

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2022.00054 vom 29. September 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2022.00054

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2022.00054 du 29 septembre 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2022.00054 del 29 settembre 2023

Erwägungen

E. 1

.1

Per 31. Oktober 2011 stellte die YA.____

AG ihre bauausführenden Tätigkeiten ein, wobei die bisherige Bautätigkeit durch die langjährigen Mitarbeiter Z.____ und A.____

in einer neuen Firma, der XA.____ GmbH, weiterhin wahrgenommen wurde (Urk. 8/6, Urk. 8/7). Die Anstellung der genannten Mitarbeiter bei der XA.____ GmbH als Maurer erfolgte per 1.

November 2011 bei einem Monatslohn von Fr. 6'000.-- brutto (Urk. 8/4).

E. 1.1

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die Gewerkschaft Bau & Industrie (heute: Unia) und die Gewerkschaft SYNA schlossen am 12. November 2002 mit dem Verband Baukader Schweiz

den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) ab, mit dessen Vollzug die Stiftung FAR betraut ist. Durch Beschluss des Bundesrates vom 5. Juni 2003 wurde der GAV FAR teilweise allgemeinverbindlich erklärt. Die nachträglichen Zusatzvereinbarungen 1-11 wurden ebenfalls allgemeinverbindlich erklärt, die letzte Zusatzvereinbarung per 1. April 2019. Gestützt auf den GAV FAR (Urk. 8/2 S. 3 ff.) hat die Stiftung FAR ein Reglement erlassen, welches ausführende Bestimmungen enthält (Reglement FAR; Urk. 8/2

S. 25 ff.). Die letzte Änderung trat ebenfalls am 1. April 2019 in Kraft.

E. 1.2

In räumlicher Hinsicht gilt der GAV FAR nach dessen Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 für das gesamte Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft, mit Ausnahme der Betriebe mit Sitz im Kanton Wallis.

E. 1.3

In betrieblicher Hinsicht gilt der GAV FAR gemäss dessen Art. 2 Abs. 1 für alle inländischen und ausländischen in der Schweiz tätigen Betriebe beziehungsweise für deren Betriebsteile sowie für Subunternehmer und selbständige Akkordanten, die Arbeitnehmer beschäftigen, welche gewerblich tätig sind. Insbesondere gilt er für Unternehmen, welche Tätigkeiten im Bauhauptgewerbe ausüben (lit. a-i; vgl. auch Ausnahmen in Abs. 2).

E. 1.4

In persönlicher Hinsicht gilt der GAV FAR gemäss Art. 3 Abs. 1 GAV FAR für Arbeitnehmer (unabhängig ihrer Entlohnungsart und ihres Anstellungsortes), welche auf Baustellen und in Hilfsbetrieben der Baubetriebe nach Art. 2 tätig sind. Dies sind insbesondere Poliere und Werkmeister, Vorarbeiter, Berufsleute wie Maurer, Zimmerleute, Strassenbauer, Pflasterer, Bauarbeiter (mit oder ohne Fachkenntnisse), Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magaziner, Isoleure und Hilfskräfte, sofern sie in einem Betrieb oder Betriebsteil gemäss Art. 2 Abs. 1 oder 3 GAV FAR tätig sind, sowie ausgebildete Sicherheitswärter, soweit sie für die Sicherheit von Gleisbauarbeiten oder Arbeiten im Gefährdungsbereich der Bahn eingesetzt werden (lit. a-f; vgl. auch die Ausnahmen in lit. f). Gemäss Art. 3 Abs. 3 GAV FAR gilt der GAV FAR nicht für das leitende Personal, das technische und kaufmännische Personal sowie das Kantinen- und Reinigungspersonal eines unterstellten Betriebes. Zum leitenden Personal gehören Bauführer sowie unter anderem 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 Sinne von Art. 3 Abs. 1 GAV FAR 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. 2

Mit Eingabe vom 20. Juli 2022 erhob der Vertreter

der XA.____ GmbH Klage gegen die Stiftung FAR mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, die von der Klägerin für ihre Arbeitnehmer Z.____ und A.____ seit November 2011 einbezahlten FAR-Beiträge anrechnen zu lassen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (Urk. 1 S.

2).

Mit Klageantwort vom 11. Oktober 2022 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Urk. 7). Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an den bereits gestellten Anträgen fest (Urk. 10 und Urk. 15). Die Duplik der Beklagten wurde der Klägerin mit Verfügung vom 21. Februar 2023 zur Kenntnis gebracht (Urk. 17). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Der Vertreter der Klägerin führte zur Klagebegründung aus, dass Z.____ und A.____ nicht im Handelsregister eingetragen seien, was von der Beklagten auch nicht behauptet werde (Urk. 1 S. 6). Auch seien diese nicht als Bauführer für die Klägerin tätig, sondern bei dieser seit Jahren als Maurer angestellt (S. 7). Bei der Qualifikation der Mitarbeitenden als leitendes Personal gehe die Beklagte nicht auf die Definition des wesentlichen Einflusses auf den Geschäftsgang ein, was in der Folge zu einer willkürlichen Würdigung des Sachverhalts und einer falschen Rechtsanwendung führe (S. 8 f.). Die beiden Mitarbeiter seien einzig und allein als Maurer angestellt und tätig; an der Spitze der GmbH stehe B.____, welche die Klägerin führe (S. 9 f.). Auch die Höhe der Löhne sei kein Qualifikationsmerkmal des leitenden Personals, da es nicht unüblich sei, den tragenden Mitarbeitern hohe Boni

auszurichten. Im Vergleich mit anderen Angestellten seien Z.____ und A.____ zudem älter, erfahrener und besser ausgebildet (S. 11). Insgesamt seien die beiden Mitarbeiter nicht als leitendes Personal im Sinne der einschlägigen Bestimmungen zu qualifizieren (S. 12, vgl. auch Urk. 10).

E. 2.2

Die Beklagte begründete die beantragte Klageabweisung damit, dass Z.____ und A.____ die faktischen Geschäftsführer der Klägerin seien. Es sei zwar richtig, dass im Handelsregister allein B.____ als Gesellschafterin und Geschäftsführerin auftrete, es würden aber klare Anhaltspunkte vorliegen, dass diese – als Ehefrau von Z.____ – nur treuhänderisch eingetragen sei und die faktische Geschäftsführung durch die genannten Personen wahrgenommen werde (Urk. 7 S. 7 Ziff. 20 f.). Dies ergebe sich insbesondere aus einem eingereichten Organigramm der Klägerin wie auch aus weiteren Dokumenten im Zusammenhang mit der Geschäftsgründung (S. 7 f. Ziff. 23 ff.). Weiter hätten Z.____ und A.____ bereits ab 2012 deutlich mehr verdient als die im Arbeitsvertrag festgehaltenen Fr. 6'000.-- pro Monat.

So sei etwa per 2018 von einem Lohn von Fr. 137'500.-- sowie einer Gratifikation in der Höhe von Fr.

62'500.-- auszugehen, was zu einem Einkommen in der Höhe von Fr.

200'000.-- führe. Andere langjährige Angestellte hätten lediglich einen Lohn von Fr. 72'550.-- respektive Fr. 60'916.85 bezogen, der Mindestlohn für einen Maurer betrage zudem monatlich Fr. 5'553.-- (S. 8 f. Ziff. 27; vgl. auch Urk. 15).

E. 3.1

Die Anwendbarkeit des GAV FAR für Z.____ und A.____ als Mitarbeitende der XA.____ GmbH ist sowohl in räumlicher (E. 1.2 hiervor) als auch in betrieblicher (E. 1.3 hiervor) Hinsicht unbestritten und durch die eingereichten Akten belegt. Zu prüfen bleibt allein, ob die Mitarbeitenden in persönlicher Hinsicht aufgrund ihrer allenfalls leitenden Stellung in der GmbH nicht FAR-beitragspflichtig sind.

E. 3.2

Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 des Schweizerischen 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 bei der Klägerin, wobei jedoch zu beachten ist, dass der Umstand, dass Z.____ und A.____

nicht zum leitenden Personal der XA.____ GmbH gehören, als negativer Beweis nicht direkt erbracht werden kann (vgl. dazu etwa Urteil des Bundesgerichts 8C_83/2008 vom 9. Dezember 2008 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

E. 3.3

Auch wenn in formeller Hinsicht allein B.____ als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift für die Klägerin im Handelsregister eingetragen ist, kann allein gestützt darauf eine leitende Stellung von Z.____ und A.____ nicht verneint werden. Vielmehr wird – im Sinne einer der Missbrauchsverhütung dienenden Generalklausel – eine leitende Stellung immer auch dann angenommen, wenn Angestellte einen wesentlichen Einfluss auf den Gang des Unternehmens ausüben können. Dies ist vorliegend allein strittig und im

Folgenden zu prüfen.

E. 3.4

Aus der Entstehungsgeschichte der Klägerin ist ersichtlich, dass Z.____ und A.____ als langjährige Mitarbeiter der YA.____ AG die Bau tätigkeit durch die neu gegründete GmbH weiterführten. Schon allein aufgrund des zeitlichen Ablaufs ist damit auf eine Sonderstellung der Mitarbeiter in der neu gegründeten GmbH zu schliessen (Urk. 8/6). Im Zuge der Kundeninformation wurde denn auch kommuniziert, dass B.____ die Geschäftsinhaberin sei, Z.____ der Geschäftsführer sowie A.____ als Geschäftspartner agiere (Urk. 8/7). Dies entspricht auch einem im Rahmen der Anmeldung bei der Stiftung FAR eingereichten Organigramm, wobei Z.____ als Baustellen leiter und A.____ als Stv . Baustellenleiter bezeichnet wurde n (Urk.

8/5 /7). Damit ergibt sich allein aus der Entstehungsgeschichte, dass Z.____ und A.____ in der neu gegründeten GmbH leitende Funktionen ausführen sollten, auch wenn sie im Handelsregister nicht eingetra gen sind und das Backoffice durch B.____ erledigt werden sollte.

E. 3.5

Dass es sich bei Z.____ und A.____ ausschliesslich um ange stellte Maurer der Klägerin handelt, könnte allein aus den geschlossenen Arbeitsverträgen abgeleitet werden. So wurden beide per 1. November 2011 unbefristet als Maurer bei der Klägerin unter Vertrag genommen unter Vereinbarung eines Monatslohnes von Fr. 6'000.-- (Urk. 8/4). Trotz neu gegründeter GmbH zeigt dabei die Aufstellung der ausbezahlten Löhne bereits in den Jahren 2012 bis 2015, dass Z.____ und A.____ ein erheblich höheres Jahres einkommen ausbezahlt worden ist (Fr. 97'428.-- bis Fr. 118'425.--) , wie dies für Gesellschafter und leitende Angestellte – trotz anderslautender Verträge – bei gutem Geschäftsgang gängig und üblich ist. In den kommenden Jahren führte der wohl gute Geschäftsgang dazu, dass neben den weiter gestiegenen Einkom men der genannten Personen eine Gratifikation ausgerichtet werden konnte, wel che zum grössten Teil hälftig den Einkommen von Z.____ und A.____ zugeschlagen wurde. So konnten die genannten Mitarbeiter i m Jahre 2018 unter Berücksichtigung einer Gratifikation von Fr. 62'500.-- ein Jahreseinkommen von je Fr. 200'000.-- erzielen, für das Jahr 2019 ergab sich bei einer Gratifikation von 50'000.-- ein Jahreseinkommen von je Fr . 197'500.-- (vgl. zum Ganzen Urk. 15 S. 4, Urk. 16). Demgegenüber bezog der ebenfalls bei der Klägerin angestellte C.____

in den Jahren 2016 bis 2021 ein wenig schwan kendes Einkommen in der Grössenordnung von rund Fr. 75'000.--, während B.____ in den genannten Jahren ein Jahreseinkommen zwischen Fr. 78'000. -- und Fr. 88'000.-- (ohne Gratifikation) bezog, wobei die höchste Gratifikation im Jahre 2019 ausgerichtet wurde und Fr. 5'504.50 betrug

(gegenüber je Fr.

50'000.- im gleichen Jahr für Z.____ und A.____).

Insgesamt zeigt sich auch bei der Lohnpolitik, dass Z.____ und A.____

den Löwenanteil der ausgeschütteten Gratifikationen bezogen, wie dies bei leitenden Angestellten oder Geschäftsinhabern üblich ist. Zuletzt ist weiter darauf hinzuweisen, dass Z.____ auch als Ehemann von B.____ wesentlich auf den Geschäftsgang einwirken kann.

E. 3.6

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass sowohl die Entstehungsgeschichte der Klägerin als auch die Höhe der von Z.____ und A.____ erzielten Einkommen gegen die Darstellung sprechen, wonach diese

lediglich als Maurer bei der Klägerin angestellt sein sollen.

Die dargelegten Umstände lassen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass Z.____ und A.____

im Rahmen ihrer Anstellung auch eine leitende Funktion zuteil wurde. Dass dabei beide (auch) als Maurer auf der Baustelle gearbeitet haben, 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 unterstellt ist, wenn es im gleichen Betrieb oder in der gleichen Unternehmensgruppe eine voll- oder teilzeitliche Tätigkeit im Sinne von Abs. 1 des Art. 3 ausübt. Damit wurde klar zum Ausdruck gebracht, dass leitendes Personal, selbst wenn es auf einer Baustelle aktiv und körperlich anstrengende Arbeiten ausführt, aus dem Geltungsbereich des GAV FAR ausscheiden soll (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich BV.2016.00048 vom 17. Januar 2019 E. 3.4.4).

Abschliessend ist das Vorgehen der Beklagten nicht zu beanstanden, was zur Abweisung der Klage führt.

E. 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 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 der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung 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
GräubSchetty

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