

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2020.00030

vom 4. Januar 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-01-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2020.00030

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2020.00030 du 4 janvier 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2020.00030 del 4 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1.1

X.____, geboren am 16. Juni 1960, gründete im Jahr 1990 zusammen mit Y.____, von Z.____, die A.____ AG und war

dort – abgesehen von einer im Auszug aus dem individuellen Konto (IK) deklarierten Nichterwerbstätigkeit in den Jahren 1996 und 1997 –

in der Folge bis im Juni 2004 angestellt (Urk. 2/3, Urk. 9/9, Urk. 8 S. 7, Urk. 13 S. 5). Nach einer von Juli 2004 bis Juni 2011 andauernden Anstellung bei der B.____ GmbH arbeitete X.____

von Juli 2011 bis Mai 2016 erneut für die

A.____ AG (Urk. 2/3, Urk. 9/4 S. 2). Ab dem 14. Mai 2016 stand X.____ in einem bis am 13. März 2019 andauernden Arbeitsverhältnis mit der C.____ AG (Urk. 14/1, Urk. 14/3) und war

danach ab dem 6. Mai 2019 bei der

D.____ GmbH angestellt

(Urk. 14/5, Urk. 30/46).

E. 1.2

Am 5. Oktober 2019 stellte X.____

gegenüber der

Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR) ein Leistungsgesuch (Urk. 9/4), welches von der FAR Auszahlungsstelle am 19. Februar 2020 abgelehnt wurde (Urk. 9/5). Der Ausschuss Rekurse des Stiftungsrates FAR bestätigte mit Entscheidung vom 27. Mai 2020 die Ablehnung des Leistungsgesuches (Urk. 2/2).

E. 2

Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ab dem 1. Juli

2020 Leistungen nach Art. 16 und 20 des Reglements FAR zu entrichten.

E. 2.1

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die GBI Gewerkschaft Bau & Industrie (heute: Unia) sowie die Gewerkschaft SYNA schlossen am 12. November 2002 einen Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV

FAR), mit dessen Vollzug die Stiftung für den flexiblen Alters rückt tritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR) betraut ist. Durch Beschluss d es Bundesrates vom 5. Juni 2003 (BBl 2003 4039) wurde der GAV

FAR teilweise allgemeinverbindlich erklärt (Urteil des Bundesgerichts 9C_123 /2010 vom 3. Mai 2010 Sachverhalt Ziff. A.a). Dieser Bundesratsbeschluss wurde durch Beschlüsse vom 8. August und 26. Oktober 2006, 1. November 2007, 6. Dezember 2012, 10. November 2015, 14. Juni 2016, 7. August 2017 und 29. Januar 2019 verlängert respektive angepasst (BBl 2006 6751, 8865; 2007 7881; 2012 9763; 2015 8307; 2016 5033; 2017 5823 ; 2019 1891). Gemäss Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung

von

Gesamtarbeitsverträgen dient eine Allgemeinverbindlicherklärung (nachfolgend: AVE) der Ausdehnung des Geltungsbereichs eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, die am Vertrag nicht beteiligt sind

(Art. 1 Abs. 1).

E. 2.2

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten. Dies bedeutet, dass auf den Zeitpunkt der Entstehung des geltend gemachten Rentenanspruchs abzustellen ist (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2073/2016 vom 15. Dezember 2017 E. 3.1.1 mit weiteren Hinweisen). In der Folge ist vorliegend auch die derzeit aktuellste Allgemeinverbindlicherklärung

des GAV

FAR vom 29. Januar 2019 anwendbar. Der entsprechende Bundesratsbeschluss trat am 1. April 2019 in Kraft und damit vor der Entstehung eines allfälligen Anspruchs des Klägers auf eine Überbrückungsrente ab dem 1. Juli 2020 (Urk. 1 S. 2) .

E. 2.3

Unbestritten ist die Anwendbarkeit des GAV

FAR sowohl in räumlicher als auch in betrieblicher Hinsicht. Gemäss den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen ist der GAV

FAR grundsätzlich für die gesamte Schweiz anwendbar, mit Ausnahme des Kantons Wallis und weiteren – hier nicht interessierenden Ausnahmen (Art. 1 Abs. 1-3 GAV

FAR , AVE GAV

FAR vom 5. Juni 2003 mit Änderungen vom 8. August 2006, 6. Dezember 2012 und 10. November 2015). Die allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des GAV

FAR gelten für die Arbeitgeber (Betriebe, Betriebsteile und selbständige Akkordanten) diverser Bereiche, unter anderem für den Bereich des Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbaus (Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV

FAR

vom 10. November 2015).

In den letzten 20 Jahren vor dem Leistungsgesuch per 1. Juli 2020 (Urk. 1 S. 2; zur Beschäftigungsdauer vgl. nachfolgend E. 3.2.2-3.2.3) war der Kläger bei den Bauunternehmen A. ___ AG,

B. ___ GmbH, C. ___ AG und D. ___ GmbH angestellt gewesen (vgl. Sachverhalt Ziff. 1.1). Dabei handelt es sich allesamt um Bauunternehmen, welche gemäss Handelsregister insbesondere die Ausführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten bezweckten (Urk. 9/9-10, Urk. 9/12, www.zefix.ch). 3.

E. 3

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.»

Mit Klageantwort vom 6. November 2020 beantragte die Stiftung FAR die vollumfängliche Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (Urk. 8 S. 2). Im Rahmen ihrer weiteren Rechtsschriften

hielten die Parteien an ihren bisherigen Anträgen fest (Replik vom 14. Januar 2021 [Urk. 13], Duplik vom 22. April 2021 [Urk. 19], Triplik vom 30. Mai 2021 [Urk. 24], Quadruplik vom 31. August 2021 [Urk. 29]). Am 8. November 2021 reichte der Kläger – aufforderungsgemäss (Urk. 31) – eine Stellungnahme zur Quadruplik der Beklagten ein (Urk. 34), welche

der Beklagten mit Verfügung vom 10. November 2021 zugestellt wurde

(Urk. 35). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Voraussetzung für den Anspruch auf eine ordentliche

Überbrückungsrente gemäss Art. 1

E. 3.1

Fraglich und zu prüfen ist, ob der Kläger in den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fällt. Nach der allgemeinen Regel des Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB), wonach derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableiten will, liegt die Beweislast für den persönlichen Geltungsbereich und somit die Anwendbarkeit des GAV

FAR grundsätzlich beim Kläger.

E. 3.2.1

Maurer wie auch Vorarbeiter sind grundsätzlich vom persönlichen Geltungsbereich des GAV

FAR erfasst (Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. c GAV

FAR und Art. 2 Abs. 5 lit. c AVE GAV

FAR), was von Seiten der Beklagten unbestritten blieb.

Gemäss Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV

FAR vom 10. November 2015 gilt jedoch folgende Ausnahmeregelung

(Art. 2 Abs. 5):

Ausgenommen (vom persönlichen Geltungsbereich [Anmerkung des Gerichts]) ist das leitende Personal, das technische und kaufmännische Personal sowie das Kantinen- und Reinigungspersonal eines unterstellten Betriebes. Zum leitenden Personal gehören Bauführer sowie jede Person, die im Handelsregister als

Prokurist, Geschäftsführer, Gesellschafter, Direktor, Betriebsinhaber, Verwaltungsrat oder in ähnlicher Funktion eingetragen ist oder einen wesentlichen Einfluss auf den Gang des Unternehmens ausüben kann. Diese Personen sind dem GAV selbst dann nicht unterstellt, wenn sie im gleichen Betrieb oder in der gleichen Unternehmensgruppe eine voll- oder teilzeitliche Tätigkeit im Sinn der obenerwähnten Buchstaben a-g (unter anderem also als Maurer und Vorarbeiter [Anmerkung des Gerichts]) ausüben. Ein wesentlicher Einfluss auf den Gang des Unternehmens wird vermutet, wenn eine Person an einem Betrieb oder an einem den Betrieb beherrschenden Unternehmen eine Beteiligung von mehr als 20 % hält.

E. 3.2.2

Gemäss dem allgemeinverbindlich erklärten Art. 14 GAV

FAR

(Abs. 1; AVE GAV

FAR vom 5. Juni 2003 und 10. November 2015) kann der Arbeitnehmende eine Überbrückungsrente beanspruchen, wenn er

kumulativ a)

das 60. Altersjahr vollendet hat b)

das ordentliche AHV-Alter noch nicht erreicht hat c)

während mindestens 15 Jahren innerhalb der letzten 20 Jahre und davon die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug ununterbrochen in einem Betrieb gemäss Geltungsbereich

GAV

FAR eine beitragspflichtige

Beschäftigung ausgeübt hat und d)

die Erwerbstätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 15 definitiv aufgibt

E. 3.2.3

Gemäss Abs. 2 von Art. 14 GAV

FAR kann derjenige Arbeitnehmende, der das Kriterium der Beschäftigungsdauer (Abs. 1 lit. c) nicht vollständig erfüllt, eine gekürzte Überbrückungsrente beanspruchen, wenn er: a) innerhalb der letzten 20 Jahre nur während 10 Jahren in einem Betrieb

gemäss Geltungsbereich GAV

FAR eine beitragspflichtige Beschäftigung

ausgeübt hat, davon aber die letzten sieben Jahre vor dem Leistungsbezug

ununterbrochen

und/oder b)

innerhalb der letzten sieben Jahre vor dem Altersrücktritt während

höchstens zwei Jahren arbeitslos war, die anderen Voraussetzungen nach

lit. a aber erfüllt. 4 .

4 .1

Der Kläger beantragt im Hauptstandpunkt die Zusprache einer ordentlichen Überbrückungsrente (Art. 15 Reglement FAR , Art. 14 Abs. 1 GAV

FAR) und im Eventualstandpunkt eine gekürzte Überbrückungsrente (Art. 16 Reglement FAR , Art. 14 Abs. 2 GAV

FAR) der Beklagten .

Mit Blick darauf, dass der Kläger seinen Leistungsanspruch ab dem 1. Juli 2020 geltend macht (Urk. 1 S. 2)

und am 16. Juni 1960 geboren wurde, ist die Anspruchsvoraussetzung der Vollendung des 60. Altersjahres gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a GAV

FAR unbestrittenermassen erfüllt. Angesichts des ordentlichen AHV- Rentenalters bei Männern von 65 Jahren (Art. 21 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG])

hat dies auch für die Anspruchsvoraussetzung von Art. 14 Abs. 1 lit. b GAV

FAR

zu gelten . Zu prüfen ist , ob der Kläger die Voraussetzung der Beschäftigungsdauer gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. c

–

eventualiter diejenige von Art. 14 Abs. 2 GAV

FAR – erfüllt. 4 .2

4 .2.1

Die

vom 14. Mai 2016 bis am 13. März 2019 andauernde Anstellung des Klägers

bei der C.____ AG beschlägt die Zeitspanne der letzten sieben Jahre vor dem beantragten Leistungsbezug . Ein Anspruch

auf eine Überbrückungsrente gegen über der Beklagten fällt dementsprechend nur dann in Betracht, falls der Kläger bei Ausübung seiner Tätigkeit für die C.____ AG vom persönlichen Geltungsbereich im Sinne von Art. 3 GAV

FAR erfasst wurde (vgl. E. 3.2 .1

hier vor). 4 .2.2

Diesbezüglich machte der Kläger in seiner Klage geltend,

b ei

sämtlichen

Unter nehmen , für die er in den letzten 20 Jahren gearbeitet habe, sei er weder im Hand elsregister eingetragen gewesen, noch habe er Beteiligungen

daran gehalten oder in anderer Funktion einen wesentlichen Einfluss auf den Gang der jeweiligen Unternehmung ausüben können. Vielmehr sei er stets als Maurer beziehungsweise Vorarbeiter angestellt gewesen. Auch aufgrund des erzielten Lohnes könne nicht darauf geschlossen werden, dass er bei seiner Anstellung bei der C.____ AG eine leitende Funktion innegehabt haben soll. Da er keine Bürotätigkeiten ausge übt habe und auch über keine diesbezügliche Ausbildung verfüge, sei er auch nicht als Bauführer tätig gewesen. Mit Blick auf die Präambel des GAV

FAR und unter Berücksichtigung, dass er stets auf der Baustelle gearbeitet habe und damit der körperlichen Belastung eines Arbeitnehmers im Bauhauptgewerbes ausgesetzt gewesen sei, falle er – unabhängig von der Bezeichnung seiner Tätigkeit – zwei fellos unter die Bestimmungen des GAV

FAR (Urk. 1). 4 .2.3

Die Beklagte führte in ihrer Klageantwort aus, der Kläger erreiche die Mindestbeschäftigungszeit von zehn Jahren in den letzten 20 Jahren nicht, da er während insgesamt 18 Jahren und neun Monaten in den Unternehmen A.____ AG, B.____ GmbH und C.____ AG als leitendes Personal tätig gewesen und somit nicht vom persönlichen Geltungsbereich des GAV

FAR erfasst worden sei (Urk. 8 S. 6 Ziff. 13). Während seiner Beschäftigung bei der C.____ AG seien für den Kläger nie FAR -Beiträge abgerechnet worden (Urk. 8 S. 8 Ziff. 15). Nachdem über die C.____ AG am 13. März 2019 der Konkurs eröffnet worden sei, sei die E.____ AG im Rahmen einer sogenannten Arbeitgeber-Schlusskontrolle des Unternehmens für die Jahre 2016 bis 2019 zum eindeutigen Ergebnis gelangt, dass der Kläger während seiner Tätigkeit für die C.____ AG dem leitenden Personal zuzuordnen gewesen wäre (Urk. 8 S. 9 Ziff. 16). Die hohe Entlohnung des Klägers stütze die abschliessende Einschätzung der Revisoren, wonach die C.____ AG aufgrund ihrer Unternehmens gröesse nicht alleine von Herrn Y.____ hätte geführt werden können und gleich zeitig – neben dem Kläger – über keine weiteren leitenden Angestellten verfügt habe (Urk. 8 S. 11) . Ein weiterer deutlicher Hinweis auf die leitende Stellung des Klägers ergebe sich daneben aus einem am 13. März 2019 von Herrn Y.____ aus gestellten Arbeitszeugnis und dem darin festgehaltenen Aufgabenbe schrieb des Klägers. Die umschriebenen Aufgaben würden auch nach Einschätzung der Revisoren zweifellos im Verantwortungsbereich des leitenden Personals , wie zum Beispiel eines Bauführers , liegen. Entscheidend sei dabei nicht, ob der Kläger über eine Ausbildung als Bauführer verfügt habe, sondern vielmehr die tatsächlic h ausgeübten Aufgaben sowie die faktische Möglichkeit, gerade auf grund der beruflichen Partnerschaft mit Herrn Y.____ auf die Unternehmenslei tung Einfluss zu nehmen (Urk. 8 S. 12). 4 .2.4

In seiner Replik bekräftigte der Kläger seinen Standpunkt, wonach er in den letzten 20 Jahren ausschliesslich als Maurer ohne jede leitende Funktion im Sinne des GAV

FAR tätig gewesen sei (Urk. 13 S. 2).

Dies gehe zunächst aus dem Arbeitszeugnis der C.____ AG hervor, welche – wie ihre «Vorgängerinnen» – eben falls durch Y.____ geführt worden sei. Sodann könne auch seinem Arbeitsvertrag mit der

C.____ AG entnommen werden, dass er

dort als Maurer angestellt gewesen sei (Urk. 13 S. 3). Dass er stets auf der Baustelle als Maurer gearbeitet habe, werde auch durch Y.____

sowie

durch berufliche Weg gefährten bestätigt (Urk. 13 S. 4 f. , vgl. auch Urk. 34 S. 2) . Sämtlichen zu den Akten gereichten Lohnabrechnungen aller Arbeitsverhältnisse der letzten 20 Jahre sei zu entnehmen, dass die Beiträge an die Stiftung FAR

abgeführt worden seien . Die Buchhaltung der drei Firmen sei stets durch dieselbe Buchhalterin erledigt worden, welche offenbar jeweils den selben Fehler gemacht habe, indem

sie die Beiträge nicht an die Stiftung FAR weitergeleitet habe (Urk. 13 S . 6). Der Bericht der sogenannten Arbeitgeber-Kontrolle durch die Firma E.____ AG, wonach der Kläger als leitendes Personal zu qualifizieren sei, stütze sich auf dieselben Indizien, welche die Beklagte als Gründe für die Ablehnung heranziehe , weshalb demselben im vorliegenden Verfahren keine eigenständige Beweiskraft hinsichtlich der Stellung des Klägers zu komme . Die hohen Löhne , die der Kläger erzielt habe, seien auf seine sehr gute Arbeit als Akkord-Maurer zurückzuführen. Auch andere, teilweise wesentlich jüngere Mitarbeiter hätten bei der C.____ AG den Mindestlohn übersteigende, hohe Löhne bezogen. Herr Y.____ sei bei der Leitung der Firma C.____ AG beziehungsweise bei der Bauleitung durch einen Freelancer, Herr F.____ , unterstützt worden. Als Vorarbeiter habe der Kläger auf der Baustelle die Arbeiter angeleitet, damit habe er aber noch lange keinen Einfluss auf den Gang des jeweiligen Unternehmens gehabt. Die Aufgaben eines Bauführers würden weit über die im Arbeitszeugnis der C.____ AG vom 13. März 2019 aufgeführten Aufgaben des Klägers hinaus gehen (Urk. 13 S. 8 f.). Zusammenfassend habe der Kläger während der letzten 20 Jahre als angestellter Maurer in den Firmen A.____ AG, B.____ GmbH sowie C.____ AG gearbeitet und zu keinem Zeitpunkt Einfluss auf den Gang der jeweiligen Unternehmen gehabt und nie Aufgaben eines Bauführers ausgeübt (Urk. 13 S. 10). 4 .2.5

In ihrer Duplik hielt die Beklagte fest, die Stellung des Klägers als Bauführer ergebe sich direkt oder indirekt aus verschiedenen Revisionsberichten sowie aus der expliziten Angabe in diversen Lohnsummendeklarationen. Der vom Kläger bezogene Lohn liege im oberen Quartil für einen Bauführer (Urk. 19 S. 3). Die spezielle Stellung des Klägers in denjenigen Unternehmen, bei welchen Y.____ als Geschäftsführer fungiert habe, würde sich nicht zuletzt daraus ergeben, als dass der Lohn des Klägers, als er im Mai 2019 bei der D.____ GmbH, bei seinem ehemaligen Arbeitskollegen G.____ , angestellt worden sei, nur etwas mehr als die Hälfte als die Jahre zuvor betragen habe. Umgekehrt seien langjährige Arbeitskollegen des Klägers, die auch von der D.____ GmbH übernommen worden seien und vorher viel weniger als der Kläger verdient hätten, zu einem Salär angestellt worden, das dasjenige des Klägers teilweise deutlich übertrifft habe (Urk. 19 S. 6). Die Einschätzung des Revisionsunternehmens E.____ AG betreffend die Stellung des Klägers im Zeitraum Mai 2016 bis März 2019 habe durchwegs eine eigenständige Beweiskraft, da die Analyse einschlägiger Dokumente zum Tagesgeschäft des Revisionsunternehmens gehöre (Urk. 19

S. 11). Aufgrund seiner Nähe zum einzigen offiziellen Geschäftsführungsmitglied, Y.____ , habe der Kläger faktisch die Möglichkeit gehabt, Einfluss auf die Geschäftsleitung zu nehmen. Der Kläger dürfte auch viele weitere – im Arbeitszeugnis vom 13. März 2019 nicht erwähnte – Aufgaben eines Bauführers wahrgenommen haben, umso mehr als Y.____ über einen langen Zeitraum krankheitshalber ausgefallen sei. In der Zeit der Krankheit von Y.____ sei davon auszugehen, dass der Kläger nicht nur Bauführer gewesen sei, sondern auch die C.____ AG alleine geleitet habe (Urk. 19 S. 13). 4 .2.6

In seiner Triplik hielt der Kläger dafür, es möge zutreffen, dass Y.____ ab dem Jahr 2017 krank gewesen sei. Trotzdem habe dieser die C.____ AG ohne jegliche Unterstützung durch den Kläger in der Geschäftsleitung oder als Bauführer weitergeführt. Dass die Arbeitskollegen des Klägers bei der D.____ GmbH ein höheres Einkommen erzielten, überrasche nicht, zumal der Kläger im Jahr 2019 grundsätzlich bei der Arbeitslosenkasse gemeldet gewesen sei und lediglich im Zwischenverdienst und daher nicht in einem 100 %-Pensum bei der D.____ GmbH gearbeitet habe (Urk. 24 S. 3 f.).

Dass diese Arbeitskollegen bei der C.____ AG weniger verdienten als der Kläger dürfte auch damit zusammenhängen, dass sie nicht über eine Ausbildung als Maurer verfügten, als sie dort ihre Arbeitsstelle antraten und ihr Handwerk im Sinne « learning

by

doing » erlernten

(Urk. 24 S. 5). Wie H.____, welche damals die Buchhaltung der B.____ GmbH als externe Buchhalterin geführt habe, dazu gekommen sei, den Kläger als Bauführer zu bezeichnen, sei ihr Geheimnis geblieben. Eine entsprechende Instruktion von ihrem Auftraggeber, Y.____, oder durch den Kläger habe es jedenfalls nicht gegeben (Urk. 24 S. 6). Schliesslich habe auch der Kläger keine Kenntnis davon gehabt, dass ihm von seinem Lohn abgezogene FAR -Beiträge zurückerstattet oder aber gar nie an die FAR einbezahlt worden seien.

Dabei habe es sich um einen Fehler in der Buchhaltung gehandelt (Urk. 24 S. 8). 4 .2.7

Die Beklagte führte in ihrer Quadruplik aus, nebst Y.____

habe der Kläger keine weitere Person genannt, die zum leitenden Personal gehört habe (Urk. 29 S. 4).

Aus den Lohnabrechnungen Mai bis September 2019 ergebe sich, dass der Kläger mit 714 produktiven Stunden auch bei der D.____ GmbH ein 95 %-Pensum wahrgenommen habe. Die Revisionsstelle der Stiftung FAR habe H.____ nicht dazu angeleitet, den Kläger als Bauführer zu deklarieren. Vielmehr habe die Revisionsstelle H.____ generell darüber aufgeklärt, dass das leitende Personal, worunter auch Bauführer fielen, nicht dem GAV

FAR unterstellt sei und in der Konsequenz nicht von Leistungen der Stiftung FAR profitieren könne (Urk. 29 S. 6). Mit Nichtwissen bestritten werde, dass es Y.____ aufgrund seiner Krankheit noch möglich gewesen sein soll, die C.____ AG mit einer Belegschaft von zeitweise über 50 Mitarbeitenden weiterzuleiten, geschweige denn alleine (Urk. 29 S. 8). 4 .3

Soweit der Kläger in seiner Stellungnahme vom 8. November 2021 beantragt, die von der Beklagten anlässlich ihrer Quadruplik eingereichten neuen Beweismittel seien aus dem Recht zu weisen (Urk. 34), übersieht er,

dass Beweismittel im Verfahren vor dem kantonalen Berufsvorsorgegericht in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 73 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG])

auch dann von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, wenn sie unaufgefordert in einem späteren Verfahrensstadium eingereicht werden, sofern sie etwas zur Feststellung des rechtlich erheblichen Sachverhaltes beizutragen vermögen

(vgl. Hurst in: Pfiffner/Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Aufl. 2009, N 5 zu § 18a GSVGer). Entsprechend können die von der Beklagten im Zuge ihrer Quadruplik eingereichten Beweismittel (Urk. 30/45-46) bei der Entscheidfindung berücksichtigt werden. 4.4.4.1

Der Kläger war von Mai 2016 bis März 2019 bei der C.____ AG angestellt (Urk. 14/1, Urk. 14/3) . Gemäss seinem

IK- Auszug erzielte er dabei im Durchschnitt folgende monatliche Einkommen: Fr. 9'972.-- im Jahr 2016 (Fr. 79'777.--

:

8) , jeweils Fr. 10'725.-- in den Jahren 2017 und 2018 (Fr. 128'700.-- : 12) sowie Fr. 9'900.-- im Jahr 2019 (Fr. 19'800.-- : 2; Urk. 2/3) . Ein Einkommen in dieser Grössenordnung lässt sich nur schwerlich mit der Tätigkeit als Maurer (vgl. Urk. 2/4, Urk. 2/6) ohne leitende Funktion in Einklang bringen, zumal die ses den Medianwert gemäss dem statistischen Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik in der Hochbaubranche (Fr. 7'494.-- im Jahr 2016 [Urk. 2/5]) deutlich

übersteigt . D er betreffenden Statistik lässt sich sodann entnehmen , dass 25 % der in der Hochbaubranche angestellten Personen mit dem Profil des Klägers mehr als Fr . 8'064.-- verdienen (Urk. 2/5) – ein Betrag der vom Kläger während seiner Anstellung bei der C.____ AG stets deutlich übertroffen wurde. Inwiefern sich – so der Kläger (vgl. Urk. 1 S. 3, Urk. 24 S. 2) – aus diesen Zahlen ergeben soll, dass sein Einkommen

bei der C.____ AG für einen Maurer beziehungsweise Vorarbeiter nicht unüblich sein soll , ist nicht ersichtlich .

Selbst wenn man die vom Kläger bei der C.____ AG erzielten Einkommen den statistischen Einkommen für einen Bau führer («Oberes und mittleres Kader»; vgl. Urk. 9/15) gegen überstellt, ist das Einkommen des Klägers stets noch im obersten Viertel einzu ordnen (vgl. auch Urk. 9/13 S. 2) , was an seine r Darstellung einer Anstellung als Maurer/Vorarbeiter ohne leitende Funktion zweifeln lässt . Eine

nähere Begrün dung dazu, weshalb er deutlich mehr verdiente, als dies gemäss den statistischen Werten für einen Maurer beziehungsweise Vorarbeiter ohne Kaderfunktion zu erwarten gewesen wäre, hätte sich vorliegend umso mehr aufgedrängt , als der Kläger während seiner Anstellung bei der C.____ AG unbestrittenermassen (Urk. 24 S. 2) das höchste Einkommen sämtlicher Angestellten erzielte und dieses dabei selbst dasjenige des Geschäftsführers Y.____ übertraf (Urk. 9/13 S. 2) . D ie Leistung von

Akkordarbeit als Maurer (Urk. 1 S. 3, Urk. 13 S. 7 , Urk. 24 S. 2) ver mag die erzielte Einkommenshöhe nicht zu plausibilisieren . So stehen

einem massgeblichen Einfluss von Akkordarbeit auf die Einkommenshöhe bereits das im Arbeitsvertrag festgehaltene Fixsalär (Urk. 14/3) sowie die konstante Lohnhöhe insbesondere in den Jahren 2017 und 2018 (Urk. 2/3) entgegen.

Soweit der

Kläger das hohe Einkommen damit erklärt, dass er als langjähriger loyaler Mitarbeiter aufgrund seiner Berufserfahrung für seinen Arbeitgeber sehr wertvoll gewesen sei (Urk. 1 S. 3, Urk. 13 S. 7), ist damit nichts zur Frage gesagt, ob er in der C.____ AG eine leitende Funktion bekleidete. Dass auch andere, teilweise wesentlich jüngere Mitarbeiter der Firma C.____ AG den Mindestlohn übersteigende, hohe Löhne bezogen (vgl. Urk. 13 S. 7 f. mit Verweis auf Urk. 9/14 [FAR-Lohnbescheinigung aus Bericht E.____ AG]),

ergibt sich aus den Akten. Das Einkommen des Klägers

übertraf jedoch auch dasjenige dieser Personen deutlich (vgl. Urk. 9/14 und Urk. 2/3).

Nach

dem Konkurs der C.____ AG am 13. März 2019 trat der Kläger am 6. Mai 2019 eine Anstellung bei der D.____ GmbH an (Urk. 14/5, Urk. 30/46). Im Unterschied zu seiner Anstellung im Vollzeitpensum bei der C.____ AG war der Kläger bei der

D.____ GmbH

auf Abruf angestellt (Urk. 14/5) und verrichtete gemäss den vorliegenden Lohnabrechnungen

kein 100 %-Pensum. So leistete er in den Monaten Mai bis September 2019 pro Monat durchschnittlich

142.8 Arbeitsstunden ([124

+

115

+ 156

+

147

+

172] : 5 [Urk. 30/46]), was bei einer betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeit in der Baubranche von 41.3 Stunden (Bundesamt für Statistik, Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen, T 03.02.03.01.04.01, Ziff. 41-43), respektive 179.24 Stunden pro Monat (41.3 Stunden : 5 Tage x 21.7 Tage),

einem Arbeitspensum von rund 80 % entspricht ($100 : 179.24 \times 142.8$). Rechnet man das dabei durchschnittlich erzielte Monatseinkommen von Fr. 6'451.— ([Fr. 5'604.—

+ Fr. 5'201.—

+ Fr.

E. 6

des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV

FAR)

ist, dass der GAV

FAR

in räumlicher (Art. 1) , betrieblicher (Art. 2) und persönlicher (Art. 3)

Hinsicht anwendbar ist, was in einem Streit um Leistungsansprüche vorfrageweise zu überprüfen ist (Urteil des Bundesgerichts 9C_123 /2010 vom 3. Mai 2010 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf BGE 134 III 625). 2.

E. 7

' 060 .—

+ Fr. 6 ' 625 .—

+ Fr. 7'764 .—] : 5 [Urk. 30/46]) auf ein 100 %-Pensum hoch, resultiert ein Einkommen von

Fr. 8'06 4.— (Fr. 6'45 1 .—

: 8 x 10), welches der Kläger bei der D.____ GmbH im Vollzeitpensum erzielt hätte. D as auf ein 100 %-Pensum hochgerechnete Salär liegt damit im Bereich des Medianwert es gemäss dem statistischen Lohnrechner des Bundesam tes für Statistik in der Hochbau branche (vgl. Urk. 2/5),

indessen deutlich unter dem E inkommen des Kläger s bei der C.____ AG . Dass der Kläger während seiner Anstellung als Maurer bei der D.____ GmbH –

seiner ersten Erwerbs tätigkeit in einer nicht durch Y.____ geführten Unternehmung in den vergangenen 20 Jahren – ein deutlich geringeres Einkom men erzielte als während seiner Anstellung als Maurer (Urk. 14/3) bei der C.____ AG, ist mit der Beklag ten als gewichtiges Indiz für eine leitende Position des Klägers bei der C.____ AG zu werten.

Zusammengefasst ist festzuhalten , dass die Höhe des vom Kläger bei der C.____ AG erzielten Einkommen s gegen seine Darstellung spricht , wonach er dort als Maurer beziehungsweise Vorarbeiter ohne leitende Funktion angestellt war. 4 .4.2

Gegen eine Anstellung des Klägers als Maurer beziehungsweise Vorarbeiter ohne leitende Funktion spricht sodann auch das Arbeitszeugnis der C.____ AG vom 13. März 201 9. Demnach war der Kläger insbesondere damit betraut, die Baustel len mit allen Mitarbeitern, Maschinen und Inventar optimal, wirtschaftlich und unternehmerisch zu organisieren, zu kontrollieren und zu optimieren (Urk. 9/17). Dies steht in Einklang da mit , dass ein Bauführer – als leitendes Personal (E. 3.2 .1) – zwar teilweise auf Baustellen anzutreffen ist, dort jedoch nicht handwerklich, sondern vielmehr leitend, planerisch oder organisatorisch tätig ist (vgl. Urk. 9/18).

Die Umschreibung des Tätigkeitsbereichs des Klägers im Arbeitszeugnis der C.____ AG vom 13. März 2019 geht dementsprechend über den Aufgabenbereich eines Maurers beziehungsweise eines Vorarbeiters ohne leite nde Funktion hinaus. Viel mehr scheint der vom Kläger gemäss dem Arbeitszeugnis abgedeckte Aufga ben bereich mit demjenigen eines Bauführers übereinzustimmen (Urk. 9/17-18). 4 .4.3

Zum Beweis seines Prozessstandpunktes, wonach er als Maurer beziehungsweise Vorarbeiter ohne leitende Funktion angestellt gewesen sei, reichte der Kläger verschiedene Schreiben von «beruflichen Weggefährten» ein

(Urk. 13 S. 4 f., Urk. 14/6-9).

Dem undatierten Schreiben von I.____ lässt sich lediglich entnehmen, dass der Kläger im Zeitraum von 2006 bis 2020 auf diversen Baustellen als AC-Maurer gearbeitet habe

(Urk. 14/6) .

Damit wird aber nicht ausgeschlossen, dass der Kläger daneben von Mai 2016 bis März 2019 für die C.____ AG auch in leitender Position tätig war .

Dem Schreiben von J.____ , Bauunternehmung K.____ AG, lassen sich für die Zeit der Anstellung des Klägers bei der C.____ AG ab Mai 2016 keine Erkenntnisse gewinnen , zumal es sich lediglich auf die Jahre 2008 bis 2014 bezieht (Urk. 14/7).

G.____ hielt in seinem Schreiben vom 7. Dezember 2020 fest, der Kläger habe seit dem Jahr 2000 mit ihm zusammen als Maurer und Schaler gearbeitet, wobei er jederzeit auf der Baustelle und jeden Tag harte körperliche Arbeit geleistet habe (Urk. 14/8). Da G.____

ab Juli 2016 nicht mehr für die C.____ AG tätig war (Urk. 20/42 S. 3, vgl. Urk. 9/14 [FAR-Lohnbescheinigungen] und Urk. 20/34 -36),

erweist sich seine Auskunft

hinsichtlich der faktischen Tätigkeit des Klägers

(insbesondere: «Er war immer draussen auf der Baustelle eingesetzt und hatte nie einen Einsatz im Büro») in der

C.____ AG

von Mai 2016 bis März 2019

nicht als verlässlich . Soweit

Y.____ in seinem Schreiben vom 6. Dezember 2020 ausführte, der Kläger sei als Maurer und Schaler tätig gewesen und hohe Leistungslöhne seien bei Subunternehmern auf dem Bau üblich (Urk. 14/9) ,

vermag dies

die markante Lohndifferenz zwischen dem Kläger und den weiteren Angestellten der C.____ AG nicht zu erklären.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger auch gestützt auf die Schreiben seiner «beruflichen Weggefährten» nicht aufzuzeigen vermag ,

weshalb er

während seiner Anstellung bei der C.____ AG ein für einen Maurer beziehungsweise Vorarbeiter weit überdurchschnittliches Einkommen –

das höchste Einkommen der gesamten Belegschaft inklusive dem Geschäftsführer (vgl. E. 4.4.1 hier vor) – erzielte, ohne dass er dabei zum leitenden Personal

zu zählen gewesen wäre. Dass der Kläger auf Baustellen tätig war und dabei auch körperlich belastende Tätigkeiten ausübte (vgl. Urk. 14/6-9)

steht einer leitenden Funktion im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GAV

FAR

sodann nicht entgegen (vgl. dazu nachfolgend E. 4.4.5) . 4 .4.4

Besonderes Augenmerk gilt es ferner auf die Führungsstruktur der C.____ AG zu legen:

Gemäss Angaben des Klägers

wurde

Y.____ bei der Leitung der C.____ AG beziehungsweise bei der Bauleitung lediglich durch F.____ unterstützt (Urk. 13 S. 8).

Die Unterstützung durch F.____

begann im Jahr 2017 , als Y.____ krankheits bedingt ausfiel (Urk. 14/10, Urk. 20/34, Urk. 24 S. 8). Gemäss dem eingereichten Schreiben von F.____ vom 14. Dezember 2020 beschränkte sich seine Unterstützung auf die Vornahme der Ausmasse für die C.____ AG (Urk. 14/10). Dass

Y.____ – wie der Kläger ausführte (Urk. 24 S. 3 f.) – die Leitung der C.____ AG bis auf die Vornahme der Ausmasse

alleine besorgt haben soll, steht einerseits in Widerspruch zu den eingereichten Arbeitsstundenblättern : Ab Januar 2017 sind darin

keine von

Y.____ für die C.____ AG

geleisteten Arbeitsstunden aufgeführt (Urk. 20/34 -36).

Andererseits überzeugt dies auch vor dem Hintergrund der Feststellungen von L.____ nicht, welche dieser

im Zuge der Arbeitgeberkontrolle der C.____ AG nach stattgehabtem Konkurs (Urk. 9/14)

getroffen hatte . Demnach habe die C.____ AG aufgrund ihrer Grösse – 49 respektive 53 Personen auf der AHV-Lohnsummenmeldung in den Jahren 2016 und 2017 – nicht alleine durch Y.____ geleitet werden können (Urk. 9/13).

Dass nach dem Einsetzen der Krankheit bei Y.____ ab Januar 2017 offenbar keine personelle Anpassung hinsichtlich der Leitung der Unternehmung stattfand, spricht dafür, dass der Kläger Y.____ bereits davor massgeblich unterstützt und damit erheblichen Einfluss auf den Gang der Unternehmung genommen hatte. Falls eine andere Person als er selber (und F.____ beschränkt auf die Ausmasse ab dem Jahr 2017) Y.____ bei der Leitung der C.____ AG unterstützt hätte, wäre es dem Kläger ein Leichtes gewesen, diese Person zu bezeichnen und den Beweis für die geleistete Unterstützung zu erbringen. 4 .4.5

Die dargelegten Umstände lassen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass der Kläger bei der C.____ AG nicht ausschliesslich als Maurer oder Vorarbeiter tätig war, sondern ihm im Rahmen dieser Anstellung auch eine leitende Funktion zuteil

wurde .

Dass der Kläger für die C.____ AG als Maurer beziehungsweise Vorarbeiter auf der Baustelle gearbeitet hat, schliesst dies nicht aus: Mit der Zusatzvereinbarung VIII zum GAV

FAR vom 7. Oktober 2013 (in Kraft seit 1. Januar 2014) wurde Art. 3 Abs. 3 des GAV FAR

dahingehend präzisiert, dass das leitende, das technische und kaufmännische Personal dem GAV selbst dann nicht unterstehe, wenn es im gleichen Betrieb oder in der gleichen Unternehmensgruppe eine voll- oder teilzeitliche Tätigkeit im Sinne von Abs. 1 des Art. 3 ausübe. Damit wurde klar zum Ausdruck gebracht, dass leitendes Personal, selbst wenn es auf einer Baustelle aktiv und körperlich anstrengende Arbeiten ausführe, aus dem Geltungsbereich des GAV

FAR ausscheiden solle (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019 BV.2016.00048 E. 3.4.4).

Die Schlussfolgerung, dass der Kläger zum leitenden Personal der C.____ AG zählte, erweist sich auch im Kontext seiner

jahrzehntelangen Geschäftstätigkeit mit Y.____ als stimmig: Im Jahr 1990 gründete der Kläger zusammen mit Y.____ die A.____ AG (Urk. 13 S. 5 [erster Satz unter «zu Ziffer 14 der Klageantwort»]) und war bis im August 1992 als Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister eingetragen (Urk. 9/9). Auch nach Löschung seines Mandates als Verwaltungsrat im Handelsregister war der Kläger weiterhin für die – bis zum Konkurs im Jahr 2016 unter derselben Firma bestehende (Urk. 9/9) –

A.____ AG erwerbstätig, vorerst bis im Juni 2004 (Urk. 2/3). Das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat

hatte dabei keinen Einfluss auf sein Einkommen: In den Jahren 1993 bis 1995 erzielte der Kläger mit Fr. 102'000.-- exakt dasselbe Salär wie bereits in den Jahren 1991 und 1992 (Urk. 2/3). Ab Juli 2004 arbeitete der Kläger für die

B.____ GmbH (Urk. 2/3), bei welcher Y.____ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Zeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen war (Urk. 9/10). Das Einkommen des Klägers stieg nach seinem Wechsel zur B.____ GmbH weiter an: In den Jahren 2005 bis 2008 erzielte er ein Jahreseinkommen von jeweils Fr. 114'000.--, 2009 und 2010 ein solches von Fr. 126'750.-- (Urk. 2/3). Das

für einen Maurer beziehungsweise Vorarbeiter ohne leitende Funktion ausserordentlich hohe

Lohnniveau (vgl. E. 4.4.1

hier vor) vermochte der Kläger auch im Rahmen seiner hernach stattgehabten Wechsel zurück zur A.____ AG (Juli 2011 bis Mai 2016) sowie zur C.____ AG (Mai 2016 bis März 2019; einziges Mitglied des Verwaltungsrates: Y.____ [Urk. 9/12]) zu halten (Urk. 2/3).

Der Umstand, dass der Kläger im Jahr 1990 zusammen mit Y.____ die A.____ AG gegründet hatte und sein Einkommen nach seinem

Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat im August 1992 im Laufe der Jahre insgesamt deutlich zu steigern vermochte,

stützt ebenso den Schluss, dass

er eine leitende Funktion ausübte und dementsprechend nicht vom persönlichen Geltungsbereich des GAV

FAR erfasst wird. 4.5

Auf die Abnahme der angebotenen Beweise kann in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (vgl. BGE 122 V

157 E. 1d mit Hinweisen). Dies hat insbesondere auch für die beantragte Zeugenbefragung von Y.____ zu gelten:

Bei der gegebenen Beweislage (E. 4.4

hier vor) vermöchte selbst eine Aussage von Y.____, wonach er die C.____ AG ohne jegliche Unterstützung des Klägers geleitet

und dieser keinen Einfluss auf den Gang des Unternehmens gehabt habe, nichts an der gebildeten Überzeugung des Gerichts zu ändern. 5.

Nach dem Dargelegten ist ein Anspruch des Klägers auf eine volle oder gekürzte Überbrückungsrente der Beklagten zu verneinen, da er

innert der letzten sieben Jahre vor dem beantragten Leistungsbezug mindestens über zwei Jahre lang eine leitende Stellung ausübte und entsprechend vom persönlichen Geltungsbereich des GAV

FAR nicht erfasst wird. Dies hat die Abweisung der Klage zur Folge. 6.

Der Beklagten steht in ihrer Funktion als Trägerin der beruflichen Vorsorge trotz ihres Obsiegens keine Prozessentschädigung zu (BGE 128 V 124 E. 5b). Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Nicolas von Wartburg - Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR) - Bundesamt für Sozialversicherungen 4.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 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 Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber Vogel M. Kübler

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