

Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht

PD Dr.iur. Ueli Kieser, Rechtsanwalt Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Entwicklungen der Gesetzgebung im Überblick
 1. Neue Erlasse
 2. Laufende Revisionen
- II. Sozialversicherung im internationalen Kontext
- III. AHV-Beiträge
 1. Beiträge der Unselbstständigerwerbenden, insbesondere im Zusammenhang mit Sozialplänen
 2. Beiträge der Selbstständigerwerbenden
 - 2.1. Abgrenzung der selbstständigen und der unselbstständigen Erwerbstätigkeit
 - 2.2. Bestimmung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit
 - 2.2.1. Prinzip
 - 2.2.2. Verlustverrechnung
 - 2.2.3. Einzelne Elemente des massgebenden Einkommens
- IV. Unfallbegriff
- V. Somatoforme Schmerzstörungen und analoge gesundheitliche Einschränkungen
- VI. Invaliditätsgradbestimmung
 1. Allgemeines
 2. Geringfügige Aenderungen des Invaliditätsgrades
 - 2.1. Rechtsprechung zur Erheblichkeit
 - 2.2. Würdigung der Rechtsprechung
- VII. Leistungspflicht der beruflichen Vorsorge in der weiter gehenden beruflichen Vorsorge
 1. Fragestellung
 2. Rechtsprechung
 - 2.1. Risiko Alter
 - 2.2. Risiko Invalidität
 - 2.3. Risiko Tod
 - 2.4. Finanzierung
 - 2.5. Sonstige Fragen
- VIII. Teilung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge bei Ehescheidung
 1. Prinzip
 2. Ermittlung der zu teilenden Austrittsleistung
 - 2.1. Prinzip
 - 2.2. Erfasste Leistungen
 - 2.3. Nicht erfasste Leistungen

3. Übertragung der geteilten Austrittsleistung
4. Verfahren und Zuständigkeit

IX. Teilliquidation in der beruflichen Vorsorge

- X. Verfahrensrechtliche Entwicklungen
 1. Verwaltungsverfahren
 2. Einspracheverfahren
 3. Kantonales Gerichtsverfahren
 4. Schiedsgerichtsverfahren
 5. Verfahren vor dem Bundesgericht

Literatur

- AUSFELD MICHAEL, Das Bundesgericht als ungewöhnlicher Faktor, plädoyer 6/06 22 ff. (zit. *Ungewöhnlicher Faktor*)
- BÖHI RETO, Der unterschiedliche *Einkommensbegriff* im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragserhebung, Bern 2000
- JÜRIG BRECHBÜHL, *Sozialpläne und Altersvorsorge*, CHSS 2002 222 ff.
- BUCHER SILVIA, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Freizügigkeitsabkommen (FZA), SZS 2006 49 ff. (zit. *Rechtsprechung FZA*)
- FRÉSARD MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, *L'assurance-accidents obligatoire*, in: Soziale Sicherheit (Hrsg. Ulrich Meyer), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, 825 ff.
- GREBER PIERRE-YVES, *Le droit international de la sécurité sociale*, in: Soziale Sicherheit (Hrsg. Ulrich Meyer), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, 83 ff.
- HILL, www.hilljournal.ch, monatliche Übersicht über die im Vormonat gefällten bundesgerichtlichen Grundsatzentscheide aus dem Bereich des Sozialversicherungsrechts
- JEGER JÖRG, *Somatoforme Schmerzstörung* und Arbeitsunfähigkeit: Differenzen oder Konsens zwischen Medizin und Rechtsprechung?, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), *Medizin und Sozialversicherung im Gespräch*, St. Gallen 2006, 155 ff.
- KAHIL-WOLFF BETTINA, *La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale*, in: Soziale Sicherheit (Hrsg. Ulrich Meyer), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, 149 ff.
- KAHIL-WOLFF BETTINA/GREBER PIERRE-YVES, *Sécurité sociale: aspects de droit national, international et européen*, Genève etc. 2006
- KÄSER HANSPETER, *Unterstellung und Beitragswesen* in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., Bern 1996
- KÄSER HANSPETER, Die *Auswirkungen des DBG* (einschliesslich Fragen des Sonderbeitrags auf Kapitalgewinnen), in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), *Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV*, St. Gallen 1998, 49 ff.
- KIESER UELI, *AHV*, in: Soziale Sicherheit (Hrsg. Ulrich Meyer), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007
- KIESER UELI, Auswirkungen des Bundesgesetzes über die das Bundesgericht auf die Sozialversicherungsrechtspflege, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Die Reorganisation des Bundesrechtspflege*, St. Gallen 2006, 439 ff. (zit. *Auswirkungen des BGG auf die Sozialversicherungsrechtspflege*)

- KIESER UELI, *Dritte als Partei im Sozialversicherungsverfahren*, in: René Schaffhauser/Franz Schläuri (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2006, 79 ff.
- KIESER UELI, Leistungsrechtliche *Koordination* im Sozialversicherungsrecht – einige Anfragen an die Rechtsetzung, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination, St. Gallen 2006, 251 ff.
- KIESER UELI, *Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination*, Zürich/Lachen 2007
- KIESER UELI, ..Verwaltungsrat..
- KIESER UELI/KASPAR SANER, ..Familienzulagen..
- LARGIER ANDRÉ, Schädigende medizinische *Behandlung* als Unfall, Zürich 2002
- LOCHER THOMAS, Über die *Zulässigkeit von Gesetzesänderungen*, SZS 2006 493 ff.
- LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, ..., ZBJV 2006 ..
- MEYER ULRICH (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. XIV, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007
- MEYER ULRICH, Die Rechtsprechung zur *Arbeitsunfähigkeitsschätzung bei somatoformen Schmerzstörungen*, in: René Schaffhauser/Franz Schläuri (Hrsg.), Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, 211 ff.
- MEYER ULRICH, Grundlagen, Begriff und Grenzen der *Beratungspflicht* der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in: René Schaffhauser/Franz Schläuri (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2006, 9 ff.
- MEYER-BLASER ULRICH, *Funktion und Bedeutung des Unfallbegriffes* im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, 275 ff.
- MURER ERWIN, Die Institution Sozialversicherung als *Ursache des Risikoeintritts?*, SZS 2006 639 ff.
- RUGGLI-WÜEST CHRISTINA, *Umsetzungserfahrungen* der Aufsichtsbehörden – Knackpunkte der 1. BVG-Revision aus Sicht der Aufsichtsbehörde, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), BVG-Tagung 2006, St. Gallen 2006, 173 ff.
- STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge im *Obligatorium und Überobligatorium*: Naht- und Bruchstellen, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), BVG-Tagung 2006, St. Gallen 2006, 37 ff.

I. Entwicklungen der Gesetzgebung im Überblick

1. Neue Erlasse

a) Es gehört zu den Kennzeichen der sozialversicherungsrechtlichen Gesetzgebung, dass die einzelnen Erlasse in hoher Kadenz revidiert werden. Dabei kommt der Sorgfalt und der Beachtung der verfassungsmässigen Vorhaben hohe Bedeutung zu. Nicht immer vermögen neuere sozialversicherungsrechtliche Revisionen diesen Erfordernissen zu genügen¹.

b) Am 1. Juli 2006 ist eine Gesetzesänderung in Kraft getreten, welche sich auf verschiedene *verfahrensrechtliche Aspekte* in der IV bezieht. Das Einspracheverfahren wurde abgelöst durch das Vorbescheidsverfahren; im Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht werden Gerichtsgebühren erhoben².

¹ Dazu LOCHER, Zulässigkeit von Gesetzesänderungen, 493 ff., der sich dabei insbesondere mit dem zeitlich vorgezogenen verfahrensrechtlichen Teil der 5. IV-Revision auseinandersetzt.

² Vgl. Art. 57a, Art. 69 Abs. 1, Abs. 2 IVG.

c) Mit dem *Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft* gleichgeschlechtlicher Paare³ werden entsprechende Partnerschaften der Ehe gleichgestellt. Im Sozialversicherungsbereich legt dies Art. 13a ATSG entsprechend fest; weil das letztgenannte Gesetz für die berufliche Vorsorge nicht gilt, wurde die entsprechenden Gesetze eigenständig ergänzt⁴. Diese Änderungen sind per 1. Januar 2007 in Kraft getreten.

d) Grundlegende Änderungen auch im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren bringt das *Bundesgerichtsgesetz*⁵ mit sich; insbesondere hat das Eidgenössische Versicherungsgericht seine Selbstständigkeit verloren, und es werden Streitigkeiten aus dem Bereich des Sozialversicherungsrechts durch zwei Abteilungen des Bundesgerichts beurteilt⁶. Hinzuweisen ist auf folgende, besonders wichtige Entwicklungen⁷:

- Gegen Entscheide über den Erlass der AHV-Beiträge⁸ steht die Einheitsbeschwerde nicht zur Verfügung (Art. 83 lit. m BGG).

- In allen sozialversicherungsrechtlichen Verfahren vor dem Bundesgericht werden Gerichtskosten erhoben; dabei gilt bei Leistungsstreitigkeiten ein tieferer Rahmen für die Gerichtsgebühr (die hier zwischen 200.- und 1000.- Franken liegt) (Art. 65 BGG). Dabei ist davon auszugehen, dass auch dem unterliegenden Sozialversicherungsträger Gerichtskosten auferlegt werden können⁹.

- Eintretensvoraussetzung bildet ein schutzwürdiges Interesse, zu welchem eine besondere Berührung hinzutreten muss (Art. 89 BGG). Weil in der jüngeren Rechtsprechung dem Beschwerderecht von Dritten engere Grenzen gesetzt wurden¹⁰, ist davon auszugehen, dass die „besondere Berührung“ keine zusätzliche Verschärfung darstellt.

- Rügen, welche sich auf den Sachverhalt beziehen, können lediglich noch bezogen auf Streitigkeiten um die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen in den Bereichen Unfall- und Militärversicherung erhoben werden (Art. 97 Abs. 2 BGG). Die nach bisherigem Recht geltende weite Umschreibung der Kognition, welche für die sozialversicherungsrechtlichen Leistungsstreitigkeiten galt, ist insoweit eingeschränkt worden, und es ist lediglich noch eine Rechtskontrolle zulässig.

- Es besteht eine strikte Bindung an die Parteianträge (Art. 107 Abs. 1 BGG). Damit entfällt die *reformatio in peius*. Ferner wird zu überprüfen sein, ob die bisherige Rechtsprechung, welche eine Einschränkung der Anfechtung auf Teilbereiche eines Rechtsverhältnisses ausschloss¹¹, weitergeführt werden kann.

- Zu beachten ist, dass die Anwendung des kantonalen Rechts – ausser es gehe um eine Verletzung von Verfassungsrecht – nicht mit der Einheitsbeschwerde gerügt werden kann; dafür muss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG ergriffen werden.

e) Mit der vom Parlament am 6. Oktober 2006 verabschiedeten *5. IV-Revision* werden tief greifende Veränderungen vorgenommen, welche insbesondere die Bereiche Früherkennung/Früherfassung und Integration sowie eine Reihe von Einzelpunkten betreffen;

³ Partnerschaftsgesetz, vom 18. Juni 2004, SR 211.231 (vollständig in Kraft seit 1. Januar 2007).

⁴ Vgl. Art. 19a, Art. 30c, Art. 37, Art. 79a BVG; Art. 5, Art. 22d, Art. 24 FZG.

⁵ BGG, vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

⁶ Deshalb wird im vorliegenden Beitrag – auch für frühere Entscheide – nicht mehr Bezug genommen auf das „EVG“, sondern in der Regel bereits auf das „Bundesgericht“.

⁷ Vgl. für einen umfassenden Überblick der sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen KIESER, Auswirkungen des BGG auf die Sozialversicherungsrechtspflege, 439 ff.

⁸ Vgl. Art. 11 AHVG, 40 AHVV.

⁹ Die Frage ist indessen nicht ohne weiteres zu beantworten; vgl. dazu Art. 66 BGG und dazu KIESER, Auswirkungen des BGG auf die Sozialversicherungsrechtspflege

¹⁰ Vgl. dazu eingehender KIESER, Dritte als Partei im Sozialversicherungsverfahren, 79 ff.

¹¹ Dazu BGE 125 V 415 ff. Nach dieser Rechtsprechung war es unzulässig, lediglich die Festsetzung des Zeitpunktes des Rentenbeginnes zu rügen und die Überprüfung des Invaliditätsgrades ausschliessen zu wollen.

dem Ausbau der Eingliederungsmassnahmen stehen Einschränkungen im übrigen Leistungsbereich gegenüber. Das Gesetz wird aufgrund des zwischenzeitlich zustande gekommenen Referendums der Volksabstimmung unterstellt, deren Ergebnis noch aussteht.

f) Das *Bundesgesetz über die Familienzulagen*¹² vereinheitlicht die Voraussetzungen, die Arten und die Mindesthöhe der Familienzulagen; für weiter gehende kantonale Lösungen bleibt aber durchaus Raum bestehen¹³. Dieses Gesetz wird voraussichtlich am 1. Januar 2009 in Kraft treten.

g) Bereits ab 1. Januar 2008 wird schliesslich eine Regelung zu einer neuen *AHV-Versichertennummer* gelten¹⁴. Damit werden neue 13-stellige anonymisierte AHV-Nummern eingeführt, welche von in der Sozialversicherung tätigen Institutionen und Stellen verwendet werden können.

2. Laufende Revisionen

Es ist auf folgende bereits eingeleitete Revisionen hinzuweisen:

- 11. AHV-Revision: Mit dieser Revision wird angestrebt, die Finanzierung der AHV zu stabilisieren; daneben soll der Altersrücktritt flexibilisiert werden¹⁵.

- Herabsetzung des Umwandlungssatzes in der beruflichen Vorsorge: Der Bundesrat hat eine Gesetzesbotschaft vorgelegt, mit welcher vorgeschlagen wird, den Umwandlungssatz weiter zu senken¹⁶.

- Im Bereich der Krankenversicherung werden verschiedene kleinere Revision getrennt beraten; dabei geht es um die Kostenbeteiligung, um die Spitalfinanzierung, um die Neuordnung der Pflegefinanzierung, um die Vertragsfreiheit und um die Förderung der managed-care¹⁷. Daneben befasst sich das Parlament mit der verfassungsrechtlichen Grundlage der Krankenversicherung, wo der heutige Art. 117 BV, der kaum einen materiellen Gehalt aufweist, neu gefasst werden soll¹⁸.

- Das Unfallversicherungsgesetz soll einer Revision unterzogen werden, weshalb ein Vernehmlassungsverfahren eingeleitet wurden; gegenwärtig wird die bundesrätliche Gesetzesbotschaft vorbereitet¹⁹.

II. Sozialversicherung im internationalen Kontext

Die Einwirkungen des internationalen Rechts der Sozialen Sicherheit auf die Rechtsanwendung in der Schweiz sind beträchtlich²⁰. Zunehmend lassen sich insbesondere *Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens (FZA)*²¹ feststellen. Dabei kommt freilich im Ausgangspunkt der Regelung Bedeutung zu, dass die Schweiz zwar die beiden massgebenden Verordnungen (EWG) 1408/71 und 574/72 anwendet²²; hingegen berücksichtigt die Schweiz

¹² FamZG, vom ..

¹³ Eingehend dazu KIESER/SANER, ..

¹⁴ Vgl. zur bundesrätlichen Gesetzesbotschaft BBl 2006 501 ff.

¹⁵ Dazu BBl 2005 1957 ff.

¹⁶ Dazu BBl 2006 9477 ff.

¹⁷ Vgl. BBl 2004 4293 ff., 4361 ff., 5551 ff., 5599 ff.; 2005 2033 ff.,

¹⁸ Dazu Vorlage 05.055; das Geschäft liegt gegenwärtig beim Nationalrat.

¹⁹ Die Frist für das Vernehmlassungsverfahren lief bis 15. März 2007.

²⁰ Vgl. dazu die Darstellung bei GREBER, droit international, 83 ff.

²¹ vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681. Eingehend dazu KAHIL-WOLFF, coordination européenne, 149 ff.

²² Vgl. dazu – im Sinne eines Beispiels – Art. 153a AHVG.

die darauf bezogene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Assoziationsabkommens²³. Dabei fällt aber erschwerend ins Gewicht, dass oft wenig gekennzeichnet wird, ob der Gerichtshof eine (gegebenenfalls nicht beachtliche) Praxisänderung vornimmt oder ob er die Rechtsprechung lediglich weiter entwickelt²⁴. Konkret hat sich diese zeitliche Beschränkung aber etwa ausgewirkt bei der Qualifizierung der schweizerischen Hilflosenentschädigung als beitragsunabhängige Sonderleistung; als solche muss sie nämlich nur im Wohnmitgliedstaat (bzw. in der Schweiz) gewährt werden²⁵. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist bei der entsprechenden Qualifizierung wesentlich strenger geworden und misst insbesondere einem Eintrag in die Liste der beitragsunabhängigen Sonderleistungen keinen ausschlaggebenden Charakter mehr zu²⁶; nach schweizerischer Auffassung reicht es indessen weiterhin aus, dass die schweizerische Hilflosenentschädigung im entsprechenden Anhang als beitragsunabhängige Sonderleistung eingetragen ist²⁷.

Von prinzipieller Bedeutung ist ferner das in Art. 16 Abs. 2 FZA festgelegte Diskriminierungsverbot, das vom EVG verschiedentlich untersucht wurde. Dabei wird zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung nicht unterschieden²⁸; die Rechtsprechung hat in verschiedenen Entscheiden die Annahme einer Diskriminierung abgelehnt²⁹.

Daneben hat die Rechtsprechung manche bei internationalen Verhältnissen auftretende Einzelfrage geklärt³⁰. Dies bezieht sich auf die Ausnahmen von der Versicherungspflicht in der obligatorischen Krankenpflege, auf welche sich Beamtinnen und Beamten von internationalen Organisationen berufen können³¹; als gesetzmässig hat das Gericht ferner Art. 2 Abs. 2 und Abs. 8 KVV betrachtet, wo weitere Ausnahmen von der Versicherungspflicht genannt werden³². In verschiedenen Entscheiden wurde Fragen des Leistungsanspruchs in der IV beantwortet; behandelt wurden Fragen des Anspruchs auf eine Umschulungsmassnahme bei Bezug einer Leistung einer ausländischen Arbeitslosenversicherung³³ sowie bei Bezug einer schweizerischen Rente der IV³⁴; ein weitere Entscheid bezog sich auf Sonderschulmassnahmen³⁵. Daneben klärte die Rechtsprechung Fragen des Leistungsanspruchs in der Arbeitslosenversicherung; dabei ging es um die Abklärung der Leistungspflicht zwischen dem Beschäftigungsstaat und dem Wohnsitzstaat³⁶ und um die Berücksichtigung von ausländischen Versicherungszeiten³⁷.

²³ D.h. bis zum 21. Juni 1999; vgl. dazu Art. 16 Abs. 2 FZA; dazu KAHIL-WOLFF, *coordination européenne*, Rz. 10.

²⁴ Vgl. dazu KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, Rz. 792.

²⁵ Zur hier fehlenden Exportverpflichtung vgl. Art. 10bis VO (EWG) 1408/71

²⁶ Vgl. insbesondere Entscheid C-215/99, Jauch, 2001, I-1901. Zu beachten ist zudem, dass VO (EWG) 1408/71 den Erfordernissen der Rechtsprechung angepasst wurde; dazu JO 2005 417/12.

²⁷ Vgl. dazu den bundesgerichtlichen Entscheid I 667/05 (zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

²⁸ Vgl. BGE 131 V 215.

²⁹ Dies gilt bezogen auf Art. 52d AHVV (betreffend Anrechnung fehlender Beitragsjahre in der AHVV; dazu BGE 131 V 215). Ebenfalls keine Diskriminierung wurde bezogen auf den Übergang Invaliden-/Altersrente erblickt, wo eine Besitzstandsgarantie fehlt (vgl. BGE 131 V 388). Nicht diskriminierend ist schliesslich das Erfordernis der Erfüllung eines Mindestbeitragsjahres, damit eine Rente der IV gewährt wird (BGE 131 V 396 ff.).

³⁰ Vgl. dazu den umfassenden Überblick bei BUCHER, *Rechtsprechung FZA*, 49 ff.

³¹ Dazu Art. 6 Abs. 3 KVV sowie BGE 131 V 173.

³² Vgl. BGE 132 V 312 (vollständig veröffentlicht in SVR 2006 KV Nr. 33, K 25/05).

³³ Dazu BGE 132 V 53.

³⁴ Dazu BGE 132 V 244.

³⁵ Dazu BGE 132 V 184.

³⁶ Dazu BGE 131 V 228 f.

³⁷ Dazu BGE 132 V 196.

Wichtig – wenn auch nicht immer genügend erkannt – sind die Auswirkungen des Beschäftigungslandsprinzips, das gestützt auf die Bestimmungen des FZA im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU gilt³⁸. Danach ergibt sich bei internationalen Verhältnissen grundsätzlich ein (einziges) Beschäftigungsland, welches das Sozialversicherungsstatut bestimmt. Dabei können die massgebenden Anknüpfungskriterien gelegentlich zu unerwarteten Ergebnissen führen; so kann die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit im Staat B – etwa der Antritt eines Verwaltungsratsmandates – einer im Staat A wohnenden selbstständig erwerbenden Person dazu führen, dass im Staat B für die gesamten Erwerbseinkommen Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind³⁹.

Selbstverständlich kann aber die Unterstellung unter das schweizerische Sozialversicherungssystem nicht mit dem einzigen Ziel vorgenommen werden, hier später eine Leistung beziehen zu können⁴⁰.

III. AHV-Beiträge

1. Beiträge der Unselbstständigerwerbenden, insbesondere im Zusammenhang mit Sozialplänen

a) Bei den Unselbstständigerwerbenden wird zur Bemessung auf den massgebenden Lohn abgestellt⁴¹. Nicht immer fällt dessen Bestimmung leicht. Zu besonderen Fragen Anlass geben in jüngster Zeit Leistungen, die im Zusammenhang mit *Sozialplänen* erbracht wurden. Dabei geht es oft um die Ausgangslage, dass die Arbeitgebenden durch einen Sozialplan verpflichtet werden, bestimmte Leistungen – etwa im Zusammenhang mit einer vorzeitigen Pensionierung oder mit der Vermittlung neuer Arbeitsstellen – zu erbringen; diese Leistungen gehen i.d.R. nicht an die Arbeitnehmenden, sondern beispielsweise an die Vorsorgeeinrichtung oder an eine besondere Stelle, welche im Zusammenhang mit dem Sozialplan geschaffen wurde.

b) Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass Leistungen, auf welchen bereits paritätische AHV-Beiträge erhoben wurden, nicht erneut berücksichtigt werden können, wenn es um die Erhebung von Nichterwerbstätigenbeiträgen geht⁴². Das Gericht geht davon aus, dass – nach Art. 7 lit. q AHVV – Leistungen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses massgebenden Lohn und damit Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit darstellen, wenn sie nicht unter Art. 8ter AHVV (Sozialleistungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) fallen. Wenn gestützt auf Art. 7 lit. q AHVV AHV-Beiträge bereits entrichtet wurden, sind die entsprechenden Leistungen des Arbeitgebers in ihrer Eigenschaft als Einkommen beitragsmässig abschliessend erfasst, und die einzelnen Rentenbetreffnisse unterliegen nicht mehr einer sonstigen AHV-Beitragspflicht. Die Renten verlieren nämlich ihren Charakter als massgebenden Lohn nicht und stellen deshalb insbesondere kein Renteneinkommen im Sinne von Art. 28 AHVV (Beiträge von Nichterwerbstätigen) dar. Das Bundesgericht schliesst aus, dass dasselbe Einkommen (in Rentenform ausgerichtete Leistung des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) zweimal, nämlich zunächst gestützt auf Art. 7 lit. q AHVV als

³⁸ Vgl. dazu Art. 14 ff. VO (EWG) 1408/71.

³⁹ Vgl. zur Fragestellung KIESER, Verwaltungsrat im Sozialversicherungsrecht .. Hinzuweisen ist darauf, dass gegenwärtig mit der BRD Lösungen gesucht werden, um die Problematik aufzufangen (dazu ..).

⁴⁰ Vgl. BGE 131 V 97 (bezogen auf die Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft); mit dem In-Kraft-Treten des FZA ist – wegen der Massgeblichkeit des Beschäftigungslandsprinzips – eine entsprechende Konstellation nur noch eingeschränkt möglich.

⁴¹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 AHVG.

⁴² Vgl. SVR 2005 AHV Nr. 6, H 242/04.

massgebender Lohn und später nochmals gestützt auf Art. 28 AHVV als Renteneinkommen einer nicht erwerbstätigen Person, beitragspflichtig wird.

Damit ist eine Frage beantwortet, die bislang kaum bemerkt wurde und zudem mit einer Ausgangslage zusammenhängt, die ihrerseits schwer einzuordnen ist. Die Begründung des Gerichts geht im Wesentlichen dahin, dass eine Erfassung der fraglichen Leistung als *massgebender Lohn* bereits erfolgt sei, weshalb nicht eine weitere Erfassung derselben Leistung als Teil des Renteneinkommens erfolgen könne. Dieser Überlegung des Gerichts ist zweifellos zuzustimmen.

Zu *ergänzen* wäre gegebenenfalls, dass diese Betrachtungsweise auch dazu führen könnte, den Status der Nichterwerbstätigkeit insgesamt zu ersetzen durch denjenigen der Erwerbstätigkeit⁴³. Dies würde gegebenenfalls dazu führen, dass die Nichterwerbstätigenbeiträge prinzipiell nicht zu leisten wären. – Zu prüfen ist ferner, ob die Ausgangslage, dass auf der Arbeitgeberzusatzleistung AHV-Beiträge bereits bezahlt wurden, nicht mit sich bringen müsste, dass die entsprechenden Beiträge an die Beiträge angerechnet werden, welche die betreffende Person als Nichterwerbstätige zu entrichten hat⁴⁴.

Die praktische Bedeutung dieser gerichtlichen Festlegung wäre erheblich, wenn sich das Urteil umsetzen liesse. Um die *Durchführungsschwierigkeiten* zu verstehen, ist ein Blick in das AHV-Beitragshebungssystem erforderlich. Nach Art. 29 Abs. 3 AHVV ermitteln die Ausgleichskassen das Renteneinkommen in Zusammenarbeit mit den Steuerbehörden, was bedeutet, dass diese gestützt auf die rechtskräftige Veranlagung für die direkte Bundessteuer die entsprechenden Renteneinkommenszahlen der Ausgleichskasse übermitteln⁴⁵. Die Steuerbehörden sind zweifellos – mangels erforderlicher Angaben in den Steuererklärungen – nicht in der Lage, die nach der Rechtsprechung nun massgebende Unterscheidung zwischen beitragsrechtlich relevanten und nicht-relevanten Renten vornehmen zu können. Vielmehr werden sie regelmässig das gesamte Renteneinkommen der Ausgleichskasse melden, was zur Folge hat, dass diese ohne weitere Abklärungen⁴⁶ die AHV-Beiträge gestützt auf die gemeldeten Zahlen erheben werden. Es muss bei dieser Ausgangslage von den beitragspflichtigen Personen erkannt werden, dass die Beitragsfestsetzung unzutreffend erfolgt. Dies wiederum setzt voraus, dass die Arbeitgebenden und die Pensionskassen, welche entsprechende „beitragsfreie“ Renten gewähren, die Bezügerinnen und Bezüger klar und wiederholt darauf hinweisen, dass die fehlende Erfassbarkeit den Ausgleichskassen mitzuteilen ist.

Noch weniger praktikabel wird die Ausscheidung zwischen zu erfassenden und nicht zu erfassenden Renten dort sein, wo auf der betreffenden Leistung zwar bereits AHV-Beiträge entrichtet wurden (weshalb sie bei der Festsetzung der Nichterwerbstätigenbeiträge eben nicht mehr berücksichtigt werden dürfen), dies aber – im Rahmen von Art. 8ter AHVV – nur für einen Teilbetrag der Renten erfolgte. Auf diese besondere Ausgangslage ist nachfolgend in Ziff. 4 einzugehen.

c) Die Frage, ob und gegebenenfalls gestützt auf welchen „Lohn“ bei einer vorzeitigen Pensionierung AHV-Beiträge zu entrichten sind, betrifft nicht nur – wie vorliegend – die pensionierte Person, welche Nichterwerbstätigenbeiträge zu entrichten hat. Vielmehr stellt sich die – vom Bundesgericht als Ausschlag gebend betrachtete – Ausgangslage so dar, dass gegebenenfalls bereits die Arbeitgeberin AHV-Beiträge zu entrichten hat, sofern die von ihr ausgerichtete Leistung als „massgebender Lohn“ zu betrachten ist. Mithin ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen Leistungen im Zusammenhang mit der vorzeitigen Pensionierung

⁴³ Vgl. zu den Voraussetzungen Art. 28bis AHVV.

⁴⁴ Dazu Art. 30 AHVV.

⁴⁵ Vgl. Art. 29 Abs. 6 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 AHVV.

⁴⁶ Vgl. zur Verbindlichkeit der Steuermeldungen Art. 23 Abs. 4 AHVV.

als *massgebender Lohn* gelten. Zu denken ist etwa an folgende Leistungen der Arbeitgeberin, deren „Lohncharakter“ abzuklären ist:

- Leistungen der Arbeitgeberin an die Pensionskasse, damit sie Überbrückungsrenten ausrichten kann;
- Leistungen der Arbeitgeberin an die Pensionskasse, damit die wegen des vorzeitigen Bezuges eintretenden Rentenkürzungen rückgängig gemacht werden können;
- Leistungen der Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer in Form von Zuschussleistungen oder freiwilligen Renten mit Überbrückungscharakter;
- Leistungen der Arbeitgeberin in patronale Fonds, aus welchen Leistungen an den Arbeitnehmer gewährt werden;
- Leistungen der Arbeitgeberin in Zusammenhang mit Kaderplänen oder „bel-étage“-Lösungen.

Zu klären ist also, unter welchen Voraussetzungen solche Leistungen des Arbeitgebers als massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 AHVG zu betrachten sind, was gegebenenfalls zu Beitragszahlungen an die AHV führt.

Die Frage ist nach Massgabe von (1) Art. 8 lit. a AHVV, von (2) Art. 8ter Abs. 1 lit. c AHVV und von (3) Art. 8 Abs. 1 lit. d AHVV zu klären.

Zu *Art. 8 lit. a AHVV*: Reglementarische Beiträge des Arbeitgebers an Vorsorgeeinrichtungen sind prinzipiell beitragsfrei. Es muss sich um „normierte“ Beiträge handeln, die „geschuldet“ sind⁴⁷ und nicht nach Gutdünken erbracht werden. Letzteres ist etwa der Fall, wenn ein patronaler Wohlfahrtsfonds finanziert wird⁴⁸.

Zu *Art. 8ter Abs. 1 lit. c AHVV*: Als beitragsfrei werden hier Leistungen „im Rahmen einer Vorruhestandsregelung“ bezeichnet, wobei eine quantitative Beschränkung auf acht Monatslöhne erfolgt. Noch nicht hinreichend geklärt ist, wodurch sich eine solche Vorruhestandsregelung auszeichnet. Nach der – strengen – Verwaltungspraxis soll es sich so verhalten, dass die entsprechende Regelung für die gesamte Belegschaft gelten muss⁴⁹, was ausschliessen würde, dass eine im Rahmen eines Sozialplanes erfolgende Vorruhestandsregelung erfasst wäre. Immerhin ist auf ein kantonales (nicht rechtskräftiges) Urteil zu verweisen, wonach auch Leistungen im Rahmen von Sozialplänen unter diese Bestimmung zu subsumieren sind⁵⁰.

Zu *Art. 8ter Abs. 1 lit. d AHVV*: Bei dieser Bestimmung, welche die allfällige Beitragsbefreiung ebenfalls auf acht Monatslöhne beschränkt, handelt es sich um die eigentliche „Sozialplanbestimmung“, ohne dass dieser Begriff Verwendung finden würde⁵¹. Freilich schliesst der gewählte Wortlaut („Betriebsschliessung oder Betriebszusammenlegung“) die Anwendung auf Sozialpläne in grösseren Unternehmen aus, weil hier auch im Rahmen von Sozialplanlösungen nicht zwingend der Betrieb geschlossen oder zusammengelegt wird. Damit ist die Anwendung der Bestimmung effektiv eingeschränkt auf kleinere Unternehmen, was die Frage der Gesetz- und Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung aufwirft.

d) Damit ergibt sich, dass die vom Bundesgericht berücksichtigte Ausgangslage – Erfassung der fraglichen Leistung als massgebender Lohn – ausserordentlich heikel zu beurteilen ist, wobei (angesichts der sehr restriktiven Umschreibung der Ausnahmen von einer solchen Charakterisierung) bei vielen Sachverhalten die AHV-Beitragspflicht bejaht wird. Dies bringt die Schwierigkeit mit sich, dass bei der zeitlich erst später sich stellenden

⁴⁷ Dazu AHI-Praxis 2004 256 f.

⁴⁸ Dazu AHI-Praxis 1996 273.

⁴⁹ Dazu Rz. 2102 der Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML); vgl. dazu auch BRECHBÜHL, Sozialpläne und Altersvorsorge, 222 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu ..

⁵¹ Dazu AHI-Praxis 2000 255.

Frage der Bemessung der AHV-Nichterwerbstätigenbeiträge eine Ausgangslage zu berücksichtigen ist, die den Beitragspflichten oft nicht bekannt ist und in durchführungstechnischer Hinsicht kaum mehr zu bewältigen ist.

Zu denken ist *beispielsweise* an eine periodische Leistung des Arbeitgebers im Rahmen einer Vorruhestandsregelung, die – nach Art. 8ter Abs. 1 lit. c AHVV – im Umfang von acht Monatslöhnen beitragsbefreit ist, im Mehrbetrag demgegenüber als massgebender Lohn gilt. Nach der Verwaltungspraxis werden hier die Rentenleistungen bei der erstmaligen Auszahlung kapitalisiert, und es werden die AHV-Beiträge einmalig erhoben⁵². Bei den Nichterwerbstätigenbeiträge, die jährlich zu bezahlen sind, muss demgegenüber in jedem Beitragsjahr geklärt werden, in welchem Umfang die betreffende Leistung nicht mehr zu erfassen ist (weil eben AHV-Beiträge bereits bezahlt wurden) und in welcher Höhe der bereits bezahlte AHV-Beitrag an den Nichterwerbstätigenbeitrag anzurechnen ist. Der Vollständigkeit halber ist letztlich auf das Problem des Eintrages im *individuellen Konto* des Arbeitnehmers hinzuweisen, das sich insbesondere bei der vorerwähnten einmaligen Erhebung des AHV-Beitrags stellt.

Bei diesem Ergebnis stellt sich die Frage, ob die AHV-rechtliche Behandlung von Sozialleistungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht grundlegend zu *vereinfachen* wäre. Gerade Leistungen eines Unternehmens im Rahmen von Sozialplänen dürften – auch im Hinblick auf die sozialpolitisch gewünschte grosszügige Ausgestaltung von Sozialplänen – nicht als beitragspflichtiges Lohneinkommen betrachtet werden.

e) Zusammenfassend sind somit folgende *Empfehlungen* notwendig:

- *Arbeitgeberin*: Es ist bei vorzeitigen Pensionierungen der allfälligen AHV-Beitragspflicht besondere Beachtung zu schenken. Sofern Leistungen im Zusammenhang mit der vorzeitigen Pensionierung als „Lohn“ qualifiziert werden, ist der Arbeitnehmer zu informieren, damit dieser bei der Bemessung der Nichterwerbstätigenbeiträge auf diese Ausgangslage hinweisen kann.

- *Arbeitnehmer*: Es ist abzuklären, ob auf Leistungen, die nach der vorzeitigen Pensionierung ausgerichtet werden, bereits AHV-Beiträge entrichtet wurden. Bei Bejahung dieser Frage ist zu prüfen, ob allenfalls der Nichterwerbstätigenstatus durch den Erwerbstätigenstatus abgelöst wird und ob allenfalls die bereits entrichteten AHV-Beiträge an die Nichterwerbstätigenbeiträge anzurechnen sind.

- *Pensionskasse*: Es ist bei der Arbeitgeberin abzuklären, ob gegebenenfalls auf bestimmten Leistungen bereits AHV-Beiträge bezahlt wurden; gegebenenfalls sind die Rentenempfängerinnen und -empfänger entsprechend zu informieren.

- *Verordnungsgeber*: Die heutige Verordnungsregelung ist weit zu kompliziert und führt in der Praxis zu oft zu fehlerhaften Beitragserhebungen und zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten. Sie ist unter Berücksichtigung der bisherigen Erfahrungen zu vereinfachen.

2. Beiträge der Selbstständigerwerbenden

2.1. Abgrenzung der selbstständigen und der unselbstständigen Erwerbstätigkeit

Häufigen Gegenstand von Auseinandersetzungen mit AHV-Ausgleichskassen bildet die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit. Dabei wurde die prinzipielle Klärung des Beitragsstatuts als möglicher Gegenstand einer Feststellungsverfügung betrachtet, wobei i.d.R. das Interesse der beitragspflichtigen Person,

⁵² Vgl. dazu die Umrechnungsfaktoren im Anhang zur Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML).

eine solche Verfügung zu erhalten, verneint wurde. Diese langjährige Praxis kann nicht mehr weitergeführt werden, nachdem das EVG entschieden hat, dass die Bestimmung des Beitragsstatuts auf Rechte und Pflichten abziele und mithin nicht eine Feststellungsverfügung, sondern eine Gestaltungsverfügung vorliege⁵³.

In einem konkreten Fall hatte das EVG zu entscheiden, ob die Beteiligung an einem Berater-Pool eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit beinhaltet. Das Gericht legte fest, dass jedenfalls die Unternehmung, welche den Pool betrieb, nicht als Arbeitgeberin in Frage kommt⁵⁴.

2.2. Bestimmung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit

2.2.1. Prinzip

Wie das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zu bestimmen ist, legt Art. 9 AHVG fest. Es ist vom rohen Einkommen auszugehen, und es sind davon bestimmte Elemente abzuziehen. Generell wird dabei auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer⁵⁵ abgestellt.

2.2.2. Verlustverrechnung

Nicht immer fällt leicht, die massgebenden *DBG-Vorschriften* von den nicht zu berücksichtigenden Bestimmungen abzugrenzen. Dies gilt etwa bei der Frage der Verlustverrechnung. Vom rohen Einkommen abzuziehen sind nach Art. 9 Abs. 2 lit. c AHVG Geschäftsverluste, die eingetreten und verbucht worden sind. Nach der Rechtsprechung ist eine Verrechnung von Verlusten mit Gewinnen nur innerhalb derselben Bemessungsperiode zugelassen⁵⁶. Diese Rechtsprechung – wie auch die darauf bezogene Literatur – lässt also prinzipiell eine Verrechnung von Verlusten eines Geschäftsjahres mit Gewinnen eines anderen Geschäftsjahres zu, beschränkt diese Möglichkeit aber auf die – damals gegebene und gerichtlich einbezogene – zweijährige Bemessungsperiode. Zwischenzeitlich erfolgte freilich der Wechsel auf die Gegenwartsbemessung mit einer einjährigen Bemessungsperiode. Damit fragt sich, ob an der aufgezeigten Rechtsprechung festgehalten werden kann⁵⁷.

Auszugehen ist von Art. 9 Abs. 2 lit. c AHVG, wo die prinzipielle Berücksichtigung von Geschäftsverlusten festgehalten wird. Nach Art. 18 Abs. 1 AHVV sind sowohl für die Ausscheidung wie auch für das Ausmass der – prinzipiell zugelassenen – Abzüge die Vorschriften über die direkte Bundessteuer massgebend. Dabei fällt ins Gewicht, dass Art. 31 DBG eine weitergehende Verlustverrechnung zulässt. Dieser Gesichtspunkt spricht für die Übernahme der steuerrechtlichen Verrechnungsmöglichkeit in die AHV. Ein massgebender Unterschied der AHV-rechtlichen zur steuerrechtlichen Betrachtungsweise liegt aber darin, dass bei der steuerrechtlich zulässigen Verrechnung auf das gesamte steuerbare Einkommen abgestellt wird, während die AHV-rechtliche Beitragspflicht ausschliesslich auf das Erwerbseinkommen abstellt und eine direkte Relation der Beiträge zu diesem Einkommen

⁵³ Vgl. BGE 132 V 257 ff.; Kritik am Urteil durch UELI KIESER, Urteilsbesprechung, AJP 2007 ..

⁵⁴ Dazu SVR 2005 AHV Nr. 3, H 7/03 sowie H 10/03.

⁵⁵ DBG, vom 14. Dezember 1990, SR 642.11.

⁵⁶ Vgl. den grundlegenden Entscheid EVGE 1960 31 ff. und die Bestätigung in ZAK 1988 452 f.; vgl. ferner KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen, 202; KÄSER, Auswirkungen des DBG, 61; BÖHI, Einkommensbegriff, 136.

⁵⁷ In einem unveröffentlichten Entscheid vom 4. Dezember 2003, H 255/03, hat das Bundesgericht dies getan; die Begründung geht dahin, es fehle bei AHV-Vorschriften an einer vorauszusetzenden diesbezüglichen Sonderbestimmung.

anstrebt. Eine entsprechende Übernahme der Verrechnungsmöglichkeit würde sodann eine Ungleichbehandlung mit Beitragspflichtigen mit sich bringen, welche den Verlust aus der selbstständigen Tätigkeit mit dem Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit nicht verrechnen können⁵⁸. Insoweit erscheint als zutreffender, die weitergehende steuerrechtliche Verrechnungsmöglichkeit aus AHV-spezifischen Überlegungen bei der Festsetzung von AHV-Beiträgen nicht zuzulassen⁵⁹.

2.2.3. Einzelne Elemente des massgebenden Einkommens

Mit Art. 17 AHVV wird bei der Umschreibung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit eine Harmonisierung zwischen dem Beitragsrecht der AHV und dem Steuerrecht vorgenommen⁶⁰. Diese Betrachtungsweise führte das EVG dazu, einen Schulderlass im Rahmen der Bestimmung des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen; dies gilt freilich nur dort, wo der Forderungsverzicht eine Geschäftsschuld betrifft⁶¹.

Besondere Fragen werfen die *Abzugsmöglichkeiten* von Beiträgen an die Sozialversicherungen auf. Auszugehen ist von Art. 9 Abs. 2 lit. d AHVG, der mit sich bringt, dass AHV/IV/EO-Beiträge Teil des beitragspflichtigen Einkommens bilden und mithin ahv-rechtlich aufzurechnen sind; hier besteht also zwischen dem Steuerrecht, das einen Abzug zulässt⁶², und dem AHV-Recht ein Unterschied. Diese besondere Betrachtungsweise führt zu Vorgehensschwierigkeiten, wenn mit Blick auf zu leistende AHV/IV/EO-Beiträge Rückstellungen vorgenommen wurden, welche in der Folge – gegebenenfalls – nicht benötigt werden⁶³. In manchen Fällen sind die Steuerbehörden nicht in der Lage, der Ausgleichskasse die steuerlich abgezogenen AHV/IV/EO-Beiträge zu melden; damit die entsprechende ahv-rechtliche Aufrechnung erfolgen kann, muss in solchen Fällen die Ausgleichskasse die erforderlichen Abklärungen selbst treffen⁶⁴.

Eine besondere Regelung gilt nach Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG für die Einlagen in Einrichtungen der beruflichen Vorsorge; hier erfolgt ein Abzug insoweit, als die Einlage dem üblichen Arbeitgeberanteil entspricht. Bei Selbstständigerwerbenden ohne Arbeitnehmende entspricht der abzugsberechtigte Teil der Einlage höchstens der Hälfte der laufenden Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung⁶⁵; die Abzugsmöglichkeit bezieht sich dabei auch auf Einlagen zum Einkauf in fehlende Beitragsjahre⁶⁶. Nicht abgezogen werden können nach der Rechtsprechung Einlagen in die Säule 3a⁶⁷.

⁵⁸ Dazu AHI-Praxis 1988 453; SVR 1999 AHV Nr. 11; die Zulassung einer entsprechenden Verrechnung würde eine – gerade fehlende – Gesetzesbestimmung voraussetzen und wäre zudem mit Blick auf die Versicherungsdeckung von Unselbstständigerwerbenden nicht zutreffend.

⁵⁹ Eine Verrechnung wird auch von der Rechtsprechung nicht zugelassen (vgl. SVR 2005 AHV Nr. 16, H 174/04; SVR 2006 AHV Nr. 17, E. 5, H 46/05). Ablehnend wohl auch BÖHI, Einkommensbegriff, 136.

⁶⁰ So SVR 2006 AHV Nr. 4, E. 3.2, H 17/05.

⁶¹ Vgl. SVR 2006 AHV Nr. 4, H 17/05 (Präzisierung von BGE 98 V 186); bestätigt in SVR 2006 AHV Nr. 17, H 46/05.

⁶² Vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG.

⁶³ Nach SVR 2004 AHV Nr. 6, H 243/01, hat bei einer Auflösung von Rückstellungen die AHV-Ausgleichskasse eine nachträgliche Korrektur vorzunehmen, welche sich auf dasjenige Beitragsjahr bezieht, in welchem die unzulässige Rückstellung vorgenommen wurde (dazu auch KIESER, AHV, Rz. 117).

⁶⁴ Nach SVR 2006 AHV Nr. 5, H 185/04, ist dabei in analoger Anwendung von Art. 23 Abs. 5 AHVV vorzugehen.

⁶⁵ Vgl. BGE 132 V 209; es geht um die Bestimmung des „üblichen Arbeitgeberanteils“ nach Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG.

⁶⁶ Vgl. BGE 129 V 299.

⁶⁷ Vgl. BGE 115 V 339 f. (Kritik an der Rechtsprechung bei KIESER, AHV, Rz. 122).

IV. Unfallbegriff

Das schweizerische Sozialversicherungsrecht misst der Abgrenzung zwischen Krankheit einen Unfall einen herausragenden Stellenwert zu, der insbesondere die Leistungsgewährung in besonderem Masse prägt⁶⁸. Deshalb steht die Abgrenzung des Unfalles von sonstigen Ereignissen, welche gesundheitliche Einbussen nach sich ziehen, im Zentrum von überaus zahlreichen Auseinandersetzungen⁶⁹.

Zu Auseinandersetzungen Anlass geben dabei oft *Schock- oder Schreckereignisse*⁷⁰. Ein solches Ereignis wird nur als Unfall anerkannt, wenn es sich in unmittelbarer Gegenwart der betroffenen Person abgespielt hat und zudem von grosser Heftigkeit war. Dies wurde etwa verneint bei einer Spitalangestellten, welche sich versehentlich mit einer (bereits benutzten) Injektionsnadel stach⁷¹, oder bei einem Vorgesetzten, dessen Mitarbeiter bei einem Sturz in den Ofen eines Kehrriechverbrennungswerkes starb⁷².

Die Unfalldefinition verlangt den Nachweis eines *ungewöhnlichen Faktors*. Ein solcher wurde verneint, als die betroffene Person sich bei einem Zusammenstoss von sog. „Putsch-Autos“ auf einer Scooter-Bahn einen Zahnschaden zuzog⁷³. Am ungewöhnlichen Faktor fehlt es auch beim Biss auf ein im Wildfleisch sich befindliches Schrottkügelchen⁷⁴. Dabei muss – gerade bei Zahnunfällen – der Ausgangslage Rechnung getragen werden, dass der Beweis des ungewöhnlichen Gegenstandes – etwa des Steinchens im Reisgericht⁷⁵ – auch gelingen muss. Wie heikel die Abgrenzung des ungewöhnlichen Faktors ist, zeigen schliesslich etwa Zwischenfälle beim Reitsport, wo zwischen dem blossen Stolpern eines Pferdes (kein Unfall) und dem Einknicken des Pferdes mit beiden Vorderbeinen (Unfall) unterschieden werden muss⁷⁶.

Der Unfallbegriff hat auch im Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen seine Bedeutung. Sofern ein krasser Verstoss gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht vorliegt, wird ein Unfall – ein sog. *accident médical* – angenommen⁷⁷. Dies wurde in einem Anwendungsbeispiel bejaht, als bei der Entfernung eines Blasenkatheters ein Teilstück von erheblicher Länge im Körper verblieb⁷⁸.

V. Somatoforme Schmerzstörungen und analoge gesundheitliche Einschränkungen

Nach Art. 6 ATSG setzt die Arbeitsunfähigkeit eine massgebende „Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit“ voraus, wobei sie durch diese Einschränkung „bedingt“ sein muss. Damit ist ausschlaggebend, weshalb die Unfähigkeit

⁶⁸ Zum Unfallbegriff grundsätzlich vgl. MEYER-BLASER, Funktion und Bedeutung des Unfallbegriffes, 275 ff. Übersicht über die neueste Rechtsprechung bei AUSFELD, Ungewöhnlicher Faktor, 22 ff. – Kritik an der Massgeblichkeit der Abgrenzung zwischen Unfall bei Krankheit bei KIESER, Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination, ..

⁶⁹ Zur Unfalldefinition vgl. Art. 4 ATSG. Auch nach In-Kraft-Treten dieser Bestimmung am 1. Januar 2003 behält die bisherige Rechtsprechung ihre Massgeblichkeit; vgl. SVR 2005 UV Nr. 3, E. 1.2, U 123/04.

⁷⁰ Vgl. dazu die Übersicht bei FRÉSARD/MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, Rz. 77.

⁷¹ Vgl. BGE 129 V 404 f.

⁷² Vgl. SVR 2004 UV Nr. 6, U 273/02; es fehlte am Erfordernis der unmittelbaren Gegenwart.

⁷³ Urteil des EVG vom 4. November 2005, K 90/03. Die Begründung geht dahin, dass Kollisionen mit anderen Autos gerade gesucht werden (was der Schreibende als gelegentlicher Mitfahrer solcher Autos für sich entschieden anders erlebt).

⁷⁴ Vgl. Urteil des EVG vom 18. Oktober 2005, U 367/04.

⁷⁵ Vgl. Urteil des EVG vom 13. April 2006, K 41/05.

⁷⁶ Dazu SVR 2006 UV Nr. 18, U 296/05.

⁷⁷ Vgl. dazu allgemein LARGIER, Behandlung, passim.

⁷⁸ Vgl. SVR 2005 UV Nr. 15, U 56/01.

entstanden ist, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Die rechtliche Betrachtungsweise weicht deshalb vom *bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell* ab, das in der Medizin seit langer Zeit benutzt wird⁷⁹. Ausgeschlossen werden also soziale Umstände wie etwa soziokulturelle Faktoren⁸⁰, die als invaliditätsfremde Faktoren verstanden werden. Zunehmend wird diskutiert, ob es auch sog. „lexigene“ Faktoren gibt, welche eine Erklärung für die nicht objektivierbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen zu liefern vermögen⁸¹. Solche Diskussionen sind wichtig, wobei sie keineswegs die erforderliche umfassende Forschung mit Blick auf die noch nicht mögliche Objektivierbarkeit verdrängen können⁸²; es kann zudem nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine Objektivierung auch gestützt auf subjektive Angaben zulässig ist⁸³.

Die neuere Rechtsprechung hatte sich in verschiedenen Entscheiden mit dieser Abgrenzung zu befassen. Dabei wurde bei bestimmten gesundheitlichen Einschränkungen generell festgelegt, dass diese nicht geeignet sind, eine Arbeitsunfähigkeit zu bewirken. Dies betraf zunächst die somatoforme Schmerzstörung⁸⁴. Hier wurde in einem ersten Leitentscheid aus dem Jahr 2004 festgelegt, dass eine solche Störung in der Regel nicht geeignet ist, eine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken. Davon ist nur bei bestimmten, im Einzelnen umschriebenen besonderen Begleitumständen (wie chronische körperliche Begleiterscheinungen oder unbefriedigende Behandlungsergebnisse) abzusehen⁸⁵; diese sind sorgfältig abzuklären, wobei sowohl die für wie auch die gegen eine Leistungspflicht der Versicherung sprechenden Aspekte einzubeziehen sind⁸⁶. Jedenfalls muss aber die somatoforme Schmerzstörung entsprechend diagnostiziert sein, wobei dafür auf die Vorgaben eines anerkannten Klassifikationssystems abgestellt werden muss⁸⁷. Aus medizinischer Sicht wird dieser Rechtsprechung entgegengehalten, dass sie zu direkt auf einen Kriterienkatalog abstellt und diesen zudem nicht in zutreffender Übernahme der medizinischen Vorarbeiten zusammenstellt⁸⁸.

Diese zur somatoformen Schmerzstörung entwickelte Rechtsprechung wurde in der Folge ebenfalls auf die Fibromyalgie bezogen⁸⁹. Gefordert wird zudem, dass weitere gesundheitliche Einschränkungen entsprechend erfasst werden⁹⁰.

VI. Invaliditätsgradsbestimmung

1. Allgemeines

⁷⁹ Dazu JEGER, Somatoforme Schmerzstörung, 166 ff., 199 f.

⁸⁰ Vgl. BGE 127 V 299 f.

⁸¹ Vgl. dazu etwa MURER, Ursache des Risikoeintritts, 639 ff.

⁸² Zu begrüssen sind deshalb entsprechende Forschungsprojekte; vgl. für ein aktuelles Vorhaben ..Universität Bern..

⁸³ Beispiel bildet etwa der Tinnitus, wo weitgehend gestützt auf subjektive Angaben eine objektive Bestimmung des Ausmasses der Einschränkung erfolgt; vgl. dazu etwa die Kriterien zur Festsetzung der unfallversicherungsrechtlich massgebenden Integritätseinbusse; dazu SUVA-Tabelle ..

⁸⁴ Vgl. dazu aus der Literatur MEYER, Arbeitsunfähigkeitsschätzung bei somatoformen Schmerzstörungen, 211 ff.

⁸⁵ Vgl. BGE 130 V 354 f. – Für ein nachfolgendes Anwendungsbeispiel vgl. SVR 2005 IV Nr. 33, I 770/03.

⁸⁶ Dazu BGE 131 V 49. Das Rubrum des Entscheides ist unglücklich abgefasst, weil die erforderliche allseitige Prüfung der Umstände nicht aufgenommen wird; im wiedergegebenen Urteilstext findet das Rubrum denn auch keine Entsprechung.

⁸⁷ Dazu BGE 130 V 402 f.

⁸⁸ Es geht im Wesentlichen um die Massgeblichkeit der sog. Foerster-Kriterien; vgl. für eine Kritik aus medizinischer Sicht JEGER, Somatoforme Schmerzstörung, v.a. 191 ff.

⁸⁹ Vgl. BGE 132 V 65.

⁹⁰ Vgl. dazu MURER, Ursache des Risikoeintritts, 649, der etwa die Borreliose, das Chronique Fatigue Syndrom oder „verborgene Allergien“ erwähnt.

Ein wesentlicher Teil der sozialversicherungsrechtlichen Leistungen hängt von der Invalidität – einem der zentralen Sozialen Risiken – ab. Dabei kommt der zutreffenden Bestimmung des Invaliditätsgrades eine herausragende Bedeutung zu. In prinzipieller Hinsicht ist nach Art. 16 ATSG vorzugehen, der einen Einkommensvergleich festlegt; dem Valideneinkommen ist das Invalideneinkommen gegenüberzustellen. Die gesetzliche Regelung ist knapp, und es beantwortet insbesondere Art. 16 ATSG nicht alle aufgeworfenen Fragen; so fehlt es etwa an der Regelung der Frage, wie bei Teil- oder Nichterwerbstätigen der Invaliditätsgrad zu bestimmen ist⁹¹. Der Gesetzgeber wollte offenbar nicht eine für den gesamten Sozialversicherungsbereich einheitlichen Invaliditätsgrad einführen, sondern in den einzelnen Sozialversicherungen weiterhin singuläre Lösungen ermöglichen⁹².

Was die Festlegung des *Valideneinkommens* betrifft, kommt dabei praxisgemäss den vor Eintritt des Gesundheitsschadens erzielten Einkommen erhebliche Bedeutung zu. Freilich müssen diese Einkommen den in der Folge eingetretenen Entwicklungen – etwa Lohnerhöhungen – angepasst werden. Gewährt der konkrete Arbeitgeber wegen wirtschaftlichen Gründen keine solchen Erhöhungen, kann in einer ersten Phase auf eine solche Anpassung verzichtet werden; dauert dieser Zustand aber einige Jahre an, muss davon ausgegangen werden, dass die betreffende Person die Arbeitsstelle gewechselt hätte, und es ist in der Folge auf die vom Bundesamt für Statistik ermittelte Nominallohnentwicklung abzustellen⁹³.

Besonders schwierig fällt oft die Bestimmung des Invaliditätsgrades bei *Teilerwerbstätigen*. Hier hat das Bundesgericht vor einiger Zeit einen Grundsatzentscheid getroffen, der regelt, wie im Bereich der IV im erwerblichen Bereich der Teilinvaliditätsgrad zu bestimmen ist⁹⁴; es geht dabei um die Frage, wie die hier bei solchen Sachverhalten massgebende gemischte Methode⁹⁵ konkretisiert wird. An dieser Rechtsprechung hält das Gericht – trotz in der Lehre erhobenen Einwänden und unter Korrektur einer nachfolgend entwickelten kantonalen Rechtsprechung – fest⁹⁶. Ebenfalls festgehalten wird an der Rechtsprechung, wonach die Methode der Invaliditätsbemessung nach dem hypothetischen Status einer versicherten Person bestimmt wird, d.h. danach, ob die betreffende Person ohne gesundheitliche Einbusse erwerbstätig, nichterwerbstätig oder teilerwerbstätig wäre⁹⁷.

Erhebliche Auswirkungen hat die gerichtliche Festlegung, dass bei teilerwerbstätigen Personen die Invaliditätsbemessung ausschliesslich unter Berücksichtigung der erwerblichen Einbusse erfolgt, wenn daneben nicht eine Tätigkeit im sog. Aufgabenbereich ausgeübt wird⁹⁸. Zu denken ist an Personen, die neben ihrer Teilerwerbstätigkeit beispielsweise ein Hobby ausüben⁹⁹.

Im Sozialversicherungsbereich ist darauf zu achten, dass eine *einheitliche Bestimmung* des Invaliditätsgrades erfolgt, soweit entsprechende Invaliditätsbegriffe vorliegen. So verhält

⁹¹ Deshalb kommt bei diesen Fragen der einzelgesetzlichen Regelung eine wichtige Funktion zu; vgl. dazu insbesondere Art. 28 Abs. 2bis und Abs. 2ter IVG.

⁹² So BGE 130 V 395.

⁹³ So SVR 2005 UV Nr. 11, U 66/02.

⁹⁴ Vgl. BGE 125 V 146; massgebend ist, dass dem ohne gesundheitliche Einbussen erzielbaren Einkommen aus der Teilerwerbstätigkeit (Valideneinkommen) das unter Berücksichtigung der entsprechenden Einbussen insgesamt noch erzielbare Einkommen gegenübergestellt wird (Invalideneinkommen).

⁹⁵ Dazu Art. 28 Abs. 2ter IVG.

⁹⁶ Vgl. SVR 2006 IV Nr. 42, I 156/04.

⁹⁷ Dazu SVR 2005 IV Nr. 21, I 294/04.

⁹⁸ Vgl. BGE 131 V 51.

⁹⁹ Anwendungsbeispiel: A ist zu 60 % erwerbstätig (angenommenes Einkommen: Fr. 60'000.- = Valideneinkommen) und setzt die anderen 40 % für ein Hobby ein; wegen Rückenschmerzen kann A nur noch zu 60 % erwerbstätig sein (und kann daraus ein Einkommen von 60'000.- = Invalideneinkommen) erzielen. Im Vergleich der massgebenden Einkommen ergibt sich ein Invaliditätsgrad von 0 %. Wäre A neben der 60 %-igen Tätigkeit in einem Aufgabenbereich – etwa im Haushalt – tätig gewesen, hätte zusätzlich die Einbusse im Haushalt berücksichtigt werden müssen.

es sich insbesondere im Verhältnis IV – berufliche Vorsorge. Die Vorsorgeeinrichtung ist gemäss ständiger Rechtsprechung an den durch die IV-Stelle ermittelten Invaliditätsgrad sowie an den Zeitpunkt des Beginnes der Invalidität gebunden und ist dabei in das Entscheidungsverfahren der IV-Stelle einzubeziehen¹⁰⁰. Unterlässt die IV-Stelle den entsprechenden Einbezug, entfällt freilich diese Bindungswirkung; das Bundesgericht bezeichnet es als unzutreffend, bei einer solchen Ausgangslage der Vorsorgeeinrichtung den Rechtsmittelweg nachträglich zu eröffnen¹⁰¹. Keine entsprechende Bindung besteht im Verhältnis IV – Unfallversicherung, was mit sich bringt, dass die Unfallversicherung nicht befugt ist, ein Rechtsmittel gegen den entsprechenden Entscheid der IV-Stelle zu erheben¹⁰².

2. Geringfügige Aenderungen des Invaliditätsgrades

2.1. Rechtsprechung zur Erheblichkeit

a) Die Rechtsprechung hatte in einer Vielzahl von Fällen zu beurteilen, ob bei geringfügigen Veränderungen des Invaliditätsgrades eine Anpassung einer Rente vorzunehmen ist. Die nachstehende Zusammenstellung kategorisiert die Entscheide danach, ob eine Anpassung vorgenommen wurde oder nicht. Dabei erfolgt eine Beschränkung auf das Kriterium der Erheblichkeit der Aenderung¹⁰³.

b) Vornahme einer Anpassung:

- Verringerung des Invaliditätsgrades von 33 1/3 % auf 20 %¹⁰⁴,
- Wiedererlangung der Funktionsfähigkeit eines von bisher drei unbrauchbaren Fingern¹⁰⁵
- Erhöhung des Invaliditätsgrades von 10 % auf 15 %¹⁰⁶,
- Verringerung des Invaliditätsgrades von 75 % auf 65 %¹⁰⁷,
- Erhöhung des Invaliditätsgrades um 2 %, wenn deswegen eine höhere Rente der IV zugesprochen wird¹⁰⁸.

c) Verweigerung einer Anpassung:

- Veränderung des Invaliditätsgrades wegen blosser Konjunkturschwankungen¹⁰⁹,
- Veränderung des Invaliditätsgrades von 75 % auf 65 %, wenn sich zeigt, dass nur eine scheinbare Verbesserung eingetreten ist¹¹⁰,
- Erhöhung der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit um 5 % mit einer daraus resultierenden minimen zusätzlichen Erwerbsfähigkeit¹¹¹

¹⁰⁰ Dazu (und insbesondere zu den verfahrensrechtlichen Auswirkungen) BGE 129 V 73.

¹⁰¹ Vgl. BGE 132 V 1.

¹⁰² Vgl. BGE 131 V 362. – Dazu freilich auch SVR 2006 IV Nr. 30, I 493/03, wo festgehalten wird, dass gegebenenfalls die IV-Stelle ein Rechtsmittel gegen den Rentenentscheid der Unfallversicherung einreichen kann (vgl. E. 3.3.3).

¹⁰³ Nicht aufgeführt werden somit etwa Entscheide, wo eine Anpassung deshalb abgelehnt wurde, weil es bei diesem Institut nicht darum gehe, anfänglich unzutreffende Invaliditätsschätzungen zu korrigieren.

¹⁰⁴ SUVA-Jahresbericht 1977 5 f.

¹⁰⁵ SUVA-Jahresbericht 1979 13.

¹⁰⁶ EVGE 1956 98.

¹⁰⁷ EVGE 1939 128 f.

¹⁰⁸ Vgl. die Hinweise im unveröffentlichten Entscheid des EVG vom 9. Januar 2004, E. 3, I 571/03; hier wird ausgeführt, dass die Erheblichkeitsgrenze unterschiedlich festzulegen ist, wenn der bisherige Invaliditätsgrad bei 50 % oder bei 65 % liegt (wobei im damaligen Zeitpunkt ab 66 2/3 % eine ganze Rente der IV ausgerichtet wurde).

¹⁰⁹ EVGE 1968 189.

¹¹⁰ EVGE 1942 19 f.

¹¹¹ SUVA-Jahresbericht 1989 3.

- Verschlimmerung der gesundheitlichen Situation mit der allfälligen Folge einer Erhöhung des Invaliditätsgrades von 75 % auf 80 %¹¹²,
- Veränderung des Invaliditätsgrades von weniger als 5 %¹¹³.

2.2. Würdigung der Rechtsprechung

Die Anpassung der Dauerleistung steht im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Rechtsrichtigkeit. Zutreffend wird deshalb in Art. 17 ATSG eine Erheblichkeit verlangt, damit eine Anpassung der Dauerleistung erfolgen kann. Diese Erheblichkeit betrifft im Anwendungsbereich von Art. 17 ATSG zunächst den massgebenden Sachverhalt. Zwar bringt dies der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 ATSG mit Bezug auf die Rentenanpassung nicht zum Ausdruck, doch ist die Erheblichkeit der Sachverhaltsänderung selbstverständliche Anpassungsvoraussetzung.

Was die Erheblichkeit des Sachverhaltsänderung betrifft, ist davon auszugehen, dass diese in zeitlicher Hinsicht nicht bloss vorübergehend sein darf; dies findet Ausdruck in Art. 88a IVV sowie darin, dass die Frage der Anpassungen regelmässig nur in bestimmten Abständen (von bis zu drei Jahren) überprüft wird. Die Aenderung muss von einer gewissen Eindringlichkeit sein und jedenfalls so beschaffen sein, dass sie einsichtig ist; dies wird dadurch bestätigt, dass die auf Gesuch der versicherten Person hin erfolgende Anpassungsvoraussetzung nur erfolgt, wenn die Aenderung jedenfalls glaubhaft gemacht wird.

Was das allfällige prozentuale Ausmass der Aenderung angeht, kann nicht von einem unbedingt einzuhaltenden Mindestgrad der Aenderung ausgegangen werden. Die Erheblichkeit kann nämlich nicht einfach nach ihrer Auswirkung auf den Invaliditätsgrad beurteilt werden. Vielmehr bildet die Veränderung des Invaliditätsgrades lediglich eine weitere Voraussetzung, indem aus dem Kreis der erheblichen Sachverhaltsänderungen nur diejenigen Aenderungen massgebend sind, die sich zudem in einer rentenrelevanten Aenderung des Invaliditätsgrades auswirken. Wenn eine erhebliche Aenderung des Sachverhaltes auftritt, die sich in einem nur geringfügigen Ansteigen des Invaliditätsgrades äussert, wobei dies aber eine Veränderung des Rentenanspruchs bedeutet, muss eine Anpassung vorgenommen werden. Dies kann am folgenden Beispiel gezeigt werden: Valideneinkommen einer kaufmännischen Angestellten von Fr. 63'000.- (zusammengesetzt auf dem Einkommen aus der kaufmännischen Tätigkeit von Fr. 60'000.- und dem Nebeneinkommen von Fr. 1'000.- aus der Durchführung von ornithologischen Kursen); medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit im kaufmännischen Bereich von 50 % und im Kursbereich von 100 % und deshalb Annahme eines Invalideneinkommens von Fr. 31'000.-. Daraus resultiert ein Invaliditätsgrad von 48 %. Wegen einer neu hinzugetretenen Sehschwäche können die Kurse nicht weiter erteilt werden (die kaufmännische Tätigkeit kann hingegen unverändert weitergeführt werden), und das Invalideneinkommen sinkt geringfügig von 31'000.- auf 30'000.-. Die Aenderung des Sachverhaltes muss in einer Gesamtbetrachtung als erheblich bezeichnet werden. Der Invaliditätsgrad verändert sich zwar nur um 2 %, doch bringt dies eine rentenrelevante Aenderung mit sich. Es liegt also ein Anwendungsfall von Art. 17 Abs. 1 ATSG vor.

VII. Leistungspflicht der beruflichen Vorsorge in der weiter gehenden beruflichen Vorsorge¹¹⁴

¹¹² EVGE 1942 23.

¹¹³ Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Dezember 2006, IV 2006/41.

¹¹⁴ Vgl. dazu umfassend STAUFFER, Obligatorium und Überobligatorium, 37 ff.

1. Fragestellung

a) Es gehört zu den Kennzeichen der gesetzlichen Ausgestaltung der beruflichen Vorsorge, dass zwischen dem obligatorischen und dem Bereich der weiter gehenden beruflichen Vorsorge unterschieden wird. Freilich zeigt sich zugleich die klar fassbare Entwicklung, dass zunehmend Bestimmungen des obligatorischen Bereiches auch in der weiter gehenden beruflichen Vorsorge gelten¹¹⁵. Es stellt sich bei dieser Ausgangslage zunehmend die Frage, ob die – in der Praxis zu ausserordentlich schwierigen Anwendungsproblemen führende – Abgrenzung zutreffend vorgenommen wurde. Jedenfalls hat sich im Bereich der Krankenversicherung die strikte Trennung zwischen Grund- und Zusatzversicherung bewährt.

2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte eine Vielzahl von Fragen der Leistungspflicht in der weiter gehenden beruflichen Vorsorge zu klären. Es ist insbesondere auf folgende Entscheide hinzuweisen:

2.1. Risiko Alter

- BGE 132 V 149: Entscheide betreffend die Rentenkürzung bei vorzeitigem Altersrücktritt sind insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Destinatäre zu fällen.
- SVR 2005 BV Nr. 25, B 29/04: Ein Widerruf der gültig vorgenommenen Kapitaloption ist nicht mehr möglich, wenn eine dabei zu beachtende Frist abgelaufen ist¹¹⁶.

2.2 Risiko Invalidität

- BGE 130 V 372: In der weiter gehenden beruflichen Vorsorge ist nicht zwingend eine lebenslängliche Invalidenrente zu gewähren¹¹⁷.
- SVR 2005 BV Nr. 17, B 101/02: Wird eine teilinvalid Person von der neuen Vorsorgeeinrichtung vorbehaltlos aufgenommen, so ist sie im Bereich der weiter gehenden beruflichen Vorsorge zur Entrichtung der Leistungen verpflichtet, auch wenn im obligatorischen Bereich die frühere Vorsorgeeinrichtung zuständig bleibt.
- BGE 132 V 286: Der reglementarisch vorgesehene „feste Zuschlag“, der zu einer Invalidenpension ausgerichtet wird, ist nicht zwingend mit der Zusprache einer Rente der IV verbunden.

2.3. Risiko Tod

¹¹⁵ Vgl. dazu insbesondere Art. 49 BVG; daneben muss beachtet werden, dass das Freizügigkeitsgesetz in beiden Bereichen Anwendung findet; dasselbe gilt für die in Art. 1 ff. BVV 2 festgelegten allgemeinen Grundsätze der beruflichen Vorsorge.

¹¹⁶ Der Entscheid bezieht sich auf den zwischenzeitlich aufgehobenen Art. 37 Abs. 3 BVG; es ist noch offen, ob bezogen auf eine allfällige reglementarisch festgelegte Frist (dazu Art. 37 Abs. 4 lit. b BVG) analog entschieden wird.

¹¹⁷ Korrektur der Rechtsprechung gemäss BGE 127 V 259.

- BGE 131 V 27: Es besteht ein reglementarischer Anspruch auf ein Todesfallkapital, wenn die betreffende Person durch die verstorbene Person in erheblichem Masse unterstützt wurde; dies kann nicht so verstanden werden, dass zwingend mehr als die Hälfte des Unterhalts übernommen werden muss¹¹⁸.
- SVR 2006 BV Nr. 13, B 92/04: Eine (zulässige) Erklärung, wonach die reglementarisch vorgesehene Begünstigtenordnung geändert wird, kann auch auf testamentarischem Wege erfolgen.
- SVR 2006 BV Nr. 12, B 14/04: Gewährt das Reglement den ehelichen Kindern und den ihnen nach Gesetz gleichgestellten Kindern ein Anspruch auf eine Waisenrente, ist davon das Stiefkind erfasst.
- SVR 2006 BV Nr. 18, B 85/04: Die Vorsorgeeinrichtung kann den Anspruch des geschiedenen Ehegatten auf das Obligatorium beschränken, ohne dadurch das Verfassungsrecht zu verletzen.

2.4. Finanzierung

- BGE 132 V 127: Eine Verrechnung des Schadenersatzanspruchs der Vorsorgeeinrichtung mit dem Anspruch des Destinatärs auf Übertragung der Vorsorgemittel an die neue Vorsorgeeinrichtung ist nicht zulässig
- SVR 2005 BV Nr. 9, B 116/04: Ein Wiedereinkauf im Rahmen der übertragenen Austrittsleistung durch den geschiedenen Ehegatten ist nicht mehr zulässig, wenn die später zur Invalidität führende Arbeitsunfähigkeit bereits eingetreten ist¹¹⁹.

2.5. Sonstige Fragen

- BGE 132 V 149: Im Bereich der weiter gehenden beruflichen Vorsorge sind die Grundsätze der beruflichen Vorsorge und insbesondere die rechtsstaatlichen Minimalanforderungen (Willkürverbot, Rechtsgleichheit) zu beachten; insbesondere ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Destinatäre zu beachten.
- SVR 2005 BV Nr. 10, 2A.609/2004: Hat eine Arbeitgeberin die Generalvollmacht erteilt, das Reglement zu ändern und bezieht sich die vorgenommene Änderung auf die Höhe des Beitrages der Arbeitgeberin an die Vorsorgeeinrichtung, muss – mit Blick auf Art. 66 Abs. 1 Satz 3 BVG – der Arbeitgeberin die Möglichkeit offen stehen, den Anschlussvertrag zu kündigen.
- SVR 2005 BV Nr. 16, 2A.228/2005: Eine rückwirkende Reglementsänderung ist nicht ohne weiteres möglich; im konkreten Fall ist sie ausgeschlossen, weil sie eine bereits feststellbare Garantieleistung des Gemeinwesens rückwirkend einschränken will.

VIII. Teilung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge bei Ehescheidung

1. Prinzip

¹¹⁸ Die Frage der genauen Auslegung des Begriffes wird offen gelassen; vgl. dazu im Übrigen dieselbe Formulierung in Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG.

¹¹⁹ Bei einer entsprechenden Ausgangslage stellt sich immerhin noch die Frage, ob angesichts der eingetretenen Invalidität zulässig war, die Austrittsleistung zu übertragen oder ob nicht vielmehr ein Vorgehen nach Art. 124 ZGB zu wählen gewesen wäre; dazu nachstehend ..

Bei einer Ehescheidung wird – zivilrechtlich – vorgesehen, dass die Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge zu teilen ist¹²⁰. In besonderen Fällen ist anstelle dieses Anspruchs gestützt auf Art. 124 ZGB eine angemessene Entschädigung zuzusprechen¹²¹. Art. 22 ff. FZG legen im Einzelnen fest, wie dieser Grundsatz berufsvorsorgerechtlich umzusetzen ist. Dabei geht es um eine güterstands- und verschuldensunabhängige Sicherstellung der Teilhabe an der Berufsvorsorge des anderen Ehegatten¹²².

Weil es sich um scheidungsrechtliche Ansprüche handelt, kommt die Regelung bei einem Konkubinatsverhältnis nicht zur Anwendung; hier fehlt es an der Möglichkeit, Rechte nach Art. 151 f. ZGB geltend machen zu können¹²³.

Schwierig ist die Wahl des zutreffenden Vorgehens, wenn unklar ist, ob gegebenenfalls ein berufsvorsorgerechtlich massgebendes Risiko *eingetreten* ist. Es gilt nämlich der Grundsatz, dass eine Teilung nur vorgenommen werden kann, wenn – im Zeitpunkt der Ehescheidung¹²⁴ – überhaupt ein Anspruch auf eine Austrittsleistung besteht¹²⁵. Dabei wirft hauptsächlich das Risiko der Invalidität Fragen auf; diesfalls ist nämlich allenfalls eine Teilung der Austrittsleistung ausgeschlossen; hier kommt der zutreffenden Ermittlung des Sachverhaltes und der Bestätigung der Vorsorgeeinrichtung über die Durchführbarkeit eine hohe Bedeutung zu¹²⁶. Ähnlich verhält es sich bei der Frühpensionierung¹²⁷; hier muss – falls die Scheidung nach diesem Zeitpunkt erfolgt – eine Lösung über Art. 124 ZGB gesucht werden¹²⁸.

2. Ermittlung der zu teilenden Austrittsleistung

2.1. Prinzip

Die gesetzliche Grundlage für die Ermittlung der zu teilenden Austrittsleistungen findet sich in Art. 22 Abs. 2 FZG. Es ist die Differenz der Austrittsleistungen im Vergleich von zwei Zeitpunkten – nämlich Eheschliessung und Ehescheidung – zu bestimmen. Dabei dauert die Ehe bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils¹²⁹. Erfasst sind dabei alle Ansprüche aus Vorsorgeverhältnissen, die dem Freizügigkeitsgesetz unterstehen, insbesondere auch Freizügigkeitskonten und Freizügigkeitspolicen. Anders verhält es sich nur bezogen auf Ansprüche aus der 1. und der 3. Säule¹³⁰; bei der 1. Säule erfolgt der Ausgleich über das Splittingverfahren nach Art. 29quinquies Abs. 3 und Abs. 4 AHVG, und die 3. Säule untersteht dem Ehegüterrecht¹³¹.

In der beruflichen Vorsorge kommt der Verzinsung der Guthaben eine hohe Bedeutung zu. Dies gilt auch für die Austrittsleistung im Zusammenhang mit Scheidungen. Hier muss die zu überweisende Austrittsleistung vom massgebenden Stichtag der Teilung bis

¹²⁰ Vgl. Art. 122 f., Art. 141 f. ZGB.

¹²¹ Zum Vorgehen nach Art. 124 ZGB im Besonderen vgl. BGE 129 III 481 (Invalidität), 131 III 5 (Frühpensionierung), 132 III 154 (angemessene Entschädigung in gebundener Form).

¹²² Vgl. BGE 131 III 295.

¹²³ Vgl. BGE 124 III 55.

¹²⁴ Massgebend ist also der Entscheid des Scheidungsgerichtes, nicht etwa derjenige des Gerichts nach Art. 73 BVG; auch wenn also das Versicherungsgericht die Teilung durchzuführen hat, bleibt es bei der Massgeblichkeit des Eintritts der Rechtskraft des Urteils über die Scheidung; dazu BGE 132 III 401 ff.

¹²⁵ Dazu BGE 130 III 299. Zur Klärung dieser Frage ist gegebenenfalls ein berufsvorsorgerechtliches Verfahren durchzuführen.

¹²⁶ Ausführlich dazu BGE 129 III 481 ff.

¹²⁷ Zur Zulässigkeit derselben vgl. Art. 1b, Art. 1i BVV 2.

¹²⁸ Dazu BGE 131 III 5.

¹²⁹ Vgl. BGE 132 V 236.

¹³⁰ Dazu BGE 130 V 114 f., 131 V 3.

¹³¹ Vgl. BGE 129 III 261.

zur Überweisung bzw. bis zum Beginn der Verzugszinspflicht¹³² verzinst werden, wobei ein Mindestzinssatz von Art. 12 BVV 2 (bzw. ein höherer reglementarischer Zins) gilt¹³³.

2.2. Erfasste Leistungen

Was die Behandlung des Vorbezugs zwecks *Erwerb von Wohneigentum*¹³⁴ betrifft, ist von Art. 30c Abs. 6 BVG auszugehen; danach gilt der Vorbezug als Freizügigkeitsleistung und wird ebenfalls geteilt. Dabei darf aber nicht eine separate Teilung des Vorbezuges erfolgen. Dieser steht nämlich unter dem Vorbehalt des Rückzahlungsanspruchs¹³⁵ und muss insoweit bei den zu ermittelnden Austrittsleistungen je hinzugeschlagen werden¹³⁶, und es ist die Differenz insgesamt zu ermitteln. Ein Unterschied zu den übrigen Freizügigkeitsleistungen ergibt sich beim Vorbezug aber deshalb, weil dieser nicht aufzuzinsen ist¹³⁷. Wenn der Vorbezug nicht vollumfänglich für ein Wohneigentum eingesetzt wurde, ändert dies an der Berücksichtigung bei der Austrittsleistung nichts¹³⁸. In quantitativer Hinsicht muss berücksichtigt werden, dass der Vorbezug nur insoweit berücksichtigt werden kann, als eine Rückzahlungsverpflichtung im Sinne von Art. 30d BVG besteht; wenn also das mit Hilfe des Vorbezuges erworbene Wohneigentum an Wert verliert, ist dies von beiden (zu scheidenden) Ehegatten zu tragen¹³⁹.

Ebenfalls zu der zu teilenden Austrittsleistung gehört eine ausserordentliche, während der Ehe erfolgte Gutschrift¹⁴⁰. Einzubeziehen ist sodann eine Gutschrift, die im Rahmen der Verteilung von freien Mitteln der Vorsorgeeinrichtung erfolgt; dass dabei gegebenenfalls auch Verhältnisse aus der vorehelichen Zeit Berücksichtigung finden, ändert nichts am Einbezug¹⁴¹.

2.3. Nicht erfasste Leistungen

Eine besondere Behandlung erfahren *Barauszahlungen* während der Ehedauer; diese werden vom Teilungsverfahren nicht erfasst¹⁴², sondern es hat das Scheidungsgericht gegebenenfalls einen Ausgleich über Art. 124 Abs. 1 ZGB zu suchen¹⁴³. Daran ändert nichts, wenn die Barauszahlung – bei endgültig und unbedingt entstandenem Anspruch – erst nach der Ehescheidung tatsächlich erfolgt¹⁴⁴. Besondere Fragen wirft es aus, wenn die Barauszahlung ohne erforderliche Zustimmung des Ehegatten erfolgte¹⁴⁵.

¹³² Nach Eintritt der Rechtskraft des massgebenden Urteils läuft eine Zahlungsfrist von 30 Tagen; in der Folge setzt die Verzugszinspflicht ein; dazu BGE 129 V 257 f.

¹³³ Dazu BGE 129 V 257.

¹³⁴ Dazu Art. 30a ff. BVG.

¹³⁵ Dazu Art. 30d BVG.

¹³⁶ Dazu BGE 128 V 235.

¹³⁷ Zu dieser Verpflichtung vgl. Art. 22 Abs. 2 FZG; vgl. zur Frage BGE 128 V 235.

¹³⁸ Dazu Urteil des EVG (I. Kammer) vom 30. August 2006, B 68/05; vgl. dazu auch bereits SVR 2006 BVG Nr. 7, B 18/04.

¹³⁹ So Urteil des EVG (I. Kammer) vom 16. August 2006, B 8/06.

¹⁴⁰ Dazu FamPra.ch 2002, 568, B 18/01; dazu auch Urteil des EVG (I. Kammer) vom 30. August 2006, B 68/05, E. 3.3.4.

¹⁴¹ So Urteil des EVG (I. Kammer) vom 30. August 2006, B 68/05.

¹⁴² So ausdrücklich Art. 222 Abs. 2 letzter Satz BVG.

¹⁴³ Vgl. BGE 127 III 436, 129 V 254.

¹⁴⁴ So Urteil des Bundesgerichts vom 19. Oktober 2000, 5C.177/2000.

¹⁴⁵ Dazu BGE 130 V 103 sowie unveröffentlichtes Urteil des EVG vom 20. März 2006, B 126/04.

Ebenfalls nicht erfasst werden Anwartschaften, die ausserhalb der Risiken Alter, Tod und Invalidität liegen¹⁴⁶.

3. Übertragung der geteilten Austrittsleistung

Wenn beiden Ehegatten Ansprüche auf Austrittsleistungen zustehen, ist nach der Rechtsprechung lediglich der Differenzbetrag zu teilen und zu überweisen¹⁴⁷.

Derjenige Ehegatte, welcher eine geteilte Austrittsleistung beanspruchen kann, muss diese zunächst einer Vorsorgeeinrichtung übertragen lassen, welcher er allenfalls angehört¹⁴⁸. Dabei ist ein Einkauf in reglementarische Leistungen möglich¹⁴⁹. Wird die geteilte Austrittsleistung nicht vollumfänglich dazu benötigt, kann diese auf höchstens zwei Freizügigkeitseinrichtungen¹⁵⁰ übertragen werden¹⁵¹; dies hat insbesondere mit Blick auf den erweitert umschriebenen Kreis der begünstigten Personen eine Bedeutung¹⁵². Ausgeschlossen ist eine Verrechnung der Austrittsleistung oder der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB mit Forderungen, die im Rahmen des Scheidungsverfahrens geltend gemacht werden¹⁵³.

4. Verfahren und Zuständigkeit

Das Verfahren zur Teilung der Austrittsleistungen ist in Art. 25a FZG geordnet; es ist gegebenenfalls das Gericht nach Art. 73 Abs. 1 BVG zuständig¹⁵⁴. Es kommt in der Praxis den Bestätigungen der Vorsorgeeinrichtungen, dass die zu treffende Aufteilung durchführbar ist, hohe Bedeutung zu; fehlt die entsprechende Bestätigung, ist gegebenenfalls das Gericht nach Art. 73 BVG zuständig, um über das weitere Vorgehen zu befinden¹⁵⁵. Die entsprechende Teilbarkeitsbestätigung hat im Übrigen auch Bedeutung bei der Frage der Übertragung der Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB¹⁵⁶. Wenn das Scheidungsgericht das Teilungsverhältnis festgelegt hat, kann das Gericht nach Art. 73 BVG nicht mehr dieses Verhältnis in Frage stellen¹⁵⁷; analog verhält es sich bezogen auf die Berücksichtigung von Austrittsleistungen, weshalb das Gericht nach Art. 73 BVG eine nicht berücksichtigte Austrittsleistung nicht einbeziehen kann¹⁵⁸.

IX. Teilliquidation in der beruflichen Vorsorge

a) Häufig werden Firmenteile verkauft oder es werden ganze Abteilungen geschlossen und Unternehmen neu strukturiert. Dies hat auch Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge. Nach Art. 53b BVG muss bei entsprechenden Ausgangslagen die Vorsorgeeinrichtung

¹⁴⁶ Dazu SZS 2004 377, B 95/02 (bezogen auf einen Wohlfahrtsfonds).

¹⁴⁷ So BGE 129 V 254.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 129 V 248.

¹⁴⁹ Zu diesem Vorgehen vgl. Art. 9 Abs. 2 FZG

¹⁵⁰ Zu dieser Beschränkung vgl. auch Art. 12 Abs. 1 FZV.

¹⁵¹ Dazu BGE 129 V 249.

¹⁵² Vgl. dazu Art. 2 BVV 3.

¹⁵³ So SVR 2006 BVG Nr. 29, B 131/04.

¹⁵⁴ Dazu BGE 128 V 232.

¹⁵⁵ Dazu BGE 129 V 446.

¹⁵⁶ Dazu BGE 129 III 492.

¹⁵⁷ So SVR 2006 BVG Nr. 29, B 131/04.

¹⁵⁸ Vielmehr ist gegebenenfalls eine Ergänzung oder Änderung des Scheidungsurteils notwendig; dazu SVR 2006 BV Nr. 35, B 108/04.

teilliquidiert werden, was regelmässig eine Vielzahl von Fragen auslöst. Im Rahmen der 1. BVG-Revision sind die darauf bezogenen Regelungen des BVG überarbeitet worden, und es sind insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht wichtige Entwicklungen eingetreten. Daneben hat die Rechtsprechung weitere Fragen geklärt.

b) In *gesetzgeberischer Hinsicht* ist zentral, dass die Vorsorgeeinrichtung im Reglement die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation zu regeln haben¹⁵⁹; dies muss bis spätestens 31. Dezember 2007 erfolgt sein¹⁶⁰. Das Gesetz gibt in Art. 53d BVG vor, dass die Teilliquidation unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen muss; dieser Grundsatz war nach der Rechtsprechung bereits bisher zu beachten¹⁶¹. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist mit Art. 53d Abs. 6 BVG eine massgebende Entwicklung eingetreten; wenn gegen den Entscheid der BVG-Aufsichtsbehörde eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht eingereicht wird, hat dieser nur Wirkungen zu Gunsten oder zu Lasten der Beschwerde führenden Partei (und mithin nicht bezogen auf alle von der Teilliquidation erfassten Personen)¹⁶².

c) Aus der Rechtsprechung sind im Überblick folgende Entscheide zu erwähnen:

- *Fortbestandsinteresse und Gleichbehandlung*: Der Vorsorgeeinrichtung wird bei der Teilliquidation ein Fortbestandsinteresse zugebilligt, wobei (früher) „zusätzlich“ als zentrales Prinzip das Gleichbehandlungsgebot zu beachten war¹⁶³; das In-Kraft-Treten des Freizügigkeitsgesetzes brachte dabei mit sich, dass dem Gleichbehandlungsprinzip das zentrale Gewicht zukommt¹⁶⁴.

- *Schicksal von Beitragsreserven*: Wird der Anschlussvertrag aufgelöst und können die Beitragsreserven der Arbeitgeberin nicht zurückbezahlt werden (weil eine Unternehmensschliessung erfolgte), müssen diese dem Guthaben der Versicherten zugeführt werden¹⁶⁵; aus der Beitragsreserve werden nämlich freie Mittel, welche im Rahmen der (Gesamt- oder Teil-)Liquidation zu Veräusserungswerten eingesetzt werden müssen¹⁶⁶.

- *Berücksichtigung von Rückkaufskosten*: Während nach dem früheren Recht zulässig war, bei der Auflösung eines Anschlussvertrages die dadurch entstandenen Zinsrisiken sowie die noch nicht gedeckten Abschlusskosten zu berücksichtigen¹⁶⁷, hat sich mit Art. 53e BVG die Rechtslage verändert; es ist nur noch in einem engen Rahmen zulässig, Abzüge für das Zinsrisiko vorzunehmen.

- *Behandlung von Wertschwankungsreserven*: Solche stellen weder Vorsorgekapital noch freie Mittel dar und verbleiben im Rahmen einer Teilliquidation bei der abgebenden Vorsorgeeinrichtung¹⁶⁸.

- *Ansprüche aus dem Verteilungsplan*: Zur Beurteilung solcher Ansprüche steht das Klageverfahren nach Art. 73 BVG zur Verfügung; es ist mithin nicht an die Aufsichtsbehörde zu gelangen¹⁶⁹. Es gilt also für die Vollzugsprüfung eines rechtskräftigen, genehmigten

¹⁵⁹ Vgl. Art. 53b Abs. 1 BVG. Zu den ersten Auswirkungen dieser Änderung vgl. RUGGLI-WÜEST, Umsetzungserfahrungen, 173 ff.

¹⁶⁰ Dazu lit. d der Schlussbestimmungen zur Änderung (der BVV 2) vom 18. August 2004.

¹⁶¹ Vgl. BGE 128 II 397.

¹⁶² Anders verhält es sich, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt wird; dazu Art. 53d Abs. 6 am Ende BVG.

¹⁶³ Vgl. BGE 131 II 536 f. – Im Urteil wird noch offen gelassen, wie das Verhältnis zwischen beiden Prinzipien nach dem In-Kraft-Treten des Freizügigkeitsgesetzes (FZG) ist.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 131 II 523.

¹⁶⁵ Vgl. BGE 130 V 518.

¹⁶⁶ Dazu Art. 53d Abs. 2 BVG.

¹⁶⁷ So SVR 2005 BV Nr. 27, B 43/04.

¹⁶⁸ Dazu SVR 2006 BV Nr. 3 E. 6.b (Eidg. BVG-Beschwerdekommision).

¹⁶⁹ Vgl. SVR 2005 BV Nr. 19, B 41/03.

Verteilungsplanes die versicherungsgerichtliche Zuständigkeit¹⁷⁰. Mit der Genehmigung des Verteilungsplanes erwirbt die Destinatärin einen betragsmässigen Rechtsanspruch, der nicht nachträglich durch die Vorsorgeeinrichtung – etwa mit dem Hinweis auf weitere Rückstellungen wegen nachträglich bekannt gewordenen Invaliditätsfällen – reduziert werden kann¹⁷¹.

- *Beschwerdelegitimation der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung*: Wenn dieser Vorsorgeeinrichtung bei einer Teilliquidation keine Wertschwankungsreserven übertragen werden, ist sie vom Entscheid direkt betroffen und hat ein schutzwürdiges Interessen an der Anfechtung des entsprechenden Entscheides¹⁷².

X. Verfahrensrechtliche Entwicklungen¹⁷³

1. Verwaltungsverfahren

- Beratungspflicht des Versicherungsträger: Dieser hat die versicherte Person aufmerksam zu machen, wenn ihr Verhalten den Leistungsanspruch gefährden kann¹⁷⁴.

- Abklärungspflicht: Im Rahmen der Invaliditätsbemessung sind die notwendigen Abklärungen vorzunehmen¹⁷⁵. Nicht ausreichend war im konkreten Fall die Bezugnahme auf eine über 15 Jahre zurückliegende psychiatrische Expertise¹⁷⁶. Es ist nicht zulässig, die notwendigen Abklärungen in das Einspracheverfahren zu verschieben¹⁷⁷.

- Anordnung einer Begutachtung: Dem Entscheid, eine Begutachtung anzuordnen, kommt kein Verfügungscharakter zu¹⁷⁸.

- Privatdetektive: Beweismittel, die im Haftpflichtverfahren aus einer (rechtmässigen) Observierung durch einen Privatdetektiven entstanden sind, können im Sozialversicherungsverfahren verwertet werden¹⁷⁹. Bei der Würdigung ist der Gefahr Rechnung zu tragen, dass der Privatdetektiv die Beobachtungen einseitig festhalten kann¹⁸⁰.

- Dolmetscher im Abklärungsverfahren: Ob eine Dolmetscherin einzusetzen ist, beurteilt sich unter dem Aspekt der Abklärungspflicht; soweit der Versicherungsträger den Beizug der Dolmetscherin anordnete, sind die Kosten von ihm zu tragen¹⁸¹.

- Beweislosigkeit nach Aktenvernichtung: Kann ein Beweis nicht mehr erbracht werden, weil Akten durch den Versicherungsträger vernichtet wurden, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen dieses Vorgehens; es wird offen gelassen, ob allenfalls eine Beweislastumkehr zu greifen hat¹⁸²; jedenfalls hat nicht die versicherte Person die Folgen davon zu tragen, dass der Versicherungsträger einen Briefumschlag vernichtet hat und deshalb die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe nicht bewiesen werden kann¹⁸³.

¹⁷⁰ Dazu auch RUGGLI-WÜEST, Umsetzungserfahrungen, 177.

¹⁷¹ Vgl. SVR 2006 BV Nr. 33, B 86/05.

¹⁷² Vgl. SVR 2006 BV Nr. 3 E. 1.b (Eidg. BVG-Beschwerdekommission). – Mit dem In-Kraft-Treten von Art. 53d Abs. 6 BVG hat sich die Rechtslage allenfalls verändert; dort wird nämlich festgehalten, dass die Versicherten und die Rentnerinnen und Rentner an die Aufsichtsbehörde gelangen können.

¹⁷³ Für eine Würdigung der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. LOCHER/GÄCHTER, ..

¹⁷⁴ Vgl. BGE 131 V 472; dazu eingehend MEYER, Beratungspflicht, 9 ff.

¹⁷⁵ Vgl. SVR 2006 IV Nr. 10, I 457/04.

¹⁷⁶ Vgl. SVR 2006 IV Nr. 17 (Tribunal administratif du canton de Neuchâtel).

¹⁷⁷ Vgl. SVR 2006 ALV Nr. 13, C 297/03.

¹⁷⁸ Vgl. BGE 132 V 93.

¹⁷⁹ Vgl. BGE 132 V 241.

¹⁸⁰ Vgl. SVR 2005 UV Nr. 9 (Obergericht des Kantons Uri).

¹⁸¹ Vgl. SVR 2005 IV Nr. 12.

¹⁸² Vgl. SVR 2006 MV Nr. 1, M 3/02.

¹⁸³ So SVR 2006 ALV Nr. 31 (Tribunal administratif du canton de Fribourg).

- Unentgeltliche Rechtsvertretung: Im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren sind als Rechtsbeistände nur patentierte Anwältinnen und Anwälte zugelassen¹⁸⁴. Das Anwaltshonorar bestimmt sich nicht nach kantonalen Ansätzen; ein Stundenhonorar von Fr. 200.- (zuzüglich Mehrwertsteuer) erweist sich als bundesrechtskonform¹⁸⁵. Der Entscheid über die unentgeltliche Vertretung ist nicht mit Einsprache anfechtbar, sondern mit Beschwerde an das kantonale Versicherungsgericht¹⁸⁶.
- Abgrenzung der Endverfügung von der prozess- und verfahrensleitenden Verfügung: Wird mit einer Nichteintretensverfügung die verweigerter Mitwirkung der versicherten Person sanktioniert, liegt eine Endverfügung vor¹⁸⁷.
- Wiedererwägung nach Vergleich: Wird über eine sozialversicherungsrechtliche Leistung ein Vergleich abgeschlossen (was nach Art. 50 Abs. 1 ATSG zulässig ist), kann die Verfügung, mit welcher der Vergleich bestätigt wird, in der Folge in Wiedererwägung gezogen werden¹⁸⁸.

2. Einspracheverfahren

- Einsprachelegitimation von Arbeitgebenden und Sozialbehörden¹⁸⁹: Die Arbeitgeberin ist nicht legitimiert, gegen die Rentenverweigerung der IV¹⁹⁰ oder gegen eine Verfügung der Unfallversicherung über die Zuspreehung einer Rente¹⁹¹ eine Einsprache zu erheben.
- Rechtsschutzinteresse: Auf eine Einsprache ist nur einzutreten, wenn ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse besteht; dieses ist nicht gegeben, wenn die IV-Stelle den Invaliditätsgrad nur grob schätzt und deshalb eine Bindung anderer Sozialversicherungen nicht besteht¹⁹².
- Reformatorischer Einspracheentscheid: Sind die Abklärungen im Verwaltungsverfahren ungenügend, müssen diese im Einspracheverfahren nachgeholt werden; es kann nicht bloss ein kassatorischer Einspracheentscheid erfolgen¹⁹³.
- reformatio in peius: Weil andernfalls die für das Einspracheverfahren geltende doppelte Aufklärungspflicht bei einer drohenden reformatio in peius umgangen würde, kann der Versicherungsträger nicht während des Einspracheverfahrens die angefochtene Verfügung wiedererwägungsweise aufheben und das Einspracheverfahren als gegenstandslos geworden abschreiben¹⁹⁴.
- Parteientschädigung im Einspracheverfahren: Obsiegt die unentgeltlich vertretene Partei, steht ihr ein Anspruch auf Entschädigung zu; ob dies in anderen Fällen ebenfalls zulässig ist, wird offen gelassen¹⁹⁵.
- Begründung des Einspracheentscheides: Es ist eine Reihe von Kriterien, welche im Einzelfall die erforderliche Begründungsdichte festlegen¹⁹⁶.

¹⁸⁴ Vgl. BGE 132 V 200.

¹⁸⁵ Vgl. BGE 131 V 153.

¹⁸⁶ So SVR 2006 ALV Nr. 12 (Tribunal administratif du canton de Neuchâtel).

¹⁸⁷ Vgl. BGE 131 V 42.

¹⁸⁸ Vgl. SVR 2006 UV Nr. 17, U 378/05.

¹⁸⁹ Vgl. insgesamt KIESER, Dritte als Partei, 79 ff.

¹⁹⁰ Vgl. BGE 130 V 560.

¹⁹¹ Vgl. BGE 131 V 298.

¹⁹² Vgl. SVR 2006 IV Nr. 11, I 791/03. Vgl. ferner SVR 2006 IV Nr. 36, I 313/04, sowie SVR 2006 IV Nr. 48, I 586/04; SVR 2007 IV Nr. 3, I 808/05.

¹⁹³ Vgl. BGE 131 V 407.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 131 V 414.

¹⁹⁵ Vgl. SVR 2005 IV Nr. 36, I 164/04.

¹⁹⁶ Vgl. SVR 2006 IV Nr. 27, I 3/05. Im konkreten Fall bezeichnete das Bundesgericht die Begründung als unzureichend.

3. Kantonales Gerichtsverfahren

- Fristenfragen: Das Bundesgericht hat eine Reihe von fristenrechtlichen Fragen geklärt. Wird eine Frist während des Fristenstillstandes ausgelöst, zählt der erste Tag nach Ablauf des Fristenstillstandes bereits zur laufenden Frist, gilt mithin nicht als Zustellungstag¹⁹⁷. Der Fristenstillstand gilt auch für mehrmonatige Fristen¹⁹⁸, wobei freilich zu berücksichtigen ist, dass mit Wirkung ab 1. Januar 2007 die bisherigen dreimonatigen Beschwerdefristen nach Art. 106 UVG und nach Art. 104 MVG ersetzt wurden durch 30-tägige Beschwerdefristen¹⁹⁹. Bei alledem ist im Auge zu behalten, dass gegebenenfalls übergangsrechtlich eine kantonale Fristenregelung noch (bis längstens 31. Dezember 2007) zur Anwendung gelangen kann²⁰⁰.
- Unterschrift des kantonalen Entscheides: Das Bundesgericht hat festgelegt, dass auf Zwischenverfügungen betreffend die unentgeltliche Vertretung die Unterschrift des als Einzelrichters entscheidenden Präsidenten enthalten sein muss²⁰¹, hat diese Rechtsprechung aber umgehend wieder korrigiert²⁰².
- Öffentliche Verhandlung: Der Antrag um Durchführung einer öffentlichen Verhandlung kann auch noch gestellt werden, wenn das kantonale Gericht nach Rückweisung durch das Bundesgericht an die Verwaltung und nach erneuter Beschwerde sich wiederum mit der Sache zu befassen hat²⁰³.
- Ersatz der Kosten eines Privatgutachtens: Wenn der Versicherungsträger den Sachverhalt ungenügend abgeklärt hat und die versicherte Person ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten einreicht (und erst in der Folge der Sachverhalt als hinreichend abgeklärt gelten kann), sind die Kosten dieses Gutachtens durch den Versicherungsträger selbst dann zu übernehmen, wenn die versicherte Person nicht obsiegt²⁰⁴.

4. Schiedsgerichtsverfahren

Das kantonale Schiedsgericht ist zuständig zur Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern²⁰⁵; der Streitgegenstand muss also die besondere Stellung der Versicherer oder Leistungserbringer im Rahmen des betreffenden Sozialversicherungsgesetzes betreffen²⁰⁶. Daran fehlt es bei einer Streitigkeit um die Tariffestsetzung²⁰⁷, nicht ohne weiteres aber bei einer zusatzversicherungsrechtlich geprägten Auseinandersetzung²⁰⁸. Dabei kann gegebenenfalls auch ein Branchenverband – im konkreten Fall *santésuisse* – Partei sein. So verhält es sich bei Auseinandersetzungen um die Zahlstellen-Register-Nummer (ZSR)²⁰⁹; anders ist die Frage bei Rückforderungen wegen unwirtschaftlicher Behandlung durch eine Leistungserbringerin zu beurteilen²¹⁰.

¹⁹⁷ Vgl. BGE 131 V 305.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 131 V 314. Zur exakten Berechnung der nach Monaten bemessenen Beschwerdefristen vgl. SVR 2005 UV Nr. 13, U 244/02.

¹⁹⁹ Die bisherigen Bestimmungen wurden ersatzlos gestrichen, so dass die Frist nach Art. 60 Abs. 1 ATSG bestimmt wird.

²⁰⁰ Vgl. BGE 131 V 325 und Art. 82 Abs. 2 ATSG.

²⁰¹ Vgl. BGE 131 V 483.

²⁰² Dazu Urteil vom 14. Juli 2006, I 252/06

²⁰³ Vgl. SVR 2006 IV Nr. 1, I 573/03.

²⁰⁴ Vgl. SVR 2006 UV Nr. 4, U 282/00.

²⁰⁵ Vgl. etwa Art. 89 Abs. 1 KVG.

²⁰⁶ Vgl. BGE 131 V 193.

²⁰⁷ Vgl. SVR 2006 KV Nr. 21, K 16/04.

²⁰⁸ Vgl. SVR 2006 KV Nr. 36, K 28/06.

²⁰⁹ Vgl. BGE 132 V 303.

²¹⁰ Vgl. BGE 111 V 348.

Das Schiedsgericht muss selbstverständlich verfassungskonform besetzt sein²¹¹. Zulässig ist es, wenn die kantonale Schiedsgerichtsverordnung vorsieht, dass vor Anrufung des Schiedsgerichts zwingend ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen ist²¹². Auf Feststellungsklagen tritt das Schiedsgericht nicht ein, wenn eine Gestaltungsklage erhoben werden kann²¹³.

5. Verfahren vor dem Bundesgericht

Mit dem In-Kraft-Treten des Bundesgerichtsgesetzes am 1. Januar 2007 ist das Verfahren in mannigfaltiger Hinsicht neu gestaltet, wobei im heutigen Zeitpunkt noch zu wenigen Bestimmungen Entscheide vorliegen. Es ist deshalb nur auf wenige Urteile hinzuweisen.

Erhebt der Versicherungsträger ein Rechtsmittel und wird dieses gutgeheissen (wobei sich dies insoweit zum Nachteil der versicherten Person auswirkt, dass die ursprünglich angefochtene Verfügung zu ihren Ungunsten geändert wird), muss die Sache nicht an die kantonale Vorinstanz zurückgewiesen werden, damit hier die versicherte Person gegebenenfalls die kantonale Beschwerde zurückziehen kann²¹⁴. Das Verfahren vor dem Bundesgericht kann dahingehend erledigt werden, dass ein zwischen den Parteien geschlossener Vergleich genehmigt wird²¹⁵.

²¹¹ Dazu SVR 2006 KV Nr. 3, K 27/04, sowie SVR 2006 KV Nr. 7, K 97/04 (je den Kanton Zürich betreffend).

²¹² Vgl. SVR 2005 KV Nr. 10, K 143/03.

²¹³ Vgl. SVR 2005 KV Nr. 19, K 66/02.

²¹⁴ Vgl. SVR 2006 IV Nr. 13, I 628/01.

²¹⁵ Vgl. SVR 2006 UV Nr. 11, U 50/03.