



Marina Züger

lic. iur., dipl. Steuerexpertin,
Chefin Dienstabteilung des
Kantonalen Steueramtes Zürich,
Präsidentin der Arbeitsgruppe
Vorsorge der Schweizerischen
Steuerkonferenz

Neue steuerlich motivierte Bestimmungen im BVG*

Mit dem Inkrafttreten der 1. BVG-Revision hat ein beachtlicher Teil der bisherigen Praxis zur steuerlichen Anerkennung der beruflichen Vorsorge Eingang in das Vorsorgerecht gefunden. Zudem wurden neue Vorschriften zur Zulässigkeit von Einkäufen erlassen, insbesondere zum Verhältnis zwischen Einkauf und Kapitalbezug. Dies hat Auswirkungen auf die Beurteilung von Missbräuchen aus steuerlicher Sicht.

In der 2. Säule besteht ein Spannungsverhältnis zwischen vorsorgerechtlichen Möglichkeiten und steuerlich motivierten Schranken. Dieses Verhältnis wird im Rahmen der nachstehenden Ausführungen näher beleuchtet. Dabei werden die Massnahmen erläutert, die heute zur Vermeidung von steuerlichen Missbräuchen bestehen.

I. Zusammenspiel von Vorsorgerecht und Steuerrecht

Das Steuerrecht spielte im Rahmen der beruflichen Vorsorge von jeher eine bedeutende Rolle und hat deren Entwicklung wesentlich beeinflusst. So ist bereits in der Bundesverfassung vorgesehen, dass der Bund die Kantone zu Steuererleichterungen für die 2. Säule verpflichten kann. Konkretisiert wurden diese Vorgaben unter dem Titel «Steuerliche Behandlung der Vorsorge» in den Art. 80 – 84 BVG. Diese Bestimmungen fanden in der Folge auch Eingang ins DBG und StHG.

Einrichtungen der beruflichen Vorsorge sind von der Gewinnsteuerpflicht befreit, sofern die Mittel der Einrichtung dauernd und ausschliesslich der Personalvorsorge dienen. Vorbehalten bleibt die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer auf kantonaler Ebene.

Mit dem BVG wurde das sog. Waadtländer Modell eingeführt, wonach die Beiträge an Einrichtungen der beruflichen Vorsorge vollumfänglich zum Abzug zugelassen und als Gegenstück die Leistungen aus Vorsorgeeinrichtungen voll steuerbar sind.

Die Abzugsfähigkeit der Beiträge bezieht sich dabei auf sämtliche gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge an Einrichtungen der beruflichen Vorsorge. Neben ordentlichen Beiträgen sind auch Einkaufsbeiträge abziehbar. Beiträge des Arbeitgebers sowie ein Teil der Beiträge von Selbstständigerwerbenden¹ gehören zum ordentlichen Geschäftsaufwand oder können – soweit es sich um aperiodische Beiträge handelt – gestützt auf die Sonderbestimmungen von Art. 27 Abs. 2 lit. c und Art. 59 Abs. 1 lit. b DBG bzw.

Art. 10 Abs. 1 lit. d und Art. 25 Abs. 1 lit. b StHG zum Abzug gebracht werden. Die volle Besteuerung der Leistungen ist für Rentenzahlungen verwirklicht, indem Renten – vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen – zu 100 Prozent zusammen mit dem übrigen Einkommen besteuert werden. Kapitaleistungen aus Vorsorge werden dagegen gemäss Art. 38 DBG bzw. Art. 11 Abs. 3 StHG getrennt vom übrigen Einkommen besteuert und einer besonderen Jahressteuer unterstellt. Die besondere Jahressteuer wird für die direkte Bundessteuer zu einem Fünftel der ordentlichen Tarife berechnet. Die Kantone kennen unterschiedliche Methoden zur Berechnung der Jahressteuer². Diese Besteuerungsregeln führen in aller Regel zu einer tieferen Steuerbelastung, als wenn anstelle der Kapitaleistung wiederkehrende Leistungen ausgerichtet würden.

Die Anwartschaften aus der beruflichen Vorsorge sind von der Vermögenssteuer ausgenommen und die laufenden Erträge bleiben steuerlich unbeachtlich. Mit der Fälligkeit endet jedoch die steuerliche Privilegierung.

II. Gesetzliche Normen zur Vermeidung von Missbräuchen

1. Übersicht über die Entwicklung der gesetzlichen Normierung

Da das Steuerrecht unmittelbar an das Vorsorgerecht anknüpft, ergibt sich aus dem Zusammenspiel von vorsorgerechtlichen Möglichkeiten und steuerrechtlichen Konsequenzen eine Vielzahl von missbrauchsanfälligen Konstellationen.

Weil die berufliche Vorsorge vor allem im überobligatorischen Bereich nur lückenhaft geregelt war, wurde der Begriff der beruflichen Vorsorge in der steuerrechtlichen Praxis konkretisiert. Das Bundesgericht befasste sich dabei insbesondere mit den Grundsätzen der beruflichen Vorsorge sowie mit der Beurteilung gewisser missbräuchlicher Vorgehensweisen unter dem Aspekt der Steuerumgehung. Gesetzliche Normierungen zur Vermeidung von Missbräuchen gab es vorerst kaum.

Konkrete Schritte wurden dann im Rahmen des Stabilisierungsprogrammes 1998 unternommen. Der Bundesrat erhielt den Auftrag, Massnahmen zur «Förderung der Steuergerechtigkeit» vorzulegen und dabei «ungerechtfertigte Steuerlücken» u. a. im Bereich der 2. Säule zu schliessen. Eingang ins Gesetz fand der inzwischen wieder aufgehobene Art. 79a BVG.

Im Rahmen der Beratungen zur 1. BVG-Revision wurde die Bekämpfung der missbräuchlichen Verwendung der 2. Säule erneut diskutiert. In der Folge wurde ein Zweckartikel eingefügt, welcher den Begriff der Vorsorge umschreibt und die in der Steuerpraxis entwickelten Grundsätze der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichbehandlung, Planmässigkeit und das Versicherungsprinzip festlegt. Diese Grundsätze sollten vom Bundesrat auf der Basis der geltenden Praxis konkretisiert werden. Zudem wurden eine Limitierung des maximal versicherbaren Lohnes sowie verschiedene Regeln zu den Einkaufsmöglichkeiten beschlossen. Diese Bestimmungen sind nach Erlass der Änderung der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) durch den Bundesrat als 3. Paket der 1. BVG-Revision auf den 1. Januar 2006 in Kraft getreten.

2. Gesetzliche Normen im Vorsorgerecht

Nachfolgend werden nun jene Normen im geltenden Vorsorgerecht dargestellt, welche direkt oder indirekt einen steuerrechtlichen Hintergrund aufweisen.

2.1 Definition und Grundsätze der beruflichen Vorsorge

In Art. 1 Abs. 1 BVG wird festgehalten, dass die berufliche Vorsorge Massnahmen auf kollekti-

ver Basis beinhaltet und damit auf einzelne Personen zugeschnittene À-la-carte-Lösungen ausschliesst.

Nach Art. 1 Abs. 2 BVG darf der in der beruflichen Vorsorge versicherbare Lohn oder das versicherbare Einkommen das AHV-pflichtige Einkommen nicht übersteigen. Im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 2 BVG stehen daher Vorsorgepläne, bei denen ein versicherter Lohn trotz Reduktion oder dauernder Aufgabe der Erwerbstätigkeit weiterversichert wird³. Sog. externe Versicherungen sind daher nicht mehr uneingeschränkt zulässig. Art. 47 BVG, der nicht geändert wurde, ist künftig eng auszulegen.

Die Grundsätze, die in der beruflichen Vorsorge gelten, sind in Art. 1 Abs. 3 BVG nur aufgezählt; die Präzisierung der Grundsätze der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichbehandlung, Planmässigkeit sowie des Versicherungsprinzips erfolgte in der BVV 2.

Die Konkretisierung des Grundsatzes der *Angemessenheit* in Art. 1 BVV 2 orientiert sich an der steuerlichen Praxis, wonach Altersleistungen aus Vorsorgeeinrichtungen zusammen mit den Leistungen der AHV in der Regel den letzten Nettolohn – dies entspricht den in Art. 1 Abs. 3 BVV 2 verankerten 85 Prozent des letzten AHV-pflichtigen Bruttolohnes – nicht übersteigen dürfen. Die Leistungen aus der beruflichen Vorsorge allein dürfen dabei höchstens 70 Prozent des letzten AHV-pflichtigen Lohnes oder die Beiträge von Arbeitnehmer und Arbeitgeber für die Altersleistungen höchstens 25 Prozent der versicherbaren AHV-pflichtigen Löhne betragen. Der Grundsatz der Angemessenheit eines Vorsorgeplanes beurteilt sich primär nach dem Berechnungsmodell, das dem anwendbaren Vorsorgeplan zu Grunde liegt. Bei mehreren Vorsorgeverhältnissen hat der Arbeitgeber für die Einhaltung der An-

gemessenheit über die Gesamtheit der Vorsorgeverhältnisse zu sorgen.

Das Reglement darf nach Art. 1b BVV 2 vorsehen, dass das reglementarische Leistungsziel durch individuelle Einkäufe bereits bei einem allfälligen *vorzeitigen Altersrücktritt* erreicht werden kann. Diese Vorfinanzierung darf jedoch im Fall eines Verzichts auf den vorzeitigen Altersrücktritt nicht zu wesentlich höheren Leistungen führen. Mit dieser Einschränkung soll verhindert werden, dass unter dem Titel der Vorfinanzierung des vorzeitigen Altersrücktritts auf individueller Basis zusätzliche Vorsorgeguthaben geäuft werden.

Der Grundsatz der *Kollektivität* lässt es von jeher zu, dass – wie nun in Art. 1c Abs. 1 BVV 2 verankert ist – die Arbeitnehmer eines Unternehmens in verschiedene Versichertenkategorien aufgeteilt werden, solange dies nach objektiven, im Reglement definierten Kriterien geschieht. Unzulässig sind damit Auswahlkriterien, die von vornherein nur auf eine Person zutreffen. Übernommen wurde aber die Praxis zur sog. virtuellen Kollektivität⁴. Danach erfüllt auch eine Versicherung für eine einzelne Person das Erfordernis der Kollektivität, wenn gemäss Reglement die Aufnahme weiterer Personen grundsätzlich möglich ist. Bei der freiwilligen Versicherung Selbstständigerwerbender ist die virtuelle Kollektivität dagegen nach Art. 1c Abs. 2 BVV 2 ausgeschlossen. Der Selbstständigerwerbende kann sich nach Art. 44 BVG nur der Vorsorgeeinrichtung des eigenen Personals, der Vorsorgeeinrichtung seines Berufes oder der Auffangeinrichtung anschliessen. Ein Einzelanschluss an eine Sammel-einrichtung oder eine Versicherung in einem eigenen Vorsorgeplan ist somit unzulässig. Dem Bedürfnis nach einer gewissen Flexibilisierung wurde mit beschränkten individuellen Wahlmöglichkeiten Rechnung getragen.

Für die Wahl zwischen verschiedenen Vorsorgeplänen sind jedoch klare Rahmenbedingungen in Form der Beschränkung auf maximal drei Pläne sowie einer bestimmten Bandbreite der Beiträge vorgegeben. Art. 1d BVV 2 schliesst aber nach wie vor aus, den Anschluss an gewisse Vorsorgepläne freiwillig auszugestalten⁵.

Für die Einhaltung des Grundsatzes der *Gleichbehandlung* wird in Art. 1f BVV 2 vorgeschrieben, dass für alle Versicherten eines Kollektivs die gleichen reglementarischen Bedingungen gelten. Im Übrigen ist auch der verfassungsmässige Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Nach Auffassung des Bundesgerichts⁶ müssen insbesondere die freien Reserven für alle Arbeitnehmer verhältnismässig gleichwertig geäuft werden.

Der Grundsatz der *Planmässigkeit* verlangt, dass alle Elemente der Finanzierung und Leistungserbringung im Reglement – und damit im Voraus – genau festgelegt sind. Art. 1g BVV 2 nennt ausdrücklich die verschiedenen Leistungen, die Art ihrer Finanzierung und die Anspruchsvoraussetzungen, die Vorsorgepläne sowie die verschiedenen Versichertenkollektive. Vorsorgeeinrichtung und Versicherte haben sich sodann stets nach diesen reglementarischen Bestimmungen zu richten. Abweichende Regelungen für Einzelfälle sind auch im gegenseitigen Einverständnis nicht zulässig.

Das *Versicherungsprinzip* entwickelte sich aus der Auffassung, wonach das blosses Ansammeln eines den Vorsorgenehmern individuell zugeteilten Sparkapitals keine berufliche Vorsorge darstellt⁷. Aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich dabei, dass die berufliche Vorsorge – zusätzlich zum Sparvorgang – auch die versicherungstechnische Abdeckung der Risiken Tod und Invalidität beinhalten muss. Zum Umfang der versicherungsmässigen Deckung hat sich das Bundesgericht jedoch nicht klar geäussert. In Art. 1h BVV 2 hat der Bundesrat diesbezüglich präzisiert, dass das Versicherungsprinzip eingehalten ist, wenn mindestens 6 Prozent aller Beiträge zur Finanzierung der Leistungen für die Risiken Tod und Invalidität bestimmt sind. Dieses Erfordernis gilt pro Vorsorgeeinrichtung bzw. pro Vorsorgewerk einer Sammeleinrichtung⁸. Die Aufteilung der Beiträge auf die Finanzierung der Leistungen bei Tod und Invalidität bleibt den Vorsorgeeinrichtungen überlassen, wobei aber gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und den Wortlaut der Verordnungsbestimmung in jedem Fall beide Risiken versicherungsmässig abgedeckt sein müssen. Reine Spareinrichtungen sind entgegen früherer Praxis nicht mehr zugelassen. Vorsorgeeinrichtungen, wel-

che am 1. Januar 2006 bereits bestanden haben und den neuen Anforderungen nicht genügen, müssen nicht liquidiert werden; die bestehenden Guthaben dürfen jedoch nicht mehr weiter geäuft werden⁹.

Der Bundesrat hat schliesslich von seinem Recht, das *Mindestalter für den Altersrücktritt* festzulegen, Gebrauch gemacht, und dieses auf 58 Jahre festgesetzt. Ausnahmen gelten nach Art. 1i Abs. 2 BVV 2 bei betrieblichen Restrukturierungen sowie für Personen mit Berufen, wo die öffentliche Sicherheit eine Pensionierung vor Alter 58 verlangt. Es besteht zudem eine Übergangsbestimmung, wonach Vorsorgeeinrichtungen ein tieferes reglementarisches Rentenalter bis zum Jahr 2011 für jene Versicherten beibehalten können, die am 31. Dezember 2005 bereits versichert waren.

2.2 Betragsmässige Begrenzung des versicherbaren Verdienstes

Der in der beruflichen Vorsorge versicherbare Lohn wurde neu auch betragsmässig limitiert. Gemäss Art. 79c BVG kann im Rahmen der 2. Säule maximal ein Lohn bzw. Einkommen im Umfang des zehnfachen oberen Grenzbetrags, d.h. derzeit Fr. 795'600, versichert werden. Die Begrenzung gilt dabei über sämtliche Vorsorgeverhältnisse einer Person hinweg.

2.3 Einkäufe

Aufgrund des neuen Art. 79b Abs. 1 BVG, wonach die Vorsorgeeinrichtung den Einkauf höchstens bis zur Höhe der reglementarischen

Leistungen ermöglichen darf, dienen Einkäufe dazu, maximal jenes Leistungsniveau zu erreichen, das mit den ordentlichen reglementarischen Beiträgen bei voller Beitragsdauer erreicht würde. Mit dieser Bestimmung ist ausgeschlossen, dass Vorsorgereglemente Leistungsziele festsetzen, die nur mittels Einkäufen erreichbar sind. Im gleichen Zusammenhang ist die Ausführungsbestimmung von Art. 60a Abs. 1 BVV 2 zu sehen, die verlangt, dass die Berechnung des Einkaufs und der Vorsorgeplan auf den gleichen versicherungstechnischen Annahmen beruhen. Die Vorsorgeeinrichtung darf daher bei der Ausgestaltung der Einkaufstabelle nicht von einer höheren Verzinsung der Altersguthaben ausgehen als beim Vorsorgeplan als solchem¹⁰.

Um eine Doppelversicherung in der beruflichen Vorsorge zu verhindern, ist in Art. 60a Abs. 2 und 3 BVV 2 vorgesehen, dass bei der Berechnung des Einkaufs bestehende Vorsorgeguthaben in anderer Form zu berücksichtigen sind:

- Zum einen gilt dies für Guthaben in der Säule 3a, soweit sie jenen Betrag übersteigen, der in der sog. kleinen Säule 3a zusätzlich zur 2. Säule hätte geäuft werden können¹¹. Diesbezüglich erfolgt aus Praktikabilitätsüberlegungen eine schematische Beurteilung¹².
- Zum andern geht es um Freizügigkeitsguthaben, die eine versicherte Person nicht nach Art. 3 und 4 Abs. 2^{bis} FZG in die Vorsorgeeinrichtung übertragen musste¹³.

Der Bundesrat hat sodann in Art. 60b BVV 2 bestimmt, dass Personen, die aus dem Ausland zuziehen, in den ersten fünf Jahren nach Eintritt in eine schweizerische Vorsorgeeinrichtung jährlich Einkäufe im Umfang von höchstens 20 Prozent des versicherten Lohnes tätigen dürfen. Aus steuerlicher Sicht wird damit verhindert, dass Personen, die sich nur vorübergehend in der Schweiz aufhalten, das steuerbare Erwerbseinkommen durch hohe Einkäufe reduzieren und das Vorsorgeguthaben in der Folge nach einem Wegzug ins Ausland mit tiefer oder gar keiner Steuerbelastung beziehen können.

Eine Kernbestimmung für die Verhinderung von Missbräuchen stellt Art. 79b Abs. 3 BVG dar. Sie hat das aus steuerlicher Sicht besonders heikle Verhältnis von Einkauf und Kapitalbezug zum Gegenstand. Gemäss erstem Satz dieser Bestimmung dürfen nach einem Einkauf die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform bezogen werden. Im 2. Satz wird bestimmt, dass nach Vorbezügen für die Wohneigentumsförderung Einkäufe erst vorgenommen werden dürfen, wenn die Vorbezüge zurückbezahlt sind. Die Bestimmung von Art. 79b Abs. 3

BVG wirft einige Fragen auf, die im Abschnitt IV näher behandelt werden.

2.4 Weitere Bestimmungen

Folgende Bestimmungen, welche zumindest indirekt der Vermeidung von steuerlichen Missbräuchen dienen, sind bereits auf den 1. Januar 2005 in Kraft getreten:

- Art. 4 Abs. 4 BVG verlangt, dass die Vorsorgeguthaben von Selbstständigerwerbenden dauernd der beruflichen Vorsorge dienen und schränkt damit die Möglichkeiten des Selbstständigerwerbenden, sein Vorsorgeguthaben zu beziehen, ein. Früher konnte ein Selbstständigerwerbender sein Vorsorgeguthaben jederzeit bar beziehen. Unter geltendem Recht ist dagegen eine Barauszahlung nur noch im Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit – bzw. innerhalb eines Jahres – zulässig. Löst ein Selbstständigerwerbender seine 2. Säule auf, muss das Vorsorgeguthaben auf eine Freizügigkeitseinrichtung überwiesen werden. Bei einem erneuten Anschluss an die 2. Säule findet eine – steuerneutrale – Übertragung auf die neue Vorsorgeeinrichtung statt.
- Aus Art. 65e Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 44a BVV 2, die im Zuge der Massnahmen zwecks Behebung von Unterdeckungen eingefügt wurden, ergibt sich, dass ordentliche Arbeitgeberbeitragsreserven – in Übereinstimmung mit der bisherigen steuerrechtlichen Praxis – höchstens bis zur Höhe des fünffachen Jahresbeitrages des Arbeitgebers geöffnet werden dürfen.

3. Gesetzliche Normen im Steuerrecht

Im Steuerrecht selber gibt es keine gesetzlichen Normen, welche speziell auf die missbräuchliche Verwendung der 2. Säule ausgerichtet sind. Es wird in den steuerrechtlichen Bestimmungen aber immerhin festgehalten, dass nur Beiträge abziehbar sind, die «gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleistet» wurden bzw. «sofern jede zweckwidrige Verwendung ausgeschlossen ist»¹⁴.

Im Übrigen konzentrieren sich die gesetzlichen Normierungen im Steuerrecht auf die Sicherung der Besteuerung von Vorsorgeleistungen. Dies erfolgt einerseits durch Melde- und Bescheinigungspflichten¹⁵, andererseits durch eine Quellensteuer auf Leistungen aus Vorsorgeeinrichtungen an im Ausland wohnhafte Empfänger¹⁶.

Die steuerrechtlichen Normen betreffend verdeckte Gewinnausschüttungen beziehen sich nicht speziell auf den Bereich der 2. Säule, haben aber auch hier eine Bedeutung. Wenn mitarbeitende Aktionäre besser gestellt sind als das übrige Personal, ist danach zu fragen, ob

die Besserstellung durch die betriebliche Tätigkeit und Stellung oder die Verantwortung des Aktionärsdirektors begründet ist und sie darum auch einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Arbeitnehmer bei Vorliegen von ansonsten gleichen Umständen gewährt worden wäre¹⁷. Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann dabei auch dann vorliegen, wenn die Grundsätze der beruflichen Vorsorge, insbesondere jene der Kollektivität, Planmässigkeit und Gleichbehandlung eingehalten sind¹⁸.

III. Aufgaben und Befugnisse der Steuerbehörden nach Inkrafttreten der 1. BVG-Revision

Nachdem mit der 1. BVG-Revision ein grosser Teil der bisherigen Praxis zur steuerlichen Anerkennung der beruflichen Vorsorge bzw. zur Verhinderung von Missbräuchen formell in vorsorgerechtliche Bestimmungen überführt worden ist, stellen sich folgende Fragen:

- (1) Kann die Steuerbehörde im Einzelfall noch prüfen, ob die zum Abzug gebrachten Beiträge reglementsconform sind? Was geschieht, wenn eine Vorsorgeeinrichtung reglementswidrige Leistungen ausrichtet?
- (2) Kann die Steuerbehörde prüfen, ob die Reglemente und das konkrete Vorgehen der Vorsorgeeinrichtung den gesetzlichen Vorgaben entspricht? Wie ist das Verhältnis zur Steuerumgehung?

1. Beurteilung der Reglementsconformität von Beiträgen und Leistungen

Es erscheint klar, dass die Steuerbehörden im konkreten Einzelfall prüfen können, ob die zum Abzug gebrachten Beiträge in Übereinstimmung mit den reglementarischen Bestimmungen erfolgt sind. Wenn dies nicht der Fall ist, kann der Abzug gestützt auf die steuerrechtlichen Bestimmungen ohne weiteres verweigert werden.

Mit Bezug auf die Ausrichtung von reglements-widrigen Leistungen sind die Auffassungen über die steuerlichen Auswirkungen dagegen nicht einhellig. PETER LOCHER vertritt die Meinung, dass auch unrechtmässig bezogene Leistungen einer Vorsorgeeinrichtung den Charakter von Vorsorgeleistungen im Sinn der steuerrechtlichen Vorschriften behielten¹⁹. Die Steuerkurskommission Zürich vertrat in einem Entscheid vom 3. März 2005²⁰ jedoch die Auffassung, dass – falls die zu Unrecht bezogenen Leistungen nicht zurückerstattet werden – gute Gründe für eine Besteuerung als ordentliches Einkommen sprächen. Ansonsten würde die steuerliche Privilegierung auf Leistungen ausge-

dehnt, die überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in der tatsächlich vorgenommenen Weise hätten erfolgen dürfen, was einer Prämierung von vorsorgerechtswidrigem Vorgehen gleichkäme. Für die Verweigerung der privilegierten Besteuerung sprach sich bereits früher DANIELLE YERSIN²¹ aus, da man Leistungen nicht als Vorsorgeleistungen qualifizieren könne, wenn gerade die dafür aufgestellten Regeln verletzt würden. M. E. ist die Frage aus rein steuerrechtlicher Optik zu betrachten und die steuerliche Privilegierung deshalb dann zu verweigern, wenn die reglements-widrige Ausrichtung von Leistungen im konkreten Fall mit steuerrechtlichen Vorteilen verbunden ist, die bei reglementsconformem Verhalten nicht eingetreten wären.

2. Prüfung der Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften

2.1 Beurteilung von vorsorgerechtlichen

Fragen durch die Steuerbehörden

Steuerbehörden stehen insbesondere beim Entscheid über einen steuerlichen Abzug vor der Aufgabe, vorab die Frage der vorsorgerechtlichen Zulässigkeit des entsprechenden Beitrags zu beantworten.

Die Prüfung der Gesetzesconformität von Reglementsbestimmungen liegt seit dem 1. Januar 2006 jedoch auch im Aufgabenbereich der BVG-Aufsichtsbehörden. Nach allgemeiner Lehrmeinung ist eine Behörde zur vorfrageweisen Prüfung einer Rechtsfrage aus dem Kompetenzbereich einer anderen Behörde berechtigt. Sie ist dabei aber an die klare Praxis oder an Entscheide der sachkompetenten Behörde gebunden. Die Bestimmungen des 3. Pakets der 1. BVG-Revision sind jedoch insoweit etwas Besonderes, als sie zwar formell vorsorgerecht darstellen, aber überwiegend steuerlich motiviert sind. Bei der Auslegung der Normen sind daher nicht nur rein vorsorgerechtliche Aspekte von Bedeutung, sondern auch steuerliche Überlegungen. Daraus ist m. E. zu schliessen, dass die Steuerbehörden insoweit an die klare Beurteilungspraxis der BVG-Aufsichtsbehörden gebunden sind, als rein vorsorgerechtliche Aspekte zur Diskussion stehen. Wo hingegen steuerlich motivierte Bestimmungen zu beurteilen sind, haben die Steuerbehörden eigenständige Entscheidungsbefugnis.

Zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten und Vereinfachung der Verfahren haben sich BVG-Aufsichtsbehörden und Steuerbehörden aber inzwischen für den Bereich der allgemeinen Reglementsprüfung – also für die Frage, ob die Reglemente den Vorschriften von Gesetz und Verordnung entsprechen – darauf verständigt, dass die Steuerbehörden unter den vereinbarten Bedingungen auf eine eigene Reglementsprüfung verzichten und sich auf die Beurteilung durch die Aufsichtsbehörden abstützen²².

2.2 Auslegung von steuerlich motivierten Normen des Vorsorgerechts und Steuerumgehung

Für die Steuerbehörden kann es sich in gewissen Fällen dennoch als notwendig erweisen, Gesetzesbestimmungen des Vorsorgerechts auszulegen. Bei der Auslegung ist nicht nur auf den Wortlaut einer Bestimmung abzustellen, sondern es ist nach der wahren Tragweite einer Norm, nach dem Normsinn, zu fragen.

Bei der Auslegung der Normen des 3. Pakets der 1. BVG-Revision ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die berufliche Vorsorge zwar weiterhin durch Steuererleichterungen fördern, aber gleichzeitig gewisse Schranken setzen und Missbräuche verhindern wollte. Der allgemeine Zweck der Normen, Missbräuche zu verhindern, liegt allerdings relativ nahe beim Steuerumgehungsgedanken.

Eine Steuerumgehung liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn

- (1) eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls der wirtschaftlichen Gegebenheit völlig unangemessen erscheint;
- (2) anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich, lediglich deshalb getroffen worden ist, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären;
- (3) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde.

Seit Inkrafttreten der 1. BVG-Revision ist jedoch stets zuerst abzuklären, ob sich das Verhalten unter die steuerlich motivierten Vorsorgenormen subsumieren lässt. Erst danach ist zu prüfen, ob allenfalls eine Steuerumgehung vorliegt. Letzteres ist allerdings mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen, denn das Instrument der Steuerumgehung kann nicht dazu dienen, vorsorgerechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zu ignorieren, sobald sie mit Steuersparpotenzial verbunden sind.

IV. Einzelfragen

1. Einkauf mit anschliessendem Kapitalbezug (Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG)

Einkäufe mit nachfolgendem Kapitalbezug wurden bisher in der Praxis und Rechtsprechung – mangels besonderer gesetzlicher Grundlage – unter dem Aspekt der Steuerumgehung geprüft²³. Einzelne Kantone hatten

dazu auch allgemeine Praxisfestlegungen publiziert²⁴.

Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG enthält nun folgende Bestimmung zum Verhältnis von Einkauf und anschliessendem Kapitalbezug:

«Wurden Einkäufe getätigt, so dürfen die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden.»

Aus dem Wortlaut ergibt sich zumindest aus dem Umkehrschluss, dass eine Kapitalauszahlung nach Ablauf von drei Jahren seit einem Einkauf unbedenklich ist. Es fragt sich jedoch, ob Einkäufe einen Kapitalbezug innerhalb der nächsten drei Jahre vollständig ausschliessen. Dazu ist zunächst zu klären, was mit den «daraus resultierenden Leistungen» gemeint ist. Die Formulierung erweckt den Eindruck einer direkten Verknüpfung zwischen einem Einkauf und einer Leistung. Die Leistungen aus Vorsorgeeinrichtungen werden jedoch nicht aus bestimmten Mitteln, sondern aus dem Vorsorgekapital des Versicherten als Ganzem finanziert. Damit kann die Gesetzesbestimmung nicht wörtlich verstanden werden. Der Text lässt ausserdem verschiedene Deutungen zu:

- Die «daraus resultierenden Leistungen» können verstanden werden als «die darauf zurückzuführenden zusätzlichen Leistungen». Dabei wird davon ausgegangen, dass die nachfolgenden Kapitalleistungen primär aus dem bereits vor dem Einkauf vorhandenen Vorsorgekapital finanziert werden. Damit wäre das ganze vor dem Einkauf erworbene Vorsorgeguthaben von der Beschränkung nicht betroffen.
- Mit den «daraus resultierenden Leistungen» können aber auch «die nachfolgend ausgerichteten Leistungen» gemeint sein. Dabei wird angenommen, dass die Einkäufe in erster Linie der Finanzierung der unmittelbar nachfolgenden Kapitalleistungen dienen, was einen Kapitalbezug innerhalb der nächsten drei Jahre nach einem Einkauf generell ausschliessen würde (auch als «Last in – First out» bezeichnet).
- Die «daraus resultierenden Leistungen» können schliesslich auf die gesamten Leistungen bezogen werden, was eine anteilige Beschränkung der Kapitalbezugsmöglichkeit zur Folge hätte²⁵.

Folglich muss unter Berücksichtigung weiterer Auslegungselemente, wie namentlich Entstehungsgeschichte, Gesetzeszusammenhang sowie Sinn und Zweck, nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden.

Aus den parlamentarischen Beratungen geht hervor, dass mit Art. 79b Abs. 3 BVG verhindert werden sollte, dass ein Einkauf vor Ablauf von drei Jahren durch eine Kapitalleistung kom-

pensiert wird²⁶. Der Gesetzgeber wollte zwar Einkäufe grundsätzlich zulassen, allerdings sollte das Geld nicht sofort wieder bezogen werden können²⁷. Ein steuerbegünstigtes Kontokorrent in der Pensionskasse sei nicht erwünscht, weshalb eine dreijährige Sperrfrist für den Rückzug der Gelder bestehen solle. Die Materialien geben damit keinen klaren Aufschluss darüber, ob ein Kapitalbezug innerhalb der Dreijahresfrist generell und ohne Rücksicht auf den Stand des Altersguthabens vor dem Einkauf untersagt werden sollte; sie schliessen dies aber auch nicht aus. Es ist zu vermuten, dass sich das Parlament darüber keine vertieften Gedanken gemacht hat, sondern vom Motto, die Benutzung von Vorsorgeeinrichtungen als Steuersparinstrument zu verhindern, leiten liess. Es kann dem Gesetzgeber daher nicht unterstellt werden, dass er ganz bewusst jegliche Kapitalauszahlungen innerhalb von drei Jahren nach einem Einkauf ausschliessen wollte.

Die Materialien bestätigen hingegen, dass mit dem Rückzug «aus der Vorsorge» nicht nur Altersleistungen gemeint sind, sondern beispielsweise auch Vorbezüge für Wohneigentum²⁸. Dasselbe muss für Barauszahlungen gestützt auf Art. 5 FZG gelten. Nicht als Kapitalrückzüge im Sinn dieser Bestimmung gelten dagegen nach einhelliger Auffassung Kapitalauszahlungen im Invaliditäts- oder Todesfall. Gestützt auf die Analyse von Wortlaut und Materialien hat das BSV in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 88 vom 28. November 2005 die Auffassung vertreten, dass – aus rein vorsorgerechtlicher Optik – nur der dem Einkauf entsprechende Betrag inklusive Zinsen während drei Jahren nicht in Kapitalform zurückgezogen werden könne. Auf steuerliche Überlegungen, die sich nicht klar aus dem Wortlaut ergeben und daher im Rahmen einer weitergehenden Auslegung zu berücksichtigen sind, ist es nicht eingegangen, da die Steuerbehörden dazu eher in der Lage sind.

Damit bleibt für die Steuerbehörden und Steuergerichte die Frage zu beantworten, was mit der Vorschrift von Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG unter Berücksichtigung von deren Sinn und Zweck bestimmt werden sollte. Aus dem allgemeinen Zweck, die Benutzung von Vorsorgeeinrichtungen als Steuersparinstrument zu verhindern, darf nicht geschlossen werden, dass der Zweck eben doch darin bestehe, innerhalb der Dreijahresfrist jegliche Kapitalbezüge auszuschliessen, weil ja in jedem Fall die gleichen Steuervorteile resultieren. Dies erschiene angesichts des unklaren Wortlauts nicht als angemessen. Vielmehr zeigt sich aus verschiedenen Beispielen, die im Rahmen der parlamentarischen Beratungen, aber auch in

der Rechtsprechung diskutiert wurden, dass man ein Instrument schaffen wollte, um gezielt vorübergehende Platzierungen von Geldern in der 2. Säule, die rein steuerlich motiviert sind, zu vermeiden²⁹. Es wurde damit offensichtlich keine Liberalisierung, wohl aber eine Klärung der von den Gerichten unterschiedlich beurteilten Streitfrage zur Zulässigkeit von Einkäufen und Kapitalbezügen in zeitlicher Nähe, und damit eine gewisse Verobjektivierung angestrebt. Mit Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG konnte leider keine Klärung im Sinn der Herbeiführung von Rechtssicherheit geschaffen werden. Es lässt sich daraus immerhin der Schluss ziehen, dass Fälle, die gemäss bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts als Steuerumgehung gewertet wurden, ohne weiteres unter die neue gesetzliche Bestimmung subsumiert werden können. Die Tragweite der neuen gesetzlichen Norm dürfte aber darüber hinausgehen, namentlich was die zeitliche Nähe zwischen Einkauf und Kapitalbezug betrifft, denn dazu hat sich der Gesetzgeber relativ klar geäussert. Aufgrund der Nähe zu den Steuerumgehungsgedanken stellt das subjektive Element ein zwar beachtliches, aber nicht notwendiges Indiz für ein missbräuchliches Verhalten im Sinn einer gezielt vorübergehenden, rein steuerlich motivierten Platzierung in der 2. Säule dar. Letztlich entscheidend ist das objektive Bild, das der konkrete Sachverhalt vermittelt.

Als Kriterien für die *gezielt vorübergehende Platzierung* sind dabei von Bedeutung:

- die kurze Zeitspanne zwischen Einkauf und Kapitalbezug, wobei der Gesetzgeber von einer Verdachtsperiode von (maximal) drei Jahren ausgeht; die gezielte Platzierung ist dabei umso wahrscheinlicher, je kürzer die Zeitspanne ist;
- die Gewissheit über den bevorstehenden Bezug in Kapitalform im Zeitpunkt des Einkaufs³⁰ bzw. die Möglichkeit, die Form des Leistungsbezugs mit oder nach dem Einkauf noch zu bestimmen;
- bei Wegzug ins Ausland die jederzeitige Möglichkeit, das Vorsorgeguthaben bar zu beziehen³¹;
- die zeitliche Konzentration der Einkäufe auf die Phase vor dem Kapitalbezug³².

Als Beurteilungskriterien für die *rein steuerliche Motivierung* fallen in Betracht:

- der Umstand, dass das Verhalten aus vorsorgerechtlicher Sicht keinen Sinn macht, weil keine ins Gewicht fallende Verbesserung des Vorsorgeschatzes eintritt (z. B. unverändert hohe Altersrente, kein erhöhter Versicherungsschutz)³³;
- die zweckwidrige Nutzung von Vorsorgegeldern (z. B. Vorbezug für Wohneigentum

zur Herabsetzung der Hypothek mit anschliessender Wiederaufstockung)³⁴;

- die Fremdfinanzierung des Einkaufs;
- die Höhe des Einkaufs im Verhältnis zur Höhe des bisherigen Altersguthabens³⁵.

Wird aufgrund der vorstehenden Kriterien festgestellt, dass ein Verhalten den Normsinn von Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG verletzt, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen. Vorsorgeeinrichtungen sind verpflichtet, zumindest dafür zu sorgen, dass im Umfang des Einkaufs kein Kapitalbezug erfolgt. Im entsprechenden Umfang ist in der Regel eine Rente auszurichten. Im Fall, dass ein Reglement nur Altersleistungen in Kapitalform vorsieht, hat die Vorsorgeeinrichtung eine Rentenversicherung zu Gunsten des Versicherten abzuschliessen. Ein (teilweiser) Aufschub der Kapitalleistung über das Rücktrittsalter hinaus ist demgegenüber ausgeschlossen³⁶. Wenn erst die Steuerbehörden einen Einkauf mit nachfolgendem Kapitalbezug als Verstoß gegen Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG qualifizieren, erscheint es aus steuerlicher Sicht als zulässig, dass gestützt auf die Feststellung der Steuerbehörden eine Rückabwicklung vorgenommen wird. Wenn eine solche nicht erfolgt, ist es sachgerecht, den Vorgang des Einkaufs und anschliessenden Kapitalbezugs als Einheit zu betrachten. Das hat zur Folge, dass der Einkauf nicht zum Abzug zugelassen wird und die Kapitalleistung entsprechend reduziert zur Besteuerung gelangt. Wenn für die Steuerperiode des Einkaufs bereits eine rechtskräftige Veranlagung vorliegt, ist eine Korrektur im Nachsteuerverfahren nicht ausgeschlossen, da ein Kapitalbezug in den Folgejahren auf die Steuerperiode des Einkaufs zurückwirkt.

Bei Zugehörigkeit zu mehreren Vorsorgeeinrichtungen fragt sich, ob eine konsolidierte Sichtweise anzuwenden ist oder ob jede Vorsorgeeinrichtung für sich zu betrachten ist. Der steuerliche Effekt, der mit Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG verhindert werden sollte, tritt auch bei mehreren Vorsorgeeinrichtungen ein, was an sich für eine globale Betrachtungsweise sprechen würde. Vorsorgerechtlich hingegen können unter den «daraus resultierenden Leistungen» nur Leistungen verstanden werden, die aus dem Vorsorgeguthaben stammen, das zuvor mittels Einkaufs zusätzlich geäußert wurde. Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG lässt somit eine konsolidierte Betrachtungsweise nicht zu³⁷. Da jedoch die Missbrauchsbestimmung von Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG eine Steuerumgehung im gleichen Umfeld nicht ausschliesst, ist in Fällen, in denen gleichzeitig ein Einkauf in eine Vorsorgeeinrichtung und ein Kapitalbezug aus einer anderen Vorsorgeeinrichtung getätigt wird, das Vorliegen einer Steuerumgehung nach bisheriger Praxis zu prüfen³⁸.

2. Kapitalbezug mit anschliessendem Einkauf (Art. 79b Abs. 3 Satz 2 BVG)

Mit dem 2. Satz von Art. 79b Abs. 3 BVG wurde die umgekehrte Konstellation geregelt, nämlich dass nach einem Kapitalbezug ein Einkauf folgt. Die Bestimmung bezieht sich jedoch nur auf Kapitalbezüge in Form von Vorbezügen für Wohneigentum und lautet wie folgt:

«Wurden Vorbezüge für die Wohneigentumsförderung getätigt, so dürfen freiwillige Einkäufe erst vorgenommen werden, wenn die Vorbezüge zurückbezahlt sind.»

Dieser 2. Satz enthält im Gegensatz zum 1. Satz keine zeitliche Beschränkung. Vielmehr wird – wenn nach einem Vorbezug wieder Mittel in die 2. Säule eingelegt werden sollen – verlangt, dass eine Wiedereinzahlung des Vorbezugs erfolgt³⁹, bevor steuerlich abzugsfähige Einkäufe vorgenommen werden. Damit fällt die bisherige Wahlmöglichkeit dahin. Die Lösung gemäss dem auf 1. Januar 2006 aufgehobenen Art. 14 Abs. 1 WEFV, wonach Einkäufe nach einem Vorbezug getätigt werden dürfen, soweit sie zusammen mit den Vorbezügen die reglementarisch maximal zulässigen Vorsorgeansprüche nicht überschreiten, wird nur noch im Rahmen der Ausnahmebestimmung von Art. 60d BW 2 fortgeführt für jene Fälle, in denen eine Rückzahlung gestützt auf Art. 30d Abs. 3 BVG nicht mehr zulässig ist.

Art. 79b Abs. 3 Satz 2 BVG ist absolut formuliert. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass die Pflicht zur Rückzahlung nur für Vorbezüge gilt, die aus einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung getätigt wurden⁴⁰. Der Wortlaut spricht vielmehr für eine globale Betrachtung. Aus dem Um-

stand, dass der 1. Satz von Art. 79b Abs. 3 BVG nur pro Vorsorgeeinrichtung Anwendung findet, kann nichts für den 2. Satz abgeleitet werden. Zu beachten ist allerdings, dass sich vorsorgerechtliche Vorschriften in der Regel an die Vorsorgeeinrichtung als Rechtsträgerin richten und Ausnahmen einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Eine solche Begründung wäre vorliegend im steuerrechtlichen Hintergrund der Bestimmung zu sehen. Will der Gesetzgeber die steuerliche Abzugsfähigkeit von Einkaufsbeiträgen erst nach der Rückzahlung ausstehender Vorbezüge ermöglichen, spielt es an sich keine Rolle, aus welcher Vorsorgeeinrichtung die Vorbezüge getätigt wurden. Auch die von den Gerichten bisher unter dem Aspekt der Steuerumgehung behandelten Fälle betreffen regelmässig verschiedene Vorsorgeeinrichtungen⁴¹. Die praktischen Probleme, die sich aus einer globalen Betrachtung ergeben, dürfen für die Auslegung dagegen keine entscheidende Bedeutung haben.

3. Splitting von Kapitalbezügen

Zur Problematik des Teilkapitalbezugs hat der Gesetzgeber bisher weder im Vorsorgerecht noch im Steuerrecht spezielle Missbrauchsbestimmungen erlassen, obschon mit einem gestaffelten Bezug die steuerliche Progression

gebrochen werden kann. Die Jahresbezogenheit der Einkommenssteuer verbietet es, Kapitaleistungen, die in verschiedenen Steuerperioden zugeflossen sind, gemeinsam zu besteuern.

Eine *Zusammenrechnung* ist nur dann geboten, wenn bei Auszahlungen von Kapitaleistungen in verschiedenen Jahren von einem steuerrechtlichen Zufluss im gleichen Steuerjahr auszugehen ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn verschiedene Kapitaleistungen auf demselben Vorsorgeereignis beruhen. So führt beispielsweise eine ratenweise Auszahlung der Altersleistung nicht zu gesonderten Jahressteuern, sondern die Besteuerung erfolgt gesamthaft bei Eintritt des Vorsorgefalls⁴². Bestehen zulässigerweise mehrere Freizügigkeitskonten, so kann einem Bezug der einzelnen Guthaben in verschiedenen Jahren aus steuerlicher Warte jedoch nichts entgegengehalten werden. In diesem Fall kann auch nicht von einer Steuerumgehung gesprochen werden. Gesetzgeberisch gewollt ist der Teilkapitalbezug im Rahmen der gesetzlichen Bedingungen auch bei Vorbezügen für Wohneigentum⁴³. Die Frage der Zulässigkeit von Teilkapitalbezügen stellt sich auch bei *Teilpensionierungen*⁴⁴. Bis anhin enthält das Vorsorgerecht keine Vorschriften über Teilpensionierungen. In

der Praxis werden sie jedoch bei entsprechender reglementarischer Grundlage seit längerem akzeptiert. Aus steuerlicher Sicht wird bisweilen verlangt, dass die teilweise Beendigung der Erwerbstätigkeit klar zu Tage tritt, somit substantiell und dauerhaft ist. Auch Teilkapitalbezüge werden in diesem Zusammenhang zugelassen, sofern sie nicht zu einer unangemessenen Stückelung des Kapitalbezugs führen⁴⁵.

V. Zusammenfassung

Steuerliche Missbräuche bei der 2. Säule sind zum einen vom Umstand geprägt, dass die Abziehbarkeit von Beiträgen nicht im Steuerrecht definiert ist, sondern unmittelbar an das Vorsorgerecht anknüpft, und resultieren zum anderen daraus, dass sich aus der Kombination von Einkäufen und Kapitalbezügen u.U. nicht gerechtfertigte Steuererleichterungen ergeben. An diesen Rahmenbedingungen hat sich auch mit der 1. BVG-Revision nichts geändert. Mit der 1. BVG-Revision sind jedoch verschiedene Normen eingefügt worden, die im Wesentlichen aus der bisherigen steuerlichen Praxis und Rechtsprechung übernommen wurden. Das Vorsorgerecht enthält dadurch seit

1. Januar 2006 auch Bestimmungen, welche die 2. Säule eingrenzen und gewisse Vorgehensweisen als mit dem Zweck der beruflichen Vorsorge nicht vereinbar erklären.

Diese steuerlich motivierten Bestimmungen sind von den mit der Durchführung des Vorsorgerechts betrauten Organen und Behörden zu beachten, aber auch die Steuerbehörden haben diese Normen im Rahmen ihres Aufgabenbereichs auszulegen. Soweit nicht rein vorsorgerechtliche Aspekte zu beurteilen sind, verfügen die Steuerbehörden dabei über selbstständige Beurteilungsbefugnis. Ist der Wortsinn einer Bestimmung nicht klar, muss der Normsinn – unter Berücksichtigung des vorsorgerechtlichen Umfelds und der steuerlichen Motivierung – eruiert werden. Die Auslegung der neuen Bestimmungen wird daher künftig an die Stelle der in der steuerlichen Praxis und Rechtsprechung bisher vorgenommenen Lückenfüllung treten. Sie wird auch die Beurteilung von Vorgehensweisen unter dem Aspekt der Steuerumgehung gemäss bisheriger Praxis über weite Strecken ablösen. Völlig überflüssig wird das Instrument der Steuerumgehung jedoch nicht werden.

Bei der Kernbestimmung von Art. 79b Abs. 3 BVG zum Verhältnis von Einkauf und Kapitalbezug zeigt sich, dass der Gesetzgeber beim Bestreben, die förderungswürdige berufliche Vorsorge von deren missbräuchlichen Verwendung zu Steuerzwecken abzugrenzen, das Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit verfehlt hat. Aus den Materialien, dem Gesetzeszusammenhang sowie dem Sinn und Zweck der Norm lassen sich aber dennoch einigermaßen fassbare und überprüfbare Beurteilungskriterien für die Auslegung gewinnen. ■

* Gekürzte Fassung eines im Schweizerischen Archiv für Abgaberecht (ASA, Band 75, Heft 9, S. 513 ff.) unter dem Titel «Steuerliche Missbräuche nach Inkrafttreten der 1. BVG-Revision» publizierten Aufsatzes. Die Verfasserin vertritt im vorliegenden Beitrag ihre persönliche Meinung.

¹ Sog. Arbeitgeberanteil, s. dazu BGer 15.3.2001, StE 2001 A 24.32 Nr. 4 = StR 2001, 419.
² S. Übersicht (Stand 31.12.2005) bei CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8.A., Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 348.
³ S. dazu auch Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (Strukturreform) vom 15.6.2007.
⁴ Diese Praxis wurde vom Verwaltungsgericht Zürich im Entscheid vom 17.5.2000 (StE 2001 B 72.14.1 Nr. 17) begründet, nachdem das Bundesgericht eine Versicherung eines einzigen Angestellten einer juristischen Person in seiner früheren Rechtsprechung abgelehnt hatte (BGE 120 Ib 199 = ASA 64, 152 = StE 1995 B 27.1 Nr. 19). Das Bundesgericht hat seine Praxis in der Folge ebenfalls relativiert (BGer 20.3.2002, StE 2002 B 72.14.1 Nr. 20 = StR 2002, 488).
⁵ S. dazu auch BGer 29.7.2004, ASA 74, 749 = StR 2005, 32; Schweizerische Steuerkonferenz, Vorsorge und Steuern, Anwendungsfall A.2.3.1.
⁶ BGer 29.7.2004, ASA 74, 749 = StR 2005, 32.
⁷ BGer vom 16.5.1995, StE 1998 B 72.14.2 Nr. 21, BGer vom 26.2.2001, ASA 71, 384 = StE 2001 B 72.14.2 Nr. 27 und nach Verabschiedung der 1. BVG-

Revision BGer vom 13.2.2004, StE 2004 B 96.12 Nr. 14.
⁸ Eine konsolidierte Betrachtung über mehrere Vorsorgeeinrichtungen ist somit – in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil vom 13.2.2004, StE 2004 B 96.12 Nr. 14, E. 2.4.4 – ausgeschlossen. Bestehen jedoch innerhalb der gleichen Vorsorgeeinrichtung im Rahmen eines integrierten Vorsorgekonzepts mehrere Vorsorgepläne, muss der Mindestanteil von 6 Prozent über alle Pläne erreicht werden.
⁹ BVV 2, Schlussbestimmungen der Änderung vom 10.6.2005, lit. c.
¹⁰ Das BVG ging ursprünglich von der sog. goldenen Regel aus, wonach mit der Verzinsung der Altersguthaben die Lohnentwicklung inkl. Teuerung ausgeglichen wird. Das Verwaltungsgericht St. Gallen erachtete in einem Entscheid vom 15.11.2005 (StE 2006 B 27.1 Nr. 32) auch eine beschränkte Aufzinsung als zulässig. Nach der aktuellen Praxis wird eine Abweichung von der goldenen Regel, d.h. eine Differenz zwischen Verzinsung des Altersguthabens und Lohnwachstum von höchstens 2 Prozent akzeptiert (s. www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/2123/2123_1_de.doc).
¹¹ Damit wird die Vorschrift gemäss Kreisschreiben Nr. 3 der ESTV vom 22.12.2000, Ziff. 3.4, welche einem Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 14.12.2000 (StE 2001 B 27.1 Nr. 24) entsprach, abgelöst.
¹² Das BSV publiziert eine Tabelle, aus der hervorgeht, in welchem Umfang Guthaben aus der (grossen) Säule 3a nicht zur Anrechnung zu bringen sind, s. Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 94 vom 28.9.2006, Anhang.
¹³ Dasselbe Überlegung gilt auch im Fall, wo eine versicherte Person bereits Altersleistungen aus einer früheren Vorsorgeeinrichtung bezogen hat oder bezieht, s. Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 91 vom 6.4.2006, Ziff. 527 sowie VGer ZH 20.12.2006, StR 2007, 433.
¹⁴ Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG bzw. Art. 9 Abs. 2 lit. d StHG sowie Art. 27 Abs. 2 lit. c und Art. 59 Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 10 Abs. 1 lit. d und Art. 25 Abs. 1 lit. b StHG; s. auch BGer. 26.2.2007, StR 2007, 359.
¹⁵ Art. 7 bzw. 19 VStG oder Art. 129 Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 45 lit. b StHG.
¹⁶ Art. 95 DBG bzw. Art. 35 Abs. 1 lit. f StHG sowie Art. 96 DBG bzw. Art. 35 Abs. 1 lit. g StHG.
¹⁷ S. BGer 20.3.2002, Pra 2002 Nr. 208 = StE 2002 B 72.14.1 Nr. 20.
¹⁸ Vgl. dazu Schweizerische Steuerkonferenz, Vorsorge und Steuern, Anwendungsfall A.2.2.3. Dies gilt insbesondere bei rein patronaler Finanzierung der Leistungen (VGer ZH 23.8.1983, StE 1984 B 72.13.22 Nr. 1) oder bei Übernahme von Arbeitnehmerbeiträgen (VGer SZ 26.11.1992, StE 1994 B 72.13.22 Nr. 29) sowie Einkäufen durch die Gesellschaft. Bereits als Verstoss gegen die vorsorgerechtlichen Grundsätze erachtete das Bundesgericht in einem Urteil vom 29.7.2004 (ASA 74, 749 = StR 2005, 32) die Leistung von Einmaleinlagen durch die Gesellschaft zu Gunsten des Alleinaktionärs.
¹⁹ PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Therwil/Basel 2001, N 6 zu Art. 38; ebenso PETER AGNER/ANGELO DIGERNONIMO/HANS-JÜRIG NEUHAUS/GOTTHARD STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband des Kommentars von Peter Agner, Beat Jung und Gotthard Steinmann, Zürich 2000, Art. 38 N 1a.
²⁰ StRk ZH 3.3.2005, StE 2005 B 26.13 Nr. 18.
²¹ DANIELLE YERSIN, L'évolution du droit fiscal en matière de prévoyance professionnelle et de prévoyance individuelle liée, ASA 62 (1993/94) S. 129 ff., S. 144.
²² S. dazu www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/2126/2126_1_de.pdf.
²³ Steuerumgehung bejaht wurde in BGE 131 II 627 = Pra 2006 Nr. 116, BGer 13.8.2003, StR 2003, 879, BGer 10.3.2004, 2A.389/2003, BGer 14.3.2006, 2A.461/2005, BGer 13.4.2006, 2A.705/2005, BSt-RK ZH 26.6.2002, StE 2002 B 27.1 Nr. 27, VGer LU 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 Nr. 30, VGer SZ 24.1.2005, StR 2006, 128; Steuerumgehung verneint wurde in VGer ZH 23.1.2002, StE 2002 B 27.1 Nr. 26 = StR 2002, 485, VGer AG 19.12.2002, StE 2003 B 27.1 Nr. 29, VRK SG 24.6.2004, StE 2005 B 27.1 Nr. 31.
²⁴ Kt. GR: StR 1999, 708; Kt. SO: StR 2003, 712; Kt. TG: StR 2006, 324.

²⁵ S. PETER LANG/WOLFGANG MAUTE, Steuerliche Aspekte der 1. BVG-Revision, StR 2004, S. 2 ff., S. 12.
²⁶ S. Amtl. Bull. 2002 S 1052.
²⁷ S. Amtl. Bull. 2002 S 1035.
²⁸ Vgl. Amtl. Bull. 2003 N 630, wo Beispiele aufgezeigt werden.
²⁹ Vgl. auch Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 83 vom 16.6.2005, Ziff. 484, S. 2.
³⁰ S. auch BGer 14.3.2006, 2A.461/2005; BSt-RK ZH 26.6.2002, StE 2002 B 27.1 Nr. 27; VGer LU 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 Nr. 30; Schweizerische Steuerkonferenz, Vorsorge und Steuern, Anwendungsfall A.3.1.11.
³¹ S. auch BGer 14.3.2006, 2A.461/2005; VGer ZH 31.8.2005, StE 2006 A 12 Nr. 13.
³² S. auch BGer 10.3.2004, 2A.389/2003; VGer ZH 23.1.2002, StE 2002 B 27.1 Nr. 26.
³³ S. auch BGer 13.4.2006, 2A.705/2005; BGE 131 II 627 = Pra 2006 Nr. 116.
³⁴ S. auch BGer 13.8.2003, StR 2003, 879.
³⁵ S. auch VGer ZH 31.8.2005, StE 2006 A 12 Nr. 13.
³⁶ S. dazu Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 88 vom 28.11.2005, Ziff. 511 mit Präzisierung in Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 93 vom 11.7.2006, Ziff. 540.
³⁷ Bei einem Stellenwechsel dauert die Sperrfrist indes fort; s. Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 91 vom 6.4.2006, Ziff. 527.
³⁸ S. VGer LU 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 Nr. 30.
³⁹ Auf steuerlicher Seite erfolgt nach Art. 83a Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 WEFV eine Rückerstattung der auf dem Vorbezug bezahlten Steuer ohne Zins.
⁴⁰ Diese Auffassung vertritt, allerdings ohne nähere Begründung das BSV in den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 88 vom 28.11.2005, Ziff. 511, Frage 8. Klar ist hingegen, dass die Pflicht zur Rückzahlung des Vorbezugs bei einem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung fort dauert (s. auch Art. 12 WEFV).
⁴¹ S. BGer 13.8.2003, StR 2003, 879; VGer LU 30.6.2003, StE 2003 B 27.1 Nr. 30.
⁴² S. BGer 26.5.2000, Pra 2000 Nr. 169 = StR 2000, 573 und VGer ZH 24.11.1999, StE 2000 B 21.2 Nr. 11.
⁴³ Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 18.5.2004 (2A.509/2003) den Vorbezug unmittelbar vor einem Bezug der Altersleistung in Kapitalform allerdings unter den Vorbehalt der steuerlichen Ahndung von Missbräuchen gestellt.
⁴⁴ Entsprechende Vorschriften sollen im Rahmen der 11. AHV-Revision eingefügt werden.
⁴⁵ Ein zweimaliger Kapitalbezug wird in der heutigen Praxis noch anerkannt.