



6. Juli 2010

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

Stellungnahmen

- 756 Umsetzung der Strukturreform: Umgang mit Neugründungen von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge bis Ende 2011
- 757 Kein Vorbezug für den Erwerb eines Wohnmobils, Mobilheimes oder Wohnwagens

Rechtsprechung

- 758 Rückweisung von Amtes wegen an den Scheidungsrichter, wenn der Versicherungsrichter feststellt, dass die Teilung der Austrittsleistungen unmöglich ist
- 759 Scheidung: keine Teilung der Säule 3a (gebundene Selbstvorsorge) gemäss Art. 122 ZGB
- 760 Kontrolle des Wiederanschlusses durch die Auffangeinrichtung
- 761 Unzulässigkeit der Fortführung der weitergehenden Vorsorge (Säule 2b) über das ordentliche Rentenalter hinaus durch ordentliche Beiträge oder Einkäufe, wenn die versicherte Person aus der Grundversicherung (Säule 2a) bereits Altersleistungen bezieht
- 762 Keine Vorankündigungsfrist für die Anrechnung eines zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens nach Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2

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.

Stellungnahmen

756 Umsetzung der Strukturreform: Umgang mit Neugründungen von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge bis Ende 2011

Ab dem 1. Januar 2012 obliegt die Direktaufsicht über Vorsorgeeinrichtungen bzw. Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, der an ihrem Sitz zuständigen kantonlen/regionalen Aufsichtsbehörde.

Es stellt sich die Frage, wie mit Neugründungen umgegangen werden soll, die bis zu diesem Zeitpunkt erfolgen. Um einen nahtlosen Übergang ins neue Aufsichtssystem sicherzustellen, hat das BSV mit der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden folgendes Vorgehen vereinbart:

Die regionalen/kantonalen Aufsichtsbehörden können in Absprache untereinander bzw. mit dem BSV bereits vor Inkrafttreten der Strukturreform neu gegründete Vorsorgeeinrichtungen bzw. Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit Sitz in ihrem Aufsichtsgebiet übernehmen. Unter den gleichen Voraussetzungen können bis Ende 2011 neu gegründete Anlagestiftungen in die Direktaufsicht des BSV übernommen und von dort zu gegebenem Zeitpunkt zur Oberaufsichtskommission transferiert werden.

757 Kein Vorbezug für den Erwerb eines Wohnmobils, Mobilheimes oder Wohnwagens

Folgende Frage wurde dem BSV gestellt: Ist es zulässig, Wohnmobile, Mobilheime oder Wohnwagen durch einen Vorbezug aus der 2. Säule zu finanzieren?

Ein Vorbezug ist in diesem Fall nicht möglich: Wohnmobile, Mobilheime oder Wohnwagen fallen nicht unter die zulässigen Objekte des Wohneigentums gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge, WEFV (a. Wohnung; b. Einfamilienhaus) und sind keine Immobilien im Sinne des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Art. 655 Abs. 1 ZGB hält fest: «Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke.» Nach Abs. 2 des gleichen Artikels sind Grundstücke im Sinne des ZGB: 1. die Liegenschaften; 2. die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte; 3. die Bergwerke; 4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken. Gemäss Art. 656 Abs. 1 ZGB bedarf es zum Erwerb des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch. Es gilt aber der Grundsatz, dass der Vorbezug für den Erwerb, die Erstellung oder die Renovation von Wohneigentum eingesetzt werden kann (vgl. [Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 55 S. 2](#)). Da Wohnmobile, Mobilheime oder Wohnwagen keine Grundstücke sind, können sie nicht ins Grundbuch eingetragen werden, und die Anmerkung der Veräusserungsbeschränkung im Grundbuch ist auch nicht möglich (Art. 30e BVG). Ohne Grundbucheintrag oder -anmerkung läuft die Vorsorgeeinrichtung indes Gefahr, keine Rückerstattung zu erlangen, wenn die versicherte Person das Wohnmobil, das Mobilheim oder den Wohnwagen wieder verkauft. Der Vorbezug ist auch ausgeschlossen für den Erwerb des Grundstückes, auf dem sich das Wohnmobil, das Mobilheim oder der Wohnwagen befindet. Auch nicht zulässig ist der Vorbezug aus der 2. Säule zum Erwerb eines Bootes (oder eines Flugzeugs), da es sich nicht um eine Immobilie handelt.

Rechtsprechung

758 Rückweisung von Amtes wegen an den Scheidungsrichter, wenn der Versicherungsrichter feststellt, dass die Teilung der Austrittsleistungen unmöglich ist

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2010, 9C_388/2009, zur Publikation vorgesehen, Entscheid in französischer Sprache)

(Art. 122, 124 und 142 ZGB)

Mit Urteil vom 16. Dezember 2008 sprach das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf die Scheidung der Eheleute X. aus. In Ziffer 5 des Dispositivs nahm es zur Kenntnis, dass die Ex-Ehegatten übereingekommen waren, die Gesamtheit ihrer während der Ehe geäußerten Guthaben der beruflichen Vorsorge hälftig zu teilen, und überwies die Akten dem kantonalen Sozialversicherungsgericht zur Feststellung der jeweiligen Höhe der Vorsorgeguthaben und zur Durchführung der Teilung der Differenz zwischen den beiden Forderungen. Das kantonale Sozialversicherungsgericht stellte fest, dass Herr X. seit Januar 2008 provisorische Leistungen von der Vorsorgekasse C. bezog, und erachtete mit Urteil vom 12. März 2009 die vom Scheidungsrichter angeordnete Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge als unmöglich. Es forderte die Ex-Ehegatten auf, beim Scheidungsrichter einen Antrag auf angemessene Entschädigung zu stellen, und schrieb das Verfahren als erledigt ab.

Stellt der Sozialversicherungsrichter fest, dass die vom Scheidungsrichter angeordnete Teilung der Austrittsleistungen unmöglich ist und dass diese Unmöglichkeit einen Grund für die Zusprechung einer angemessenen Entschädigung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZGB darstellt, darf er grundsätzlich nicht auf das Gesuch um Teilung eintreten.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verfahren in diesen Fällen ist nicht einheitlich. Einige Urteile deuten an, die Sache sei an den Scheidungsrichter zurückzuweisen, da es in seine Zuständigkeit falle, ohne jedoch auf die Einzelheiten des Verfahrens einzugehen (Urteil B 107/06 vom 7. Mai 2007 Erw. 4.2.2, in SVR 2007 BVG Nr. 42 S. 151; siehe auch Urteil B 104/05 vom 21. März 2007 und [BGE 129 V 444](#) Erw. 5.4 in fine S. 449; siehe auch [ZBJV 143/2007 S. 644 ff.](#)). Jüngere Urteile präzisieren, dass grundsätzlich die Revision des Scheidungsurteils verlangt werden muss (Urteile 9C_691/2009 vom 24. November 2009 Erw. 2, nicht publiziert in [BGE 135 V 436](#), und 9C_899/2007 vom 28. März 2008 Erw. 5.2, in FamPra.ch 2008 S. 654; siehe auch [BGE 134 V 384](#) Erw. 4.1 in initio S. 388 und [132 III 401](#) Erw. 2.1 S. 402). In einem älteren Urteil hingegen erwähnte das Bundesgericht auch die Möglichkeit, die Ergänzung des Scheidungsurteils zu verlangen ([BGE 129 III 481](#) Erw. 3.6.3 S. 492).

Anlässlich ihrer gemeinsamen Sitzung vom 23. April 2010 haben die Zweite zivilrechtliche Abteilung und die Zweite sozialrechtliche Abteilung diese Frage geprüft und sind zu folgenden Schlüssen gekommen:

Die Garantie einer Alters-, Hinterlassenen- und Invaliditätsvorsorge liegt im öffentlichen Interesse. Es ist also grundsätzlich am Scheidungsrichter, von Amtes wegen über die Aspekte der beruflichen Vorsorge gemäss den Regeln von Art. 122 bis 124 ZGB zu befinden. Im Gegensatz zu den übrigen Nebenfolgen der Scheidung werden die Aspekte der beruflichen Vorsorge im Scheidungsurteil nicht immer abschliessend geregelt. Je nach den Umständen kann der Scheidungsrichter aufgrund des FZG gehalten sein, die Akten dem zuständigen Sozialversicherungsrichter zu überweisen, damit dieser die von Ersterem angeordnete Teilung durchführt (Art. 142 Abs. 2 ZGB; siehe auch Art. 281 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, in Kraft ab 1. Januar 2011). Mit anderen Worten enthält das Scheidungsverfahren eine spätere, vom materiellen Recht vorgesehene Phase, welche die Teilnahme einer weiteren gerichtlichen Behörde vorschreibt, die den zu überweisenden Betrag festlegen soll. In dieser Situation endet die materielle Prüfung der

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

Streitigkeit nicht mit dem Scheidungsurteil, sondern setzt sich über dieses hinaus fort. Die Intervention des Sozialversicherungsrichters soll das Scheidungsurteil vervollständigen.

Das vom Gesetzgeber gewünschte und gewählte zweiphasige System kann jedoch widersprüchliche Entscheide herbeiführen, wenn der Sozialversicherungsrichter feststellt, dass die vom Scheidungsrichter angeordnete Teilung der Austrittsleistungen unmöglich ist. Indem sich der Sozialversicherungsrichter der Vollstreckung des Scheidungsurteils widersetzt, bringt er gleichzeitig einen Mangel des besagten Urteils ans Licht, da eine Frage nicht geregelt werden kann, welche aufgrund des Bundesrechts notwendigerweise geregelt werden muss, nämlich diejenige der Handhabung der während der Dauer der Ehe erworbenen beruflichen Vorsorge (s. [BGE 104 II 289](#)). Nun ist das Scheidungsurteil aber nur vollständig, wenn es vollumfänglich vollstreckbar ist, was nicht der Fall ist, solange die Frage der mit der beruflichen Vorsorge verbundenen Aspekte offen bleibt. Da der Sozialversicherungsrichter nicht befugt ist, über die Gewährung einer angemessenen Entschädigung im Sinn von Art. 124 ZGB zu befinden ([BGE 129 V 444](#) Erw. 5.4), ist es am Scheidungsrichter, das Scheidungsurteil zu ergänzen.

Das in Art. 142 Abs. 2 ZGB und im FZG vorgesehene Verfahren beschränkt die geschiedenen Ehegatten auf eine passive Rolle, da sie keinerlei Einfluss haben auf die Überweisung der Akten an den Sozialversicherungsrichter oder auf dessen Entscheidung, die Teilung nicht durchzuführen. In diesem Zusammenhang scheint es kaum zweckmässig, von ihnen einen materiellen Akt, wie das Einreichen eines verfahrenseinleitenden Schriftstückes zu verlangen. Ebenso wenig wünschenswert erscheint die Berichtigung des Scheidungsurteils im Rahmen der vom Zivilrecht vorgesehenen Rechtsbehelfe (Revision, Ergänzung oder Abänderung des Scheidungsurteils), da dies den Parteien erlauben würde zu entscheiden, ob sie handeln wollen oder nicht. Im Fall der Untätigkeit der Parteien besteht das Risiko, dass eine Frage, welche der Gesetzgeber zwingend im Scheidungsverfahren geregelt haben will, nämlich diejenige der Handhabung der während der Dauer der Ehe erworbenen beruflichen Vorsorge, unbeantwortet bleibt. Eine solche Situation wäre also mit dem Willen des Bundesgesetzgebers nicht vereinbar. Unter diesen Voraussetzungen kann man annehmen, dass Art. 142 Abs. 2 ZGB, soweit er vorsieht, dass das Scheidungsurteil von Amtes wegen an den Sozialversicherungsrichter überwiesen wird, damit dieser die Teilung der Austrittsleistungen durchführt, auch die implizite Pflicht des Sozialversicherungsrichters enthält, die Sache von Amtes wegen an die dafür zuständige Zivilgerichtsbarkeit zurückzuweisen, wenn er feststellt, dass er den Auftrag, mit welchem ihn der Scheidungsrichter betraute, nicht ausführen kann. Die Rückweisung von Amtes wegen an den Scheidungsrichter ist die logische und notwendige Konsequenz des besonderen Systems, das der Gesetzgeber in Art. 142 Abs. 2 ZGB vorgegeben hat.

In der Sache, welche zum publizierten Entscheid [BGE 134 V 384](#) Anlass gab, erwog das Bundesgericht, dass nichts dagegenspreche, dass der Sozialversicherungsrichter ein Scheidungsurteil vollstreckt, welches fälschlicherweise gestützt auf Art. 122 ZGB die (hälftige) Teilung der Austrittsleistung bestimmt, wenn die Voraussetzungen für die Übertragung eines Teils der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung im Sinn von Art. 22b FZG erfüllt sind. In diesem Präzedenzfall stellte die Tatsache, dass die Vorsorgeeinrichtung wiederholt und in voller Kenntnis der Sachlage die Durchführbarkeit der Teilung bestätigt hatte, einen aussergewöhnlichen Umstand dar, welcher es dem Sozialversicherungsrichter im konkreten Fall erlaubte, die Teilung durchzuführen. Fehlt eine Bestätigung der Vorsorgeeinrichtung über die Durchführbarkeit der Teilung – wie dies vorliegend der Fall ist – ist eine restriktive Handhabung angezeigt und muss dem Sozialversicherungsrichter das Recht abgesprochen werden zu bestimmen, dass ein Teil der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung übertragen werden darf. Allgemein steht es dem Sozialversicherungsrichter nicht zu, sich an die Stelle des Scheidungsrichters zu setzen und die Frage der angemessenen Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB selber zu prüfen (siehe auch den Wortlaut von Art. 22b FZG). Nur der Scheidungsrichter hat den Überblick über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und ihre jeweiligen Vorsorgebedürfnisse.

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

Daraus folgt, dass die Sache von Amtes wegen an das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf zurückgewiesen werden muss, damit dieses das Instruktionsverfahren in der Frage der während der Dauer der Ehe erworbenen beruflichen Vorsorge wieder aufnimmt und nach Anhörung der Parteien in diesem Punkt neu entscheidet. Unter diesen Umständen ist Ziffer 2 des angefochtenen Urteils, in welcher die Parteien aufgefordert wurden, beim Scheidungsrichter einen Antrag auf angemessene Entschädigung zu stellen, aufzuheben.

759 Scheidung: keine Teilung der Säule 3a (gebundene Selbstvorsorge) gemäss Art. 122 ZGB

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2010, 9C_19/2010; Entscheid in französischer Sprache)

(Art. 122 ZGB, 22 Abs. 2 FZG und 10 FZV)

Die beschwerdeführende Versicherungsgesellschaft ist der Auffassung, dass das Sozialversicherungsgericht des Kantons Genf Art. 122 des Zivilgesetzbuches (ZGB) und die materielle Rechtskraft des Scheidungsurteils verletzt hat, indem es im Rahmen des bei ihm anhängig gemachten Rechtsstreites die Teilung einer Leistung der 3. Säule angeordnet hat.

Gehört ein Ehegatte oder gehören beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten, so hat gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz (FZG) für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen Ehegatten. Die Teilung der Austrittsleistungen im Scheidungsfall betrifft sämtliche Ansprüche aus den dem FZG unterstehenden Vorsorgeverhältnissen, zu welchen sowohl die Guthaben aus der obligatorischen Vorsorge als auch aus dem Überobligatorium sowie die Leistungen, bei welchen der Vorsorgeschutz im Sinne von Art. 10 der Verordnung vom 10. Oktober 1994 über die Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge (FZV) durch eine Freizügigkeitspolice oder ein Freizügigkeitskonto ("Freizügigkeitsguthaben" [Art. 22 Abs. 2 FZG]) erhalten wird, gehören, mit anderen Worten die gesamten Ansprüche aus den Säulen 2a und 2b. Nicht unter die Teilung der Austrittsleistungen nach Art. 122 ZGB fallen hingegen die Ansprüche aus der ersten und der dritten Säule ([ATF 130 V 111](#) Erw. 3.2.2 S. 114).

Gemäss Bundesgericht muss im konkreten Fall der Beschwerdeführerin Recht gegeben werden. Eine aufmerksame Lektüre des Scheidungsurteils und der im Laufe des kantonalen Verfahrens von der Beschwerdeführerin beigebrachten Unterlagen (insbesondere ihres Schreibens vom 8. Juli 2009) ergibt, dass die an Ehemann X. ergangene Versicherungsleistung von der Auflösung einer Police der gebundenen Vorsorge 3a stammte. Der Betrag dieser Police (Rückkaufswert) war im übrigen im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung als Errungenschaft des Ehemannes angerechnet worden. Unter diesen Voraussetzungen durfte das kantonale Sozialversicherungsgericht im Rahmen der Durchführung der vom Scheidungsrichter angeordneten Teilung diese Leistung nicht einbeziehen, da sie nicht aus der zweiten Säule stammte. Deshalb wird die Beschwerde gutgeheissen.

760 Kontrolle des Wiederanschlusses durch die Auffangeinrichtung

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2010, 9C_264/2009; Entscheid in französischer Sprache)

(Art. 11 Abs. 3bis Satz 2 BVG)

Art. 11 BVG regelt folgendes:

"¹ Der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen.

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

² [...]

³ [...]

^{3bis} 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. Die Vorsorgeeinrichtung hat die Auflösung des Anschlussvertrages der Auffangeinrichtung (Art. 60) zu melden.

^{3ter} [...]

⁴ Die Ausgleichskasse der AHV überprüft, ob die von ihr erfassten Arbeitgeber einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind.

⁵ Sie fordert Arbeitgeber, die ihrer Pflicht nach Absatz 1 nicht nachkommen, auf, sich innerhalb von zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen.

⁶ Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung der Ausgleichskasse der AHV nicht fristgemäss nach, so meldet diese ihn der Auffangeinrichtung (Art. 60) rückwirkend zum Anschluss.

⁷ Die Auffangeinrichtung und die Ausgleichskasse der AHV stellen dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand in Rechnung. Die nicht einbringbaren Verwaltungskosten übernimmt der Sicherheitsfonds (Art. 56 Abs. 1 Bst. d und h)."

Anlässlich der ersten BVG-Revision hatte das Parlament beschlossen, dass wenn ein Unternehmen seinen Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung auflöst, diese gehalten sei, die Auflösung des Anschlussvertrages der zuständigen AHV-Ausgleichskasse zu melden (Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG in der seit 1. April 2004 geltenden Fassung).

Im Jahre 2004 arbeitete das BSV in Zusammenarbeit mit den Vertretern der Ausgleichskassen und der Auffangeinrichtung Weisungen aus. Während die eigentliche Anschlusskontrolle im Einklang mit dem Gesetzestext geregelt wurde, hat sich gezeigt, dass der Gesetzeswortlaut bei der Kontrolle des Wiederanschlusses praktische Probleme schafft. Die Vorsorgeeinrichtungen wissen nämlich häufig nicht, bei welcher Ausgleichskasse der Arbeitgeber angeschlossen ist, und müssen diese Information vorgängig bei der Ausgleichskasse des Firmensitzkantons einholen. Erst wenn die Vorsorgeeinrichtung in Erfahrung bringen kann, welche Ausgleichskasse zuständig ist, kann sie dieser die Meldung erstatten. Der Meldung der Auflösung des Anschlussvertrages kommt grosse Bedeutung zu, vor allem im Fall von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen. Um den entsprechenden Verwaltungsaufwand und die damit verbundenen Kosten gering zu halten, wurde die Kontrolle des Wiederanschlusses an die Auffangeinrichtung delegiert. In seinen [„Weisungen über die Kontrolle des Anschlusses der Arbeitgeber an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge gemäss Artikel 11 BVG“](#) (AKBV) sah das BSV folgendes vor: „Die Kontrolle des Wiederanschlusses wird von der AE [Auffangeinrichtung] im Auftrag der Ausgleichskassen durchgeführt“ (Rz 2050). „Sobald die AE Kenntnis über die Auflösung einer Anschlussvereinbarung mit einer VE [Vorsorgeeinrichtung] gemäss Art. 11 Abs. 3bis BVG erhält, prüft die AE anhand der von der bisherigen VE eingereichten Meldung, ob der Arbeitgeber der beruflichen Vorsorge unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt. Wenn der Arbeitgeber keine beitragspflichtigen Arbeitnehmenden beschäftigt, kann der Fall abgeschlossen werden. Wenn der Arbeitgeber Angestellte beschäftigt, die der Beitragspflicht in der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstehen, fordert die AE den Arbeitgeber auf, sich innerhalb von zwei Monaten einer VE anzuschliessen“ (Rz 2051).

Am 9. Juni 2005 reichte Nationalrat Toni Bortoluzzi eine Interpellation mit dem Titel “BSV. Widerrechtliche Weisungspraxis“ ein, in welcher er die vorgenannten Weisungen, im Speziellen die Delegation der Kontrolle des Wiederanschlusses (vorgeschrieben durch Art. 11 Abs. 3bis BVG) von den AHV-Ausgleichskassen an die Auffangeinrichtung bemängelte. In seiner Antwort vom 31. August

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

2005 anerkannte der Bundesrat, dass die Weisungen im Widerspruch zum Gesetzestext stehen, und stellte, da die in den Weisungen vorgesehene Lösung das Verfahren tatsächlich vereinfacht, eine Anpassung des Gesetzestextes im Zusammenhang mit den Beratungen der parlamentarischen Initiative „Wechsel der Vorsorgeeinrichtung“ in Aussicht. In der Folge schlug der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23. September 2005 zum Wechsel der Vorsorgeeinrichtung (siehe [BBI 2005 5957 Ziff. 2.3](#)) vor, die Formulierung von Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG wie folgt zu ändern: „Die Vorsorgeeinrichtung hat die Auflösung des Anschlussvertrages der Auffangeinrichtung zu melden“. Diese neue Fassung von Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG ist am 1. Mai 2007 in Kraft getreten (AS 2007 1803 1805).

Aus den vorhergehenden Erklärungen folgt, dass seit der Änderung von Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG zwischen dem Anschlussverfahren und dem Wiederanschlussverfahren eines Arbeitgebers an eine Vorsorgeeinrichtung unterschieden werden muss.

Vor der Anpassung von Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG musste die Vorsorgeeinrichtung im Fall des Wiederanschlusses jede Auflösung des Anschlussvertrages der zuständigen Ausgleichskasse melden. Die Umsetzung dieser Bestimmung stellte sich jedoch als wenig praktikabel heraus, da kostenintensiv und zeitaufwendig (siehe oben). Ausserdem ist es nicht mehr gerechtfertigt, die Begründung für die Zuständigkeit der Ausgleichskasse bei der Anschlusskontrolle auf den Wiederanschluss anzuwenden, muss doch im letzteren Fall sichergestellt werden, dass ein Arbeitgeber, dessen Angestellte weiterhin der obligatorischen Versicherung unterstellt sind, sich einer neuen Vorsorgeeinrichtung anschliesst. Da nun Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG in der seit 1. Mai 2007 geltenden Fassung vorsieht, dass die Vorsorgeeinrichtung die Auflösung des Anschlussvertrages der Auffangeinrichtung und nicht mehr der zuständigen Ausgleichskasse zu melden hat, ist es unnötig und entgegen dem Willen des Gesetzgebers, die Ausgleichskassen bei der Kontrolle des Wiederanschlusses erneut einzubeziehen, indem man sie verpflichtet, den Arbeitgeber, der seiner Pflicht zum Wiederanschluss nicht nachkommt, zu mahnen.

Vorliegend hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Stiftung Auffangeinrichtung BVG bei der Kontrolle des Wiederanschlusses des Beschwerdegegners nicht rechtsverbindlich für die AHV-Ausgleichskasse handeln konnte. Es stellte fest, dass dem Beschwerdegegner die beiden Mahnungen einerseits von der Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Wiederanschlusskontrolle, in Zürich und andererseits von der Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Westschweiz, in Lausanne zugestellt worden waren. Von der Ausgleichskasse der AHV hingegen hatte der Beschwerdegegner keine Mahnung erhalten. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, dass die Ausgleichskasse Art. 11 Abs. 5 BVG missachtet hatte und die Gebühren und Kosten in Zusammenhang mit dem Wiederanschluss nicht dem Beschwerdegegner auferlegen durfte. Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts führte die Auffangeinrichtung Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht hat nun entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht Art. 11 Abs. 5 BVG, welcher auf das Verfahren des Erstanschlusses eines Arbeitgebers anwendbar ist, fehlerhaft und auf der anderen Seite Art. 11 Abs. 3bis 2. Satz BVG, der darauf zielt, die Beteiligung der Ausgleichskassen am Wiederanschlussverfahren auszuschliessen, gar nicht angewendet habe. Gemäss Bundesgericht hat die Vorinstanz, indem sie zum Schluss kam, die Ausgleichskasse der AHV müsse den Beschwerdegegner selbst mahnen, Bundesrecht verletzt.

Zu prüfen bleibt die Frage der Gebühren und Kosten in Zusammenhang mit dem Wiederanschluss des Beschwerdegegners. Gemäss Art. 11 Abs. 7 1. Satz BVG stellen die Auffangeinrichtung und die Ausgleichskasse der AHV dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand in Rechnung. Für die Auffangeinrichtung wurde diese Bestimmung in Art. 3 Abs. 4 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge (SR 831.434) konkretisiert, der folgendes festhält: „Der Arbeitgeber muss der Auffangeinrichtung alle Aufwendungen ersetzen, die ihr im Zusammenhang mit seinem Anschluss entstehen“. Gestützt auf

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

diese Bestimmung erliess die Beschwerdeführerin das Kostenreglement der Stiftung Auffangeinrichtung BVG zur Deckung von ausserordentlichen administrativen Umtrieben. Die dem Beschwerdegegner in Rechnung gestellten Gebühren und Kosten in der Höhe von CHF 825, bestehend aus Gebühren von CHF 450 für einen Entscheid bezüglich eines zwangsweisen Anschlusses und Kosten von CHF 375 für den zwangsweisen Anschluss, stehen vollumfänglich in Einklang mit dem vorgenannten Reglement. Folglich hat das Bundesgericht die Beschwerde der Auffangeinrichtung gutgeheissen.

761 Unzulässigkeit der Fortführung der weitergehenden Vorsorge (Säule 2b) über das ordentliche Rentenalter hinaus durch ordentliche Beiträge oder Einkäufe, wenn die versicherte Person aus der Grundversicherung (Säule 2a) bereits Altersleistungen bezieht

(Hinweis auf ein Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 11. Februar 2010, 2C_782/2009; Entscheid in deutscher Sprache)

(Art. 33 Abs. 1 lit. d und 205 DBG, Art. 9 Abs. 2 lit. d StHG, Art. 2, 4, 7 Abs. 1, 10, 13, 49 Abs. 2 und 81 Abs. 2 BVG, Art. 1j, 1k und 62a BVV 2)

X., geb. 1938, bezog seit 2003, nachdem er das ordentliche Rentenalter erreicht hatte, eine Altersrente der Y.-Pensionskasse, finanziert aus dem obligatorischen Teil der Vorsorgeeinrichtung (Basisstiftung, Säule 2a). Er war jedoch weiterhin vollumfänglich bei der Y. AG unselbständig erwerbstätig und blieb im überobligatorischen Teil (Kaderstiftung, Säule 2b) aktiv versichert. Er leistete im Jahr 2005 den reglementarisch vorgesehenen ordentlichen Beitrag von Fr. 120'000.- und tätigte überdies im selben Jahr einen Einkaufsbeitrag von Fr. 240'000.- in die Kaderstiftung.

Am 2. Februar 2007 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug X. die Veranlagung für die Staats- und Gemeindesteuern und die direkte Bundessteuer 2005. Sie verweigerte darin den Abzug für den Einkaufsbeitrag von Fr. 240'000.-.

Nach Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG werden die gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und an Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von den Einkünften abgezogen (vgl. auch Art. 81 Abs. 2 BVG). Wörtlich gleich regeln Art. 9 Abs. 2 lit. d StHG und § 30 lit. d des Steuergesetzes des Kantons Zug vom 25. Mai 2000 (StG) die Abzugsfähigkeit solcher Leistungen im Bereich der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden.

Vorliegend geht es um Beiträge an die berufliche Vorsorge (Säule 2). Solche Leistungen sind grundsätzlich vollumfänglich abzugsberechtigt. Das gilt sowohl für die periodischen Beiträge wie grundsätzlich auch für die einmaligen Einkaufsbeiträge (unter Vorbehalt von Art. 205 DBG und Art. 79a BVG in der bis Ende 2005 gültigen Fassung). Es spielt dabei auch keine Rolle, ob die Beiträge die obligatorische oder die weitergehende berufliche Vorsorge betreffen ([BGE 131 II 627](#) E. 4.2 S. 633).

Art. 10 BVG regelt Beginn und Ende der obligatorischen Versicherung. Die Versicherungspflicht endet, wenn das ordentliche Rentenalter erreicht, das Arbeitsverhältnis aufgelöst oder der Mindestlohn unterschritten wird (Art. 10 Abs. 2 BVG). Der Anspruch auf die Altersleistung entsteht nach Art. 13 Abs. 1 BVG von Gesetzes wegen für Männer mit dem zurückgelegten 65. und für Frauen mit dem zurückgelegten 64. Altersjahr. Dieses Rentenalter entspricht dem Rentenalter bei der AHV (vgl. Art. 62a BVV 2).

Gemäss Art. 13 Abs. 2 BVG können die Vorsorgeeinrichtungen in ihren Reglementen aber auch vorsehen, dass der Anspruch auf Altersleistungen "mit der Beendigung der Erwerbstätigkeit" entsteht. In der Regel geht es um die Beendigung der Erwerbstätigkeit vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters (Frühpensionierung). Es ist indessen unbestritten, dass die Reglemente gestützt auf Art.

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

13 Abs. 2 BVG unter der Voraussetzung, dass die versicherte Person weiterhin erwerbstätig ist, auch ein höheres als das gesetzliche Rentenalter vorsehen können. Das folgt bereits aus den Materialien und wurde vom Bundesgericht bestätigt (s. Urteil 9C_770/2007 vom 14. März 2008 E. 3.4). Das gilt nicht nur für die obligatorische Versicherung, sondern auch im Bereich der weitergehenden Vorsorge (Urteil 9C_770/2007, a.a.O).

Sowohl das "Y.-Pensionskasse-Reglement" vom 1. Januar 2004 (Basisstiftung, Säule 2a) wie auch das Reglement der Y.-Stiftung (Kaderstiftung Säule 2b) sehen vor, dass der Rentenbeginn bis längstens zur Vollendung des 70. Altersjahres aufgeschoben werden kann. Das ist nach den obigen Ausführungen zulässig.

Nicht entschieden wurde bisher, ob die Fortführung der weitergehenden Vorsorge (Säule 2b) über das ordentliche Rentenalter hinaus durch ordentliche Beiträge oder Einkäufe möglich ist, wenn der Versicherte aus der Grundversicherung (Säule 2a) bereits Altersleistungen bezieht. Diese Frage ist hier zu entscheiden.

Nach der Konzeption des BVG ergänzen die über die gesetzlichen Mindestbestimmungen (insbesondere Art. 13-26 BVG) hinausgehenden Leistungen der sogenannten weitergehenden Vorsorge die Leistungen im Bereich der Grundversicherung (s. etwa Art. 49 Abs. 2 BVG). Der Vorsorgeschutz im Überobligatorium setzt daher grundsätzlich voraus, dass die betreffende Person bereits im Rahmen des Obligatoriums aktiv versichert ist. Eine aktive Versicherung allein in der Säule 2b scheint als systemwidrig. Sie würde nicht auf kollektiver Basis erfolgen und widerspräche dem Prinzip in Art. 1 Abs. 1 BVG. Eine Versicherung einzig in einer weitergehenden Vorsorge stellt daher grundsätzlich (nach dem Prinzip) eine freiwillige individuelle Vorsorge dar, die steuerlich nicht privilegiert werden kann. Die Möglichkeit, sich ausschliesslich (d.h. unter Ausschluss der Grundversicherung) in einer weitergehenden Vorsorge aktiv zu versichern, müsste sich daher schon aus dem Gesetz ergeben.

Fraglich und zu prüfen ist, ob das Gesetz eine solche Ausnahme zulässt und die Beschwerdegegner davon allenfalls profitieren.

Mit dem Titel "freiwillige Versicherung" bestimmt Art. 4 Abs. 1 und 2 BVG:

"1 Arbeitnehmer und Selbständigerwerbende, die der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind, können sich nach diesem Gesetz freiwillig versichern lassen.

2 Die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung, insbesondere die in Art. 8 festgesetzten Einkommensgrenzen, gelten sinngemäss für die freiwillige Versicherung."

Die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung gemäss Art. 4 Abs. 1 BVG besteht für Arbeitnehmer und Selbständigerwerbende, wenn sie der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind. Nicht obligatorisch versichert sind etwa Arbeitnehmer, deren Lohn einen bestimmten Mindestbetrag nicht erreicht (vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 BVG). Der Bundesrat bestimmt überdies, "welche Arbeitnehmer aus besonderen Gründen der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind" (Art. 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 BVG). Es handelt sich um die nach Art. 1j und 1k BVV 2) vom Obligatorium ausgenommenen Arbeitnehmer wie etwa Arbeitnehmer nicht beitragspflichtiger Arbeitgeber, Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen von bestimmter Dauer oder nebenberuflich tätige Arbeitnehmer, die bereits im Hauptberuf der beruflichen Vorsorge unterstellt sind.

Auf diese Bestimmung kann sich der Beschwerdegegner indessen nicht berufen. Er ist offensichtlich nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BVG der "obligatorischen Versicherung nicht unterstellt". Der Beschwerdegegner ist vielmehr von der Versicherungspflicht befreit, weil er die Altersgrenze erreicht hat. Er hat die Möglichkeit, die berufliche Vorsorge weiterzuführen, muss dabei aber deren Grundsätze beachten. Eine Versicherung allein im Überobligatorium würde den Grundsatz der Kollektivität verletzen und kann nicht als weitergehende berufliche Vorsorge anerkannt werden.

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

Mit der 1. BVG-Revision hat der Gesetzgeber Art. 4 BVG mit Geltung ab 1. Januar 2005 um zwei weitere Absätze ergänzt. Diese lauten:

"3 Selbständigerwerbende haben ausserdem die Möglichkeit, sich ausschliesslich bei einer Vorsorgeeinrichtung im Bereich der weitergehenden Vorsorge, insbesondere auch bei einer Vorsorgeeinrichtung, die nicht im Register für die berufliche Vorsorge eingetragen ist, zu versichern. In diesem Fall finden die Absätze 1 und 2 keine Anwendung.

4 Die von den Selbständigerwerbenden geleisteten Beiträge und Einlagen in die Vorsorgeeinrichtung müssen dauernd der beruflichen Vorsorge dienen."

Angesichts des klaren Wortlauts, der gesetzgeberischen Arbeiten, der teleologischen Ausrichtung der Norm und der bisherigen Praxis kann es sich bei Art. 4 Abs. 3 BVG nur um eine den Selbständigerwerbenden offenstehende Neuerung handeln. Der Beschwerdegegner als Unselbständigerwerbender kann sich darauf nicht berufen. Die für die Sonderregelung bei Selbständigerwerbenden ins Feld geführten Argumente sind auf Unselbständigerwerbende nicht ohne Weiteres anwendbar. Die Ungleichbehandlung von Selbständig- und Unselbständigerwerbenden ist vom Gesetz gewollt und lässt sich sachlich rechtfertigen.

Es besteht unter diesen Umständen für Unselbständigerwerbende kein Korrekturbedarf in dem Sinne, dass ihnen zusätzlich die Möglichkeit einer Versicherung ausschliesslich im Bereich der weitergehenden Vorsorge eingeräumt wird. Die praktische Notwendigkeit für eine derartige Vorsorge wäre nicht dargetan. Im vorliegenden Fall bewog einzig der im damaligen Zeitpunkt günstige Umwandlungssatz den Beschwerdegegner, die Rente aus der obligatorischen Versicherung trotz fortdauernder voller Erwerbstätigkeit (100 %) bereits zu beziehen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch die neuesten gesetzgeberischen Arbeiten zu keinem anderen Schluss führen. Im Rahmen der sog. Strukturreform in der beruflichen Vorsorge unterbreitete der Bundesrat (auch) Vorschläge für "Massnahmen zur Erleichterung der Arbeitsmarktbeteiligung älterer Arbeitnehmender" (vgl. Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des BVG, BBl 2007 5720 ff. Ziff. 6 ff.). Um zu verhindern, dass vorsorgerechtliche Bestimmungen zum Ausscheiden aus dem Erwerbsleben beitragen, erachtete der Bundesrat einen Anspruch auf Aufschub der Altersleistung als notwendig. Der vom Bundesrat vorgeschlagene neue Art. 33b BVG wurde vom Parlament am 11. Dezember 2009 unverändert verabschiedet und lautet (BBl 2009 8775):

"Art. 33b Erwerbstätigkeit nach dem ordentlichen Rentenalter

Die Vorsorgeeinrichtung kann in ihrem Reglement vorsehen, dass auf Verlangen der versicherten Person deren Vorsorge bis zum Ende der Erwerbstätigkeit, höchstens jedoch bis zur Vollendung des 70. Altersjahres, weitergeführt wird."

Eine Aufspaltung des Vorsorgeverhältnisses in obligatorische und überobligatorische Versicherung mit unterschiedlichem Rentenbeginn für die beiden Versicherungen ist auch hier nicht vorgesehen.

Gemäss Ziffer 2.1 des Reglements der Y.-Pensionskasse (Basisstiftung Säule 2a) haben alle Mitarbeiter des Unternehmens der Pensionskasse beizutreten, sofern das Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate eingegangen wurde. Das Reglement der Y.-Stiftung (Kaderstiftung Säule 2b) sieht seinerseits (Ziffer 1.3) vor, dass die Stiftung im Rahmen des Reglements "und in Ergänzung zu den bestehenden Personalvorsorgeeinrichtungen" (d.h. der Säule 2a) den Schutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität bezweckt. Die beiden Reglemente bestimmen zudem in Ziff. 11.3 bzw. 9.3 übereinstimmend:

"Bleibt der Versicherte auch nach Erreichen des Schlussalters in einem Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen, so kann der Rentenbeginn bis zur Pensionierung, längstens jedoch bis zur Vollendung des 70. Altersjahres, aufgeschoben werden."

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

Angesichts dieser engen Verknüpfung der beiden Reglemente, was das aufgeschobene Pensionsalter betrifft, und des klaren Hinweises auf die Funktion der Kaderversicherung als Zusatz-Versicherung im Reglement ist die ausschliessliche Versicherung in der Kaderstiftung Säule 2b, wie sie hier in Frage steht, klar reglementswidrig und schon aus diesem Grund unzulässig (Art. 13 Abs. 2 BVG).

Nach dem Gesagten kann das vom Beschwerdegegner nach Erreichen des ordentlichen Pensionsalters ausschliesslich im Rahmen der weitergehenden beruflichen Vorsorge fortgeführte Vorsorgeverhältnis steuerrechtlich nicht anerkannt werden. Die "ordentlichen" Beiträge und der Einkaufsbeitrag des Jahres 2005 können nach Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG, Art. 9 Abs. 2 lit. d StHG und § 30 lit. d StG von den Einkünften nicht abgezogen werden.

762 Keine Vorankündigungsfrist für die Anrechnung eines zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens nach Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2

(Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2010, 9C_592/2009; Urteil in deutscher Sprache)

(Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2)

Gegenstand dieses Verfahrens betrifft einzig noch die Frage, ob die Kürzung der vorsorgerechtlichen Invalidenrente der Beschwerdegegnerin wegen der Mitberücksichtigung des zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens ab Inkrafttreten der entsprechenden Änderung von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2, d.h. ab 1. Januar 2005 vorzunehmen ist (wie die beschwerdeführende Pensionskasse beantragt) oder aber erst nach Ablauf einer fünfmonatigen „Übergangs“- oder „Vorankündigungsfrist“ (dieser Auffassung sind Vorinstanz und Beschwerdegegnerin).

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass Sinn und Zweck des revidierten Art. 24 Abs. 2 zweiter Satz BVV 2 darin liegen, dass teilinvaliden Versicherte, welche die ihnen zumutbare Restarbeitsfähigkeit nicht verwerten, finanziell denjenigen gleichzustellen sind, die in Nachachtung der ihnen obliegenden Schadenminderungspflicht das zumutbare Invalideneinkommen auch tatsächlich erzielen. Dem Zumutbarkeitsgrundsatz wird dabei gemäss [BGE 134 V 64](#) (s. auch [Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 106, Rz. 645](#)) besondere Beachtung geschenkt, indem eine Vorsorgeeinrichtung, welche eine Kürzung ihrer obligatorischen Invalidenleistungen beabsichtigt, dem teilinvaliden Versicherten rechtsprechungsgemäss vorgängig das rechtliche Gehör hinsichtlich sämtlicher arbeitsmarktbezogenen und persönlichen Umstände gewähren muss, welche die Erzielung eines Resterwerbseinkommens in der Höhe des Invalideneinkommens erschweren oder gar verunmöglichen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin wurde nach Bundesgericht im genannten Grundsatzurteil nichts explizit ausgesagt zur Frage, mit Wirkung ab welchem Zeitpunkt eine allfällige Überversicherungskürzung zu erfolgen hat. Immerhin ergibt sich aus E. 5 dieses Urteils (in BGE 134 V 64 nicht amtlich publiziert, aber in SVR 2009 BVG Nr. 14 S. 50 f. veröffentlicht), dass eine Rentenkürzung wegen Überentschädigung ohne weiteres auch für den Zeitraum vor der erstmaligen Einräumung des genannten Gehörs erfolgen kann. Die weitergehende Funktion einer irgendwie gearteten Voranzeige, bei welcher erst mit Wirkung für die Zukunft gekürzt werden dürfte, ist der nach der Rechtsprechung erforderlichen Einräumung des rechtlichen Gehörs jedenfalls nicht beizumessen.

Für eine generelle „Karenz-, Vorankündigungs- oder Anpassungsfrist“, wie sie vom kantonalen Gericht im Zusammenhang mit der Anrechnung eines zumutbarerweise noch erzielbaren Resterwerbseinkommens gewährt wird, besteht keine rechtliche Grundlage; dafür fehlt zudem auch jegliche sachliche Rechtfertigung: Sobald unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten subjektive Gegebenheiten, welche der versicherten Person die Erzielung eines invalidenversicherungsrechtlichen Invalideneinkommens verunmöglichen, entfallen, liegen auch keine

Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 119

beachtlichen Gründe (mehr) vor, welche gegen eine zeitlich unmittelbare Mitberücksichtigung des von der IV-Stelle festgesetzten Invalideneinkommens im Rahmen der Überentschädigungsberechnung sprächen. Die vom kantonalen Gericht praktizierte Einräumung einer fünfmonatigen Übergangsfrist ist nach dem Gesagten unzulässig. Die Beschwerde ist daher begründet.