

# GL\_GERICHTE VG.2015.00023 vom 17. Dezember 2015

GL Gerichte, 2015-12-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl\\_gerichte\\_VG.2015.00023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_VG.2015.00023)

FR: GL\_GERICHTE VG.2015.00023 du 17 décembre 2015

IT: GL\_GERICHTE VG.2015.00023 del 17 dicembre 2015

## Regeste

Sozialversicherung - Berufliche Vorsorge

## Erwägungen

### E. 1

A.\_\_\_\_\_, wohnhaft in [...], gründete am 5. September 2011 die D.\_\_\_\_\_GmbH, welche ihren Sitz in [...] hat. Er ist dabei als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer eingetragen. Am 27. Januar 2012 beantragte er bei der C.\_\_\_\_\_AG die Barauszahlung und Auflösung seiner Freizügigkeitspolice. Die C.\_\_\_\_\_AG gab diesem Gesuch am 13. Februar 2012 statt und überwies ihm in der Folge den Betrag von Fr. 58'668.35.

### E. 1.1

Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG) schreibt für Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten ein Gericht als letzte kantonale Instanz vor. Gemäss Art. 109 lit. e des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Mai 1986 (VRG) ist das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zuständig, soweit das Sozialversicherungsrecht eine Klage an eine kantonale Gerichtsinstanz vorsieht. Nach Art. 73 Abs. 3 BVG ist der Gerichtsstand der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. Entgegen dem Wortlaut kann eine Klage gegen eine Freizügigkeitseinrichtung jedoch nicht nur am Sitz der Freizügigkeitseinrichtung, sondern alternativ auch am Wohnsitz der klagenden Person eingereicht werden (BGer-Urteil 9C\_1016/2010 vom 30. Mai 2011 E. 2.3.3). Das Verwaltungsgericht ist somit für die vorliegende Klage zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten.

### E. 1.2

Hinzuweisen ist darauf, dass die Einschätzung der Steuerverwaltung [...] bzw. des Steueramts des Kantons St. Gallen, ob die vorgenommene Auszahlung der Freizügigkeitsleistung widerrechtlich oder gesetzesmässig erfolgt sei, unbeachtlich ist, da das Verwaltungsgericht zur Beurteilung für diese sozialversicherungsrechtliche Frage zuständig ist. 2.

### E. 2

Am 4. März 2014 gelangte A.\_\_\_\_\_ an die C.\_\_\_\_\_AG und ersuchte sie, zu Gunsten von ihm erneut eine Freizügigkeitspolice über den Betrag von Fr. 58'296.60 zuzüglich die aufgelaufenen Zinsen seit dem 8. September 2011 zu errichten, da die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens unrechtmässig erfolgt sei. Die C.\_\_\_\_\_AG teilte A.\_\_\_\_\_ am

17. März 2014 mit, dass die Freizügigkeitsleistung nach den reglementarischen bzw. gesetzlichen Vorschriften ausbezahlt worden sei, weshalb seiner Forderung nicht nachgegangen werden könne.

### **E. 2.1**

Der Kläger rügt, die Beklagte hätte bei sorgfältiger Prüfung der Voraussetzungen zur Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens an ihn bemerken müssen, dass er sich bei der in seinem Eigentum stehenden GmbH selbst angestellt habe, weshalb dieses Rechtsverhältnis als unselbständig erwerbend zu qualifizieren sei. Da keine selbständige Erwerbstätigkeit vorgelegen habe und er als Mitarbeiter der D.\_\_\_\_\_GmbH der obligatorischen Vorsorge unterstellt sei, sei die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens durch die Beklagte widerrechtlich erfolgt. Dabei sei unbeachtlich, dass er dieses Geld in Empfang genommen habe.

### **E. 2.2**

Die Beklagte bringt dagegen vor, dass sie ohne Weiteres ihre Sorgfaltspflicht erfüllt habe. So habe sie die Freizügigkeitsleistung bar ausbezahlt, da der Kläger den entsprechenden Auftrag erteilt und gestützt auf die gültigen Allgemeinen Bestimmungen eine aktuelle Bestätigung der AHV-Ausgleichskasse mit Angaben der Selbständigkeit vorgelegt habe. Damit habe er erklärt, dass dieser Sachverhalt, welcher ihren Leistungsanspruch begründe, der Wahrheit entspreche. Indem der Kläger zum Zeitpunkt der Barauszahlung seiner Freizügigkeitsleistung der Beklagten bestätigt habe, er sei Selbständigerwerbender und unterstehe nicht mehr der obligatorischen beruflichen Vorsorge, seien für die Barauszahlung alle formellen Bedingungen erfüllt gewesen.

### **E. 3**

Strittig und zu prüfen ist, ob die Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung rechtmässig erfolgt ist.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 17. Dezember 1993 (FZG) können Versicherte die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen (lit. a) oder eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr unterstehen (lit. b) oder aber wenn die Austrittsleistung weniger als ihr Jahresbeitrag beträgt (lit. c). Die Barauszahlung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG setzt (kumulativ) die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit und das Fehlen eines Versicherungsobligatoriums voraus. Der Sinn dieser Bestimmung ist die finanzielle Unterstützung beim Aufbau einer Unternehmung; dies als Ausnahme vom Grundsatz, dass das Vorsorgeguthaben als Altersvorsorge erhalten bleiben soll (BGer-Urteil 9C\_610/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 4.2.3). Als Nachweis für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind Urkunden beizubringen, welche dieses Vorhaben belegen (beispielsweise ein Handelsregisterauszug, eine Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt betreffend selbständige Erwerbstätigkeit etc.). Bei der Prüfung der Voraussetzungen einer Barauszahlung darf die Vorsorgeeinrichtung jedoch nur auf das formelle Kriterium der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit abstellen. Die Erfolgsaussichten des geplanten Vorhabens spielen keine Rolle, eine qualitative Beurteilung der Geschäftsidee hat folglich zu unterbleiben. Ein Anspruch auf Barauszahlung besteht selbst dann, wenn diese nicht im Sinne der gesetzgeberischen

Absichten, d.h. zur Finanzierung der selbständigen Erwerbstätigkeit, sondern zur sonstigen Schuldentilgung verwendet wird (Thomas Geiser/Christoph Senti, in Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], BVG und FZG, Bern 2010, Art. 5 FZG N. 42).

### **E. 3.2**

Eine selbständige Erwerbstätigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG liegt vor, wenn die betreffende Person nicht als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 2 BVG gilt und deshalb aus der obligatorischen Versicherung ausscheidet. Wer als Arbeitnehmer gemäss Art. 2 BVG gilt, richtet sich nach der Praxis zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 ( Geiser/Senti, Art. 5 FZG N. 43, mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung zu Art. 5 AHVG wird eine unselbständige Erwerbstätigkeit angenommen, wenn eine Person bei der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit von einer anderen Person in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt (BGE 123 V 161 E. 1). Massgebend ist, ob die versicherte Person Dienst auf Zeit zu leisten hat, wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig ist und während der Arbeitszeit auch in dessen Betrieb eingeordnet ist, praktisch als keine andere Erwerbstätigkeit ausüben kann. Das wirtschaftliche Risiko der versicherten Person erschöpft sich in der Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg oder darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust einer arbeitnehmenden Person der Fall ist (BGE 122 V 169 E. 3; Ueli Kieser, in Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 53). Eine selbständige Erwerbstätigkeit liegt hingegen im Regelfall vor, wenn die beitragspflichtige Person durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen abgegolten wird (BGE 115 V 161 E. 9a). Charakteristische Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal. Besonderes Gewicht kommt dabei dem Unternehmensrisiko (Inkasso- und Delkrederisiko) zu (Kieser, S. 54).

### **E. 3.3**

Bei der Beurteilung, ob die betreffende Person eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, ist zu beachten, dass die Person zur Ausübung ihrer selbständigen Tätigkeit auch eine juristische Person (Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung) gründen und anschliessend als Alleininhaber und Verwaltungsrat oder Geschäftsführer tätig sein kann. Auch wenn diese Art der Geschäftstätigkeit aus Sicht des AHVG in der Regel als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wird, ist es nicht sinnvoll, in solchen Fällen die Barauszahlung zu verweigern. So ist auch bei Wahrnehmung einer leitenden Funktion in einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung von der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen, sofern die Person alleinig oder mehrheitlich am Gesellschaftskapital beteiligt ist (vgl. Geiser/Senti, Art. 5 FZG N. 43).

### **E. 4.1**

Der Kläger war bis zum 7. September 2011 bei der E. \_\_\_\_\_AG angestellt. Am 5. September 2011 gründete er die D. \_\_\_\_\_ GmbH bei welcher er bis heute als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist. Er verfügt dabei über eine leitende Funktion und trägt aufgrund seiner alleinigen Beteiligung am Gesellschaftskapital das volle Unternehmensrisiko, weshalb bei seiner Tätigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist (vgl. E. II/3.2 f.). Von einer selbständigen Tätigkeit ging auch die Leiterin der AHV-Zweigstelle [...] aus, welche mit Schreiben vom 26. Januar 2012 an den Kläger ausführte, dass er seit dem 1. September 2011 bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen als Selbständigerwerbender angemeldet sei. Folglich ist entgegen den Ausführungen des Klägers nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei der Tätigkeit des Klägers von einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausgegangen ist.

#### **E. 4.2**

Dem Kläger ist auch nicht zu folgen, die Beklagte habe es unterlassen, die zweite Voraussetzung für die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens zu prüfen, ob er nicht dem BVG-Obligatorium unterstehe. Dies deshalb, da Selbständigerwerbende gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. d der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) von Verfassungen wegen der beruflichen Vorsorge nicht unterstellt sind. So ist darauf hinzuweisen, dass in Konstellationen wie der Vorliegenden der Kläger seit der Aufnahme seiner neuen selbständigen Tätigkeit nicht mehr als Arbeitnehmer im Sinne des BVG gilt und deshalb aus der obligatorischen Versicherung ausgeschieden ist. Die Beklagte konnte demnach durch die Bestätigung der AHV-Zweigstelle, dass der Kläger als Selbständigerwerbender angemeldet sei, davon ausgehen, dass er der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr untersteht.

#### **E. 4.3**

Es kann festgehalten werden, dass die Barauszahlung der Austrittsleistung an den Kläger aufgrund seiner selbständigen Erwerbstätigkeit und seinem Ausscheiden aus der obligatorischen beruflichen Versicherung nicht zu beanstanden ist. Die beantragte Auszahlung, welche am 16. Februar 2012 dem Bankkonto des Klägers gutgeschrieben wurde, erfolgte rechtzeitig, da diese innerhalb von zwölf Monaten nach Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit überwiesen wurde (vgl. Ziff. 5c der Allgemeinen Bestimmungen für die Freizügigkeitspolice der Beklagten). Der Beklagten kann auch keine Sorgfaltspflichtverletzung aufgrund der Umstände, dass der Kläger mit der Barauszahlung offenbar einen finanziellen Engpass überbrückt habe und sie dies hätte erahnen müssen, vorgeworfen werden. Dies deshalb, da ein Anspruch auf Barauszahlung auch dann besteht, wenn diese zur Schuldentilgung verwendet wird (vgl. E. II/3.1). Somit war die Barauszahlung der Austrittsleistung an den Kläger rechtmässig. Dies führt zur Abweisung der Klage. III. Die Gerichtskosten sind von Gesetzes wegen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 73 Abs. 2 BVG). Dem unterliegenden Kläger ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 138 Abs. 3 lit. a VRG e contrario). Eine solche steht auch der anwaltlich nicht vertretenen Beklagten nicht zu (Art. 138 Abs. 1 VRG).