**Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG, Pfändung von Freizügigkeitsguthaben der beruflichen Vorsorge.** *Auch wenn ein Fall der Barauszahlung eingetreten ist und der Versicherte ein entsprechendes Gesuch stellt, hindert die fehlende notwendige Zustimmung der Ehefrau die Fälligkeit und die Pfändbarkeit.*

Streitig ist die Pfändung eines Freizügigkeitsguthabens. Der Schuldner hat die Schweiz verlassen, und in diesem Fall kann er die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens verlangen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

**III.**

1. Der Beschwerdeführer führte aus, er lebe in einer intakten Ehe mit einer Schweizerin, könne aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung und eines ihm auferlegten Einreiseverbots zurzeit jedoch nicht bei seiner Familie in der Schweiz leben. Obwohl er für kurze Zeit erwogen habe, sein Pensionskassenguthaben zu beziehen, nachdem er die Schweiz habe verlassen müssen, habe er nie ein entsprechendes Barauszahlungsgesuch gestellt. Seine Ehefrau habe den Bezug des Guthabens ausserdem als nicht sinnvoll erachtet und ihre Zustimmung verweigert. Gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG seien Ansprüche auf Vorsorge- und Freizügigkeitsleistungen gegen eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge vor Eintritt der Fälligkeit unpfändbar. Vorliegend gehe es um einen Freizügigkeitsfall. Der Versicherte habe die Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor der Vorsorgefall eingetreten sei. Nach Art. 2 Abs. 3 FZG werde die Freizügigkeitsleistung an sich mit dem Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung fällig. Das Bundesgericht habe jedoch im Grundsatzentscheid BGE 119 III 18 festgehalten, dass dies lediglich im Fall der geringen Austrittsleistung (Austrittsleistung beträgt weniger als ihr Jahresbeitrag) gelte. In den anderen Barauszahlungsfällen, wie im hier vorliegenden des endgültigen Verlassens der Schweiz, hänge die Fälligkeit vom ausdrücklichen Barauszahlungsbegehren des Versicherten als Suspensiv- und Potestativbedingung ab. Die endgültige Abreise ins Ausland alleine genüge nicht. Bei Verheirateten trete gemäss Art. 5 Abs. 2 und 3 FZG zusätzlich das Erfordernis der Zustim-

mung der Ehefrau hinzu. Solange diese Zustimmung fehle, könne die Fälligkeit nicht eintreten und eine Barauszahlung bleibe unmöglich. Es liege weder ein Barauszahlungsgesuch noch die hierzu notwendige Zustimmung der Ehefrau des Beschwerdeführers vor. Folgerichtig sei keine der Bedingungen der Fälligkeit erfüllt und die Freizügigkeitsleistung bleibe unpfändbar im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG. Für die Beurteilung der Fälligkeit seien gezwungenermassen die Bestimmungen des FZG beizuziehen. Werde diese Prüfung nicht vorgenommen und eine unpfändbare Forderung gepfändet, könne die Prüfung nicht einfach im Verwertungsverfahren nachgeholt werden. Eine Pfändung unpfändbarer Rechtsansprüche im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG sei schlechthin nichtig.

2. Die Beschwerdegegnerin hatte in ihrer Stellungnahme an die Vorinstanz vom 12. Dezember 2012, auf welche sie im vorliegenden Verfahren verweist, festgehalten, dass mit dem Austritt des Beschwerdeführers aus der Vorsorgeeinrichtung, welcher mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses einhergegangen sei, die Austrittsleistung gemäss Art. 2 Abs. 3 FZG fällig geworden sei. Mit der definitiven Ausreise des Beschwerdeführers aus der Schweiz, verbunden mit einem Einreiseverbot, könne das Guthaben nicht an eine neue Vorsorgeeinrichtung überwiesen werden. Die Pensionskasse (…) habe ihnen deshalb am 26. April 2012 mitgeteilt, sollten sie bis am 3. Mai 2012 nicht Stellung nehmen, werde das zur Auszahlung fällige Guthaben dem Beschwerdeführer überwiesen. Die Fälligkeit sei eingetreten und das Guthaben sei somit pfändbar.

3. Die Vorinstanz führte aus, es sei von der Fälligkeit und damit von der Pfändbarkeit des Guthabens des Beschwerdeführers bei der Pensionskasse (…) auszugehen. Massgebend sei das Schreiben der Pensionskasse vom 26. April 2012 an die Beschwerdegegnerin. Darin habe die Pensionskasse festgehalten, der Beschwerdeführer habe aufgrund der Austrittsmeldung per Ende August 2011 sowie unter Berücksichtigung der reglementarischen und gesetzlichen Bestimmungen einen unbestrittenen Anspruch auf seine Austrittsleistung. Deshalb habe die Pensionskasse selber die Freizügigkeitsleistung bzw. das entsprechende Guthaben des Beschwerdeführers als fällig betrachtet, weshalb sie die Auszahlung dieses Guthabens angekündigt habe. Allein darauf komme es an, d.h. es

bestehe kein Grund zu Weiterungen. Ob die Voraussetzungen von Art. 2 und Art. 5 FZG erfüllt seien, sei nicht im Beschwerdeverfahren, sondern allenfalls zu gegebener Zeit im Rahmen der Verwertung zu prüfen.

4. Zu den unpfändbaren Vermögenswerte gehören Ansprüche auf Vorsorge- und Freizügigkeitsleistungen gegen eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge vor Eintritt der Fälligkeit (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG). Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZG können Versicherte die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen (lit. a), sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr unterstehen (lit. b) oder die Austrittsleistung weniger als ihr Jahresbeitrag beträgt (lit. c). An Anspruchsberechtigte, die verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft leben, ist die Barauszahlung nur zulässig, wenn der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner schriftlich zustimmt (Art. 5 Abs. 2 FZG). Im grundsätzlichen Entscheid BGE 119 III 18 = Pra 82 (1993) Nr. 168 wird in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 lit. c FZG, dem Fall der geringen Austrittsleistung, festgehalten, dass die Forderung gemäss Gesetzeswortlaut zu dem Zeitpunkt fällig ist, an dem das Vorsorgeverhältnis beendet wird, d.h. bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Anders in den beiden anderen Barauszahlungsfällen des endgültigen Verlassens der Schweiz und der Aufnahme einer selbständigen, der obligatorischen Berufsvorsorge nicht unterstellten Erwerbstätigkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. a und b FZG). Hier ist das ausdrückliche Auszahlungsbegehren des Versicherten als zusätzliche Suspensiv- und Potestativbedingung zu betrachten, von dem die Fälligkeit der Auszahlungsforderung abhängt; die endgültige Abreise ins Ausland genügt nicht. Dieser Fälligkeitsbegriff weicht vom zivilrechtlichen ab, wo die Leistung schon fällig wird, wenn sie gefordert werden kann. Bei Verheirateten tritt noch das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten hinzu (BSK SchKG I-Vonder Mühll, 2. Auflage 2010, Art. 92 N 41).

Die Pfändung von Gegenständen und Rechtsansprüchen des Schuldners gemäss Art. 91 Abs. 1 Ziff. 6-11 SchKG ist schlechthin nichtig, weil diese durch das Gesetz wegen ihrer besonderen, vor allem sozialen Zweckbestimmung im öffentlichen Interesse für absolut unpfändbar erklärt werden. Die Unpfändbarkeit

ist in diesem Bereich absolut, dem Betreibungsbeamten steht kein Ermessensspielraum zu. Ein Verzicht des Beschwerdeführers auf die Unpfändbarkeit wäre hier zum vornherein unbeachtlich (BSK SchKG I-Vonder Mühll, 2. Auflage 2010, Art. 92 N 67). Die Nichtigkeit einer Verfügung ist von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen festzustellen (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

5. Die Überprüfung, ob die angefochtene Pfändung des Guthabens des Beschwerdeführers bei der Pensionskasse (…) nichtig ist, kann nur erfolgen, wenn bekannt ist, ob der Beschwerdeführer bei der Pensionskasse die Barauszahlung verlangt hat und wenn dem so ist, ob seine Ehefrau der Auszahlung zugestimmt hat. Sodann hat der Beschwerdeführer durchaus Anspruch darauf, dass eine allfällige Nichtigkeit der Pfändung im Beschwerdeverfahren und nicht erst im Rahmen der Verwertung bzw. Verteilung festgestellt wird. Deshalb hat die Kammer den entsprechenden Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt (vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Pensionskasse hat der Kammer auf entsprechende Nachfrage mit Schreiben vom 3. Juli 2013 mitgeteilt, dass Herr T., der Vertreter des Beschwerdeführers, mit Schreiben vom 15. März 2012 erstmals die Barauszahlung der Austrittsleistung des Beschwerdeführers beantragt habe. Am 4. April 2012 habe er ein weiteres Mal die Auszahlung der Austrittsleistung verlangt. Gestützt auf Art. 19b Abs. 5 des Vorsorgereglements der Pensionskasse (…) sei eine Barauszahlung an verheiratete Anspruchsberechtigte nur zulässig, wenn der Ehegatte schriftlich zustimme. Eine schriftliche Zustimmung der Ehefrau hätten sie jedoch zu keinem Zeitpunkt erhalten. Das fehlende Einverständnis der Ehefrau sei somit der primäre Grund gewesen, weshalb die Auszahlung nicht wie gewünscht habe vorgenommen werden können. Der Beschwerdeführer bestätigte mit Schreiben vom 11. Juli 2013 die Richtigkeit der Ausführungen der Pensionskasse (…) und wies erneut darauf hin, dass nie eine schriftliche Bestätigung der Ehefrau zur Auszahlung der Austrittsleistung an den Beschwerdeführer vorgelegen habe.

Nach dem Gesagten trifft es zwar zu, dass der Beschwerdeführer, nachdem er die Schweiz endgültig verlassen hatte, grundsätzlich einen Anspruch auf die Barauszahlung seiner Austrittsleistung erhielt (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG) und

diesen mit den Auszahlungsbegehren vom 15. März 2012 und 4. April 2012 auch geltend machte. Da zusätzlich jedoch auch noch die schriftliche Zustimmung des Ehegatten erforderlich ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 FZG), um die Fälligkeit der Auszahlungsforderung zu bewirken, und diese von der Ehefrau gerade eben nicht erfolgt war, wurde die Auszahlungsforderung des Beschwerdeführers nicht fällig. Damit steht fest, dass im Zeitpunkt der Pfändung keine fällige und damit keine pfändbare Forderung des Beschwerdeführers auf Auszahlung seines Freizügigkeitsguthabens bestand.

Dementsprechend führte die Pensionskasse (…) in ihrem Schreiben vom 3. Juli 2013 auch aus, das fehlende Einverständnis der Ehefrau sei der primäre Grund gewesen, weshalb die Auszahlung nicht wie gewünscht habe vorgenommen werden können. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Pensionskasse selber die Freizügigkeitsleistung bzw. das entsprechende Guthaben des Beschwerdeführers als fällig betrachtet habe, weshalb sie die Auszahlung dieses Guthabens angekündigt habe. Es ist zwar nicht unverständlich, dass das Schreiben der Pensionskasse (…) vom 26. April 2012 dahingehend verstanden werden kann. Mit der Aussage "Sollten wir bis zum erwähnten Zeitpunkt keine Anweisung erhalten, werden wir die notwendigen Schritte zur Auszahlung der Freizügigkeitsleistung in die Wege leiten." ist jedoch nicht zwingend gemeint, dass eine Auszahlung erfolgen wird. Diese Mitteilung kann ebenso gut dahingehend verstanden werden, dass in einem nächsten Schritt geprüft werde, ob alle Voraussetzungen für die Auszahlung, insbesondere die Zustimmung der Ehefrau zur Barauszahlung, gegeben sind. Nach dem neusten Schreiben der Pensionskasse (…) ist aber ohne Weiteres klar, dass die Zustimmung der Ehefrau zur Barauszahlung der Austrittleistung fehlt und die Fälligkeit der Auszahlungsforderung damit nicht eingetreten ist.

Zusammenfassend ist die Pfändung des Freizügigkeitsguthabens des Beschwerdeführers aufgrund der Unpfändbarkeit nichtig. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO ist der neue Entscheid in der Sa-

che zu fällen und die Pfändung Nr. 23'629 des Betreibungsamts Zürich 6 gestützt auf Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG aufzuheben.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss und Urteil vom 30. Juli 2013
Geschäfts-Nr.: PS130088-O/U