

# Das Erfordernis der Zustimmung zur Auszahlung von Vorsorgeleistungen aus der beruflichen Vorsorge und der Säule 3a

Alain Siegfried\*/Suat Sert\*\*

Die Autoren untersuchen die Ausgestaltung der schriftlichen Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin als gesetzliche Leistungsvoraussetzung bei Kapitalauszahlungen aus der beruflichen und gebundenen Vorsorge. Bei der Durchleuchtung der Säulen 2 und 3a bezüglich des schriftlichen Zustimmungserfordernisses werden auch die Gemeinsamkeiten sowie die Unterschiede in der Rechtsgestaltung aufgezeigt. Im Interesse der Rechtssicherheit und Transparenz plädieren die Autoren schliesslich für eine einheitliche Rechtsgestaltung in der beruflichen Vorsorge und der Säule 3a.

Les auteurs examinent l'aménagement du consentement écrit du conjoint, respectivement du partenaire enregistré, en tant que condition légale préalable au versement d'une prestation en capital de prévoyance professionnelle et de prévoyance liée. Dans l'examen approfondi des piliers 2 et 3a en rapport avec l'exigence du consentement écrit, les points communs comme les différences de la solution juridique sont mis en évidence. Dans l'intérêt de la sécurité du droit et de la transparence, les auteurs plaident finalement pour une approche juridique uniforme dans la prévoyance professionnelle et dans le 3ème pilier a.

## I. Einleitung

In zahlreichen Konstellationen wird heute für den Bezug von Leistungen aus der beruflichen Vorsorge<sup>1</sup> und aus der gebundenen Vorsorge (Säule 3a)<sup>2</sup> die Zustimmung des Ehegatten und neu – seit dem Inkrafttreten des Partnerschaftsgesetzes<sup>3</sup> auf den 1.1.2007 – des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin vorausgesetzt. Dies war nicht immer so. Anfänglich bedurfte der Bezug von Vorsorgekapitalien weder in der beruflichen Vorsorge noch in der Säule 3a einer schriftlichen Zustimmung der vorgenannten Personen. Der Hintergrund für die schrittweise Verschärfung der Voraussetzungen für einen Bezug der Vorsorgeleistung in Kapitalform ist vor allem im Familienschutz<sup>4</sup> zu erblicken.

Ausserhalb der beruflichen Vorsorge war die schriftliche Zustimmung des Ehegatten in anderen Rechtsgebieten bereits vor längerer Zeit bekannt. Orientiert hat sich der Gesetzgeber an den Zustimmungserfordernissen bei der Bürgschaft<sup>5</sup>, beim Abzahlungskauf<sup>6</sup> sowie im Mietrecht<sup>7</sup>. Ebenso dem Mietrecht nachgebildet ist die Möglichkeit der Anrufung des Richters, um die Versicherten nicht gänzlich der Willkür des anderen Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin auszusetzen, sollte dieser die Zustimmung aus unbilligen Gründen verweigern. Das Urteil des Richters vermag gegebenenfalls die Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin zu ersetzen<sup>8</sup>.

Mit Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes<sup>9</sup> sowie der BVG-Artikel zum Zwecke der Wohneigentumsförderung per 1.1.1995 (Art. 30a–30g BVG)<sup>10</sup> wurden die ersten Sachverhalte umrissen, welche für den Bezug<sup>11</sup>

\* Lic.iur., Leiter Rechtsdienst Leistungen Leben, Geschäftsbereich Schaden, «Zürich» Versicherungs-Gesellschaft.

\*\* Lic.iur., Rechtsanwalt, Rechtskonsulent Rechtsdienst Leistungen Leben, Geschäftsbereich Schaden, «Zürich» Versicherungs-Gesellschaft. Der vorliegende Beitrag legt die persönliche Meinung der Autoren dar.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG).

<sup>2</sup> Rechtsgrundlagen: Art. 82 BVG, sowie die Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen vom 13. November 1985 (BVV 3).

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (PartG).

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG) vom 26. Februar 1992, 576 f. (BBl 1992 III 533).

<sup>5</sup> Art. 494 OR.

<sup>6</sup> Alt Art. 226b OR.

<sup>7</sup> Art. 266m OR.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 30c Abs. 5 zweiter Satz BVG sowie Art. 331d Abs. 5 OR. Siehe dazu auch hinten Titel IV.1.

<sup>9</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (Freizügigkeitsgesetz, FZG).

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge vom 17. Dez. 1993 (WEFG).

<sup>11</sup> D.h. Barauszahlung, dazu näher Titel II.3 und Vorbezug zur Wohneigentumsförderung, dazu näher Titel II.1.

resp. die Verpfändung<sup>12</sup> der Freizügigkeitsleistung<sup>13</sup> zwingend der schriftlichen Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin bedurften. Das revidierte Scheidungsrecht, in Kraft seit 1.1.2000, hat die Bedeutung der schriftlichen Zustimmung des Ehegatten weiter verstärkt, da damit erstmals ein selbständiger Anspruch der Ehegatten auf die hälftige Teilung der Austrittsleistungen im Scheidungsfalle gesetzlich verankert wurde<sup>14</sup>. Der Wirkungsbereich der schriftlichen Zustimmung weitete sich sodann im Zuge der 1. BVG-Revision mit Inkraftsetzung des neuen Art. 37 BVG per 1.1.2005 auf Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenleistungen in Kapitalform aus. Als letztes traten mit dem neuen PartG weitere schriftliche Zustimmungserfordernisse für den Bereich der beruflichen und gebundenen Vorsorge in Kraft, welche zwingend zu beachten sind.

Der vorliegende Beitrag leuchtet die einzelnen Sachverhalte in der zweiten Säule und der Säule 3a aus, welche eine schriftliche Zustimmung von Gesetzes wegen erfordern. Er soll aber auch der Frage nachgehen, weshalb bestimmte Vorgänge keiner Zustimmung bedürfen. Mit dieser Betrachtung soll auf mögliche Lücken und Unstimmigkeiten hingewiesen werden, um nicht zuletzt im Sinne einer Momentaufnahme dem geneigten Fachpublikum einen Überblick zu verschaffen. Gleichzeitig werden Vorschläge *de lege ferenda* zum Ausdruck gebracht, um künftig eine für alle Beteiligten klare und praktikable Handhabe zu ermöglichen, die insbesondere dem zugrunde liegenden Familienschutzgedanken noch besser Rechnung trägt.

## II. Zustimmungserfordernis in der zweiten Säule

In der beruflichen Vorsorge gilt der Grundsatz, wonach über die während der Aktivphase der Versicherten angesparten Vorsorgekapitalien vor Eintritt eines Vorsorgefalles (Alter, Tod oder Invalidität) nicht verfügt werden darf<sup>15</sup>. Von diesem Grundsatz bestehen einige Ausnahmen, bei welchen das Zustimmungserfordernis des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin eine entscheidende Rolle spielt.

Mit der schriftlichen Zustimmung einher geht in der Regel der Verzicht des nicht versicherten Ehegatten resp. des nicht versicherten eingetragenen Partners oder der nicht versicherten eingetragenen Partnerin auf künftige Ansprüche gegenüber der Vorsorge- bzw. Freizügigkeitseinrichtung. Wird eine Ehe geschieden resp. eine eingetragene Partnerschaft aufgelöst, besitzt jeder Ehegatte resp. jeder eingetragene Partner oder jede eingetragene Partnerin grundsätzlich einen selbständigen Anspruch<sup>16</sup> auf die hälftige Teilung der Austrittsleistung des anderen Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin, die während der Dauer der Ehe resp. der eingetragenen Partnerschaft erworben worden ist<sup>17</sup>. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Gelder, welche den Kreislauf der zweiten Säule während der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft zufolge Barauszahlung (Art. 5 FZG) verlassen haben, bei einer späteren Scheidung bzw. der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft für die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung gemäss Art. 22 Abs. 2 FZG nicht berücksichtigt werden. Dies hat zur Folge, dass die Ehegatten resp. eingetragenen Partner oder eingetragenen Partnerinnen dieser bar ausbezahlten Gelder im Rahmen des scheidungsrechtlichen Vorsorgeausgleichs<sup>18</sup> verlustig gehen können. Anders verhält es sich mit den zum Zwecke der Wohneigentumsförderung getätigten Vorbezügen während der Dauer der Ehe resp. der eingetragenen Partnerschaft. Gemäss Art. 30c Abs. 6 BVG werden diese Vorbezüge nämlich zu der im Zuge der Scheidung zu teilenden Austrittsleistung hinzugerechnet, so dass der hälftige Anspruch des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin in diesem Umfang grundsätzlich<sup>19</sup> bestehen bleibt.

<sup>12</sup> Dazu näher Titel II.1.

<sup>13</sup> Die Freizügigkeitsleistung entspricht dem Betrag, der dem Versicherten bei Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung gemäss Freizügigkeitsgesetz zusteht. Die beiden Begriffe «Freizügigkeitsleistung» und «Austrittsleistung» werden als Synonyme verwendet. Der Begriff der Austrittsleistung als solcher wird in Art. 2 FZG definiert. Wie die Austrittsleistung zu berechnen ist, findet sich in Art. 15 ff. FZG. Bei Kassen mit Leistungsprimat entspricht die Freizügigkeits- bzw. Austrittsleistung dem Barwert der erworbenen Leistungen; bei Kassen mit Beitragsprimat dem Altersguthaben.

<sup>14</sup> Art. 122 ZGB sowie Art. 22–22c FZG.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 39 BVG.

<sup>16</sup> Vgl. hiezu Botschaft des Bundesrates zum neuen Scheidungsrecht vom 15. Nov. 1995, BBl 1996 I 100. Darin wird ausgeführt, dass der Teilungsanspruch den Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung bezwecke und der wirtschaftlichen Selbständigkeit jedes Ehegatten nach der Scheidung diene.

<sup>17</sup> Art. 122 ZGB sowie Art. 33 PartG.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 127 III 433 ff., in welchem sich das Bundesgericht bei einem während der Ehe erfolgten Barbezug für eine angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB ausspricht. Diese Lösung ist für die anspruchsberechtigte Person allerdings wenig hilfreich, wenn keine finanziellen Mittel ausserhalb der Vorsorge vorhanden sind (vgl. auch Titel II.2).

<sup>19</sup> Ein allfälliger Wertverlust des Wohneigentums trifft beide Ehegatten resp. beide eingetragenen Partner oder beide eingetragenen Partnerinnen (Art. 30d Abs. 5 BVG i.V.m. Art. 30c Abs. 6 BVG). Vgl. dazu auch hinten Titel IV.2.

### 1. Vorbezug und Verpfändung zur Wohneigentumsförderung

Sowohl der Vorbezug wie auch die Verpfändung der Freizügigkeitsleistung<sup>20</sup> zu Zwecken der Wohneigentumsförderung bedürfen bei verheirateten oder in eingetragener Partnerschaft lebenden versicherten Personen der schriftlichen Zustimmung des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin<sup>21</sup>. Dies wurde in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Wohneigentumsförderung<sup>22</sup> seinerzeit damit begründet, dass ein Entscheid, der letztlich beide Ehepartner treffe und auch Auswirkungen auf ihre Kinder habe, nicht von einem Ehegatten allein getroffen werden solle.

Mit der Zustimmung zum Vorbezug der Vorsorgegelder für selbst genutztes Wohneigentum, so die Botschaft, nimmt der andere Ehegatte insbesondere auch die entsprechenden Konsequenzen im Falle einer Ehescheidung in Kauf. Eine solche Konsequenz sei zum Beispiel die, dass die Freizügigkeitsleistung durch den Bezug des Vorsorgeguthabens vor dem 50. Altersjahr auf Null sinken könne und der hälftige Anspruch davon auch Null betrage<sup>23</sup>.

### 2. Alters-, Hinterlassenen und Invalidenleistungen in Kapitalform

Für den Fall einer reglementarisch vorgesehenen Alters- oder Invalidenleistung in Kapitalform<sup>24</sup> aus einer Vorsorgeeinrichtung ist gemäss Art. 37 Abs. 5 BVG die schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin erforderlich<sup>25</sup>.

Für allfällige, reglementarisch statuierte Hinterlassenenleistungen in Kapitalform<sup>26</sup> schreibt Art. 37 Abs. 5 BVG die schriftliche Zustimmung vor, was allerdings im Todesfall der versicherten Person für den auf die Hinterlassenenleistung in Kapitalform allein anspruchsberechtigten Ehegatten resp. eingetragenen Partner oder eingetragene Partnerin keinen Sinn ergibt. An diesem Erfordernis festzuhalten würde näm-

lich bedeuten, dass der überlebende Ehegatte resp. der überlebende eingetragene Partner oder die überlebende eingetragene Partnerin der Auszahlung der Hinterlassenenleistung an sich selbst schriftlich zustimmen müsste. Der Gesetzgeber müsste die fragliche Bestimmung in diesem Punkt präzisieren. Durchaus Sinn macht hingegen die Bestimmung, welche für die Ausrichtung der kapitalisierten Invalidenrente das Zustimmungserfordernis verlangt. Die kapitalisierte Invalidenrente kann nämlich im Hinblick auf eine bevorstehende Scheidung resp. eine anstehende Auflösung der eingetragenen Partnerschaft in Bezug auf die Durchführung des Vorsorgeausgleichs<sup>27</sup> von Bedeutung sein. Dies gilt vor allem dann, wenn zur Finanzierung der zufolge des Eintritts des Vorsorgefalles «Invalidität»<sup>28</sup> geschuldeten angemessenen Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB ausser der kapitalisierten Invalidenrente keine weiteren Vorsorgegelder oder andere Vermögenswerte vorhanden sind, welche es erlauben würden, im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung einen Ausgleich zu schaffen.

### 3. Barauszahlung der Austrittsleistung

Die Möglichkeit der Barauszahlung gemäss Art. 5 FZG steht den Versicherten einer Vorsorge- wie auch einer Freizügigkeitseinrichtung gleichermaßen zu.

An verheiratete oder in eingetragener Partnerschaft lebende Anspruchsberechtigte ist die Barauszahlung aufgrund von Art. 5 Abs. 1 FZG nur zulässig, wenn der Ehegatte resp. der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin schriftlich zustimmt (Art. 5 Abs. 2 FZG).

Hier fällt auf, dass nebst den zur Auszahlung der Austrittsleistung berechtigenden Gründen der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit und des definitiven Verlassens der Schweiz<sup>29</sup>, im Gegensatz zu Art. 37 Abs. 3 BVG<sup>30</sup>, auch die schriftliche Zustimmung verlangt wird, falls die bar auszuzahlende Austrittsleistung weniger als der Jahresbeitrag der versicherten Person beträgt. Dies hat jedoch einen guten Grund. Während es sich bei den Beträgen gemäss Art. 37 Abs. 3 BVG tatsächlich um relativ geringfügige Summen handelt, kann der Jahresbeitrag einer versicherten Person ge-

<sup>20</sup> Ob sich die Freizügigkeitsleistung bei einer Freizügigkeitseinrichtung in der Form einer Freizügigkeitspolice oder eines Freizügigkeitskontos oder bei der aktuellen Vorsorgeeinrichtung befindet, spielt in Bezug auf die schriftliche Zustimmung keine Rolle. Diese ist in jedem Falle erforderlich. Vgl. Art. 30a BVG.

<sup>21</sup> Art. 30c Abs. 5 BVG für den Vorbezug sowie Art. 331d Abs. 5 OR für die Verpfändung.

<sup>22</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge vom 19.08.1992, BBl 1992 VI S. 267.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu die Botschaft zum Bundesgesetz über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge vom 19.08.1992, BBl 1992 VI 237.

<sup>24</sup> Art. 37 Abs. 4 lit. a BVG.

<sup>25</sup> Vgl. dazu auch Titel II.4.

<sup>26</sup> Art. 37 Abs. 4 lit. a BVG.

<sup>27</sup> Art. 122 ff. ZGB.

<sup>28</sup> Bei Teilinvalidität besteht gemäss Art. 22b Abs. 1 FZG die Möglichkeit der Übertragung eines Teiles der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung.

<sup>29</sup> Das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (bilaterale Verträge), in Kraft seit 1.1.2002, ist speziell zu beachten.

<sup>30</sup> Geringfügigkeit liegt bei einer jährlichen Alters- oder Invalidenrente von weniger als CHF 1326, sowie bei einer Witwen- oder Witwer- bzw. Partnerrente von weniger als CHF 795.60 oder bei einer Waisenrente von weniger als CHF 265.20 (Stand per 1.1.2007, gleich bleibend für 2008) vor.

mäss Art. 5 Abs. 1 lit. c FZG aus einer sehr vorteilhaften Vorsorgelösung (hoher überobligatorischer Sparanteil) einen Betrag bis zu CHF 99 450<sup>31</sup> ausmachen.

#### 4. Obligatorium und Überobligatorium

Während bei der Barauszahlung der Austrittsleistung gemäss Art. 5 FZG sowie bei einem Vorbezug und einer Verpfändung die schriftliche Zustimmung unbestrittenermassen für obligatorische wie auch überobligatorische Freizügigkeitsleistungen erforderlich ist, herrscht in Bezug auf die Auszahlung von Alters- und Invalidenleistungen in Kapitalform (Art. 37 BVG) insofern Unklarheit, als diese Bestimmung in der Aufzählung von Art. 49 Abs. 2 BVG nicht aufgeführt wird. Vorsorgeeinrichtungen, die nicht bloss obligatorische sondern auch weitergehende Leistungen versichern (sog. umhüllende Vorsorgeeinrichtungen), müssen die in Art. 49 Abs. 2 BVG aufgelisteten Vorschriften ebenfalls zwingend beachten. Für Vorsorgeeinrichtungen mit ausschliesslich überobligatorischen Leistungen gelten die Bestimmungen der Art. 331 ff. OR sowie Art. 89<sup>bis</sup> ZGB, gemäss deren Absatz 6 eine ganze Reihe von BVG-Bestimmungen als zwingend anwendbar erklärt werden. Solche Vorsorgeeinrichtungen unterstehen dem FZG, wenn sie im rein überobligatorischen Bereich reglementarische Leistungen – d.h. keine Ermessensleistungen<sup>32</sup> – erbringen (Art. 1 Abs. 2 FZG)<sup>33</sup>. Die Unterstellung einer Vorsorgeeinrichtung unter das Freizügigkeitsgesetz ist insofern von Bedeutung, als mit der Anwendung des FZG auch das Zustimmungserfordernis für Barauszahlungen gemäss Art. 5 FZG zu beachten ist.

Die Frage stellt sich demnach, ob bei Erbringung exzeder Alters- und Invalidenleistungen in Kapitalform die schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin nicht auch zwingend vorzuschreiben wäre. Art. 37 Abs. 5 BVG hält die schriftliche Zustimmung, wie bereits ausgeführt, lediglich für den Obligatoriumsbereich der beruflichen Vorsorge fest. Für den umhüllenden oder rein überobligatorischen Vorsorgebereich fehlt eine entsprechende gesetzliche Grundlage, nachdem Art. 37 BVG weder im Katalog von Art. 49 Abs. 2 BVG noch in Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB erwähnt wird.

Dem Gesetz lässt sich in Bezug auf die Ausrichtung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenleistungen in Kapitalform aus umhüllenden und rein überobligatorischen Vorsorgeeinrichtungen kein formelles Erfordernis entnehmen<sup>34</sup>. Gemäss der Ansicht der Autoren handelt es sich dabei um ein «qualifiziertes Schweigen»<sup>35</sup> des Gesetzgebers, da dieser im Zuge der Aufnahme dieses Erfordernisses in Art. 37 BVG, denselben mit Berücksichtigung in der Auflistung von Art. 49 BVG bzw. 89<sup>bis</sup> ZGB auch für den überobligatorischen Bereich hätte anwendbar erklären können. Argumentum e contrario handelt es sich in diesem Falle nicht um eine Gesetzeslücke, welche durch die Rechtsprechung zu schliessen wäre, sondern es besteht Handlungsbedarf des Gesetzgebers.

Das Fehlen des Zustimmungserfordernisses in der überobligatorischen Vorsorge stellt ein Problem dar. Dem Vorsorgeausgleich gemäss Art. 122 ff. ZGB unterliegen sowohl obligatorisch wie auch überobligatorisch erworbene Vorsorgegelder. Eine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf das Zustimmungserfordernis rechtfertigt sich daher in keiner Weise. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb beim Barbezug einer rein überobligatorischen Freizügigkeitsleistung die schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin vorliegen muss, wohingegen bei der Auszahlung einer überobligatorischen Altersleistung in Kapitalform auf das Erfordernis verzichtet werden kann. Hinzu kommt die Frage, wie eine umhüllende Vorsorgeeinrichtung bei der Auszahlung von Altersleistungen in Kapitalform zu verfahren hat, wenn eine «gemischte» Altersleistung zur Auszahlung kommen soll, welche sowohl einen obligatorischen wie auch einen überobligatorischen Anteil enthält.

Schliesslich ist zu beachten, dass ein zur Auszahlung kommendes Kapital aus einer rein überobligatorischen Vorsorgelösung mitnichten nur überobligatorisch geäuftetes Kapital enthalten muss. Vielmehr kann durch die gesetzlich geregelte Freizügigkeit mit ihren Transfermöglichkeiten<sup>36</sup> ohne weiteres eine «Durchmi-

<sup>31</sup> Ausgehend von einem maximal versicherbaren Lohn von CHF 795 600 (Art. 79c BVG; Stand 1.1.2007, gleich bleibend für 2008) und einem Sparbeitrag von 25% (Art. 1 Abs. 2 lit. b BVV 2), kann sich bei einer paritätischen Finanzierung ein Arbeitnehmerjahresbeitrag von CHF 99 450 ergeben.

<sup>32</sup> Ermessensleistungen werden u.a. von Wohlfahrtsfonds (patronale Fonds) erbracht, welche sich durch die fehlende Beitragspflicht seitens der Destinatäre und die fehlende Leistungspflicht seitens der Einrichtung auszeichnen.

<sup>33</sup> Vgl. dazu HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Schulthess 2005, 108, Rz. 304 ff.

<sup>34</sup> Siehe hierzu auch BGE 133 V 288.

<sup>35</sup> Vgl. dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, 43 ff.

<sup>36</sup> Es ist z.B. an die zwischenzeitliche Aufgabe der Erwerbstätigkeit mit dem «Parkieren» der Freizügigkeitsleistung auf einem Freizügigkeitskonto (Art. 4 Abs. 1 FZG) und anschliessendem «Wiedereinbringen» der Freizügigkeitsleistung (Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> FZG) in eine rein überobligatorische Vorsorgeeinrichtung zu denken. In einer solchen Vorsorgeeinrichtung kann eine vorzeitige Pensionierung mit Alter 58 (Art. 1i Abs. 1 BVV 2) vorgesehen sein. Die Altersleistung kann somit ab diesem Zeitpunkt ohne schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin in Kapitalform bezogen werden, währenddessen der Barbezug der Freizügigkeitsleistung von einer Freizügigkeitseinrichtung – bei Vorliegen der Voraussetzungen – in diesem Alter lediglich mit Zustimmung erlaubt

schung» von obligatorisch und überobligatorisch angesparten Altersguthaben stattgefunden haben.

Die Autoren erachten das Fehlen der Zustimmung für den Bezug von überobligatorischen Vorsorgeleistungen in Kapitalform als problematisch und inkonsequent und sprechen sich für die Aufnahme des Zustimmungserfordernisses in den Katalog von Art. 49 BVG bzw. Art. 89<sup>bis</sup> ZGB aus. Es ist zwar denkbar, dass die Vorsorgeeinrichtung die Zustimmung reglementarisch auch für den überobligatorischen Bereich fest schreibt. Im Interesse einer Gleichbehandlung aller versicherten Personen (und deren Ehegatten resp. eingetragenen Partnern oder eingetragenen Partnerinnen) ist eine gesetzliche Regelung jedoch zu favorisieren.

### 5. Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung und Auszahlung der Altersleistung gemäss Freizügigkeitsverordnung<sup>37</sup>

Im zweiten Abschnitt der FZV werden unter dem Titel «Erhaltung des Vorsorgeschatzes» die beiden dafür zulässigen Formen, nämlich die Freizügigkeitspolice und das Freizügigkeitskonto, näher umschrieben. Art. 14 FZV verweist für die Barauszahlung auf Art. 5 FZG und erklärt diesen für sinngemäss anwendbar.

Dieser Verweis umfasst selbstverständlich auch Art. 5 Abs. 2 FZG, so dass daraus folgend die schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin ebenfalls für eine Barauszahlung aus einer Freizügigkeitspolice oder von einem Freizügigkeitskonto erforderlich ist.

Zu beachten ist jedoch, dass Art. 16 FZV – analog der Regelung in der Säule 3a – sowohl bei der «ordentlichen» Auszahlung der Altersleistungen (Art. 16 Abs. 1 FZV) als auch bei der vorzeitigen Auszahlung der Altersleistung in Kapitalform für versicherte Personen mit voller Invalidenrente (Art. 16 Abs. 2 FZV) keine schriftliche Zustimmung vorschreibt. Das ist deshalb erwähnenswert, weil Art. 37 Abs. 4 lit. a BVG den Vorsorgeeinrichtungen erlaubt, die Invalidenleistung in Kapitalform auszurichten, allerdings nur mit Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin. Wohl handelt es sich bei der ersten Konstellation um die vorzeitige Ausrichtung der Altersleistung, welche in Folge einer vollen Invalidenrente ausgerichtet wird, wo hingegen die Letztere die Ausrichtung der Invalidenleistung selber in Kapitalform beschlägt. Die Ungleichbehandlung zwischen BVG und FZV rechtfertigt sich,

wäre (Art. 14 FZV). Als weitere Möglichkeit eines solchen Transfers ist der Statuswechsel eines unselbständig Erwerbenden zum selbständig Erwerbenden und umgekehrt zu erwähnen.

<sup>37</sup> Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 3. Oktober 1994 (FZV).

was das Zustimmungserfordernis anbelangt, nach Meinung der Autoren trotzdem nicht, da der Bezug der Invalidenleistung in Kapitalform auch die Abgeltung der künftigen Altersleistungen beinhaltet<sup>38</sup>. Noch viel frappanter ist dagegen die ungleiche Behandlung, wenn es um die Voraussetzungen für den Bezug der Altersleistungen nach BVG und FZV geht. Obwohl in beiden Fällen eine Altersleistung zur Auszahlung kommt, wird im einen Fall die Zustimmung vorausgesetzt, im anderen jedoch nicht. Vor dem Hintergrund, dass eine Freizügigkeitsleistung sowohl obligatorisches als auch überobligatorisches Guthaben in sich vereinen kann, ist das Fehlen der schriftlichen Zustimmung im Altersfall auch hier nicht nachvollziehbar, da sich wiederum eine ungleiche Behandlung mit der Auszahlung einer obligatorischen Altersleistung aus einer Vorsorgeeinrichtung offenbart.

Die unter dem vorangehenden Titel abgehandelte Problematik bzgl. dem Vorsorgeausgleich rechtfertigt auch hier die gesetzliche Aufnahme eines entsprechenden Zustimmungserfordernisses.

### III. Zustimmungserfordernis in der Säule 3a

Die Rechtsgrundlage für die gebundene Vorsorge bildet Art. 82 BVG. Diese schafft die Möglichkeit, dass Unselbständigerwerbende und Selbständigerwerbende ihren Vorsorgeschatz aus- resp. aufbauen können, ist doch der versicherbare Lohn gemäss BVG-Obligatorium<sup>39</sup> begrenzt, und Selbständigerwerbende sind in der beruflichen Vorsorge nur freiwillig versicherbar. Art. 82 Abs. 1 BVG statuiert zu diesem Zweck denn auch die fiskalische Privilegierung, indem Arbeitnehmer und Selbständigerwerbende auch Beiträge für weitere, ausschliesslich und unwiderruflich der beruflichen Vorsorge dienende, anerkannte Vorsorgeformen bei den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden vom Einkommen abziehen können.

Ist die gebundene Selbstvorsorge als Versicherungsprodukt<sup>40</sup> konstruiert, kann sie als Erlebensfallversicherung mit Risikokomponente (Todesfall- und/oder

<sup>38</sup> Eine Invalidenrente ist im BVG-Obligatorium gemäss Art. 26 Abs. 3 BVG lebenslänglich geschuldet. Ist hingegen im Vorsorgereglement eine temporäre überobligatorische Invalidenrente vorgesehen, würden mit Kapitalbezug dieser Rente gleichzeitig ebenfalls das bisher angesparte Altersguthaben und die künftigen Sparbeiträge (bis Erreichen des ordentlichen Rentenalters) in Kapitalform ausgerichtet. Eine Vorsorgeeinrichtung wird aber infolge der erhöhten Sterblichkeitsrate einer invaliden versicherten Person kaum je den Kapitalbezug der Invalidenleistungen in ihrem Reglement vorsehen (Antiselektion).

<sup>39</sup> Der versicherbare maximale Lohn im BVG-Obligatorium beträgt CHF 79 560 (Stand 1.1.2007, gleich bleibend für 2008).

<sup>40</sup> Als anerkannte Vorsorgeformen nennt Art. 1 Abs. 1 BVV 3 die gebundene Vorsorgeversicherung bei Versicherungseinrichtungen und die gebundene Vorsorgevereinbarung mit Bankenstiftungen.

Invalitätsrisiko), aber auch als reine Risiko-Vorsorgeversicherung ausgestaltet sein. Handelt es sich um ein Bankprodukt, spricht man von einem 3a-Konto, welches eine reine Sparlösung darstellt.

### 1. Ordentliche Ausrichtung von Leistungen

Die Altersleistung darf frühestens fünf Jahre vor Erreichen des Rentenalters, jedoch spätestens bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters<sup>41</sup> ausgerichtet werden. Für den Bezug der Altersleistung vor dem ordentlichen Rentenalter ist es dabei unerheblich, ob die Erwerbstätigkeit aufgegeben wird oder nicht<sup>42</sup>. Anders verhält es sich für weitere Einzahlungen in die Säule 3a bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters, welche eine Fortsetzung der Erwerbstätigkeit verlangen. Für den Bezug der Altersleistung gemäss Art. 3 Abs. 1 BVV 3 wird keine schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin verlangt.

Werden aus der Vorsorgepolice Invaliditäts- oder Todesfallleistungen<sup>43</sup> gemäss der vertraglichen Begünstigungsordnung (unter Berücksichtigung von Art. 2 BVV 3) erbracht, ist gleich wie bei der «ordentlichen» Ausrichtung der Altersleistung ebenfalls keine Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin erforderlich. Dies gilt auch für den Fall, dass die Leistungen aufgrund von Invalidität oder Tod in Kapitalform geschuldet sind. Mit Blick auf Art. 37 BVG und die unter Titel II.2 gemachten Ausführungen sei die Frage erlaubt, ob nicht auch bei der ordentlichen Ausrichtung von Leistungen die schriftliche Zustimmung eingeführt werden müsste, zumal – mindestens in Bezug auf die Altersleistung – das vorhandene Guthaben regelmässig grösser als dasjenige im Zeitpunkt einer vorzeitigen Ausrichtung sein wird.

### 2. Vorzeitige Ausrichtung von Leistungen

Die Verordnung statuiert in Art. 3 Abs. 2 BVV 3 weitere Gründe, welche es dem Vorsorgenehmer erlauben, das Vorsorgeverhältnis vorzeitig, d.h. mehr als fünf Jahre vor dem ordentlichen Rentenalter, aufzulösen und die Altersleistung erhältlich zu machen.

Erhält der Vorsorgenehmer eine ganze Invalidenrente der Invalidenversicherung und ist das Invaliditätsrisiko in der gebundenen Vorsorgepolice nicht versichert, liegt einer der Gründe für eine vorzeitige Ausrichtung der Altersleistung vor (Art. 3 Abs. 2 lit. a BVV 3). Weiter kann der Vorsorgenehmer die ausgerichtete Leistung für den Einkauf<sup>44</sup> in eine steuerbefreite Vorsorgeeinrichtung nutzen, oder er kann die Leistung in eine andere Vorsorgeform der Säule 3a transferieren (Art. 3 Abs. 2 lit. b BVV 3). Gibt der Vorsorgenehmer seine bisherige selbständige Erwerbstätigkeit auf und nimmt er eine andersartige selbständige Erwerbstätigkeit auf, hat er ebenfalls das Recht auf eine vorzeitige Ausrichtung der Altersleistung (Art. 3 Abs. 2 lit. c BVV 3). Mit dem Verweis auf Art. 5 des FZG werden dem Vorsorgenehmer ausserdem noch die Barauszahlungsgründe der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit und des endgültigen Verlassens der Schweiz<sup>45</sup> zugestanden (Art. 3 Abs. 2 lit. d BVV 3). Was den in Art. 5 Abs. 1 lit. c FZG aufgeführten Barauszahlungsgrund «Austrittsleistung kleiner als ein Jahresbeitrag des Versicherten» anbelangt, muss dessen Anwendbarkeit auf die Säule 3a in Frage gestellt werden<sup>46</sup>. Es ist unklar, was mit «Jahresbeitrag der versicherten Person» in der gebundenen Vorsorge gemeint ist. Ist dies der im betreffenden Jahr effektiv geleistete Betrag oder etwa der maximal mögliche Betrag gemäss Art. 7 Abs. 1 BVV 3<sup>47</sup>? Sollte denn die Anwendbarkeit dieses Auszahlungsgrundes bejaht werden, müsste nach Meinung der Autoren von den jährlichen Maximalbeträgen gemäss Art. 7 Abs. 1 BVV 3 ausgegangen werden. Wünschenswert wäre aber eine Klarstellung durch den Gesetzgeber.

Gemäss Art. 3 Abs. 6 BVV 3 ist die vorzeitige Ausrichtung der Altersleistung nach Art. 3 Abs. 2 Buchstabe c und d BVV 3 an verheiratete oder in eingetragener Partnerschaft lebende Personen nur zulässig, wenn der Ehegatte resp. der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin schriftlich zustimmt. De lege lata ist für Auszahlungen nach den Buchstaben a und b derselben Bestimmung keine solche schriftliche Zustimmung erforderlich.

<sup>41</sup> Art. 3 Abs. 1 BVV 3 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 BVG (Schlussalter AHV Stand 1.1.2008: Männer 65, Frauen 64).

<sup>42</sup> Gemäss Beschluss des Bundesrates vom 17.10.2007 kann ab 1.1.2008 der Bezug der 3a-Altersleistung für maximal 5 Jahre aufgeschoben werden, vorausgesetzt, die versicherte Person bleibt erwerbstätig (rev. Art. 3 Abs. 1 BVV 3). Zu erwähnen ist, dass auch bei einem Bezug der Altersleistung zu einem «aufgeschobenen» Zeitpunkt – konsequenterweise in Analogie zur «ordentlichen» Pensionierung – die Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin nicht verlangt wird.

<sup>43</sup> Die schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin für eine Todesfallleistung ergäbe auch hier keinen Sinn, vgl. Titel II.2.

<sup>44</sup> Ein solcher Einkauf kann jederzeit unter Beachtung der Bestimmungen von Art. 79b BVG und Art. 60a ff. BVV 2 erfolgen.

<sup>45</sup> Die Beschränkungen gemäss dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (bilaterale Verträge), in Kraft seit 1.1.2002, finden auf die Säule 3a keine Anwendung.

<sup>46</sup> STAUFFER (Fn. 33), 666 f. bejaht diesen Auszahlungsgrund ohne nähere Erklärung.

<sup>47</sup> CHF 31 824 für Selbständigerwerbende, CHF 6365 für Erwerbstätige mit zweiter Säule (Stand 1.1.2007, gleich bleibend für 2008).

Das Bundesamt für Sozialversicherungen begründet<sup>48</sup> das fehlende Erfordernis der schriftlichen Zustimmung für eine Auszahlung der Altersleistung bei Eintritt des nicht versicherten Invaliditätsrisikos (Art. 3 Abs. 2 lit. a BVV 3) damit, dass es sich nicht um eine freiwillige Ausrichtung von Leistungen handle. Es macht durchaus Sinn, einer invaliden Person das Recht auf einen vorzeitigen Bezug zuzugestehen, hat diese doch häufig zu Beginn einer Invalidität einen erhöhten finanziellen Bedarf. Ebenfalls richtig ist, dass der Vorsorgenehmer den Invaliditätsfall in aller Regel nicht freiwillig herbeiführt. Hingegen muss nicht zwingend mit dem Anspruch auf eine ganze Invalidenrente auch eine Auszahlung der Vorsorgeleistung erfolgen. Dem Vorsorgenehmer ist es anheim gestellt, die Leistung erst zu einem späteren Zeitpunkt zu beanspruchen<sup>49</sup>.

Für den Fall eines Einkaufes in die berufliche Vorsorge (Art. 3 Abs. 2 lit. b BVV 3) begründet das BSV das Fehlen des schriftlichen Zustimmungserfordernisses mit dem Umstand, dass die eingekauften Mittel dem Vorsorgekreislauf erhalten blieben und nicht frei verfügbar seien<sup>50</sup>. Diese Betrachtungsweise ist, wie weiter vorne<sup>51</sup> bereits aufgezeigt, nur beschränkt richtig.

Für die beiden Sachverhalte, welche eine vorzeitige Auszahlung der Altersleistung ohne schriftliche Zustimmung erlauben, sei an dieser Stelle dennoch die Frage erlaubt, ob diese Zustimmung nicht für erforderlich erklärt werden müsste, da dem Ehegatten resp. dem eingetragenen Partner oder der eingetragenen Partnerin ein nicht wieder gut zu machender Nachteil im Rahmen der bevorstehenden Scheidung resp. Auflösung der eingetragenen Partnerschaft droht<sup>52</sup>. Zudem würden mit Einführung des Erfordernisses alle vorzeitigen Bezugsmöglichkeiten gleichen Voraussetzungen unterstellt.

### 3. Vorbezug und Verpfändung zur Wohneigentumsförderung

Die Altersleistung kann auch zum Erwerb und zur Erstellung von Wohneigentum zum Eigenbedarf, Beteiligungen am Wohneigentum zum Eigenbedarf und Rückzahlung von Hypothekendarlehen vorbezogen werden (Art. 3 Abs. 3 BVV 3)<sup>53</sup>.

Grundsätzlich untersagt Art. 4 Abs. 1 BVV 3 die Abtretung, Verpfändung und Verrechnung von Leistungsansprüchen<sup>54</sup>. Art. 4 Abs. 2 BVV 3 macht von diesem Verbot allerdings eine Ausnahme, indem er auf Art. 30b BVG bzw. Art. 331d des Obligationenrechts verweist, wonach eine Verpfändung der Freizügigkeitsleistung für Wohneigentum zum eigenen Bedarf vorgesehen ist.

Der Vorbezug zum Wohneigentumserwerb ist nurmehr mit Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin möglich (Art. 3 Abs. 6 BVV 3). Das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung war früher in Art. 3 BVV 3 nicht enthalten. Es wurde erst mit dem Inkrafttreten der Verordnung über die Umsetzung des Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004 in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge per 1.1.2007 eingefügt. Bis dahin war für den Vorbezug keine schriftliche Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin erforderlich. Für die weniger weit gehende Verpfändung<sup>55</sup> allerdings musste die Zustimmung beigebracht

<sup>48</sup> Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 95 vom 22. November 2006, Rz. 562.

<sup>49</sup> Konferenz staatlicher Steuerbeamter, Berufliche Vorsorge und Steuern, 209, welche allerdings für diesen Fall eine Umwandlung der Säule 3a in eine Säule 3b verlangt. Unstrittig ist, dass eine aktive Weiteröffnung (mit steuerlicher Absetzung der geleisteten Beträge) im Rahmen der Säule 3a bei Vorliegen einer vollen Invalidität nicht mehr zulässig ist. Das (passive) Fortsetzen des Sparvorgangs durch die Versicherungsgesellschaft ist im Rahmen einer im 3a-Versicherungsvertrag vereinbarten sog. Prämienbefreiung selbstverständlich zulässig.

<sup>50</sup> Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 95 vom 22. November 2006, Rz. 562.

<sup>51</sup> Vgl. auch Titel II.4.

<sup>52</sup> Vgl. die Ausführungen vorne (Titel II.2) über die Ausrichtung der Invalidenleistungen in Kapitalform.

<sup>53</sup> In der zweiten Säule war während längerer Zeit unklar, bis zu welchem Alter ein solcher Vorbezug getätigt werden konnte. Die Verordnung sieht keine Regelung vor, währenddem das BVG (Art. 30c BVG) einen Vorbezug bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen zulässt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Urteil 2A.509/2003 vom 18. Mai 2004) ist damit das ordentliche und nicht das gemäss Reglement frühest mögliche Schlussalter gemeint. Das BSV äusserte sich anfänglich in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, Nr. 74 vom 30. April 2004, Rz. 429, dahingehend, dass nur bis 8 (!) Jahre vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters (d.h. bei Männern bis Alter 57) ein solcher Bezug möglich sein soll. Mit Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung muss diese Ansicht verworfen werden. Das BSV bespricht denn auch in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, Nr. 78 vom 9. Dez. 2004, Rz. 465, dieses Urteil. Eine mögliche Lösung für die Säule 3a wäre eine solche in Analogie der BVG-Rechtsprechung, d.h. ein Vorbezug ist zulässig bis drei Jahre vor dem ordentlichen Rentenalter. Da aber in der Säule 3a ein Bezug ab Alter 60 (Frauen ab Alter 59) sowieso möglich ist, wäre auch eine Vorbezugsmöglichkeit bis spätestens zu diesem Zeitpunkt denkbar. Gerade mit Blick auf die per 1.1.2008 revidierten Bestimmungen für Erwerbstätige nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters, welche es erlauben, länger in der Säule 3a versichert zu bleiben, muss aber für die erste Lösung (Vorbezug bis maximal drei Jahre vor dem ordentlichen Rentenalter) plädiert werden. Ein Teilbezug der «ordentlichen» Altersleistung wird steuerrechtlich nicht toleriert. Ein Vorbezug für Wohneigentumszwecke kann jedoch auch nur einen Teil der angesparten Summe erfassen.

<sup>54</sup> Vgl. auch Art. 39 BVG.

<sup>55</sup> Das Erfordernis der Zustimmung ergibt sich aus dem Verweis von Art. 4 Abs. 2 BVV 3 auf Art. 331d Abs. 5 OR.

werden. Diese unterschiedliche Behandlung war nicht gerechtfertigt, umso mehr als auch im Gegensatz zur zweiten Säule ein Vorbezug zur Wohneigentumsförderung in der Säule 3a nicht mit einer Veräusserungsbeschränkung<sup>56</sup> gesichert wird. Die Einführung des Zustimmungserfordernisses auch für den Vorbezug war deshalb nach Meinung der Autoren folgerichtig.

Damit nun aber in Bezug auf die Zustimmung eine unterschiedliche Behandlung zwischen vorzeitiger Ausrichtung der Austrittsleistung (Barauszahlung) und dem Vorbezug für Wohneigentum ausgeschlossen war, wurden die Konstellationen nach Art. 3 Abs. 2 lit. c und d BVV 3 (Aufnahme einer andersartigen selbständigen Erwerbstätigkeit und Verweis auf die Barauszahlungstatbestände gemäss Art. 5 FZG) ebenfalls der ausdrücklichen Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin zugeführt.

#### IV. Fehlen der schriftlichen Zustimmung

##### 1. Anrufung des Gerichts

Kann die versicherte Person die Zustimmung zur Auszahlung der Kapitalabfindung<sup>57</sup> nicht einholen oder wird sie ihm verweigert, kann sie das Gericht anrufen. Gleiches gilt für Anspruchsberechtigte auf eine Barauszahlung<sup>58</sup> sowie für Versicherte, welche einen Vorbezug<sup>59</sup> oder eine Verpfändung<sup>60</sup> zur Wohneigentumsförderung beantragen.

Unklar bleibt der Gesetzgeber jedoch in der Bezeichnung des für die Erteilung der Zustimmung ersetzenden Richterspruchs zuständigen Gerichts. Handelt es sich um das nach Art. 73 Abs. 1 BVG bezeichnete Gericht oder um den Zivilrichter? Die Frage wurde in BGE 125 V 165 offen gelassen. Die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts wird damit begründet<sup>61</sup>, dass es sich bei der nicht beizubringenden Zustimmung um einen Partnerschaftskonflikt<sup>62</sup> handle. Auch die I. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts hat sich – gestützt auf § 215 lit. b Ziff. 7a ZPO Kanton ZH – dieser Frage schon angenommen<sup>63</sup>. Auch wenn durchaus von einer Streitigkeit i.S.v. Art. 73 Abs. 1 BVG zwischen der die

Auszahlung aufgrund der fehlenden Zustimmung verweigernden Vorsorgeeinrichtung und dem die Auszahlung begehrenden Anspruchsberechtigten gesprochen werden kann<sup>64</sup>, hat sich der kantonalzürcherische Gesetzgeber für die Variante «Zivilrichter» entschieden. Anzumerken bleibt, dass das Eheschutzgericht keine direkte Anweisung an die Vorsorgeeinrichtung erteilt, sondern lediglich den Ehegatten resp. den eingetragenen Partner oder die eingetragene Partnerin zum alleinigen Handeln (Gesuchstellung) ermächtigen kann<sup>65</sup>.

Auch in der gebundenen Vorsorge kann die versicherte Person das Gericht anrufen, wenn die Zustimmung nicht eingeholt werden kann oder diese verweigert wird (Art. 3 Abs. 6 BVV 3, resp. Art. 4 Abs. 2 BVV 3 i.V.m. Art. 331d Abs. 5 OR). Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur zweiten Säule verwiesen werden.

##### 2. Auszahlung trotz Fehlens einer gültigen Zustimmung

Die Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin zur Barauszahlung muss gemäss den einschlägigen Gesetzesbestimmungen schriftlich erfolgen – im Gegensatz zum Gesuch der versicherten Person um Barauszahlung, welches auch formlos, also z.B. mündlich, erfolgen kann. Wie eingangs dieser Abhandlung erwähnt, dient das Zustimmungserfordernis dem Schutze der Familie<sup>66</sup>. Der Gesetzgeber hat die Folgen einer ohne Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin erfolgten Barauszahlung nicht ausdrücklich geregelt. In BGE 130 V 103<sup>67</sup> hat das vormalige Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge trotz unzulässiger Barauszahlung mit befreiender Wirkung an den ausgetretenen Versicherten leisten könne, wenn sie dabei mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen sei. Das oberste Gericht hat festgehalten<sup>68</sup>, dass die Vorsorgeeinrichtung nach Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz<sup>69</sup> zu leisten habe, sofern sie nicht beweise, dass ihr keinerlei Verschulden zur Last

<sup>56</sup> Art. 30e BVG.

<sup>57</sup> Art. 37 Abs. 5 BVG.

<sup>58</sup> Art. 5 Abs. 3 FZG, Art. 3 Abs. 6 BVV 3.

<sup>59</sup> Art. 30c Abs. 5 BVG, Art. 331e Abs. 5 OR, Art. 3 Abs. 6 BVV 3.

<sup>60</sup> Art. 331d Abs. 5 OR (i.V.m. Art. 4 Abs. 2 BVV 3).

<sup>61</sup> ROLF VETTERLI, Beschränkter Schutz in der Ehe, AJP 2005, 298.

<sup>62</sup> Es können allerdings auch Konstellationen unter die einschlägigen Bestimmungen subsumiert werden, in welchen nicht von einem Partnerschaftskonflikt gesprochen werden kann, sondern die Zustimmung aus anderen Gründen nicht erhältlich ist (Verschollenheit eines Ehegatten).

<sup>63</sup> ZR 101 2002 Heft 6 Nr. 47, 167–172.

<sup>64</sup> So auch das Amt für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich, in: Handbuch der Personalvorsorge – Aufsicht, Freizügigkeit, Wohneigentumsförderung, Zürich November 1994, 84, welches sich für die Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts ausgesprochen hatte. Gabriela Riemer Kafka betont, dass es sich hierbei um eine vorsorgerechtliche Frage handelt und spricht sich für die Zuständigkeit des Sozialversicherungsrichters aus, SZS 2007, 528.

<sup>65</sup> VETTERLI (Fn. 60), 298.

<sup>66</sup> CHRISTIAN ZÜND, Schriftliche Zustimmung zur Barauszahlung der Austrittsleistung an Verheiratete und die Folgen bei gefälschter oder fehlender Unterschrift, AJP 2002, 663.

<sup>67</sup> Urteil B 19/01 vom 10. Oktober 2003.

<sup>68</sup> Stellvertretend für diverse Urteile: Urteil B 126/04 vom 20. März 2006.

<sup>69</sup> Der Ansatz des Bundesgerichts, welches das Vertragsverhältnis zwischen versicherter Person und Vorsorgeeinrichtung in einer umhüllenden Kasse, d.h. einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge,

falle, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit genüge. Aufgrund der bisher ergangenen Rechtsprechung<sup>70</sup> muss davon ausgegangen werden, dass der Vorsorgeeinrichtung die Exkulpation in aller Regel schwer fallen wird<sup>71</sup>, umso mehr, als das BSV<sup>72</sup> auf die Problematik unterdessen explizit aufmerksam gemacht hat<sup>73</sup>.

Die Vorsorgeeinrichtung riskiert also eine (zumindest teilweise) Doppelzahlung, d.h. sie wird schadenersatzpflichtig, wenn sie ihrer Sorgfaltspflicht zur Feststellung der rechtsgültigen Zustimmung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin nicht nachkommt. Allerdings hat das Bundesgericht im Urteil B 93/05 vom 21. März 2007 die negativen Folgen für die Vorsorgeeinrichtung gemildert. Es stellte sich die Frage, wie eine während der Ehe vorgenommene, nach Art. 5 Abs. 2 FZG aufgrund der gefälschten Unterschrift unzulässige Barauszahlung im Rahmen der Ehescheidung zu behandeln sei, wenn der versicherte Ehegatte nach wie vor einer Vorsorgeeinrichtung angehöre (allerdings nicht derjenigen, die die unzulässige Auszahlung zu verantworten hatte) und noch Kapital in der zweiten Säule vorhanden sei. Die zweite sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hielt fest, dass in erster Linie der versicherte Ehegatte zum Ausgleich verpflichtet sei. Erst in zweiter Linie kann sich der andere Ehegatte an die Vorsorgeeinrichtung halten, wenn dieser im Zusammenhang mit der Barauszahlung eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden könne. Mit Urteil B 98/04 vom 17. März 2005 hat sodann das Bundesgericht seine bisher auf Vorsorgeeinrichtungen angewandte Praxis auch für Freizügigkeitsstiftungen als anwendbar erklärt.

Was die fehlende Zustimmung im Bereiche der Wohneigentumsförderung anbetrifft, hat das ehemalige Eidgenössische Versicherungsgericht ein Feststellungsinteresse der Ehefrau an der Ungültigkeit des Vorbezugs bejaht<sup>74</sup>. Der Ehemann hatte die Unterschrift seiner Frau gefälscht. Das rechtlich erhebliche Interesse der Ehefrau für ein Feststellungsurteil liege vor allem im Umstand, dass – ungeachtet der in Art. 30e BVG vorgesehenen Sicherungsmittel – ein Risiko

des Wertverlustes des mit dem Vorbezug finanzierten Wohneigentums bestehen bleibe und daher auch die im Scheidungsfall zu teilende Freizügigkeitsleistung (inkl. Vorbezug<sup>75</sup>) Gefahr laufe, geschmälert zu werden.

Die Art. 122 ff. ZGB beziehen lediglich Austrittsleistungen gemäss FZG in den vorsorgerechtlichen Ausgleich bei Scheidung resp. bei gerichtlicher Auflösung der eingetragenen Partnerschaft<sup>76</sup> mit ein. Die gebundene Vorsorge ist davon ausgenommen. Wie sich indes die Rechtslage bei einer wegen fehlender gültiger Zustimmung erfolgten «unzulässigen» Barauszahlung aus der gebundenen Säule 3a gestaltet, ist nicht mehr so klar, da der Gesetzgeber nicht – entsprechend der zweiten Säule – eine zwingende hälftige Teilung der Vorsorgegelder vorsieht<sup>77</sup>, sondern einen allfälligen «Ausgleich» (unter Berücksichtigung der Dispositionsmaxime) dem Gericht überlässt. Eine Schadenersatzpflicht der Bankenstiftung oder Versicherungseinrichtung kann jedoch mit Blick auf die in der zweiten Säule ergangene Rechtsprechung nicht ausgeschlossen werden. Die Frage ist von einiger Tragweite, wird wohl die gebundene Vorsorge in den meisten Fällen aus der Errungenschaft<sup>78,79</sup> finanziert worden sein, und eine ausgleichende güterrechtliche Auseinandersetzung<sup>80</sup> ist häufig aufgrund fehlender anderer finanzieller Mittel schwierig zu bewerkstelligen. Häufig handelt es sich bei einem 3a-Guthaben deshalb um die einzig zur Verfügung stehende «Manövriermasse». Finanziell noch mehr Bedeutung erlangt die Problematik bei Selbständigerwerbenden, welche nicht auf freiwilliger Basis eine zweite Säule bilden<sup>81</sup>, sondern ihre Altersvorsorge ausschliesslich (und freiwillig) im Rahmen des «grossen Abzugs»<sup>82</sup> in der Säule 3a betreiben.

Damit bei Kapitalauszahlungen oder im Rahmen der Wohneigentumsförderung die ausrichtende Institution kein Risiko eingeht, empfiehlt es sich, auf offizielle und aktuelle Dokumente<sup>83</sup> abzustellen und für die zustimmende schriftliche Erklärung des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin eine Beglaubigung zu verlangen.

welche bessere als die gesetzlichen Mindestleistungen erbringt, als Innominatkontrakt bezeichnet und damit privatrechtlichen Regeln unterstellt, wird von ELISABETH GLÄTTLI, Die Folgen der Barauszahlung der Austrittsleistung ohne Zustimmung des Ehegatten (Art. 5 Abs. 2 FZG) in den neueren Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG), SZS 2005, 49, kritisiert.

<sup>70</sup> Vgl. GLÄTTLI (Fn. 68), 49; sowie Urteil B 98/04 vom 17. März 2005 E. 2.3.

<sup>71</sup> Sinngemäss FELIX SCHÖBI, Barauszahlung trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten, recht 2005, Heft 4, 139.

<sup>72</sup> Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 51 vom 22. Juni 2000, Rz. 302.

<sup>73</sup> Vgl. auch Urteil B 19/01 E. 3.4.

<sup>74</sup> BGE 132 V 347 ff.

<sup>75</sup> Art. 30c Abs. 6 BVG.

<sup>76</sup> Vgl. Art. 33 PartG und Art. 22d FZG.

<sup>77</sup> Art. 4 Abs. 3 BVV 3.

<sup>78</sup> Art. 197 ZGB.

<sup>79</sup> Gemäss Art. 18 ff. PartG sind eingetragene Partner der Gütertrennung unterstellt, können jedoch durch einen Vermögensvertrag eine andere Regelung (z.B. Errungenschaftsbeteiligung) vereinbaren.

<sup>80</sup> Art. 204 ff. ZGB.

<sup>81</sup> Art. 4 BVG i.V.m. Art. 44 BVG.

<sup>82</sup> Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b BVV 3 beträgt der Abzug momentan CHF 31 824 (Stand 1.1.2007, gleich bleibend für 2008).

<sup>83</sup> Z.B. Zivilstandsnachweis.

**V. Fazit**

Mit dem revidierten Scheidungsrecht und der Einführung des selbständigen Anspruchs des Ehegatten resp. des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin auf den Vorsorgeausgleich hat der Gesetzgeber richtungweisende Zeichen für eine Gleichstellung dieser Personen in vorsorgerechtlicher Hinsicht gesetzt. Die Umsetzung dieser Weichenstellung gelang bis anhin, aus dargelegten Gründen jedoch nicht durchwegs. Die Autoren halten deshalb dafür, die schriftliche Zustimmung sowohl im Obligatorium als auch im Überobligatorium der beruflichen Vorsorge überall dort zur zwingenden Voraussetzung für die Ausrichtung einer Leistung zu erklären, wo die fragliche Vorsorgeleistung mit Blick auf den Vorsorgeausgleich Gefahr läuft, zweckentfremdet (d.h. der Teilung entzogen) zu werden.

Was das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung in der gebundenen Vorsorge anbelangt, behandelt der Verordnungsgeber gleiche oder ähnliche Sachverhalte ohne hierfür nachvollziehbare Gründe ungleich. Hinzu kommt die Nähe der Säule 3a zur zweiten Säule, sei es z.B. im Falle eines Einkaufs mit dem Kapital der gebundenen Vorsorge in die zweite Säule oder in Bezug auf die selbständig Erwerbenden, die ihre Vorsorge ohne zweite Säule und ausschliesslich in der gebundenen Vorsorge betreiben. Die Einführung des schriftlichen Zustimmungserfordernisses für die noch nicht davon berührten Sachverhalte wäre ebenfalls wünschenswert.

Die Erweiterung des Anwendungsbereiches der schriftlichen Zustimmung auf die erörterten Sachverhalte würde Widersprüche beseitigen, Klarheit schaffen sowie eine Vereinheitlichung im Vorsorgealltag herbeiführen und nicht zuletzt der Rechtssicherheit und dem Familienschutz dienen.