



12. August 2008

---

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

---

### Hinweise

- 652 Verbesserung für atypische Arbeitnehmende : Änderung der Verordnung BVV 2 (ab 1.1.2009)
- 653 Invalidität: Verweis in Art. 26 Abs. 1 BVG auf die Art. 28 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1-3 IVG
- 654 Internet: chronologische Tabelle: Link zu jeder der Mitteilungen über die berufliche Vorsorge

### Stellungnahme

- 655 Fragen zu Art. 1j und 1k BVV 2 bezüglich atypische Arbeitnehmende (ab 1.1.2009)

### Rechtsprechung

- 656 Keine Zustimmung des Ehegatten vonnöten bei Kapitalbezug von Altersleistungen ab Freizügigkeitskonto
- 657 Scheidung, Vorsorgefall und Lohnfortzahlungsanspruch
- 658 Anspruch der geschiedenen Frau auf den Versorger Schaden
- 659 Kein Anspruch auf Parteientschädigung für pensionskasseninterne Auseinandersetzung
- 660 Verrechnung der Barauszahlung der Austrittsleistung mit einer Schadenersatzforderung gegen den Versicherten in dessen Eigenschaft als Verwaltungsrat

Die Mitteilungen über die berufliche Vorsorge sind ein Informationsorgan des BSV. Ihr Inhalt gilt nur dann als Weisung, wenn dies im Einzelfall ausdrücklich gesagt wird.

## **Hinweise**

### **652 Verbesserung für atypische Arbeitnehmende : Änderung der Verordnung BVV 2 (ab 1.1.2009)**

Der Bundesrat verbessert im Bereich der beruflichen Vorsorge die Situation von Arbeitnehmenden, die häufig die Stelle wechseln. Zu diesem Zweck hat er eine Verordnungsänderung beschlossen. Demnach werden Arbeitnehmende, die mehrere Arbeitseinsätze für denselben Arbeitgeber leisten, dem BVG unterstellt, wenn die Gesamtdauer der Einsätze 3 Monate übersteigt. Diese Massnahme tritt auf den 1. Januar 2009 in Kraft.

Am 2. April 2008 wurde der Bericht des BSV über die berufliche Vorsorge von atypischen Arbeitnehmenden veröffentlicht. In der Folge hat der Bundesrat am 25. Juni 2008 beschlossen, dass Personen, die mehrere Arbeitseinsätze für denselben Arbeitgeber leisten, in der 2. Säule versichert werden, sofern die Unterbrechungen zwischen den einzelnen Einsätzen für denselben Arbeitgeber höchstens 3 Monate dauern.

Heute werden aufeinanderfolgende Arbeitseinsätze für denselben Arbeitgeber nicht zusammerechnet. Für eine Unterstellung muss jeder einzelne Einsatz ohne Unterbrechung länger als 3 Monate dauern. Eine Unterbrechung von wenigen Tagen reicht, um beim Abzählen der 3 Monate wieder bei Null anfangen zu müssen. Bisher kamen lediglich von Temporärfirmen beschäftigte Arbeitnehmende in den Genuss einer Regelung, nach der die verschiedenen Einsätze zusammengezählt werden.

Durch die Verordnungsänderung genießt eine grössere Zahl von atypischen Arbeitnehmenden die Deckung durch die berufliche Vorsorge.

Im Folgenden publizieren wir diese Verordnungsänderung mit den entsprechenden Erläuterungen.

Nur der Text, der in der amtliche Sammlung des Bundesrechts veröffentlicht wird, ist rechtsgültig: AS 2008 3551 (<http://www.admin.ch/ch/d/as/2008/3551.pdf>)

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

### Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge

(BVV 2)

Änderung vom 25. Juni 2008

---

Der Schweizerische Bundesrat  
verordnet:

#### I

Die Verordnung vom 18. April 1984<sup>1</sup> über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge wird wie folgt geändert:

Art. 1j Sachüberschrift und Abs. 1 Bst. b

Von der obligatorischen Versicherung ausgenommene Arbeitnehmer  
(Art. 2 Abs. 2 und 4 BVG)

<sup>1</sup> Folgende Arbeitnehmer sind der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt:

- b. Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten; vorbehalten ist Artikel 1k;

Art. 1k Befristet angestellte Arbeitnehmer

(Art. 2 Abs. 4 BVG)

Arbeitnehmer mit befristeten Anstellungen oder Einsätzen sind der obligatorischen Versicherung unterstellt, wenn:

- a. das Arbeitsverhältnis ohne Unterbruch über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert wird; In diesem Fall ist der Arbeitnehmer von dem Zeitpunkt an versichert, in dem die Verlängerung vereinbart wurde;
- b. mehrere aufeinanderfolgende Anstellungen beim gleichen Arbeitgeber oder Einsätze für das gleiche verleihende Unternehmen insgesamt länger als drei Monate dauern und kein Unterbruch drei Monate übersteigt; In diesem Fall ist der Arbeitnehmer ab Beginn des insgesamt vierten Arbeitsmonats versichert; wird jedoch vor dem ersten Arbeitsantritt vereinbart, dass die Anstellungs- oder Einsatzdauer insgesamt drei Monate übersteigt, so ist der Arbeitnehmer ab Beginn des Arbeitsverhältnisses versichert.

#### II

Diese Änderung tritt am 1. Januar 2009 in Kraft.

25. Juni 2008

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Pascal Couchepin

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

### **Atypische Arbeitnehmende: Kommentar zur Änderung von Art. 1j Abs. 1 Bst. b und zum neuen Art. 1k BVV 2**

Am 2. April 2008 hat der Bundesrat den Bericht des BSV «Prüfung eventueller Lösungen im Hinblick auf eine Verbesserung der Unterstellung von Arbeitnehmenden in atypischen Arbeitsverhältnissen unter die obligatorische berufliche Vorsorge gemäss Art. 2 Abs. 4 erster Satz BVG» zur Kenntnis genommen. Er gab dem Eidgenössischen Departement des Innern den Auftrag, eine Änderung der BVV 2 auszuarbeiten, damit bei der Berechnung der Dreimonatsfrist, die für die Unterstellung unter das BVG massgebend ist, alle Arbeitsverträge beim selben Arbeitgeber und alle Einsätze für den gleichen Verleiher einbezogen werden<sup>2</sup>.

Gemäss Art. 1j Abs. 1 Bst. b BVV 2 in der bisher gültigen Fassung sind Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt. Wird das Arbeitsverhältnis über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert, so sind sie von dem Zeitpunkt an versichert, in dem die Verlängerung vereinbart wurde.

---

<sup>1</sup> SR 831.441.1

<sup>2</sup> Link zur Pressemitteilung mit Bericht: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=18048>

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

Mit der vorliegenden Änderung muss eine Person künftig dem BVG unterstellt werden, wenn die Gesamtdauer der Arbeitsverhältnisse mit dem gleichen Arbeitgeber oder der Einsätze für den gleichen Verleiher drei Monate übersteigt, sofern kein Unterbruch zwischen diesen Anstellungsdauern länger als drei Monate dauert. Wenn eine Person mehrere Arbeitgeber hat, muss die Berechnung der Dauer der Anstellungen für jeden Arbeitgeber separat erfolgen.

Bis anhin begann für Angestellte von Arbeitgebern, die keine Verleihbetriebe<sup>3</sup> sind, die Berechnung der Dreimonatsfrist nach Ablauf jedes befristeten Arbeitsvertrags wieder bei Null, und zwar unabhängig von der Dauer des Unterbruchs bis zu einer allfälligen neuen Anstellung beim selben Arbeitgeber.

Die vorliegende Änderung sieht eine maximale Unterbrechungsfrist von drei Monaten vor statt der Frist von zwei Wochen, die zur Zeit für verliehene Arbeitnehmer angewandt wird<sup>4</sup>. Durch die Fristverlängerung auf drei Monate kann die Gefahr von Missbräuchen (Kettenverträge)<sup>5</sup> deutlich verringert werden. Die bisherige Unterbrechungsfrist von zwei Wochen erwies sich nämlich als unbefriedigend, da mit einer solchen Frist das Risiko grösser ist, dass ein Arbeitgeber versucht, die obligatorische Versicherung zu umgehen, indem er den Arbeitnehmer nach drei Monaten entlässt und ihn kurz nach Ablauf der zweiwöchigen Frist wieder anstellt.

Der neue Art. 1k BVV 2 regelt die Unterstellung unter die berufliche Vorsorge von Personen, die auf eine befristete Dauer angestellt sind. Er ergänzt den bisherigen Art. 1j Abs. 1 Bst. b BVV 2. Art. 1j Abs. 1 Bst. b BVV 2 wird angepasst um diese neue Bestimmung ausdrücklich vorzubehalten.

Buchstabe a von Artikel 1k übernimmt den bisherigen Art. 1j Abs. 1 Bst. b BVV 2 präzisiert jedoch die bisherige Formulierung durch den Zusatz „ohne Unterbrechung“, um den Fall einer Person, die ohne eine Unterbrechung arbeitet, von demjenigen mit einer oder mehreren Unterbrechungen zu unterscheiden. Buchstabe a regelt den Fall, in dem eine Person ihre Arbeit mit einem befristeten Vertrag von höchstens drei Monaten aufnimmt, das Arbeitsverhältnis aber später ohne Unterbrechung über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert wird. In diesem Fall muss die betreffende Person von dem Tag an versichert werden, an dem die Verlängerung vereinbart wurde.

Buchstabe b regelt den Fall, in dem eine Person zwei oder mehr Arbeitsverhältnisse oder Einsätze mit einem oder mehreren Unterbrüchen hat. In diesem Fall muss man prüfen, ob die Gesamtdauer der verschiedenen Anstellungen und Einsätze drei Monate übersteigt und ob keine Unterbrechung länger als drei Monate dauert. Wenn diese beiden Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sind, erfolgt die Unterstellung unter die obligatorische Versicherung. Wenn zum Beispiel eine Person einen ersten, auf einen Monat begrenzten Arbeitsvertrag hat, dann die Arbeit für zwei Monate unterbricht und schliesslich im Rahmen eines zweiten auf drei Monate begrenzten Arbeitsvertrags für denselben Arbeitgeber arbeitet, muss sie zu Beginn des vierten Arbeitsmonats dem BVG unterstellt werden. Es kann jedoch vorkommen, dass der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer schon im Voraus, d.h. vor Aufnahme der Arbeit, vereinbaren, dass die Gesamtdauer der Verträge drei Monate übersteigen wird. In diesem Fall beginnt die Unterstellung mit dem Antritt des Arbeitsverhältnisses.

Die Höchstdauer von drei Monaten gilt für jede einzelne Unterbrechung und nicht für alle Unterbrechungen zusammen. Die Unterbrechungsperioden werden also nicht kumuliert. Wenn zum Beispiel eine Person zuerst zwei Monate arbeitet, dann die Arbeit für einen Monat unterbricht, anschliessend noch einmal einen Monat für denselben Arbeitgeber arbeitet, dann wieder drei Monate unterbricht und

<sup>3</sup> Gemäss Art. 2 BVV 2 gelten Arbeitnehmer, welche im Rahmen eines Personalverleihs gemäss dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih in einem Einsatzbetrieb beschäftigt sind, als Angestellte des verleihenden Unternehmens.

<sup>4</sup> Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) 2006/2 vom 31. Mai 2006 über die Geltung der BVG-Unterstellung für verliehene Arbeitnehmer: [http://www.treffpunkt-arbeit.ch/dateien/Private\\_Arbeitsvermittlung/Geltung\\_der\\_BVG-Unterstellung\\_fuer\\_verliehene\\_Arbeitnehmer.pdf](http://www.treffpunkt-arbeit.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/Geltung_der_BVG-Unterstellung_fuer_verliehene_Arbeitnehmer.pdf)

Siehe auch Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 91 vom 6. April 2006, Randziffer 529:

[http://www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/2529/2529\\_1\\_de.pdf](http://www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/2529/2529_1_de.pdf)

<sup>5</sup> Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 91, Randziffer 529, und BGE 119 V 46 Erw. 1c S. 48.

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

schliesslich einen dritten Vertrag von zwei Monaten mit demselben Arbeitgeber hat, muss sie dem BVG unterstellt werden, denn keine der Unterbrechungen dauert länger als drei Monate.

### 653 Invalidität: Verweis in Art. 26 Abs. 1 BVG auf die Art. 28 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1-3 IVG

Auf den 1. Januar 2008 ist die 5. IV-Revision in Kraft getreten. Im Zuge dieser Revision wurde der bisherige Artikel 29 IVG geändert. Der alte Art. 29 Abs. 1 wurde nach Art. 28 Abs. 1 verschoben. Der bisherige Art. 29 Abs. 2 Satz 2 ist nun allein Art. 29 Abs. 2. Alt Art. 29 Abs. 2 Satz 1 ist neu Art. 29 Abs. 3. Der bisherige Art. 28 Abs. 1ter wurde neu zu Art. 29 Abs. 4.

Neu entsteht der Rentenanspruch nach Art. 29 Abs. 1 frühestens nach Ablauf von 6 Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG.

Art. 26 Abs. 1 BVG verweist für den Beginn des Anspruchs auf Invalidenleistungen auf Art. 29 IVG. Daher wirken sich entsprechende Änderungen des IVG bezüglich Beginn des Anspruchs auch auf den Leistungsanspruch nach BVG aus (siehe Botschaft zu 5. IVG-Revision: BBI 2005 4459, Ziff 3.4; abrufbar unter:

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/4459.pdf>).

Bei der Anpassung der BVG-Bestimmungen wurde der Verweis auf Art. 29 IVG in Art. 26 BVG Abs. 1 aber nicht geändert. Es liegt somit ein redaktionelles Versehen vor. Im Verweis müsste es somit heissen: "(Art. 28 Abs. 1 und 29 Abs. 1-3 IVG)".

In der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) wurde in der Zwischenzeit die entsprechende Anpassung vorgenommen (siehe Fussnote 53 zu Art. 26 Abs. 1 BVG: **Heute: Art. 28 Abs. 1 und 29 Abs. 1-3 IVG**;

<http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/831.40.de.pdf>).

Diese Änderung hat zur Folge, dass der Anspruch auf BVG-Invalidenleistungen frühestens nach Ablauf von 6 Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht, d.h. gleichzeitig mit dem Beginn der Invalidenrentenanspruchs der IV.

### 654 Internet: chronologische Tabelle: Link zu jeder der Mitteilungen über die berufliche Vorsorge

In der chronologischen Tabelle der Mitteilungen wurden Internetlinks hinzugefügt, um so den direkten Zugriff zu den einzelnen Mitteilungen zu erhalten (siehe das EXCEL-Dokument auf der Internetseite Aktuell):

<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/index.html?lang=de>

## Stellungnahme

### 655 Fragen zu Art. 1j und 1k BVV 2 bezüglich atypische Arbeitnehmende (ab 1.1.2009)

#### 1. Wie lange kann die Unterbrechung zwischen zwei Arbeitseinsätzen für denselben Arbeitgeber maximal dauern?

Die maximale Unterbrechungsdauer zwischen zwei Einsätzen ist auf 3 Monate festgelegt, denn bei einer Pause von mehr als 3 Monaten kann man nicht mehr von einer kurzen Unterbrechung sprechen. Zur Vermeidung von Widersprüchen, Unklarheiten und Problemen bei der Anwendungspraxis gilt die Dreimonatsfrist sowohl für die Gesamtdauer der Einsätze als auch für die Unterbrechungsdauer zwischen den Einsätzen. Da gemäss Art. 1j und 1k BVV 2 ein Arbeitseinsatz, der länger als 3 Monate dauert, nicht mehr als kurzfristiger, der obligatorischen Versicherung nicht unterstellter Einsatz gilt, wird auch die maximale Unterbrechungsdauer zwischen den Arbeitseinsätzen auf 3 Monate festge-

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

legt. So ist eine Übereinstimmung zwischen dem Begriff des kurzfristigen Arbeitseinsatzes und jenem der kurzen Unterbrechung gewährleistet.

### 2. Gilt die Dreimonatsfrist nur innerhalb eines Kalenderjahrs?

Nein. Würde die Dreimonatsfrist innerhalb eines Kalenderjahrs angewendet, bestünde die Gefahr, dass dies ohne plausiblen Grund zu Ungleichbehandlungen führt. So würde zum Beispiel eine Person, die einen ersten Arbeitseinsatz von 2 Monaten im August/September und einen zweiten, gleich langen Einsatz im November/Dezember leistet, dem BVG unterstellt. Eine Person, die das erste Mal im Oktober/November und das zweite Mal im Januar/Februar des Folgejahrs arbeitet, würde dagegen nicht unterstellt, obwohl ihre Einsätze und die Unterbrechung dazwischen genau gleich lang sind wie bei der Person im ersten Fall. Es spielt keine Rolle, ob die aufeinanderfolgenden Einsätze alle im selben Jahr erfolgen oder sich auf zwei Jahre verteilen. Die Verteilung auf zwei Jahre ist kein ausreichender Grund, um die betroffene Person bezüglich Unterstellung unter das BVG anders zu behandeln.

### 3. Wann beginnt bei mehreren aufeinanderfolgenden Arbeitseinsätzen mit Unterbrechungen die obligatorische Versicherung?

Die arbeitnehmende Person ist der beruflichen Vorsorge zu unterstellen, wenn die Gesamtdauer ihrer verschiedenen Arbeitseinsätze 3 Monate übersteigt und keine Unterbrechung länger als 3 Monate dauert. Die Unterstellung beginnt grundsätzlich zu Beginn des vierten Arbeitsmonats. Wird jedoch bereits im Voraus, d.h. vor dem ersten Arbeitstag, vereinbart, dass die arbeitnehmende Person insgesamt mehr als 3 Monate arbeiten wird, zum Beispiel dreimal 2 Monate mit Unterbrechungen von jeweils 2 Monaten, beginnt die Unterstellung zum selben Zeitpunkt wie das Arbeitsverhältnis.

## Rechtsprechung

### 656 Keine Zustimmung des Ehegatten vonnöten bei Kapitalbezug von Altersleistungen ab Freizügigkeitskonto

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2008 i.Sa. S. gegen Freizügigkeitsstiftung der UBS AG, 9C\_212/2007, BGE 134 V 182; Urteil in deutscher Sprache)

Art. 37 Abs. 5 BVG, Art. 16 FZV

Streitig ist vor Bundesgericht, ob die Freizügigkeitsstiftung der UBS AG Bundesrecht verletzt hat, indem diese die Auszahlung der Altersleistungen in Kapitalform an den Ehemann von S. ohne deren schriftliche Zustimmung vorgenommen hat.

Das Bundesgericht erwägt, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin im Februar 2005 sein 60. Altersjahr zurückgelegt und ab diesem Zeitpunkt die für eine Auszahlung des Altersguthabens erforderliche Alterslimite gemäss Art. 16 FZV erreicht hat. Bei dieser Auszahlung handelt es sich nicht um eine Barauszahlung gemäss Art. 5 FZG, wie das kantonale Gericht zutreffend festgelegt hat. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts hat bereits mit Urteil vom 21. April 2005 (7B.22/2005) entschieden, dass Art. 16 FZV die Auszahlung der Altersleistungen betreffe und – anders als die Art. 5 FZG in Verbindung mit Art. 14 FZV für die dort geregelten Barauszahlungen – nach dem Wortlaut der Bestimmung keine Zustimmung des Ehegatten voraussetze. Zudem liege nach der Lehre auch keine gesetzliche Lücke vor, wenn die Zustimmung des Ehegatten nur für die Barauszahlungsbegehren nach Art. 5 FZG, nicht aber für die Auszahlung von Altersleistungen in Kapital- statt Rentenform nötig sei. Das Bundesgericht hat im erwähnten Entscheid die Frage offen gelassen, wie sich die Rechtslage aufgrund des mit der 1. BVG-Revision neu geschaffenen Art. 37 Abs. 5 BVG verhält.

Die schrittweise Einführung des schriftlichen Zustimmungserfordernisses durch den Gesetz- und Verordnungsgeber zeigt deutlich, dass es sich nicht um eine vom Gericht zu füllende Lücke handelt. Auch

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

mit der 1. BVG-Revision wurde kein allgemeines Zustimmungserfordernis des Ehegatten für sämtliche Kapitalabfindungen eingeführt; dabei handelt es sich aber um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers und nicht um eine richterlich zu füllende Gesetzeslücke. Da der Gesetz- und Verordnungsgeber anlässlich der 1. BVG-Revision namentlich im Bereich des FZG und der FZV keine Änderungen vorgenommen hat, fehlt es an einer rechtlichen Grundlage für die Zustimmungsbedingung des Ehegatten für Auszahlungen von Altersleistungen in Kapitalform ab einem Freizügigkeitskonto. Die Auszahlung der Altersleistung durch die Beschwerdegegnerin ist demzufolge weder gesetzes- noch verordnungswidrig.

### 657 Scheidung, Vorsorgefall und Lohnfortzahlungsanspruch

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2008 i.Sa. M. und C. gegen Personalvorsorgekasse/Ergänzungs-Vorsorgekasse X. AG, 9C\_899/2007 und 9C\_900/2007; Urteil in deutscher Sprache)

Art. 122/124 und Art. 141/142 ZGB; Art. 26 BVG

Strittig ist vor Bundesgericht, ob der zwischen den geschiedenen Ehepaaren vorzunehmende Vorsorgeausgleich nach Art. 122 oder Art. 124 ZGB durchzuführen sei und damit auch die Frage der Zuständigkeit des Scheidungs- oder Berufsvorsorgegerichts.

Das Bundesgericht hält unter anderem fest, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, im massgebenden Zeitpunkt (Rechtskraft des Scheidungsurteils: 13. Juni 2007) sei ein Vorsorgefall des Mannes klar absehbar gewesen, weil dieser Taggelder der obligatorischen Unfallversicherung bei einer 30-prozentigen Arbeitsfähigkeit bezogen habe, vom Arbeitgeber für die festgestellte Arbeitsfähigkeit von 30 % bis zum Zeitpunkt der ordentlichen Pensionierung freigestellt worden sei und sich bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet habe, weshalb mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Leistungsfall für die Vorsorgeeinrichtung entstehe.

Das Bundesgericht weist darauf hin, dass die Entstehung des Anspruchs auf Invalidenleistungen in der beruflichen Vorsorge aufgeschoben werden kann, solange der Versicherte den vollen Lohn erhält (Art. 26 Abs. 2 BVG). Wenn die Vorinstanz somit ohne weiteres davon ausgeht, dass mit der zu erwartenden rückwirkenden Zusprechung einer Rente der Invalidenversicherung auch ein Vorsorgefall im Sinne der beruflichen Vorsorge eintritt, so ist dies rechtsfehlerhaft; entscheidend ist vielmehr, ob der Versicherte einen Lohnfortzahlungsanspruch hat. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie im Sinne der Erwägungen das Vorliegen eines Vorsorgefalles abklärt. Bestand im massgeblichen Zeitpunkt (13. Juni 2007) noch ein Lohnfortzahlungsanspruch, war der Vorsorgefall nicht eingetreten und ist die Aufteilung im Sinne von Art. 122 ZGB gemäss dem Scheidungsurteil vorzunehmen. Andernfalls ist davon auszugehen, dass der Vorsorgefall bereits eingetreten war, und die Vorinstanz hat die Sache an das zuständige Zivilgericht zur Festlegung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB zu überweisen.

### 658 Anspruch der geschiedenen Frau auf den Versorgerschaden

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 17. April 2008 i.Sa. Kanton St. Gallen gegen G., 9C\_589/2007, BGE 134 V 208; Urteil in deutscher Sprache)

Art. 46 st. gallische VVK / Art. 20 BVV 2

G. und L. heirateten 1966. Im Scheidungsurteil vom Dezember 1990 verpflichtete sich L. zur Bezahlung einer lebenslänglichen indexierten Rente nach aArt. 151 ZGB von Fr. 1'200.-- monatlich. In der Folge bezahlte er offenbar einen monatlichen Betrag von Fr. 1'400.--. Ab November 2002 bezog L. von der Versicherungskasse für das Staatspersonal des Kantons St. Gallen eine überobligatorische Altersrente. G. ihrerseits bezieht seit Juli 2004 eine ordentliche Altersrente der AHV im Betrag von

## **Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107**

Fr. 1'739.-- monatlich. Im August 2004 verstarb L., worauf G. die Versicherungskasse um Ausrichtung einer Hinterlassenenrente ersuchte. Die Vorsorgeeinrichtung bejahte einen Rentenanspruch der geschiedenen Frau nach Art. 20 Abs. 1 BVV 2 und sprach ihr eine Rente von monatlich Fr. 787.45 zu, berechnet nach Massgabe des BVG-Obligatoriums.

Die von G. in der Folge erhobene Klage gegen die Versicherungskasse auf Zusprechung einer monatlichen Rente in der Höhe der bisherigen scheidungsrechtlichen Unterhaltsrente von Fr. 1'400.-- pro Monat, replikweise erhöht auf Fr. 1'530.40 (Aufindexierung per 2004 der scheidungsrechtlichen Unterhaltsrente), hiess das kantonale Gericht gut und verpflichtete die Kasse, G. eine monatliche Rente von Fr. 1'530.40 nebst Zins zu 5 % seit 11. April 2006 zu bezahlen. Der Kanton St. Gallen erhebt Beschwerde ans Bundesgericht gegen dieses Urteil.

Nicht bestritten ist, dass G. Anspruch auf Hinterlassenenleistungen im obligatorischen Umfang nach Art. 20 BVV 2 (in der bis Ende 2004 geltenden Fassung) hat. Streitig ist dagegen, ob allenfalls ein weitergehender Anspruch auf Leistungen gestützt auf Art. 46 der st. gallischen Verordnung über die Versicherungskasse für das Staatspersonal (VVK) besteht. Die Auslegung kantonalen öffentlichen Berufsvorsorgerechts prüft das Bundesgericht auf qualifizierte Rüge hin frei.

Das Bundesgericht erwägt, dass die Gesetzessystematik der VVK für eine vom Verordnungsgeber beabsichtigte Ungleichbehandlung von verwitweten und geschiedenen Ehegatten bezüglich der Höhe der Hinterlassenenrenten spricht. Eine solche Ungleichbehandlung ist weder gesetz- noch verfassungswidrig. Es ist nicht ungewöhnlich, dass ein Reglement die Ansprüche der geschiedenen Hinterlassenen auf das BVG-Minimum beschränkt, auch wenn im Übrigen weitergehende Leistungen gewährt werden. Nach Auslegung von Art. 46 VVK entscheidet das Bundesgericht, dass diese Bestimmung keinen über die Mindestbestimmungen des BVG hinausgehenden Rentenanspruch auf Hinterlassenenleistungen für den geschiedenen Ehegatten gewährt.

Weiter stellt sich im Zusammenhang mit der AHV-Altersrente von G. die Frage nach dem Umfang der Kürzungsmöglichkeit gemäss Art. 46 VVK bzw. Art. 20 Abs. 2 BVV 2. Diesbezüglich urteilt das Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtsprechung aus B 6/99, dass es sich bei der Leistung gemäss Art. 20 Abs. 2 BVV 2 um den Ersatz des Versorgerschadens handelt, weshalb es systemgerecht ist, die AHV-Altersrente des geschiedenen, anspruchsberechtigten Ehegatten nicht anzurechnen bzw. nur insoweit, als sie durch den Eintritt des versicherten Ereignisses in der Höhe beeinflusst wird; die AHV-Altersrente ersetzt ja – im Unterschied zur AHV-Hinterlassenenrente – nicht den Wegfall des Unterhaltsanspruchs, sondern den altersbedingten Verlust des eigenen Erwerbseinkommens und steht der geschiedenen Person auch dann zu, wenn sie keinen Anspruch auf scheidungsrechtlichen Unterhalt hat. Ist aber die Altersrente kein Ersatz für den weggefallenen Versorgerschaden, muss dieser durch die Hinterlassenenleistungen der beruflichen Vorsorge abgedeckt werden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin eine Rente in der Höhe des BVG-Obligatoriums, höchstens aber Fr. 1'530.40 pro Monat schuldet, wovon die AHV-Altersrente der Beschwerdegegnerin nicht abzuziehen ist.

### **659 Kein Anspruch auf Parteientschädigung für pensionskasseninterne Auseinandersetzung**

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2008 i.Sa. Pensionskasse Basel-Stadt gegen V., 9C\_422/2007, zur Publikation vorgeesehen; Urteil in deutscher Sprache)

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 73 BVG

In diesem Verfahren ist vor Bundesgericht streitig, ob für die dem kantonalen Klageverfahren nach Art. 73 BVG vorangegangene pensionskasseninterne Auseinandersetzung über den Rückerstattungsanspruch des Vorsorgeträgers und über den Erlass der Rückforderung (Art. 35a Abs. 1 BVG) ein Anspruch auf Parteientschädigung besteht.

## Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107

Das Bundesgericht erwägt, dass den Vorsorgeeinrichtungen keine hoheitliche Gewalt zukommt, und zwar weder den privat- noch den öffentlichrechtlichen Pensionskassen. Sie haben daher keine Befugnis, über die Rechte und Pflichten der Versicherten Verfügungen zu erlassen, die formell rechtskräftig werden könnten; ein verpflichtendes, rechtsdurchsetzendes Verfahren beginnt gemäss Art. 73 BVG erst mit der Klage. Mangels Verfügungsmässiger Grundlage ist das im Reglement vorgesehene Einspracheverfahren somit nicht rechtsgestaltend, sondern dient einzig der internen Willensbildung der Vorsorgeeinrichtung.

Die Rechtsprechung, wonach Art. 29 Abs. 3 BV auch für das nichtstreitige Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen (Bedürftigkeit, fehlende Aussichtslosigkeit, gebotene Rechtsverbeiständung) einen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung begründet (BGE 125 V 32), der gegebenenfalls auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung ausgedehnt wird (BGE 130 V 570), bezieht sich auf Verfahren, mit denen hoheitliche, rechtsgestaltende Verwaltungsakte vorbereitet werden. Nicht zum Tragen kommt diese Praxis dagegen mit Bezug auf das hier zur Diskussion stehende pensionskasseninterne Verfahren, das kein Einspracheverfahren im Rechtssinne ist. Dieses Verfahren wird somit vom Geltungsbereich des Art. 29 Abs. 3 BV nicht erfasst. Es besteht folglich kein Anspruch des Versicherten auf Parteientschädigung für die pensionskasseninterne Auseinandersetzung.

### 660 Verrechnung der Barauszahlung der Austrittsleistung mit einer Schadenersatzforderung gegen den Versicherten in dessen Eigenschaft als Verwaltungsrat

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2008 i. Sa. M. gegen Pensionskasse X., 9C\_203/2007; Urteil in französischer Sprache)

(Art. 39 Abs. 2 BVG, Art. 120 ff. und 754 OR)

Der Pensionskasse X. wurde ein Verlustschein über 17'742 Franken ausgestellt. Dieser Betrag entspricht den nicht bezahlten BVG-Beiträgen für die Monate März bis Dezember 1997 der B. AG, über die im März 1998 der Konkurs eröffnet worden ist. M. als einziger Verwaltungsrat der B. AG war bei der Pensionskasse X. versichert. Im Juni 2005 verlangte er die Barauszahlung seiner Austrittsleistung, da er sich selbstständig machen wollte. Die Pensionskasse X. war damit einverstanden, M. 14'718 Franken auszuzahlen, was nach Abzug der ausstehenden BVG-Beiträge der B. AG von 17'742 Franken seiner verbleibenden Freizügigkeitsleistung entsprach.

Streitig ist, ob die beklagte Pensionskasse die Barauszahlung der Austrittsleistung von M. mit einer Schadenersatzforderung, die sie gegen diesen in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der B. AG beansprucht, verrechnen kann.

Das Bundesgericht erachtet eine solche Verrechnung als zulässig und stützt sich dabei auf die Begründung des kantonalen Gerichts: Indem die Pensionskasse Schadenersatz in der Höhe der ausstehenden BVG-Beiträge der B. AG geltend gemacht habe, habe sie sich auf einen direkten Schaden beziehungsweise eine ursprüngliche und nicht durch den Arbeitgeber abgetretene Forderung berufen, weshalb Art. 39 Abs. 2 BVG im konkreten Fall nicht anwendbar und die von der Pensionskasse vorgenommene Verrechnung unter den Voraussetzungen von Art. 120 ff. OR zulässig gewesen sei. Die erstinstanzlichen Richter haben sich vorfrageweise zur Begründetheit der zur Verrechnung beigezogenen Schadenersatzforderung geäußert und dabei einen Schaden in der Höhe von 17'742 Franken als erwiesen betrachtet. M. habe seine Pflichten als Verwaltungsrat grobfahrlässig verletzt; insbesondere habe er die Vorschriften im Bereich der Sozialversicherungen nicht beachtet.

Das Bundesgericht stellt klar, dass es im Zuständigkeitsbereich des kantonalen Gerichts lag, vorfrageweise, als Voraussetzung zur Verrechnung mit der Austrittsleistung, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit – konkret die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – gemäss Art. 754 OR zu beurteilen (Urteil vom 1. September 1998 [B 45/97], SZS 2002 S. 260 Erw. 2b und 4). Die Verrechnungsschranke von Art. 39 Abs. 2 BVG greift nicht (BGE 126 V 314 Erw. 3b S. 315), sobald die für die Verrech-

## **Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 107**

nung beigezogene Gegenleistung nicht durch den Arbeitgeber zediert wird, – andernfalls wäre eine Verrechnung ausgeschlossen, selbst bei absichtlicher Schadenszufügung (BGE 126 V 314, 114 V 33; SZS 2004 S. 378, CGSS 1994 Nr. 12 S. 112) – sondern eine originäre, auf Art. 754 OR basierende Forderung darstellt, welche der Vorsorgeeinrichtung in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsgläubigerin im Besitz eines Verlustscheins zusteht. Die Rechtsprechung hat die Verrechnung in Fällen wie dem vorliegenden ausdrücklich zugelassen (Urteil L. vom 29. Dezember 2000 [B 20/00]). Und obwohl das Bundesgericht in BGE 132 V 127 jegliche Verrechnung zwischen einer Austrittsleistung und einer originären Schadenersatzforderung beziehungsweise einer Regressklage (gemäss den Art. 52 und 56a BVG) ausgeschlossen hat, kann der Beschwerdeführer M. daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten, da es sich in jenem Fall nicht um die Barauszahlung einer Freizügigkeitsleistung, sondern um die Übertragung einer Freizügigkeitsleistung an eine neue Vorsorgeeinrichtung gehandelt hat, weshalb der Schutz des Vorsorgekapitals prioritär war. Die Feststellungen der erstinstanzlichen Richter, welche die Haftung des Beschwerdeführers bejahen – was das Bundesgericht bindet (Art. 105 Abs. 1 BGG) – sind nicht zu beanstanden, und zwar weniger aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung von M. wegen schuldhafter Hinterziehung von Beiträgen der beruflichen Vorsorge, sondern aufgrund der Tatsache, dass die fahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht genügt, um die Haftung des Verwaltungsrates gemäss Art. 754 Abs. 1 OR zu begründen.