

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2006.00039

vom 25. Juni 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-06-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2006.00039

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2006.00039 du 25 juin 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2006.00039 del 25 giugno 2007

Erwägungen

E. 1

1.1. P. ____, geboren 1942, war von 1988 bis Juli 2002 entgeltlich als Autoelektriker für die A. ____, Zürich, tätig. Nach der Beendigung dieser Tätigkeit war zwischen den beiden Genannten umstritten, wie ihr Vertragsverhältnis rechtlich zu qualifizieren sei (Auftrag oder Arbeitsvertrag) und welche Ansprüche P. ____ gegenüber der A. ____ noch zuständen. Um dies abzuklären, erhob P. ____ am 2. Juli 2002 beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die A. ____. Mit Urteil vom 31. Oktober 2003 qualifizierte das Arbeitsgericht das Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag und sprach P. ____ Fr. 23'398.10 netto nebst Zinsen zu (Lohnansprüche März bis Juli 2002, vgl. Urk. 2/42/1). Dieses Urteil ist nach dem Rückzug der dagegen erhobenen Berufung in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 2/51).

1.2. Praktisch gleichzeitig mit der Klageeinleitung beim Arbeitsgericht hatte P. ____ beim Sozialversicherungsgericht Klage gegen die - damals noch als Pensionskasse des Autogewerbe firmierende - Beklagte erhoben mit dem Rechtsbegehren, diese sei zu verpflichten, bei der A. ____ BVG-Beiträge für ihn einzufordern (Klage vom 28. Juni 2002, Urk. 2/1). In der Folge wurde ein Verfahren gegen die Pensionskasse des Autogewerbes und die A. ____ als Beklagte angelegt (vgl. Protokollrubrum, Urk. 2/0), welches nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels (vgl. Urk. 2/17 und Urk. 2/20) bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens gegen den Arbeitsgerichtsentscheid sistiert wurde (Verfägung vom 12. November 2003, Urk. 2/43).

Nachdem das Verfahren am 8. Oktober 2004 wieder aufgenommen worden war (Urk. 2/53), wies die Pensionskasse Mobil mit Eingabe vom 25. November 2004 darauf hin, dass es zufolge des am 5. November 2004 abgeschlossenen Konkurses gegen die A. ____ nicht mehr möglich sei, BVG-Beiträge von dieser einzufordern. Gleichzeitig erklärte sie sich aber bereit, der aktuellen Vorsorgeeinrichtung des Klägers die auf Fr. 113'156.45 bezifferte Austrittsleistung, abzüglich ausstehender Arbeitnehmerbeiträge in Höhe von Fr. 56'633.-- zu überweisen (Urk. 2/61). Daraufhin änderte der Kläger mit Eingabe vom 10. Januar 2005 sein Rechtsbegehren dahingehend ab, dass er von der Pensionskasse Mobil die Ausrichtung einer Austrittsleistung von Fr. 113'156.45 verlangte (Urk. 2/66).

Diese Klageänderung liess das Sozialversicherungsgericht nicht zu. In seinem Urteil vom 27. April 2005 hielt es fest, dass die Abrechnungspflicht des Arbeitgebers Streitgegenstand bilde und dass diesbezüglich nach der neueren höchstgerichtlichen Rechtsprechung nur der Arbeitgeber, nicht auch dessen Vorsorgeeinrichtung passivlegitimiert sei. Dementsprechend schrieb es die Klage gegen die

A. ___ als - zufolge der inzwischen erfolgten Löschung im Handelsregister - gegenstandslos geworden ab und wies sie gegen die Pensionskasse Mobil mangels Passivlegitimation ab (Urk. 2/77).

1.3. Mit Urteil vom 6. Februar 2006 hob das Eidgenössische Versicherungsgericht das Urteil des Sozialversicherungsgerichts auf und wies die Streitsache zur Neuurteilung an dieses zurück (Urk. 1). Gemäss den Erwägungen des Rückweisungsentscheids hätte das Sozialversicherungsgericht die Klageänderung zulassen müssen, da die gemäss Zürcher Prozessrecht erforderlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt gewesen seien, insbesondere seien dadurch keine weiteren Beweisvorkehren notwendig geworden (Erw. 5.2). Deshalb sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie, nach Vornahme der erforderlichen Abklärungen, über die Höhe der Austrittsleistung sowie die Zulässigkeit der Verrechnung der ausstehenden Arbeitnehmerbeiträge mit der Austrittsleistung durch die Pensionskasse im Rahmen der Rechtsprechung gemäss BGE 128 V 224 neu entscheide (Erw. 6.2).

E. 2

2.1. In BGE 128 V 224 ff. hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht befunden, eine Vorsorgeeinrichtung könne, wenn der Arbeitgeber seiner Beitragszahlungspflicht nach Art. 66 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) nicht nachgekommen sei, bezüglich nicht vom Lohn abzogener Arbeitnehmeranteile nicht einfach die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben und die Arbeitnehmeranteile von der Austrittsleistung in Abzug bringen. Allein der Arbeitgeber sei Beitragsschuldner. Art. 39 Abs. 2 BVG erlaube lediglich, dass die Vorsorgeeinrichtung sich die Forderung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer abtreten lässt und die abgetretene Forderung zur Verrechnung bringt. Bezüglich der Forderung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer sei zu beachten, dass, wenn keine BVG-Abzüge erfolgten, zuviel Lohn ausbezahlt worden sei. Den zuviel ausbezahlten Lohn könne der Arbeitgeber aber nur nach den gewöhnlichen Rückforderungsregeln zurückverlangen. Art. 39 Abs. 2 BVG stipuliere keine von den generellen Regeln über die Entstehung und das Erlöschen von Obligationen oder von den bekannten juristischen Instituten abweichende Ordnung.

2.2. Der Kläger will diesen Entscheid dahingehend verstanden wissen, dass der Arbeitgeber, wenn dieser im Zeitpunkt der Lohnauszahlung keine BVG-Abzüge vornehme, im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR freiwillig eine Nichtschuld in Höhe der nicht erfolgten Abzüge bezahle. Diesen Betrag könne er nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermöge, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden habe (Urk. 17 S. 3).

2.3. Tatsächlich legt die deutsche Regeste des französischsprachigen BGE 128 V 224 diese Auslegung nahe. Indessen findet sich in den Erwägungen kein Hinweis auf das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung (*enrichissement illégitime*), sondern ist lediglich von den gewöhnlichen Rückforderungsregeln (*les règles usuelles sur la répétition*), die Rede und zeigt eine genauere Betrachtung der Problematik im Lichte der generellen Regeln über die Entstehung und das Erlöschen von Obligationen, dass der zu beurteilende Sachverhalt nicht unter den Tatbestand einer ungerechtfertigten

erhob, dem KlÄger freiwillig eine Zuwendung machen wollte, zu der er nicht verpflichtet war. Aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten ist vielmehr davon auszugehen, dass er nicht nur dem KlÄger keine freiwillige Zuwendung in Form der Übernahme von ArbeitnehmerbeitrÄgen fÄr die berufliche Vorsorge machen, sondern ganz im Gegenteil dem KlÄger freiwillig gar keine arbeitsvertraglichen Leistungen gewÄhren wollte.

2.4.3Ä Ä Im Übrigen kann der Arbeitgeber auf die reglementarischen Arbeitnehmerbeiträge, welche er gemÄss Art. 66 Abs. 3 BVG vom Lohn abzuziehen hat, gar nicht verzichten, da er Äber die Forderung nicht verfÄgen kann. Er kann dem Arbeitnehmer auf diese Weise also auch keine Zuwendung machen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zwar lassen die gesetzlichen Vorschriften Äber die Aufteilung der BeitrÄge (Art. 66 BVG) und Art. 36 Abs. 3 des Vorsorgereglements der Beklagten eine fÄr den Arbeitnehmer gÄnstigere Aufteilung der BeitrÄge als die reglementarische hÄufigte grundsÄtzlich zu. Doch kann eine dahingehende Regelung nicht ohne Mitwirkung der Vorsorgeeinrichtung zustande kommen. Art. 66 Abs. 3 BVG schreibt zwar selbst keinen Arbeitnehmeranteil vor, doch verlangt er, dass dieser reglementarisch festzulegen sei. Im Reglement lÄsst sich aber nicht der Arbeitgeber, sondern die Vorsorgeeinrichtung eine Leistung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber versprechen; sie ist berechtigt zu fordern, dass an den Arbeitgeber geleistet wird (Art. 112 Abs. 1 OR). Der Arbeitgeber kann zwar die ErfÄllung fordern (Art. 112 Abs. 2 OR), d.h. insoweit Äber die Forderung disponieren, als er durch seine LohnabÄge darÄber bestimmt, wann und in welchem Umfang die Beitragsforderung gegenÄber dem Arbeitnehmer getilgt wird. Dem Arbeitnehmer die der Vorsorgeeinrichtung zustehende Forderung erlassen kann er hingegen nicht, insbesondere nicht dadurch, dass er einfach keine LohnabÄge vornimmt. Daran Ändert auch eine Reglementsbestimmung nichts, welche generell eine fÄr den Arbeitnehmer gÄnstigere als die reglementarische Aufteilung der BeitrÄge zulÄsst.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Vorsorgeeinrichtung muss das Beitragssystem und die Finanzierung so regeln, dass die Leistungen im Rahmen des Gesetzes bei FÄlligkeit erbracht werden kÄnnen (Art. 65 Abs. 2 BVG). Sie darf daher das Risiko einer ZahlungsunfÄhigkeit des Arbeitgebers nicht ausser Acht lassen und die ihr mit Art. 39 Abs. 2 BVG eingerÄumte MÄglichkeit, gegebenenfalls das finanzielle Gleichgewicht durch die Abtretung von BeitrÄgen, die nicht vom Lohn abgezogen wurden, und deren Verrechnung mit LeistungsansprÄchen nicht leichtfertig preisgeben. Denn wenn sie beziehungsweise das Vorsorgewerk eines bestimmten Arbeitgebers zufolge der ZahlungsunfÄhigkeit ebendieses Arbeitgebers selbst zahlungsunfÄhig wird, muss der Sicherheitsfonds die gesetzlichen und in einem bestimmten Umfang auch Äber die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden reglementarischen Leistungen sicherstellen (Art. 56 Abs. 1 lit. b und c BVG).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Im Lichte dieser Überlegungen erweist sich eine Reglementsbestimmung, welche es ohne RÄcksicht auf die ZahlungsunfÄhigkeit des Arbeitgebers bzw. die ErfÄllung der Beitragszahlungspflicht durch den Arbeitgeber den Parteien des Arbeitsvertrags ÄberlÄsst, eine fÄr den Arbeitnehmer gÄnstigere als die reglementarische Aufteilung der BeitrÄge festzulegen, als gesetzeswidrig und damit nichtig. Dem Normzweck von Art. 65 Abs. 2 BVG entsprechend kann eine vom Reglement abweichende Aufteilung der Beitragsanteile zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur unter Mitwirkung der Vorsorgeeinrichtung zustande kommen. Dabei liegt es in der Verantwortung der Organe der Vorsorgeeinrichtung, mit einem Finanzierungsvorbehalt so

weit als möglich sicherzustellen, dass auch dann, wenn der Arbeitgeber freiwillig einen höheren Beitragsanteil übernimmt als denjenigen, zu dem er gemäss Art. 66 Abs. 1 BVG verpflichtet ist, die Leistungen primär durch die im Beitragssystem vorgesehenen Beiträge finanziert werden können. Die Organe der Vorsorgeeinrichtung haben daher im Bereich der gesetzlichen und der überobligatorischen, durch den Sicherheitsfonds abgesicherten beruflichen Vorsorge dieselbe Sorgfalt auf die Sicherstellung der Selbstfinanzierung zu verwenden, wie im Bereich der nicht durch den Sicherheitsfonds abgesicherten Vorsorge. Verletzen sie diese Sorgfaltspflicht, werden sie gegenüber der Vorsorgeeinrichtung dafür verantwortlich (Art. 52 BVG). Dieser Verantwortlichkeit können die Organe der Vorsorgeeinrichtung nicht enthoben werden, indem die Festlegung der Beitragsanteile von Arbeitgeber und Arbeitnehmern den Arbeitsvertragsparteien überlassen wird.

2.4.4.4 Schliesslich wäre es auch einigermaßen fragwürdig, wenn mit der Konstruktion einer freiwilligen Bezahlung einer Nichtschuld im Sinne von Art. 63 OR die Verrechnung von Leistungsansprüchen mit einer vom Arbeitgeber an die Vorsorgeeinrichtung abgetretenen Forderung auf Nachzahlung nicht vom Lohn abzogener Arbeitnehmerbeiträge vereitelt würde. Denn wenn der Gesetzgeber einerseits vom Arbeitgeber verlangt, dass dieser die reglementarischen Arbeitnehmerbeiträge vom Lohn abzieht (Art. 66 Abs. 3 BVG) und im Rahmen eines ansonsten strikten Verrechnungsverbots einzig für nicht vom Lohn abgezogene Arbeitnehmerbeiträge eine Ausnahme zulässt (Art. 39 Abs. 2 BVG), geht es um die Durchsetzung der Versicherungspflicht (Art. 11 BVG) und die rechtsgleiche Beteiligung der Arbeitnehmer an der Finanzierung ihrer Vorsorgeleistungen. Beidem ist jedoch nicht gedient, wenn einem Arbeitgeber, welcher die Versicherungspflicht verletzt, um selber keine Berufsvorsorgebeiträge erbringen zu müssen, unterschoben wird, er habe - ohne effektiv eine entsprechende Zahlung an die Vorsorgeeinrichtung zu leisten - den betroffenen Arbeitnehmer von dessen Beitragsanteil entlastet, indem er keinen entsprechenden Lohnabzug vornahm. Denn dadurch würde der nicht versicherte Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf Berufsvorsorgeleistungen erlangen, ohne - wie die versicherten Arbeitnehmer - Beiträge leisten zu müssen, und hätte daher im Rahmen der gesetzlichen Vorsorge auch kein finanzielles Interesse daran, versichert zu werden. Die Parteien des Arbeitsvertrags hätten es also in der Hand, dem Arbeitnehmer zum beidseitigen finanziellen Vorteil und zu Lasten der Versichertengemeinschaft aller Berufsvorsorgeversicherten beitragsfreie Berufsvorsorgeleistungen zu verschaffen. Dem vermag Art. 39 Abs. 2 BVG zumindest insoweit entgegenzuwirken, als es nicht versicherte Arbeitnehmer in der obligatorischen beruflichen Vorsorge hinsichtlich deren Beteiligung an der Finanzierung ihrer Vorsorgeleistungen mit den versicherten gleich stellt und damit den Anreiz der nicht versicherten Arbeitnehmer beseitigt, die Verletzung der Versicherungspflicht durch den Arbeitgeber hinzunehmen oder gar zu unterstützen.

2.5.4.4 Die gemäss dem Rückweisungsentscheid zu berücksichtigende Rechtsprechung steht somit der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung der ihr von der Konkursmasse des Arbeitgebers abgetretenen Forderung nicht entgegen.

E. 3

3.1.4.4 Gemäss Art. 120 Abs. 1 OR kann, wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, schulden, jede dieser beiden Personen ihre Schuld, sofern beide Forderungen fällig sind,

mit ihrer Forderung verrechnen. Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird (Art. 120 Abs. 2 OR). Eine verjäherte Forderung kann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der anderen Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (Art. 120 Abs. 2 OR).

Bei abgetretenen Forderungen kann der Schuldner Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt (Art. 169 Abs. 1 OR). Ist eine Gegenforderung des Schuldners in diesem Zeitpunkt noch nicht fällig gewesen, so kann er sie dennoch zur Verrechnung bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist (Art. 169 Abs. 2 OR).

3.2 Im Lichte dieser Gesetzesbestimmungen ist zu prüfen, ob bzw. inwieweit die der Beklagten von der Konkursmasse des Arbeitgebers abgetretene und gemäss Erwägung 2 grundsätzlich verrechenbare Forderung effektiv besteht und wieweit sie durch seitens des Klägers zur Verrechnung gebrachte Forderungen gegenüber seinem Arbeitgeber getilgt worden ist.

Beide Parteien bestreiten - soweit sie nicht selber verrechnen wollen - die Gleichartigkeit der Leistungen (Urk. 2/66 Ziff. 3.1; Urk. 21 Ziff. 3.5). Der Kläger erhebt zudem die Einrede der Verjährung (Urk. 17 Ziff. 3.2), und die Beklagte bestreitet teilweise den Bestand der vom Kläger geltend gemachten arbeitsvertraglichen Ansprüche (Urk. 21 Ziff. 3.6).

3.2.1 Was die Gleichartigkeit der zur Verrechnung stehenden Leistungen anbelangt, handelt es sich durchwegs um Geldleistungen in gleicher Währung. Sie sind also problemlos austauschbar und daher im Sinne von Art. 120 Abs. 1 OR gleichartig. Dies gilt sowohl im Verhältnis zwischen Freizügigkeits- und Beitragsleistung (wo die Verrechenbarkeit in Art. 39 Abs. 2 BVG ja ausdrücklich vorgesehen ist) als auch für das Verhältnis zwischen Beitragsleistung und Lohnanspruch (wo der Lohnabzug gemäss Art. 66 Abs. 3 BVG ja nichts anderes als Verrechnung ist).

3.2.2 Bezüglich der vom Kläger geltend gemachten Verjährung der Beitragsforderung des Arbeitgebers ist mit der Beklagten (vgl. Urk. 21 S. 2) auf das Urteil B 26/99 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 9. August 2001 zu verweisen. Dort wurde festgehalten, zwar entstehe das Versicherungsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge von Gesetzes wegen. Stelle sich jedoch die Frage des massgebenden AHV-rechtlichen Beitragsstatuts und damit der Versicherungspflicht - wie im vorliegenden Fall - erst im Nachhinein, so würden die gestützt auf Art. 66 BVG gesamthaft nachzuentrichtenden Beiträge - wie im übrigen auch die Freizügigkeitsleistung - frühestens mit dem rechtskräftigen Entscheid über das strittige AHV-rechtliche Beitragsstatut fällig. Es verhalte sich in einem solchen Fall ähnlich wie beim zwangsweisen Anschluss eines Arbeitgebers an die Auffangeinrichtung, bei welchem die Verjährungsfrist für Beiträge früherer Jahre erst mit dem rechtskräftigen Zwangsanschluss zu laufen beginne.

Diese Rechtsprechung wurde mit BGE 128 V 224 ff. nicht geändert; die Verjährungseinrede ist daher unbehelflich.

Rechtsanwalt Dr. Haegi einen Aufwand von insgesamt 49 Stunden und von insgesamt Fr. 356.-- Barauslagen (Urk. 25/2 in Verbindung mit Urk. 2/76) geltend. Dabei fällt auf, dass insgesamt 12,5 Stunden auf Akten- und Rechtsstudium entfallen. Angesichts der Verunsicherung, die das Eidgenössische Versicherungsgericht durch seine abermals präzisierte Rechtsprechung geschaffen hat, ist ausnahmsweise auch der Aufwand für das Rechtstudium zu entschädigen, sodass dem Kläger eine Prozessentschädigung von aufgerundet Fr. 10'000.-- zuzusprechen ist.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, den Betrag von Fr. 104'918.45 nebst Zins gemäss Erwägung 3.3 als Austrittsleistung an die Freizügigkeitseinrichtung des Klägers zu überweisen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Dr. Ernst H. Haegi, Oberrieden, eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Ernst H. Haegi

- Rechtskonsulent Dr. Andreas Lüthi unter Beilage des Doppels von Urk. 24 und von Kopien der Urk. 25/1-2 und von Urk. 2/76

- Bundesamt für Sozialversicherungen

5. Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerde ist zu richten an:

Das Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.