ZGB stehen die Stiftungen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Nach Absatz 2 hat die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwendet wird.

Art. 84 Abs. 2 ZGB schliesst nach Lehre und Rechtsprechung die Befugnis ein, darüber zu wachen, dass das Stiftungsvermögen nach Massgabe der Stiftungsurkunde erhalten bleibe (BGE 99 Ib 258 f. Erw. 3 mit Hinweisen). Der Inhalt der Stiftungsurkunde und die Anordnungen des Stiftungsrates können indessen nur im Rahmen der Rechtsordnung Bestand haben. Die Aufsichtsorgane sind deshalb nach Lehre und Rechtsprechung auch befugt zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde und die Anordnungen des Stiftungsrates dem Gesetz entsprechen (EGGER, N. 10 zu Art. 84 ZGB; EBERLE, Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1929, S. 140; Botschaft des Bundesrates zur Ergänzung des Dienstvertrags- und des Stiftungsrechts vom 10. Dezember 1956, BBl 1956 II S. 834; SUTER, Untersuchungen zur Rechtsstellung des Destinatärs von Personalvorsorgestiftungen, ZBJV 1973 S. 374; nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 1960 i.S. Pensionsfonds der Angestellten der Henkel & Co. AG c. Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Erw. 4 und 5). Das Aufsichtsrecht der zuständigen Behörde nach Art. 84 ZGB kann sich daher nicht nur auf die Prüfung der zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens beschränken. Eine Stiftung, deren Zweck widerrechtlich geworden ist, muss gemäss Art. 88 Abs. 2 ZGB durch den Richter aufgehoben werden, wobei die Aufsichtsbehörde nach Art. 89 ZGB klageberechtigt ist. Diese Bestimmung gelangt jedoch nur zur Anwendung, wenn der Stiftungszweck als solcher, nicht nur eine einzelne Massnahme der Stiftungsorgane, widerrechtlich wurde (EGGER, N. 4 zu Art. 88/89 ZGB). Trifft der Stiftungsrat einer rechtsbeständigen Stiftung eine widerrechtliche Massnahme, so hat die Aufsichtsbehörde nicht das Aufhebungsverfahren nach Art.

88 Abs. 2 ZGB einzuleiten, sondern von ihrem Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 84 ZGB Gebrauch zu machen. Gleich verhält es sich, wenn sich nach einer Gesetzesänderung herausstellt, dass eine einzelne Bestimmung der Stiftungsurkunde mit dem neuen Recht nicht mehr übereinstimmt, ohne dass dadurch der Stiftungszweck als solcher widerrechtlich geworden wäre, oder wenn die Stiftungsorgane eine Anordnung treffen, welche den neuen Bestimmungen widerspricht. Ob dies zutrifft, kann nur auf dem Wege einer Würdigung ermittelt werden. Die Aufsichtsbehörde

BGE 100 Ib 137 S. 145

muss daher zur Vornahme einer solchen Würdigung berechtigt sein; sie könnte ihre Aufsichtsfunktion sonst gar nicht erfüllen. Stellt die Aufsichtsbehörde auf Grund der vorgenommenen Würdigung fest, dass eine Anordnung des Stiftungsrates der Stiftungsurkunde oder dem Gesetz widerspricht oder dass eine einzelne Bestimmung der Stiftungsurkunde mit neuen Gesetzesbestimmungen nicht im Einklang steht, so kann sie die Stiftungsorgane, unmittelbar gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB, zur Vornahme der notwendigen Korrektur zwingen (BGE 99 Ib 259 Erw. 4). Soweit es zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich ist, darf die Aufsichtsbehörde den Stiftungsorganen verbindliche Weisungen erteilen (erwähntes Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 1960, Erw. 4 mit Hinweisen, und BGE 99 Ib 259). Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, welche die Aufsichtsbehörden über Stiftungen zum Eingreifen von Amtes wegen ermächtigen, sind nach der Rechtsprechung materiell öffentliches Recht im Sinne von Art. 5 VwG (BGE 96 I 409). Entscheidungen, welche eine Verwaltungsbehörde im Rahmen dieser Befugnisse trifft, sind demnach öffentlich-rechtlicher Natur (Urteil des Bundesgerichtes vom 17. März 1971 in BJM 1971 S. 119; vgl. auch SUTER, a.a.O., S. 357). Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwG sind sie gemäss Art. 97 Abs. 1 OG mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Diese ist somit generell zulässig gegen die von der Aufsichtsbehörde kraft ihrer Stellung getroffenen Verfügungen (BGE 96 I 409). b) Im vorliegenden Fall gelangte das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt zur Ansicht, das teilweise Abweichen der Beschwerdeführerin vom Barauszahlungsverbot widerspreche dem neuen Arbeitsvertragsrecht. Unter diesen Umständen war es berechtigt und verpflichtet, in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Stiftungen gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB einzugreifen und die Stiftungsorgane anzuweisen, den gesetzmässigen Zustand herzustellen. Soweit es dies tat, kam seinem Eingriff öffentlich-rechtlicher Charakter zu. Auf die von der Pensionskasse gegen den Entscheid des Regierungsrates erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb einzutreten.

3. Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, dringt nicht durch. Nach der angeführten Rechtsprechung

BGE 100 Ib 137 S. 146

(BGE 99 Ib 259 Erw. 4) bot Art. 84 Abs. 2 ZGB der Aufsichtsbehörde eine hinreichende Grundlage, um in die Angelegenheiten der Stiftung einzugreifen. Wohl sind die Beziehungen zwischen der Stiftung und ihren Destinatären dem Privatrecht zugeordnet. Das Justizdepartement griff jedoch mit seiner Weisung nicht, jedenfalls nicht direkt, in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen der Stiftung und den Destinatären ein, sondern es hielt die Stiftungsorgane lediglich an, die generelle Möglichkeit der Barauszahlung aufzuheben. Dem einzelnen Destinatär steht es nach wie vor frei, Barauszahlung zu verlangen, wenn er darauf einen Anspruch zu haben glaubt, und nötigenfalls den Zivilrichter anzurufen. Dass solche Barauszahlungen auch nach der neuen Regelung unter gewissen Voraussetzungen möglich und zulässig sind, wurde in der Verfügung des Justizdepartementes vom 9. Juli 1973 ausdrücklich anerkannt. Im Vordergrund des vorliegenden Verfahrens steht indessen

nicht das Verhältnis zwischen Stiftung und Destinatären, sondern dasjenige zwischen der Aufsichtsbehörde und der Stiftung. Es ging den Vorinstanzen nicht in erster Linie um die Wahrung der Rechte einzelner Destinatäre, sondern darum, dass durch Barauszahlungen nicht Mittel dem Vorsorgezweck entfremdet werden und der Anspruch auf Freizügigkeit nicht verletzt werde. Das Justizdepartement erliess seine Weisung als Aufsichtsbehörde, in einer Funktion also, in der es von Amtes wegen und nicht erst auf Beschwerde hin handeln musste. Das Verhältnis zwischen der Stiftung und der Aufsichtsbehörde ist aber zumindest vorwiegend öffentlichrechtlicher Natur (Urteil des Bundesgerichtes vom 17. März 1971 in BJM 1971 S. 119). Die Verfügung des Justizdepartementes hatte demnach öffentlichrechtlichen Charakter. Richtig ist, dass die Vorinstanzen in ihrem Entscheid sich über die rechtliche Tragweite des Art. 7 der Übergangsbestimmungen aussprachen. Dazu waren sie jedoch berechtigt und verpflichtet. Die Aufsichtsbehörde muss befugt sein, die zeitliche Geltung von Sachnormen, selbst zivilrechtlicher Natur, über deren Anwendung sie von Amtes wegen zu wachen hat, zumindest vorfrageweise zu prüfen. Ihr Prüfungsrecht und ihre Prüfungspflicht haben gerade auf dem Gebiet der Personalfürsorgestiftungen besondere Bedeutung erlangt; sind nämlich weder die Stiftung noch die Destinatäre an der Einhaltung

neuer zwingender Gesetzesvorschriften interessiert, so kann das materielle Recht nur durchgesetzt werden, indem die Aufsichtsbehörden den Stiftungsorganen die Anwendung der neuen Bestimmungen vorschreiben. Das setzt naturgemäss voraus, dass die Aufsichtsbehörden vorerst prüfen, ob die neuen Bestimmungen für die Stiftung überhaupt gelten oder nicht. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin verwehrt der angefochtene Entscheid den einzelnen Destinatären nicht, ihre angeblichen Ansprüche auf Barauszahlung vor dem ordentlichen Zivilrichter geltend zu machen. Gewiss besteht dabei das Risiko, dass die Aufsichtsbehörde und der Zivilrichter unter Umständen widersprechende Entscheide fällen. Doch ist dies kein Grund, um die Kompetenz der Aufsichtsbehörden einzuschränken. Die Gefahr widersprechender Urteile besteht auch auf andern Rechtsgebieten. Sollte sie sich verwirklichen, kann durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine einheitliche Praxis geschaffen werden.
War die Aufsichtsbehörde im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB zum Eingreifen berechtigt, dann war die Bejahung ihrer Zuständigkeit durch die Vorinstanzen auch nicht willkürlich, wie die Beschwerdeführerin behauptet.

II

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei durch die Entscheide der beiden Vorinstanzen in ihren verfassungsmässigen Rechten verletzt worden. Der Begriff des Bundesrechts, dessen Verletzung nach Art. 104 lit. a OG mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gerügt werden kann, umfasst auch die verfassungsmässigen Rechte (BGE 96 I 187). In erster Linie behauptet die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 58 Abs. 1 BV. Sie begründet ihre Rüge damit, sie habe einen unentziehbaren Anspruch darauf, dass die streitige zivilrechtliche Frage, nämlich das Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen, in einem Zivilprozess mit Zweiparteienverfahren und in richterlicher Unabhängigkeit entschieden werde; sie werde ihrem verfassungsmässigen Richter entzogen, wenn die Bedeutung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen durch die Aufsichtsbehörde beurteilt werden dürfe. Diese Rüge ist sinngemäss eine Wiederholung der Behauptung, die Aufsichtsbehörde sei zum Erlass der

angefochtenen Verfügung nicht zuständig gewesen. Diese Behauptung ist indessen bereits mit den Ausführungen im Abschnitt I widerlegt worden; es braucht daher nicht mehr näher darauf eingegangen zu werden. Im übrigen gewährleistet Art. 58 Abs. 1 BV dem Bürger nur die Freiheit, von dem Richter Recht zu nehmen, der nach den bestehenden Verfassungsbestimmungen, Gesetzen und Verordnungen allgemein für die betreffende Streitsache als zuständig erklärt wird. Wenn die Gesetze des Kantons Basel-Stadt das Aufsichtsrecht über die Stiftungen dem Justizdepartement und dem Regierungsrat übertragen haben, verstossen sie nicht gegen Art. 58 Abs. 1 BV; denn dieser Verfassungssatz fordert weder eine bestimmte Gerichtsorganisation noch ein bestimmtes Verfahren und verlangt insbesondere nicht, dass zivilrechtliche Fragen ausschliesslich durch Zivilgerichte beurteilt werden müssen und nicht auf dem Verwaltungswege entschieden werden dürfen (BGE 83 I 85 mit Verweisungen).

2. War die Aufsichtsbehörde zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig, dann kann darin, dass die fragliche Verfügung von ihr und nicht vom Zivilrichter getroffen wurde, weder eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs noch eine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung erblickt werden. Die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin fallen damit dahin. Sie hat im übrigen nicht behauptet, dass sie im Verfahren vor der Aufsichtsbehörde nicht gehörig zu Wort gekommen sei.

3. Die Beschwerdeführerin behauptet schliesslich eine Verletzung der Rechtsgleichheit, indem zweierlei Recht geschaffen werde, wenn der Aufsichtsbehörde die Kompetenz zuerkannt werde, über das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zu befinden, während dieselbe Frage bei genossenschaftlichen Personalfürsorgeeinrichtungen durch den ordentlichen Richter entschieden werde, gegen dessen Entscheid der Rechtsweg offen stehe. Demgegenüber habe sich die Beschwerdeführerin als Stiftung mit dem Verwaltungsweg zu begnügen, der ihr nicht annähernd die gleichen prozessualen Rechte wie der Rechtsweg einräume. Diese Rügen gehen fehl. Die Beschwerdeführerin legt im einzelnen nicht dar, inwiefern der Verwaltungsweg ihr "nicht annähernd die gleichen prozessualen Rechte wie der Rechtsweg" einräume und sie deshalb benachteilige. In beiden Verfahren

kann alles Wesentliche vorgetragen und der Entscheid letztlich an das Bundesgericht weitergezogen werden. Im übrigen ist der Grundsatz der Rechtsgleichheit nur verletzt, wenn Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt wird (vgl. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 406). Stiftungen und Genossenschaften sind aber juristische Personen verschiedener Art. Dass die Stiftungen einer staatlichen Aufsicht unterstellt sind, die Genossenschaften dagegen nicht, bedeutet keine Rechtsungleichheit in dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Sinne, sondern ist eine Folge der verschiedenen Struktur der beiden juristischen Personen. Während sich die Stiftungen dieser Aufsicht unterziehen müssen, haben die Genossenschaften jedes Jahr ihre Geschäftsführung und ihre Bilanz durch eine Kontrollstelle überprüfen zu lassen (Art. 906 ff. OR). Dieser Unterschied wurde vom Gesetzgeber gewollt, und er ist auch für den obligatorischen Ausbau der Pensionsversicherung, der sog. zweiten Säule, vorgesehen (vgl. den Bericht der eidgenössischen Expertenkommission für die Förderung der beruflichen Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenvorsorge vom 16. Juli 1970, BBl 1970 II S. 610). Beide juristischen Personen können im übrigen gegenüber ihren Destinatären bzw. Genossenschaftern den ordentlichen Richter anrufen, und dasselbe Recht steht unter Umständen auch den Destinatären bzw. den Genossenschaftern zu, wenn sie gegen die entsprechende juristische Person vorgehen wollen. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist demnach durch die angefochtene Verfügung nicht verletzt.

III

1. In materieller Beziehung vertreten das Justizdepartement und der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Ansicht, die Art. 331a-331c rev. OR seien vom 1. Januar 1973 an auf alle Personalfürsorgeeinrichtungen anwendbar und Art. 7 Abs. 2 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Zehnten Titel des Obligationenrechts beziehe sich nur auf die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente der fraglichen Stiftungen. Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen räume den Personalfürsorgestiftungen eine Frist von fünf Jahren ein, um ihre Statuten und Reglemente dem neuen Recht anzupassen; das

bedeute, dass die Art. 331a-331c rev. OR materiell für sie noch gar nicht in Kraft getreten seien. Streitig ist somit die Auslegung der erwähnten Übergangsbestimmung.

2. Wird der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen betrachtet, so fällt zunächst auf, dass die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen nur für berechtigt und nicht für verpflichtet erklärt werden, ihre Statuten und Reglemente innert fünf Jahren dem neuen Recht anzupassen. Diese Formulierung erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der Bundesrat hatte in seinem Vorentwurf zum neuen Arbeitsvertragsrecht bei Auflösung des Dienstverhältnisses die Barabfindung des Arbeitnehmers durch die Fürsorgeeinrichtung vorgesehen (Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts vom 25. August 1967, BBl 1967 II S. 356). Da diese Regelung im Vernehmlassungsverfahren auf heftige Kritik stiess, veranlasste der Bundesrat weitere Expertenberatungen, aus denen der Entwurf hervorging, den er später der Bundesversammlung unterbreitete. Dieser Entwurf verbot indessen die Barauszahlung der Arbeitnehmerbeiträge nicht, sondern sah sie in Art. 331a Abs. 3 OR subsidiär für den Fall vor, dass der Wert der Forderung auf künftige Vorsorgeleistung die Beiträge des Arbeitnehmers nicht übersteige (BBl 1967 II S. 439). Danach hätte die Pflicht zur Erhaltung der Vorsorgeansprüche nur dann bestanden, wenn diese Ansprüche nicht nur durch die eigenen Beiträge des Arbeitnehmers, sondern mindestens teilweise auch durch den Arbeitgeber finanziert worden waren. Hatte dagegen nur der Arbeitnehmer Beiträge an eine Personalfürsorgeeinrichtung bezahlt, hätten ihm diese bei seinem Austritt in bar zurückerstattet werden müssen (BBl 1967 II S. 362).
Im Zusammenhang mit dieser vorgeschlagenen Regelung entstand Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen. Der Bundesrat führte in seiner Botschaft hiezu aus, nachdem Art. 331a des Entwurfes eine neue Ordnung enthalte, die an Stelle der Herausgabe der Arbeitnehmerbeiträge die Pflicht zur Erhaltung des Vorsorgeschutzes in den Vordergrund rücke, müsse den Personalfürsorgeeinrichtungen die Anpassung an diese Ordnung ermöglicht werden; sie sei unter Beachtung

der für die Änderung von Statuten oder Reglementen geltenden Vorschriften vorzunehmen; da diese Anpassung nicht vorgeschrieben, sondern bloss ermöglicht werden solle, werde dafür eine Frist von fünf Jahren vorgesehen (BBl 1967 II S. 427). In der Folge änderten die eidgenössischen Räte den Entwurf des Bundesrates u.a. insofern ab, als sie die Barauszahlung der für die zukünftige Vorsorge geleisteten Beiträge bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich ausschlossen (ausgenommen geringfügige Beträge gemäss Art. 331c Abs. 3 rev. OR) und überdies bestimmten, dass diese Regelung nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfe (Art. 362 OR). Der Übergang zum Barauszahlungsverbot wurde damit den Personalfürsorgeeinrichtun-

gen nicht mehr bloss ermöglicht, sondern direkt vorgeschrieben. Aus Versehen wurde die sich unter diesen Umständen aufdrängende Anpassung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen nicht vorgenommen (vgl. SCHWEINGRUBER, Die Anpassung bestehender Personalfürsorgeeinrichtungen an die neuen gesetzlichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, SJZ 1974 S. 123; WOHLMANN, Zu einigen Lücken im neuen Arbeitsvertragsrecht, in Aspekte der Rechtsentwicklung, Festschrift zum 50. Geburtstag von Prof. Meier-Hayoz, S. 92 oben).

3. Der unklare Sinn von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen führte zu Unsicherheit über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen von Art. 331a-331c rev. OR für die Personalfürsorgeeinrichtungen. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement äusserte sich bereits am 10. November 1971 auf eine Anfrage hin in dem Sinne, dass die neue Regelung für die Personalfürsorgeeinrichtungen ab 1. Januar 1972 gelte, nach einer ernstzunehmenden abweichenden Auffassung dagegen ab 1. Januar 1973.
In der Folge kam es zu verschiedenen parlamentarischen Vorstössen, bei deren Behandlung sich der Bundesrat zur Frage des Inkrafttretens der neuen Ordnung und der Bedeutung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen äusserte. Mit seiner Antwort auf das Postulat Sauser am 7. Juni 1972 legte sich der Bundesrat noch nicht fest, indem er darauf hinwies, dass bezüglich der Bedeutung der fünfjährigen Frist zur Anpassung der Kassenstatuten bei den beteiligten Kreisen erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestünden; es lägen

Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Anpassung eine formelle Angelegenheit sei und der Wirksamkeit der neuen Regelung ab 1. Januar 1972 nicht entgegenstehe; es würden aber auch andere Meinungen vertreten und der Entscheid in dieser Angelegenheit sei Sache des Zivilrichters (Sten. Bull. NR 1972 I S. 781/82). Am 29. Juni, am 13. September und am 4. Dezember 1972 äusserte sich der Bundesrat hingegen im Nationalrat emdeutig in dem Sinne, auf Grund der Entstehungsgeschichte und des Zwecks der Übergangsvorschrift könne sich die fünfjährige Frist nur auf die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente der Pensionskassen beziehen, während sie auf die Regelung der materiellen Ansprüche nach Art. 331a-331c rev. OR nicht anwendbar sei; die neue Freizügigkeitsregelung werde spätestens ab 1. Januar 1973 voll wirksam; von diesem Zeitpunkt an dürften keine Barauszahlungen mehr gemacht werden; für die Revision der Statuten und Reglemente hätten die Pensionskassen jedoch fünf Jahre Zeit; eine offensichtliche Lücke im Freizügigkeitsgefüge des Gesetzes bestehe nicht (Sten. Bull. NR 1972 I S. 1276 und II S. 1879 und 2005). Als der Ständerat im Dezember 1972 die Statuten für die Versicherung des Bundespersonals behandelte, bemerkte der Berichterstatter, die Barauszahlung von Austrittsentschädigungen sei nach Art. 331c rev. OR und den entsprechenden Übergangsbestimmungen ab 1. Januar 1973 grundsätzlich untersagt (Sten. Bull. SR 1972 S. 816). Der bundesrätlichen Auslegung schlossen sich u.a. die Kantone Zürich, Bern, St. Gallen und Basel-Stadt sowie die Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden an. Diese empfahl allerdings, die bis 31. Dezember 1972 einbezahlten Arbeitnehmerbeiträge in konkreten Einzelfällen vom Barauszahlungsverbot zu befreien, sofern das Verbot im fraglichen Unternehmen zu zahlreichen Kündigungen führen und dadurch die finanzielle Stabilität der Personalfürsorgestiftung gefährden sollte (SUTER, a.a.O. S. 378/79).

4. In der Literatur haben sich die Autoren SUTER, a.a.O. S. 381, und MEYER, Arbeitsvertragsrecht und Personalvorsorge, SJZ 1973 S. 230, der bundesrätlichen Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zum neuen Arbeitsvertragsrecht angeschlossen. Dieselbe Meinung sollen auch Hug, der Redaktor des Entwurfs zum Arbeitsvertragsrecht, Merz und Viret vertreten, die alle drei von MEYER,

a.a.O., zitiert werden. Merz soll sich in einem Vortrag vor dem Bernischen Juristenverein dahin geäussert haben, man lege Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen am besten so aus, dass man ihn als nicht geschrieben betrachte (WOHLMANN, a.a.O. S. 91). Auch MEYER, a.a.O., schlug vor, den genannten Artikel als nicht existent anzusehen. Anderer Meinung bezüglich des Inkrafttretens der neuen Ordnung und der Tragweite von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen als der Bundesrat sind die Autoren SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 121 ff., WOHLMANN, a.a.O. S. 92, und STREIFF, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, S. 250 N. 6. Sie vertreten die Auffassung, Art. 7 Abs. 2 beziehe sich nicht nur auf die formelle Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen, sondern auch auf die materielle Anwendung der neuen Rechtsordnung. Damit könnten Arbeitnehmer innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist die Barauszahlung ihrer Beiträge an die Personalfürsorgeeinrichtung verlangen, sofern diese ihre Statuten und Reglemente der neuen Ordnung noch nicht angepasst habe. WOHLMANN, a.a.O., führte in diesem Zusammenhang aus, mit Bezug auf Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen sei dem Gesetzgeber ein grobes Versehen unterlaufen, das theoretisch und praktisch keiner befriedigenden Lösung zuzuführen sei; es bleibe nichts anderes übrig, als in grösstmöglicher Annäherung an den Wortlaut und die Praktikabilität des Gesetzes die fragliche Bestimmung so zu interpretieren, dass während einer fünfjährigen Übergangsfrist alle Pensionskassen zum neuen System übergehen müssten.

5. Die vom Bundesrat, der Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden sowie einigen Autoren vorgenommene Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen, der auch die Vorinstanz gefolgt ist, vermag indessen nicht zu befriedigen. Die Unterscheidung zwischen der rein formellen Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen an die neue Ordnung innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist von Art. 7 Abs. 2 und der Einführung der materiellen Regelung innerhalb Jahresfrist ist rechtlich nicht haltbar.
a) Bei Art. 7 der Übergangsbestimmungen handelt es sich um eine Norm des intertemporalen Privatrechts. Der Gesetzgeber bezweckte damit, eine gewisse Anpassungsfrist an die

neue Ordnung zur Verfügung zu stellen, nach deren Ablauf nur noch das neue Recht anzuwenden sein wird (vgl. dazu und zum Folgenden SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 122 f.). In Absatz 1 hat der Gesetzgeber mit Bezug auf die Arbeitsverträge eine kurze Anpassungsfrist von einem Jahr und gegenüber den bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen in Absatz 2 eine längere Übergangsfrist von fünf Jahren vorgesehen. Abgesehen von dem unglücklich gewählten Wort "berechtigt" sind der weitere Wortlaut und der Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 klar. Sie richtet sich an die bestehenden privatrechtlichen Personalfürsorgeeinrichtungen, deren Rechtsgrundlagen innerhalb von fünf Jahren seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes diesem angepasst werden müssen. Soweit es sich bei diesen Fürsorgeeinrichtungen um Stiftungen handelt, wird ihre Organisation durch die Stiftungsurkunde, das Statut und die Ausführungsreglemente bestimmt. In diesen Grundlagen sind auch die Leistungen der Fürsorgeeinrichtung, die Beitragspflichten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer sowie die Ansprüche der Destinatäre verankert. In der Regel wird darin ein Rechtsanspruch der Begünstigten und ein Klagerecht gegen die Stiftung anerkannt. Die in Art. 7 Abs. 2 vorgesehene Anpassung an die neue Regelung der Art. 331a-331c rev. OR kann daher nicht formlos geschehen. Um das Barauszahlungsverbot einzuführen, muss das für die Änderung der Rechtsgrundlagen der Stiftung vorgesehene Verfahren eingehalten werden, wie auch Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen dies vorsieht. Erst wenn diese Rechtsgrundlagen nach formell durchgeführter Revision mit dem neuen Recht materiell übereinstimmen, ist die Anpassung vollzogen. Solange aber die massgebenden Statuten und Reglemente der Fürsorgeeinrichtungen nicht abgeändert worden sind, werden die Ansprüche der Destinatäre darin verbindlich geregelt. Der Arbeitnehmer darf seine Ansprüche gestützt auf die für ihn geltende reglementarische Ordnung durchsetzen und den neuen Gesetzesvorschriften entge-

genhalten (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 122 unten). Die Anwendung dieser Vorschriften bedeutet für ihn entgegen der Auffassung der Vorinstanz einen Eingriff. in wohlerworbene Rechte (vgl. IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 341 I). Das Bundesgericht hat schon ausdrücklich erklärt, dass der Anspruch des

Arbeitnehmers gegenüber einer privaten Pensionskasse auf Leistung der Rente vom Eintritt des Versicherungsfalles an die Eigenschaft eines wohlerworbenen Rechtes besitzt (BGE 80 II 130 und BGE 61 II 175 ff.). Dasselbe muss aber gelten, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch auch in der Weise durchsetzen kann, dass ihm bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses seine eigenen Beiträge an die Fürsorgeeinrichtung ausbezahlt werden. Er hat unter Umständen diese Beiträge während Jahren im Vertrauen darauf geleistet, dass er eines Tages einen ansehnlichen Betrag herausverlangen kann, wenn er seine Stelle kündigen wird, weil er eine Änderung seiner Lebensverhältnisse ins Auge gefasst hat, wie beispielsweise die Aufgabe der beruflichen Tätigkeit infolge Heirat, die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die Gründung eines eigenen Geschäftes, die Auswanderung etc. In diesen Fällen wird er die fragliche Summe in seine Zukunftspläne miteinbezogen haben. Dieser Arbeitnehmer sieht sich durch die neue Regelung von Art. 331c rev. OR in seinem Vertrauen getäuscht. Ein solcher Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse darf nicht ohne eine angemessene Übergangszeit erfolgen, innert welcher die Betroffenen ihre Rechte wahrnehmen können. Der neue Rechtszustand muss ihnen durch eine Statutenrevision, bei der sie möglicherweise ein Mitspracherecht haben, vor Augen geführt werden. Auf alle Fälle müssen sie aber die Möglichkeit haben, durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Barauszahlung der geleisteten Beiträge vor Inkrafttreten der neuen Ordnung doch noch zu realisieren, wofür eine nur kurze Übergangszeit nicht genügen würde. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen eine Frist von fünf Jahren für die Anpassung der massgebenden Statuten und Reglemente vorgesehen, die sowohl formelle als auch materielle Wirkung haben muss (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 123). Anders wäre die Rechtslage nur dann, wenn die Rechte der Begünstigten durch eine zwingende Gesetzesvorschrift mit Wirkung ab 1. Januar 1973 eingeschränkt würden. Dies ist aber nicht der Fall. Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen gilt nur für das Verhältnis zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages. Die Beziehungen der Fürsorgeeinrichtungen zu den Arbeitnehmern werden in Absatz 2 geregelt, der eine Anpassungsfrist von fünf Jahren vorsieht.

Dass Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen die Personalfürsorgeeinrichtungen nur als "berechtigt" und nicht etwa als verpflichtet bezeichnet, ihre Statuten und Reglemente den neuen Vorschriften von Art. 331a-331c rev. OR anzupassen, wird in der Literatur mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der neuen Gesetzesbestimmungen erklärt, indem der Gesetzgeber bei der Bereinigung des endgültigen Gesetzestextes versehentlich unterlassen habe, die Kannvorschrift von Art. 7 Abs. 2 in eine Mussvorschrift umzuwandeln (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 123, und WOHLMANN, a.a.O. S. 92). Dazu ist jedoch zu bemerken, dass der Wortlaut der fraglichen Bestimmung auch schon im Gesetzesentwurf des Bundesrates nicht eben sinnvoll schien. Wenn die Personalfürsorgeeinrichtungen berechtigt sein sollten, die im Entwurf vorgesehene neue Regelung zu übernehmen, so ist nicht einzusehen, weshalb diese Berechtigung dann auf fünf Jahre beschränkt werden müsste. Die Vorschriften von Art. 331a Abs. 1 und 2 des Entwurfes wurden jedoch als relativ zwingend erklärt, d.h. sie durften nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Schon daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber trotz des Ausdrucks "berechtigt" in Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der Meinung war, es werde den Personalfürsorgeeinrichtungen eine Frist von fünf Jahren gewährt, um ihre Reglemente

der neuen Ordnung anzupassen, welche die Pflicht zur Erhaltung der Vorsorgeansprüche in den Vordergrund rückte und die Barauszahlung der vom Arbeitnehmer geleisteten Beiträge nur noch subsidiär vorsah; denn die zwingende Ausgestaltung dieser Bestimmungen hätte sonst gar keinen Sinn gehabt. Das ganze System des Gesetzesentwurfes verstärkt noch den Eindruck, dass Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen richtigerweise als Mussvorschrift zu verstehen ist. Der Bundesrat beabsichtigte denn auch, mit der neuen Regelung im Entwurf die Personalfürsorgeeinrichtungen zu veranlassen, in steigendem Masse die durch Arbeitgeberbeiträge oder aus Mitteln der Fürsorgeeinrichtung selbst finanzierten Vorsorgeansprüche ihrem individuellen Fürsorgezweck zu erhalten (BBl 1967 II S. 362). Nachdem die eidgenössischen Räte in der parlamentarischen Beratung des Gesetzesentwurfes durch Einfügung der Art. 331b und 331c rev. OR die Barauszahlung der Arbeitnehmerbeiträge mit einer geringfügigen Ausnahme ausgeschlossen und das Recht des Arbeitnehmers

auf künftige Vorsorgeleistungen allgemein verpflichtend eingeführt haben, erscheint es umso eher angebracht, Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen im Sinne einer Mussvorschrift auszulegen (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 123). Diese Auslegung ist der natürlichste und naheliegendste Weg zur Beseitigung des Widerspruchs zwischen dem zwingenden Gesetzesrecht von Art. 331c Abs. 1 und 2 rev. OR und der Übergangsbestimmung von Art. 7 Abs. 2. Sie entspricht auch am ehesten dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Ein weiterer Vorteil dieser Interpretation besteht darin, dass den Personalfürsorgeeinrichtungen damit die nötige Zeit für die Umstellung ihres Betriebes eingeräumt wird; denn die Einführung des Barauszahlungsverbotes ist für sie mit umfangreichen administrativen Arbeiten und versicherungstechnischen Studien verbunden. Im übrigen hat der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Personalfürsorgewesens schon wiederholt eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen. Dies war der Fall bei der Einführung der Wohlfahrtsfonds in Art. 3 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum revidierten Obligationenrecht sowie im Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Dienstvertrags- und Stiftungsrechts (Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal) vom 21. März 1958, welches die Art. 343bis OR und Art. 89bis ZGB einfügte und in Ziffer III Abs. 1 und 2 eine Übergangsbestimmung enthielt, die ebenfalls Anpassungszeiten von fünf Jahren festsetzte. b) Demgegenüber hält die Argumentation des angefochtenen Entscheides einer kritischen Überprüfung nicht stand. Da die Vorinstanz davon ausging, dass die Übergangsbestimmung von Art. 7 Abs. 2 nur eine Anweisung zur formellen Anpassung der Statuten und Reglemente enthalte, auf die Frage nach der materiellen Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen von Art. 331a-331c rev. OR aber keine Antwort gebe, nahm sie an, es bestehe eine Lücke im Gesetz. Diese Gesetzeslücke sei in analoger Anwendung von Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen auszufüllen, so dass die neue Ordnung materiell mit Wirkung ab 1. Januar 1973 anwendbar sei.
Das Bestehen einer Gesetzeslücke darf nicht leichthin angenommen werden. Darunter versteht man das Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung, indem der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen (BGE 87 II 361). Eine Lücke ist nur dann gegeben, wenn dem

Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (BGE 83 III 152) und wenn sich auch auf dem Wege analoger Anwendung bestehender Rechtssätze keine Lösung finden lässt (BGE 94 I 308 Erw. 2). Werden diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht, so zeigt sich, dass eine Gesetzeslücke nicht besteht. Dem Gesetz kann nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen eine passende

Vorschrift entnommen werden, indem die etwas missglückte Formulierung auf dem Wege der Interpretation als Mussvorschrift gedeutet wird. Diese richtet sich an die bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen, und Art. 331c wird darin neben Art. 331a und 331b ausdrücklich erwähnt (SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 124). Aber selbst wenn man annehmen wollte, Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen sei aus Versehen stehen geblieben und sollte eigentlich als gegenstandslos geworden gestrichen werden, wie es in der Literatur von MERZ (siehe WOHLMANN, a.a.O. S. 91) und MEYER, a.a.O. S. 230, vertreten wurde, wäre keine Gesetzeslücke gegeben. Nach Art. 1 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Obligationenrecht finden die Vorschriften des Schlusstitels des ZGB auch auf dieses Gesetz Anwendung. Art. 1 SchlT ZGB bestimmt jedoch, dass die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, auch weiterhin dem bisherigen Recht unterstellt bleiben. In diesem Zusammenhang wird zwar auch auf Art. 2 SchlT ZGB verwiesen, wonach die Bestimmungen des Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt werden, mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finden, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme vorsieht. SUTER, a.a.O. S. 380, betrachtet die neue Freizügigkeitsregelung als um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt, da sie zwingendes Recht darstelle. Die zwingende Natur einer Vorschrift genügt indessen noch nicht, um ihren Ordre-public-Charakter zu bejahen (BGE 93 II 382 Erw. 4a). Die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit rechtfertigen die rückwirkende Anwendung einer Norm erst dann, wenn diese zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört, d.h. grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert (BROGGINI,

Intertemporales Privatrecht, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, S. 451). Gewiss verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung des Barauszahlungsverbotes in Art. 331c rev. OR ein sozialpolitisches Ziel und liegt der Ausbau der Vorsorgeeinrichtungen im öffentlichen Interesse. Damit kann aber noch nicht gesagt werden, dass die bisherige Regelung, welche die Barauszahlung der vom Arbeitnehmer geleisteten Beiträge an die Personalfürsorgeeinrichtung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zuliess, gegen die öffentliche Ordnung verstosse und mit den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung unvereinbar sei. Dies kann umso weniger der Fall sein, als die meisten öffentlichen Pensionskassen, u.a. diejenige des Bundes, die Barauszahlung heute noch allgemein zulassen. Wäre übrigens Art. 2 SchlT ZGB anwendbar, so hätte das zwingende neue Recht mit Bezug auf die Personalfürsorgeeinrichtungen mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes am 1. Januar 1972 zur Anwendung gelangen müssen und nicht erst am 1. Januar 1973, wie die Vorinstanz angenommen hat. Wollte man aber schliesslich doch die Existenz einer Gesetzeslücke bejahen, so wäre nicht einzusehen, weshalb sie in analoger Anwendung von Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen, der einen ganz andern Sachverhalt ins Auge fasst, auszufüllen wäre. Diese Bestimmung bezieht sich ausdrücklich auf die bestehenden Arbeitsverträge und damit auf das Verhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer. Die Anpassung dieser Verträge an die neue Freizügigkeitsregelung ist relativ einfach, so dass sie innert der Frist von einem Jahr vorgenommen werden kann. Im Gegensatz dazu können sich bei der Anpassung der Statuten und Reglemente der Personalfürsorgeeinrichtungen komplizierte versicherungstechnische Probleme ergeben, die schon aus praktischen Gründen kaum innert einem Jahr gelöst werden können (WOHLMANN, a.a.O. S. 91). Wenn schon von Lückenausfüllung die Rede ist, wäre es naheliegender, auf das Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Dienstvertrags- und Stiftungsrechts (Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal) vom 21. März 1958 zurückzugreifen, das in Ziffer III Abs. 1 und 2 eine Frist von fünf Jahren für die Anpassung an die damals eingefügten Art. 343bis OR. und Art. 89bis ZGB (ausgenommen Absatz 4) vorsah. Diese Bestimmungen hätten gegenüber dem von der Vorinstanz zur Lückenausfüllung herangezogenen Art. 7 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen

den Vorteil, dass sie sich auf einen dem hier zu regelnden wirklich analogen Fall beziehen. c) Nach der vorgenommenen Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zum neuen Arbeitsvertragsrecht kommt dieser Vorschrift sowohl formelle als auch materielle Bedeutung zu. Zudem hat sie für die bestehenden Personalfürsorgeeinrichtungen verpflichtenden Charakter. Diese haben somit seit dem Inkrafttreten des neuen Arbeitsvertragsrechts am 1. Januar 1972 fünf Jahre Zeit, um das Barauszahlungsverbot der Arbeitnehmerbeiträge bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses einzuführen. Zuzugeben ist, dass mit einer Übergangsfrist von fünf Jahren auch gewisse Nachteile verbunden sind. Der Hauptnachteil besteht darin, dass auf diese Weise die neue Freizügigkeitsregelung nicht für alle Personalfürsorgeeinrichtungen gleichzeitig in Kraft tritt, sondern es den einzelnen Institutionen überlassen bleibt, ob sie die Anpassung ihrer Statuten und Reglemente schon bald nach dem 1. Januar 1972 oder erst gegen Ende der Frist vornehmen wollen, was zu einer unübersichtlichen Situation im Gebiete des Personalfürsorgewesens führen kann. Dieser Mangel war jedoch bereits im System des Gesetzesentwurfes enthalten, wenn auch mit weniger schwerwiegenden Folgen, nachdem der Entwurf die Freizugigkeitsregelung nicht obligatorisch erklärt, sondern nur in den Vordergrund gerückt hatte. Im übrigen wird dieser Nachteil etwas gemildert durch den Umstand, dass sehr viele Personalfürsorgeeinrichtungen die Anpassung an das neue Recht erst gegen Ende der fünfjährigen Frist vornehmen werden, wodurch wieder eine gewisse Übereinstimmung erreicht werden wird. Von der Vorinstanz wird ferner geltend gemacht, eine einjährige Übergangsfrist erweise sich auch im Hinblick auf die kommende Gesetzgebung über die obligatorische berufliche Vorsorge als zweckmässig und sinnvoll. Das Gesetz vom 25. Juni 1971 stelle eine Vorstufe für ein neues Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (die sog. zweite Säule) dar, das vor Ende 1976 in Kraft treten werde. Die neue Regelung im Bundesgesetz vom 25. Juni 1971, d.h. die Art. 331a-331c rev. OR, hätte aber gar keinen Sinn, wenn sie selber erst in diesem Zeitpunkt eingeführt sein werde. Nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge wird jedoch dieses Bundesgesetz über die obligatorische berufliche

Vorsorge kaum vor 1977 in Kraft treten. Es bildet daher keinen Grund, die Einführung von Massnahmen zu beschleunigen, für die der Gesetzgeber trotz der missglückten Formulierung eine Frist von fünf Jahren vorgesehen hat. Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die einjährige Übergangsfrist zur Einführung des Barauszahlungsverbotes in der Praxis offenbar nicht bewährt hat, empfahl doch die Konferenz der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden in einer anlässlich ihrer Jahrestagung von 1972 gefassten Resolution eine Ausnahme vom Barauszahlungsverbot für Arbeitnehmerbeiträge, welche bis zum 31. Dezember 1972 einbezahlt worden sind, sofern bei Handhabung des Verbotes im konkreten Fall die Gefahr zahlreicher Kündigungen bestehe und dadurch die finanzielle Stabilität der Personalfürsorgestiftung in Frage gestellt werde (SUTER, a.a.O. S. 379). Das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt musste als Aufsichtsbehörde bei der Anwendung von Art. 331c rev. OR ebenfalls verschiedene Ausnahmen zulassen, wie dem angefochtenen Entscheid zu entnehmen ist. Auch wenn die Vorinstanz diese Praxis der Aufsichtsbehörde lediglich als differenzierte Handhabung des Barauszahlungsverbotes bezeichnet, so wird damit eben doch offenbar, dass eine Übergangsfrist von nur einem Jahr auch den Bedürfnissen des Alltags zu wenig Rechnung trägt. Die Art. 331a-331c rev. OR sind nach dem Ausgeführten für die Beschwerdeführerin noch nicht in Kraft getreten. Die Entscheide der beiden Vorinstanzen sind damit bundesrechtswidrig.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 25.

September 1973 sowie die Verfügung des Justizdepartementes des Kantons Basel-Stadt vom 9. Juli 1973 werden aufgehoben.