

## Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 63

vom 17. Juli 2002

### INHALTSVERZEICHNIS

#### *Hinweise*

--

#### *Stellungnahmen des BSV*

**379** Scheidung und Pensionierung

#### *Rechtsprechung*

- 380** Teilung der Austrittsleistung bei Scheidung, wenn der Aufenthalt des berechtigten Ehegatten unbekannt ist
- 381** Wohneigentumsförderung und Scheidung: Behandlung des vor der Ehe getätigten Vorbezugs
- 382** Verantwortlichkeit für kurz vor Konkurseröffnung der Arbeitgeberfirma gewährte Darlehen und Kontokorrentkredite
- 383** Verrechnung und Abtretung von Forderungen – Einrede der nichterbrachten Leistung
- 384** Auflösung eines Anschlussvertrages an eine Sammelstiftung: Die Rentner gehen gemäss Vertrag auf die neue Vorsorgeeinrichtung über

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

## Stellungnahmen des BSV

### 379 Scheidung und Pensionierung

#### 1. Einführung

Das BSV ist angefragt worden, in welcher Weise die beiden folgenden Fragen im Zusammenhang mit einer vorzeitigen und teilweisen Pensionierung bei einer Scheidung anzugehen sind:

- Wie ist die teilweise Pensionierung im Falle einer Scheidung zu behandeln?
- Begründet der Umstand des Erreichens des (vorzeitigen) reglementarischen Rentenalters einen Vorsorgefall?

#### 2. Teilpensionierung

Gemäss Reglement gewisser Vorsorgeeinrichtungen hat der Versicherte die Möglichkeit, sich ab 55 Jahren vorzeitig teilpensionieren zu lassen, bei gleichzeitiger Reduktion des Grades der beruflichen Tätigkeit. Es verbleibt somit eine reduzierte Freizügigkeitsleistung.

Es gilt folgender Grundsatz im Falle einer Scheidung: solange noch kein Vorsorgefall (Rentenalter, Invalidität oder Tod) eingetreten ist, hat jeder Ehegatte gemäss Artikel 122 des Zivilgesetzbuches (ZGB) und Artikel 22 des Freizügigkeitsgesetzes (FZG) Anspruch auf die Hälfte der Freizügigkeitsleistung des andern Ehegatten.

Falls im Zeitpunkt der Scheidung bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist, z.B. einer der Ehegatten bereits pensioniert ist, findet keine Teilung der Freizügigkeitsleistung mehr statt, der Scheidungsrichter wird dagegen eine angemessene Entschädigung gemäss Artikel 124 ZGB festsetzen. Falls ein Ehegatte eine Altersrente bezieht, wird sich die angemessene Entschädigung auf den kapitalisierten Wert der Rente stützen: die periodische Rente wird in ein entsprechendes, unter den Ehegatten zu teilendes Kapital umgewandelt.

Die teilweise Pensionierung mit gleichzeitiger Erhaltung einer reduzierten Freizügigkeitsleistung stellt einen Grenzfall dar. Das BSV vertritt die Meinung, dass die teilweise Pensionierung einen Vorsorgefall darstellt. Es wird somit nicht mehr möglich sein, nach dem in Artikel 122 ZGB vorgesehenen Verfahren der Teilung vorzugehen. Der Scheidungsrichter wird vielmehr in Ausübung eines gewissen Ermessens eine angemessene Entschädigung festsetzen (Art. 124 ZGB). Der Richter wird dabei dem kapitalisierten Wert der teilweisen Rente, dem Betrag der verbleibenden Freizügigkeitsleistung und der Vorsorgesituation des andern Ehegatten Rechnung tragen. Für die Zahlung dieser Entschädigung wird der Scheidungsrichter die Überweisung eines Teils der verbleibenden Freizügigkeitsleistung anordnen können (Art. 22b FZG).

### 3. Reglementarisches Rentenalter

Es stellt sich die Frage, wie die Situation bei einem Versicherten, der das reglementarische Mindestalter für eine vorzeitige Pensionierung erreicht hat, effektiv jedoch noch nicht in den Ruhestand tritt, zu behandeln ist. Handelt es sich um einen Vorsorgefall?

Die Botschaft des Bundesrates vom 15. November 1995 betreffend die Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches erwähnt „das Rentenalter“ als einen Vorsorgefall (BBl 1996 I 1 ff., Ziffer 233.433.1).

Im Weiteren setzt die Teilung der Austrittsleistung unter den Ehegatten das Vorhandensein eines Anspruchs auf eine Austrittsleistung im Sinne von Artikel 2 FZG voraus. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts besteht kein Anspruch auf eine Austrittsleistung mehr, wenn der Versicherte bereits das im Vorsorgereglement festgelegte frühestmögliche Rentenalter erreicht hat, ab welchem der Versicherte Altersleistungen verlangen kann, insbesondere eine vorzeitige Pensionierung (BGE 120 V 306, 126 V 89; im letztgenannten Entscheid war das minimale Alter für eine vorzeitige Pensionierung im Reglement auf 60 Jahre festgelegt worden).

Gemäss BSV muss der Umstand des Erreichens des reglementarischen frühestmöglichen Rentenalters wie ein Vorsorgefall behandelt werden, selbst wenn sich der Versicherte effektiv noch gar nicht pensionieren liess. Es ist demzufolge nicht mehr möglich, eine Teilung der Austrittsleistung gemäss Artikel 122 ZGB vorzunehmen. Der Scheidungsrichter wird vielmehr eine angemessene Entschädigung an den andern Ehegatten gemäss Artikel 124 ZGB festsetzen.

## Rechtsprechung

### 380 Teilung der Austrittsleistung bei Scheidung, wenn der Aufenthalt des berechtigten Ehegatten unbekannt ist

(Hinweis auf ein Urteil des EVG vom 14.5.2002 i.Sa. P.K., B 18/01; Urteil in deutscher Sprache)

(Art. 22 FZG, Art. 122 ZGB)

Das EVG hält zunächst zum Verfahren Folgendes fest: Liegt ein Anwendungsfall von Artikel 122 ZGB vor und haben sich die Ehegatten über die Teilung der Austrittsleistungen sowie die Art der Durchführung der Teilung nicht geeinigt (vgl. Art. 141 Abs. 1 ZGB), so entscheidet das Scheidungsgericht gemäss Artikel 142 Absatz 1 ZGB über das Verhältnis, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind. Sobald dieser Entscheid rechtskräftig ist, überweist es die Streitsache von Amtes wegen

dem am Ort der Scheidung nach Artikel 73 Absatz 1 BVG zuständigen Gericht, welches die Teilung durchzuführen hat (Art. 142 Abs. 2 ZGB; Art. 25a FZG).

Der Beschwerdeführer stellt den Antrag, für den Fall, dass sich seine geschiedene Ehegattin, die unbekannt Aufenthaltsort ist, nicht innerhalb einer gesetzten Frist melde, sei der ihr zustehende Teil der Austrittsleistung wieder seinem Pensionskassenguthaben gutzuschreiben. Das EVG argumentiert wie folgt: Gemäss Artikel 22 Absatz 1 FZG sind die Artikel 3-5 FZG für die zu übertragende Austrittsleistung sinngemäss anwendbar. Diese ist demnach entweder an die Vorsorgeeinrichtung des begünstigten Ehegatten (Art. 3 FZG) zu überweisen oder der Vorsorgeschutz in anderer Form zu erhalten (Art. 4 FZG). Dabei darf das Vorsorgekapital oder der nicht fällige Leistungsanspruch weder verpfändet noch abgetreten werden (Art. 17 FZV). Diese Bestimmungen, die den Grundsatz der Erhaltung des Vorsorgeschatzes ausdrücken, verbieten einerseits eine Verrechnung der der Ehefrau zustehenden Austrittsleistung mit allfälligen Forderungen des Beschwerdeführers aus dem Scheidungsurteil (wie Gerichtsgebühr, Autoversicherungsprämien) noch fällt die Austrittsleistung der unbekannt abwesenden geschiedenen Ehegattin nach einer bestimmten Zeit an den andern Ehegatten zurück (vgl. Art. 24 a-f FZG und Art. 19 a-f FZV betreffend vergessene Guthaben).

### **Bestimmung des versicherten Verdienstes: Lohnbestandteile, die nur gelegentlich anfallen**

(Hinweis auf ein Urteil des EVG vom 30.4.2002 i.Sa. E.B., B 58/00; Urteil in deutscher Sprache)

(Art. 3 Abs. 1 Bst. a BVV2, Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 7 AHVV)

Die Parteien waren sich uneinig, ob die von der Beschwerdeführerin erzielten Entschädigungen für Überstunden sowie Nacht- und Sonntagsarbeit als gelegentlich anfallende Lohnbestandteile bei der Berechnung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu bleiben haben.

Artikel 16 Absatz 1 des betreffenden Reglementes lautet: „Der versicherte Verdienst entspricht dem am 1. Januar bzw. bei der Aufnahme der Versicherung massgebenden AHV-pflichtigen Einkommen. Dabei bleiben nur gelegentlich anfallende Lohnbestandteile unberücksichtigt. ...“ Das AHV-pflichtige Einkommen, welches massgebend für die Höhe des versicherten Verdienstes ist, umfasst auch Entschädigungen für Überstunden, Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 5 Abs. 2 AHVG in Verbindung mit Artikel 7 AHVV; Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., Bern 1996, S. 149 Rz 4.110). Für die Bestimmung des koordinierten Lohnes räumt Artikel 3 Absatz 1 lit. a BVV2 der Vorsorgeeinrichtung die Befugnis ein, in ihrem Reglement vom massgebenden Lohn der AHV abzuweichen, indem sie Lohnbestandteile weglässt, die nur gelegentlich anfallen. Eine entsprechende Ausnahmebestimmung im Reglement einer Vorsorgeeinrichtung darf sich allerdings nicht darauf beschränken, diese abstrakt gehaltene Norm zu wiederholen. Um den Grundsatz einzuschränken, wonach innerhalb der Grenzwerte des koordinierten Lohnes der ganze AHV-Jahreslohn (inklusive Überstunden, Nacht-

und Sonntagsarbeit) nach BVG zu versichern ist, bedarf es vielmehr einer konkret formulierten Reglementsbestimmung, in welcher die nicht in die Berechnung einzubeziehenden Lohnbestandteile aufgeführt werden. Artikel 16 Absatz 1 des Reglementes erfüllt diese Anforderungen nicht, weshalb es vorliegend beim Grundsatz bleiben muss, dass die der Beschwerdeführerin während Jahren regelmässig ausgerichteten Entschädigungen für Überstunden sowie Nacht- und Sonntagsarbeit bei der Festsetzung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen sind. Unter diesen Umständen hat das EVG offen gelassen, in welchem Ausmass eine Vorsorgeeinrichtung Lohnbestandteile in ihrem Reglement von der Berechnung des versicherten Verdienstes ausnehmen könnte, ohne damit das Schutzziel der beruflichen Vorsorge in Frage zu stellen.

### **Unzulässige Verrechnung einer Freizügigkeitsleistung**

(Hinweis auf ein Urteil des EVG vom 30. April 2002 i.Sa. A.K., B 95/00; Urteil in deutscher Sprache)

(Art. 39 Abs. 2 BVG, Art. 125 Ziff. 2 OR)

Die Pensionskasse weigerte sich, die Freizügigkeitsleistung infolge endgültigem Verlassen der Schweiz bar auszuzahlen (Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG) und machte Verrechnung mit einer ihr vom Arbeitgeber abgetretenen Schadenersatzforderung gegen den Versicherten geltend.

Das EVG beurteilte die Verrechnung als unzulässig. Es stützte sich dabei auf BGE 126 V 314 ff. Dort hatte das EVG zur Frage, ob eine zufolge Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit gemäss Artikel 5 Absatz 1 lit. b FZG bar ausbezahlte Freizügigkeitsleistung ganz oder teilweise mit einer – originären oder an die Vorsorgeeinrichtung zedierten – Gegenforderung verrechnet werden kann, entschieden, dass ohne weiteres von Artikel 39 Absatz 2 BVG auszugehen ist, soweit die nach den Art. 15 ff. FZG berechnete Austrittsleistung das BVG-Altersguthaben zu gewährleisten hat (Erw. 3a). Danach darf der Leistungsanspruch mit Forderungen, die der Arbeitgeber der Vorsorgeeinrichtung abgetreten hat, nur verrechnet werden, wenn sie sich auf Beiträge beziehen, die nicht vom Lohn abgezogen worden sind. Im Bereich der weitergehenden Vorsorge schloss das EVG im gleichen Urteil (Erw. 3b) die Verrechenbarkeit von an die Vorsorgeeinrichtung zedierten Arbeitgeberforderungen ebenfalls aus. Dabei liess es sich in erster Linie vom gesetzlichen Begriff der Barauszahlung nach Artikel 5 Absatz 1 FZG leiten. Wenn der Gesetzgeber die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit (und andere Tatbestände) so stark gewichtet, dass die Zweckbindung der Vorsorgemittel preisgegeben wird, dann bedeutet dies gleichzeitig, dass dem Versicherten, welcher die selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, diese Mittel tatsächlich zufließen sollen. Mit diesem Begriff der Barauszahlung ist eine Verrechnung nicht vereinbar. Bei der bar auszubehaltenden Freizügigkeitsleistung handelt es sich um eine Verpflichtung, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt (Art. 125 Ziff. 2 OR, dessen Aufzählung nicht abschliessend ist). Das EVG war der Auffassung, dass diese Erwägungen auch im vorliegenden Fall gelten, in welchem es um eine Barauszahlung zufolge endgültigen Verlassens der Schweiz im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 lit. a FZG ging.

### **381 Wohneigentumsförderung und Scheidung: Behandlung des vor der Ehe getätigten Vorbezugs**

(Hinweis auf ein Urteil vom 13.5.02 in Sachen C. P. BCV und J.-C. T., B 1+4/01; Urteil in französischer Sprache)

(Art. 30c Abs. 6 BVG, Art. 22 FZG, Art. 122, 123 und 141 ZGB)

Nach dem Wortlaut, Zweck und Sinn des Gesetzes ausgelegt, ist Artikel 30c Absatz 6 BVG auch in den Fällen anzuwenden, in welchen die Guthaben der beruflichen Vorsorge für einen vor der Ehe getätigten Vorbezug gedient haben. Tatsächlich bleiben diese Guthaben an einen Vorsorgezweck gebunden, sie fallen nicht in das nach den Regeln des Eherechts zu teilende Vermögen (Thomas Geiser, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, S. 77). Anders gesagt, wenn es vor dem Eintreten eines Vorsorgefalles zu einer Scheidung kommt, wird der vor der Ehe getätigte Vorbezug wie eine Freizügigkeitsleistung betrachtet und muss gemäss Artikel 122, 123 und 141 ZGB sowie gemäss Artikel 22 FZG geteilt werden (Erw. 2.c).

Aufgrund des Verweises in Artikel 30c Absatz 6 BVG auf Artikel 122 ZGB und Artikel 22 FZG ist der Vorbezug nicht separat zu teilen, sondern muss bei der Berechnung der zu teilenden Freizügigkeitsleistung berücksichtigt werden. In dieser Berechnung ist der Betrag des Vorbezugs, welcher im Zeitpunkt der Scheidung noch Gegenstand einer Rückzahlungsverpflichtung bildet, für die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung einzubeziehen (Thomas Geiser, a.a.O., S. 77; Jacques-André Schneider/Christian Bruchez, in: Le nouveau droit du divorce, La prévoyance professionnelle et le divorce, Travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'université de Lausanne, publication CEDIDAC 41, S. 229 ff.). In derselben Weise und gemäss Artikel 22 Absatz 2 FZG ist der im Sinne von Artikel 30c Absatz 6 BVG als Freizügigkeitsleistung betrachtete Vorbezug zu der im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe vorhandenen Austrittsleistung hinzuzuzählen (Erw. 3.b).

Im Unterschied zur Austrittsleistung behält der Vorbezug zum Erwerb von Wohneigentum seinen Nominalwert bis zur Scheidung (Thomas Geiser, a.a.O., S. 73; Jacques-André Schneider/Christian Bruchez, a.a.O., S. 230). Er wirft somit keine Zinsen im Sinne von Artikel 22 Absatz 2, 2. Satz FZG ab. Tatsächlich sind diese Zinsen, die während der Dauer der Ehe fällig wurden und die dem der Vorsorgeeinrichtung angehörenden Ehegatten zustehen, dazu bestimmt, die Inflation auszugleichen (Botschaft des Bundesrates vom 15. November 1995 betreffend die Revision des ZGB, BBl 1996 I 110; s. auch Rolf Brunner, Die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000, S. 536 ff.) (Erw. 3.c).

### **382 Verantwortlichkeit für kurz vor Konkurseröffnung der Arbeitgeberfirma gewährte Darlehen und Kontokorrentkredite**

(Hinweis auf ein Urteil des EVG vom 14.5.2002 i.Sa. W.H. und R.L., B 85+89/00; Urteil in deutscher Sprache)

(Art. 52 BVG)

Artikel 73 Absatz 1 zweiter Satz BVG, wonach das vom Kanton für vorsorgerechtliche Streitigkeiten bezeichnete Gericht auch über Verantwortlichkeitsansprüche nach Artikel 52 BVG entscheidet, ist am 1. Januar 1997 in Kraft getreten und ab diesem Zeitpunkt sofort anwendbar, d.h. auch auf diejenigen verantwortungsrechtlichen Sachverhalte, die sich schon vor dem Inkrafttreten verwirklicht haben.

X war seit 16. Juni 1988 Präsident und Y seit 9. September 1993 Mitglied des Stiftungsrats der Personalvorsorgestiftung der Z AG. Per Ende 1993 betragen die ungesicherten Anlagen bei der Arbeitgeberfirma Z AG Fr. 409'260.80 und damit rund 19% des Gesamtvermögens von Fr. 2'139'427.75. Im Februar 1994 gewährte die Personalvorsorgestiftung der Stifterfirma ein Darlehen in der Höhe von Fr. 100'000.-. In der Zeit vom 1. Juli 1993 bis zur Konkurseröffnung am 1. April 1996 erhöhte sich ferner die Kontokorrentschuld um Fr. 55'811.-. Für die im Konkurs der Stifterfirma gemeldete Forderung der Personalvorsorgestiftung von Fr. 474'034.20 resultierte ein Verlustschein. Das Verwaltungsgericht verurteilte X und Y zur Bezahlung von Fr. 155'811.- unter solidarischer Haftbarkeit. Das EVG weist die dagegen geführte Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

Unter den Kreis der haftpflichtigen Personen nach Artikel 52 BVG fallen neben den formellen auch die faktischen Organe der Stiftung. Für die Begründung und Beendigung der formellen Organstellung kommt es nicht auf den Handelsregistereintrag an, sondern darauf, wann die Organstellung effektiv begründet wurde, was im Fall von Y mit seiner Wahl an der Stiftungsratssitzung vom 9. September 1993 der Fall war.

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit setzt den Eintritt eines Schadens, Widerrechtlichkeit, Verschulden und einen Kausalzusammenhang voraus. Was die Haftungsvoraussetzung des Schadens betrifft, ist der Einwand, die Arbeitgeberfirma habe noch zweimal Fr. 30'000.- zurückbezahlt, wodurch sich die Kreditschuld von Fr. 100'000.- auf Fr. 40'000.- vermindert habe, unbegründet, weil die Gesamtschuld viel höher ist und die Stifterfirma nicht in der Lage war, die eingeklagten Fr. 100'000.- (Kredit) und Fr. 55'811.- (angewachsene Kontokorrentausstände mitsamt Nebenkosten) zurückzuzahlen.

Die Widerrechtlichkeit besteht im Bereich der Vermögensanlage in erster Linie in einer Verletzung der gesetzlichen (Art. 71 BVG, Art. 49 ff. BVV 2) und reglementarischen Anlagevorschriften (vgl. Art. 49a BVV 2). Speziell Artikel 50 BVV 2 bringt in Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht die bei der Vermögensanlage gebotene erhöhte Sorgfalt zum Ausdruck. Nach Artikel 57 Absatz 1 BVV 2 darf das Vermögen, soweit es zur Deckung der

Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden. Im Jahresabschluss 1992 waren bei ausstehenden Forderungen gegen die Stifterfirma von Fr. 291'760.- nur Fr. 172'125.55 freie Mittel bilanziert. Weil die Stiftungsverantwortlichen im Februar 1994 noch nicht über den Jahresabschluss 1993 verfügten, fiel eine weitere Kreditvergabe schlechterdings ausser Betracht. Weiter ist Artikel 57 Absatz 2 BVV 2 zu beachten, wonach ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 20% des Vermögens nicht übersteigen dürfen. Die ungedeckten Forderungen gegen die Stifterfirma erreichten per 31. Dezember 1993 19% ( Fr. 409'260.- von Fr. 2'139'427.-) und Ende 1994 21,6% (Fr. 651'575.10 von Fr. 3'014'221'20) des Gesamtvermögens. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass mit der Erhöhung des Kredits um Fr. 100'000.- die Grenze von 20% nicht überschritten worden sein sollte. Selbst wenn die Grenze objektiv durch die Kreditvergabe nicht überschritten worden sein sollte, steht fest, dass die Stiftungsräte im Februar 1994 subjektiv nicht wussten, noch wissen konnten, ob Spielraum für die Vergabe eines weiteren Kredites bestand, und deshalb angesichts der Ende 1993 bereits bei 19% liegenden Anlagequote der Krediterhöhung um Fr. 100'000.- nicht zustimmen durften. Weiter wurde die Meldepflicht nach Artikel 58a Absatz 1 und 2 BVV 2 verletzt.

X und Y haben mit der gewährten Krediterhöhung und dem Anwachsenlassen der Kontokorrentausstände mehrfach gegen die Anlagevorschriften der BVV 2 verstossen und damit widerrechtlich gehandelt. In verschuldensmässiger Hinsicht genügt im Rahmen von Artikel 52 BVG leichte Fahrlässigkeit. Hier liegt sogar eine grobe Pflichtwidrigkeit vor, weil die beiden Stiftungsräte als Arbeitgebervertreter offensichtlich im Banne der Interessenwahrung für die Stifterfirma standen, deshalb die Pflicht zu einer selbständigen, unabhängigen Beurteilung der finanziellen Situation nur ungenügend wahrnahmen und gegen verschiedene elementare Anlagevorschriften verstiessen.

Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Nach Artikel 159 Absatz 2 OG darf der Vorsorgeeinrichtung als mit der Durchführung öffentlicher Aufgaben betrauten Institution grundsätzlich keine Parteientschädigung zuerkannt werden. Eine Ausnahme ist für den Haftungsprozess nach Artikel 52 BVG zu bejahen. Es ist einer Vorsorgeeinrichtung nicht zuzumuten, ihre Anwaltskosten selbst tragen zu müssen, welche sie auf sich nehmen musste, um Ersatz von jenen zu bekommen, welche sie geschädigt haben.

### **383 Verrechnung und Abtretung von Forderungen – Einrede der nicht-erbrachten Leistung**

(Hinweis auf ein Urteil des EVG vom 1.5.2002 in Sachen DS. A., B 21/01; Urteil in französischer Sprache)

(Art. 39 Abs. 2 BVG, Art. 2 Abs. 1 und 3 FZG, Art. 66 BVG, Art. 120 ff. OR, Art. 164 ff. OR und Art. 82 OR)

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer im August 1988 eine Verzichtserklärung betreffend den Anschluss an die Vorsorgeeinrichtung seines Arbeitgebers



unterschrieben. Zehn Jahre später verlangte er von seinem ehemaligen Arbeitgeber die Rückerstattung der geschuldeten Beiträge. Die Vorsorgeeinrichtung willigte ein, ihm die Hälfte der geschuldeten Beiträge zu erstatten, und verrechnete die andere Hälfte mit der Forderung des Arbeitgebers auf nicht vom Lohn abgezogene Beiträge.

Streitig war die Frage, ob die Vorsorgeeinrichtung das Recht hatte, den Leistungsanspruch des Arbeitnehmers mit einer durch den Arbeitgeber abgetretenen Forderung auf nicht zurückbehaltene Beiträge teilweise zu verrechnen. Die Vorsorgeeinrichtung hat sich auf die Einrede der nichterbrachten Leistung (Art. 82 OR) berufen, um ihrerseits die Leistung zu verweigern. Nach Auffassung des EVG hat die Vorsorgeeinrichtung bei Austritt des Versicherten diesem eine Austrittsleistung auszurichten und kann ihm nicht die Einrede der Nichterfüllung nach Artikel 82 OR entgegenhalten, da die Bezahlung der Beiträge Sache des Arbeitgebers ist und die Vorsorgeeinrichtung diese nur von Letzterem einfordern kann. Sie hat keinen direkten Anspruch gegenüber dem Versicherten.

Eine Abtretung von Forderungen ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber effektiv eine Forderung gegenüber dem Versicherten hat. Das Sozialversicherungsrecht einschliesslich BVG erlaubt die Verrechnung von gegenseitigen Forderungen (Art. 39 Abs. 2 BVG und BGE 126 V 315, 114 V 33), aber nur einschränkend. Die Bestimmungen des OR über die Verrechnung von Forderungen sind analog anzuwenden. Deshalb müssen die Forderungen gegenseitig und zudem fällig sein.

Im vorliegenden Fall ist der Arbeitgeber der Ansicht, seine Forderung auf den zuviel bezahlten Lohnanteil verrechnen zu können, weil die BVG-Beiträge nicht abgezogen wurden. Zu diesem Zweck muss er die Rückerstattung des fraglichen Lohnanteils beanspruchen können. Die allgemeinen Regeln der Entstehung und des Erlöschens von Obligationen sind anwendbar. Eine automatische Verrechnung ist folglich ausgeschlossen, und Artikel 39 Absatz 2 BVG muss restriktiv ausgelegt werden. Im konkreten Fall ist jedoch nicht klar ersichtlich, ob eine Verrechnung möglich wäre. Deshalb wird das Dossier an die untere Instanz zurückgewiesen.

### **384 Auflösung eines Anschlussvertrages an eine Sammelstiftung: Die Rentner gehen gemäss Vertrag auf die neue Vorsorgeeinrichtung über**

(Hinweis auf ein Urteil des EVG vom 3.10.2001 i.Sa. S. Stiftung, B 84/00 und B 86/00; Urteil in deutscher Sprache)

Die Arbeitgeberin kündigte den Anschlussvertrag gegenüber der Sammelstiftung. In der Folge konnten sich die Arbeitgeberin und die Sammelstiftung nicht über die Frage einigen, ob die Renten beziehenden Personen bei der Sammelstiftung verbleiben oder von der neuen Vorsorgeeinrichtung zu übernehmen seien. Das EVG hat in diesem Fall entschieden, dass sie von der neuen Vorsorgeeinrichtung zu übernehmen sind.

Die neue Vorsorgeeinrichtung wurde nach Massgabe der in BGE 125 V 94 Erw. 8b aufgestellten Grundsätze in das Verfahren beigeladen, was streng genommen schon das kantonale Gericht hätte tun müssen. Mit der Beiladung wird sicher gestellt, dass

die neue Vorsorgeeinrichtung das über die Frage des Verbleibens oder Mitgehens der Rente beziehenden Personen entscheidende Urteil gegen sich gelten lassen muss (Erw. 3).

Die neue Vorsorgeeinrichtung ist im Verfahren nicht aktiv legitimiert. Zwischen alter und neuer Vorsorgeeinrichtung besteht und entsteht keine Rechtsbeziehung, welche die Anspruchsgrundlage betreffend die Herausgabe der Deckungskapitalien für die aktiven und passiven Versicherten abgeben könnte. Im in SVR 1999, BVG Nr. 11, S. 33 publizierten Urteil standen sich alte und neue Vorsorgeeinrichtung nur deshalb gegenüber, weil die Arbeitgeberin alle durch den Wechsel entstandenen Ansprüche gegenüber der alten Vorsorgeeinrichtung an die neue Vorsorgeeinrichtung zediert hatte (Erw. 4b).

Das BVG regelt den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung durch den Arbeitgeber und damit insbesondere die Frage nicht, ob die im Zeitpunkt der Auflösung des Anschlussvertrages eine Rente beziehenden Personen ebenfalls aus der alten Vorsorgeeinrichtung auszutreten haben. Ebenso wenig regelt das Freizügigkeitsgesetz diese Frage. In BGE 125 V 423 ff. zog das Gericht den Schluss, dass von Bundesrechts wegen nicht eine unbedingte Verpflichtung der Vorsorgeeinrichtung besteht, bei Auflösung eines Anschlussvertrages die dem wegziehenden Arbeitgeber zuzuordnenden Rentenbezüger zu behalten. Im Sinne einer Mindestanforderung verlangte es indes, dass das kasseninterne Recht eine entsprechende Regelung enthält. Es muss klar sein, was bei einem Anschlusswechsel für die Rentenbezüger gilt. Fehlt es an einer solchen klaren Regelung, ist davon auszugehen, dass die betreffenden Rentenbezüger Anspruch darauf haben, dass die bisherige Vorsorgeeinrichtung weiterhin die gesetzlichen und reglementarischen Leistungen erbringt (Erw. 5b).

Es kommt entscheidend auf die im Einzelfall bestehende anschlussvertragliche Lage an. Im vorliegenden Fall präsentierten sich die Verhältnisse so, dass die Versicherten nicht primär Angehörige einer Vorsorgeeinrichtung als solche, sondern eines rechnungsmässig ausgesonderten, je für den einzelnen Arbeitgeber geschaffenen Vorsorgewerks waren. Ihre Zugehörigkeit zu einem im Rahmen der Sammelstiftung geführten Vorsorgewerk eines Arbeitgebers beruhte ausschliesslich und unbedingt auf dem Anschlussvertrag, welcher rechtlich mit dem Kollektivversicherungsvertrag und den Vorsorgereglementen eine Einheit bildete. Bei einer Sammelstiftung fusst die berufliche Vorsorge unmittelbar auf den nach Artikel 68 BVG abgeschlossenen Versicherungsverträgen, anders als bei einer geschlossenen oder halbautonomen öffentlichrechtlichen Kasse, welche die Finanzierung der Alters- und/oder Risikoleistungen aus ihrem eigenen Finanzhaushalt, unter Umständen subventioniert durch den Staat, übernimmt. Ganz anders im vom EVG zu beurteilenden Fall: Die Vorsorgeeinrichtung, d.h. die Sammelstiftung, welche organisatorisch der Arbeitgeberin ein Vorsorgewerk zur Verfügung stellte, war nur ein im Hinblick auf den Numerus clausus der Rechtsformen nach Artikel 48 Absatz 2 BVG zwischen anschlusspflichtige Arbeitgeberin und Versicherungsgesellschaft zwischengeschaltetes Instrument, um die berufliche Vorsorge nach den Vorschriften des BVG durchführen zu können. Es gab in diesem System keinen Anschlussvertrag ohne entsprechenden Kollektiv-Versicherungsvertrag. Die Beendigung des Anschlussvertrages hatte nach Artikel 7 Absatz 5 desselben „die Auflösung des gemäss Artikel 2 zwischen der Stiftung und der Versicherungsgesellschaft

geschlossenen Kollektiv-Lebensversicherungsvertrages zur Folge.“ Kam es zur Auflösung des Anschlussvertrages, fiel auch der Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag dahin mit der (daselbst Art. 7 Abs. 5 zweiter Satz) vertraglich vereinbarten Rechtsfolge, dass die Stiftung in diesem Fall der Auflösung „als Rückerstattungswert den Betrag zur Verfügung (stellt), den sie gestützt auf den Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag von der Versicherungsgesellschaft erhält.“ Aufgrund dieser anschlussvertraglichen Lage konnte nicht eingewendet werden, der Fall der schon eine Rente beziehenden Personen sei nicht explizit geregelt. Vielmehr waren die Renten beziehenden Personen ohne weiteres vom Anschluss- und Kollektiv- Lebensversicherungsvertrag erfasst, d.h. es gab für sie keine andere in Betracht fallende Rechtsgrundlage, weshalb für sie, wie für die aktiven arbeitnehmenden Personen, die vertraglich vorgesehene Rechtsfolge eintrat, welche im Falle einer Auflösung des Anschlussvertrages Platz griff. Die Austretende Arbeitgeberin konnte zufolge Dahinfalls der vertraglichen Grundlagen nicht beanspruchen, dass die Renten beziehenden Personen bei der Sammelstiftung verblieben (Erw. 5c).

Nichts anderes ergibt sich aus den Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 24 vom 23. Dezember 1992, Ziffer 148. Dieses Kreisschreiben kann nicht dahin gehend verstanden werden, dass die einzelnen Renten beziehenden Personen ihre Zustimmung zum Wechsel oder Verbleiben geben müssen; vielmehr lässt sich diesem Kreisschreiben nur das aus Artikel 51 BVG (paritätische Verwaltung) fliessende Erfordernis entnehmen, dass das paritätische Organ die Zustimmung zur Auflösung des Anschlussvertrages und zum Wechsel der Vorsorgeeinrichtung erteilt hat (Erw. 5d).

Nach der Rechtsprechung gelten reglementarische und statutarische Leistungsansprüche als Forderungen mit einem bestimmten Verfalltag, weshalb die Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich in Verzug gerät, ohne dass eine Mahnung des Versicherten nötig wäre. Dies hat auch bei Kündigung eines Anschlussvertrages für das zu überweisende Deckungskapital zu gelten, wobei die Verzinsungspflicht ab dem Kündigungstermin zu laufen beginnt. Der Verzugszinssatz ist auf 5% festzulegen. Die Verzinsung bezieht sich auf das gesamte Deckungskapital aller aktiven und passiven Versicherten, nicht etwa auf die Austrittsleistung einzelner Versicherter. Deshalb rechtfertigt es sich, den Zinssatz nicht nach Artikel 7 FZV zu bestimmen, sondern mangels reglementarischer Grundlage Artikel 104 Absatz 1 OR anzuwenden (Erw. 5e).