Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
B 67/06

Urteil vom 9. Mai 2007
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Ferrari, Seiler,
Gerichtsschreiber Wey.

Parteien
U._____, 1950, Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Marta Mozar,
c/o Hubatka Müller & Vetter, Seestrasse 6,
8027 Zürich,

gegen

Sammelstiftung BVG der «Zürich»
Lebensversicherungs-Gesellschaft, Austrasse 46,
8045 Zürich, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Berufliche Vorsorge,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. April 2006.

Sachverhalt:
A.
U._____ schloss per 1. Juli 2001 einen Arbeitsvertrag als stellvertretender Geschäftsführer der X._____ AG. Als Jahreslohn wurden Fr. 240'000.- brutto vereinbart. Das Personal der X._____ AG war bei der Sammelstiftung BVG der «Zürich» Lebensversicherungs-Gesellschaft (im Folgenden: Zürich) berufsvorsorgeversichert (Anschlussvertrag vom 29. Oktober 2001). Am 22. März 2002 errichtete L._____, Hauptaktionär der X._____ AG, die Y._____ AG. U._____ nahm sowohl in der X._____ AG als auch in der Y._____ AG Einsitz in den Verwaltungsrat. Ab 1. Juli 2002 trat er als Geschäftsführer in die Y._____ AG über, wo er ebenfalls bei der Zürich berufsvorsorgeversichert war (Anschlussvertrag vom 19./27. August 2002).

Am 1. Januar 2003 erlitt U._____ eine Aortendissektion und ist seither arbeitsunfähig. Die Y._____ AG beendete daraufhin den Arbeitsvertrag per 1. Juli 2003. Über die Y._____ AG wurde Anfangs 2005 der Konkurs eröffnet.
B.
Nachdem die Zürich die Auffassung vertreten hatte, der versicherte Lohn von U._____ betrage bloss Fr. 120'000.- pro Jahr, erhob dieser Klage beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit dem Rechtsbegehren, die Zürich sei zu verpflichten, ihm die Beitragsbefreiung gestützt auf den gemeldeten Lohn von Fr. 240'000.- zu gewähren und entsprechend die Altersgutschriften zu äufnen. Mit Urteil vom 26. April 2006 nahm das Sozialversicherungsgericht von der Anerkennung der Klage im Umfang eines Jahreslohnes von Fr. 120'000.- Vormerk und wies im Übrigen die Klage ab.
C.

U._____ erhebt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und erneuert das vorinstanzlich gestellte Rechtsbegehren. Die Zürich schliesst auf Abweisung, während das Bundesamt für Sozialversicherungen auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach OG (Art. 132 Abs. 1 BGG; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).
2.
Im vorinstanzlichen Verfahren war die Y._____ AG in Liquidation als ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers zum Prozess beigeladen worden, hatte jedoch auf eine Beteiligung am Verfahren verzichtet. Es besteht kein Anlass, sie im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht zu beteiligen.
3.
Streitig ist einzig die Höhe des versicherten Verdienstes. Dieser bemisst sich gemäss Anschlussvertrag - in Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 2 BVG - nach dem massgebenden Lohn im Sinne des AHVG, abzüglich den Koordinationsabzug. Nach Art. 7 Abs. 2 BVG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG gilt jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit als massgebender Lohn. Dabei stellt sich die Frage, ob auf die Lohnzahlungen abzustellen ist, die der Beschwerdeführer effektiv bezogen hat oder diejenigen, auf die er nach Arbeitsvertrag Anspruch hatte, ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit er tatsächlich in den Genuss dieser Zahlungen gekommen ist. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur Ermittlung des versicherten Verdienstes in der Arbeitslosenversicherung, wo Art. 23 Abs. 1 AVIG (ebenfalls) auf den im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebenden Lohn verweist, kann nicht unbesehen auf die arbeitsvertraglich festgelegten Löhne abgestellt werden. Dies brächte die Gefahr missbräuchlicher Absprachen mit sich, indem fiktive Löhne als vereinbart attestiert werden könnten, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind. Es ist daher für die Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen, nicht von (höheren) vertraglichen Abmachungen auszugehen (BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190, 123 V 70 E. 3 S. 72; ARV 1995 S. 81 f. E. 2c; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 2287 Rz. 365). Der versicherten Person obliegt die Beweislast dafür, dass die Löhne tatsächlich bezahlt worden sind (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 5/06 vom 28. März 2006, E. 2 und 3). Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190; ARV 1995 Nr. 15 S. 81 E. 2c). So kann namentlich auf den vertraglich festgesetzten Lohn abgestellt werden, wenn dieser in einem langdauernden Arbeitsverhältnis nie bestritten war (in AJP 1994 S. 1460 ff. publiziertes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 14/94 vom 31. Mai 1994). Ob subjektiv die Absicht einer Gesetzesumgehung bestand oder zumindest eine solche in Kauf genommen wurde, ist nicht von Bedeutung. Entscheidend ist die unter objektivem Gesichtswinkel zu bejahende Missbrauchsgefahr (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 161/04 vom 29. Juli 2005, E. 3.1). Diese Grundsätze können analog auch für die Bestimmung des versicherten Lohnes im Rahmen der beruflichen Vorsorge herangezogen werden, insoweit es auch dort nicht angehen kann, dass fiktive Löhne versichert werden (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts B 11/01 vom 4. April 2002, E. 4).
4.
4.1 Unbestritten war der Beschwerdeführer von Juli 2001 bis Juni 2002 bei der X._____ AG angestellt. Dort war ein vertraglicher Monatslohn von brutto Fr. 20'000.- vereinbart, welcher - allenfalls mit Ausnahme des Monats März 2002 - auch effektiv ausbezahlt wurde. Unbestritten ist sodann, dass der Beschwerdeführer ab Juli 2002 von der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Anschlussvertrags mit der Y._____ AG berufsvorsorgeversichert war, und zwar zu den gleichen Konditionen wie vorher bei der X._____ AG. Das Freizügigkeitsguthaben des Beschwerdeführers wurde auf diesen Zeitpunkt von der Vorsorgeeinrichtung der X._____ AG auf diejenige der Y._____ AG übertragen. Alle Beteiligten gehen denn auch davon aus, dass der Beschwerdeführer ab Juli 2002 für die Y._____ AG tätig war, auch wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag mit dieser Gesellschaft nicht vorliegt.

4.2 Während der Beschwerdeführer geltend macht, bei der Y._____ AG den gleichen Lohn wie vorher bei der X._____ AG erhalten zu haben, sind aber Vorinstanz und Beschwerdegegnerin zum Ergebnis gekommen, dass der Monatslohn des Beschwerdeführers für die Tätigkeit im Rahmen der Y._____ AG nur brutto Fr. 10'000.- betrug. Sie stützen sich dabei darauf, dass der Beschwerdeführer in der zweiten Hälfte des Jahres 2002 nur netto Fr. 27'611.- ausbezahlt erhielt, nämlich je Fr. 9203.75 für die Monate Juli bis September, ferner auf das vom Beschwerdeführer verfasste Mail vom 13. Juni 2002 an den Versicherungsberater R._____, worin er mitteilt, er (sowie L._____) seien "nun definitiv" ab 1. Juli 2002 auf die Lohnliste der Y._____ AG zu setzen mit einem monatlichen Bruttolohn von je Fr. 10'000.-. Schliesslich ergebe sich aus dem Gutachten der Treuhand A._____, dass die Y._____ AG gar nie in der Lage gewesen wäre, einen Lohn in der angeblich vereinbarten Höhe von Fr. 20'000.- zu bezahlen.
4.3 In Bezug auf das Mail vom 13. Juni 2002 bringt der Beschwerdeführer vor, dabei habe es sich um eine vorübergehend diskutierte Lösung gehandelt, wobei vorgesehen gewesen sei, dass er je hälftig bei der X._____ AG und der Y._____ AG tätig sein soll; diese Lösung sei jedoch später verworfen worden und er sei voll bei der Y._____ AG angestellt worden. Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb er sich plötzlich mit einem hälftigen Lohn hätte begnügen sollen, nachdem er bei der X._____ AG einen festen Arbeitsvertrag für 30 Monate zu einem Jahreslohn von Fr. 240'000.- gehabt habe.
4.4 Der Versicherungsberater bestätigt mit Mail vom 23. September 2005, dass er empfohlen habe, den Lohn nicht auf zwei Firmen aufzuteilen. Sodann hat nach dem Datum des fraglichen Mails (13. Juni 2002) die Beschwerdegegnerin am 25. Juni 2002 eine BVG-Offerte basierend auf einem Jahreslohn von Fr. 240'000.- erstellt und in der Folge den Beschwerdeführer bei der Y._____ AG zu den gleichen Bedingungen wie bisher bei der X._____ AG versichert und das gesamte Freizügigkeitsguthaben auf die Vorsorgeeinrichtung der Y._____ AG übertragen. Daraus ergibt sich freilich erst, dass der Beschwerdeführer nicht mehr bei der X._____ AG angestellt war. Hingegen folgt daraus noch nicht zwingend, dass er bei der Y._____ AG den gleichen Lohn wie vorher bei der X._____ AG bezogen hat. Zwar ist es in der Tat höchst unwahrscheinlich, dass sich jemand freiwillig plötzlich mit einem halb so hohen Lohn begnügt. Das belegt aber noch nicht, dass der Beschwerdeführer zum behaupteten Lohn bei der Y._____ AG tätig gewesen wäre; in seinem nicht datierten Lebenslauf führt er als Tätigkeit "Juli 01-heute" an: "X._____ AG, W._____/Y._____ AG, B._____, Diverse Geschäftsführungen, Verwaltungsratsmandate". Es ist somit durchaus
möglich, dass er neben der Tätigkeit bei der Y._____ AG weitere Tätigkeiten bei anderen Gesellschaften innerhalb der Gruppe ausübte und dort eine (nicht im Rahmen des hier zur Diskussion stehenden Anschlussvertrags versicherte) Entschädigung bezog. Verwaltungsratsmandate bei der S._____ AG und anderen verbundenen Gesellschaften sind aktenkundig.
4.5 Aus den Akten ergibt sich sodann Folgendes: Die Y._____ AG deklarierte bei der Lohnabrechnung für die AHV vom 30. Januar 2003 für den Beschwerdeführer einen Lohn von Fr. 60'000.- für die zweite Jahreshälfte 2002. Mit Mutationsmeldung vom 11. März 2003 zu Handen der Beschwerdegegnerin änderte sie den gemeldeten Jahreslohn für den Beschwerdeführer für das Jahr 2003 von Fr. 240'000.- auf 120'000.-. Am 20. März 2003 erstellte daraufhin die Beschwerdegegnerin einen neuen Vorsorgeausweis per 1. Januar 2003 mit einem gemeldeten Jahreslohn von Fr. 120'000.-, entsprechend einem versicherten Lohn von Fr. 94'680.-. Der vom 21. März 2003 datierte Lohnausweis für die Steuererklärung gibt für die zweite Jahreshälfte 2002 einen Bruttolohn von Fr. 111'000.- an. Mit Schreiben vom 28. April 2003 wandte sich der Beschwerdeführer an die Zürich, nahm Bezug auf den neuen Vorsorgeausweis und führte aus, gemäss dem noch gültigen Arbeitsvertrag betrage der Jahreslohn Fr. 240'000.-; er nehme an, dass bis 31. Dezember 2002 der Jahreslohn Fr. 240'000.- betragen habe und dementsprechend die Prämien bezahlt worden seien; falls die Y._____ AG die Prämie nicht voll bezahlt habe, würde er selber die Differenz bezahlen resp. ergänzen. Mit Schreiben vom
6. Mai 2003 an die Treuhandfirma der Y._____ AG beanstandete der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf den neuen Versicherungsausweis die vorgenommene Lohnänderung. Mit einem weiteren Schreiben vom 29. Mai 2003 an die Treuhandfirma bat er diese, die Mutation rückgängig zu machen; mit Schreiben vom gleichen Tag teilte er der Y._____ AG mit, er habe die Treuhandfirma "beauftragt", die Mutation rückgängig zu machen. Das tat diese mit Schreiben vom 20. Juni 2003 an die Beklagte, worauf diese am 4. Juli 2003 einen neuen Versicherungsausweis, wieder lautend auf einen gemeldeten Lohn von Fr. 240'000.-, ausstellte. Schliesslich meldete die Treuhandfirma mit korrigierter Lohnmeldung vom 31. Oktober 2003 einen ahv-pflichtigen Lohn von Fr. 111'000.- für die zweite Jahreshälfte 2002; entsprechend lautet auch der Eintrag im individuellen Konto. Später bestätigte die Treuhandfirma, dass die Herabsetzung der Lohnsumme auf Fr. 120'000.- einem Missver-

ständnis entsprungen sei.
4.6 Aus dem geschilderten Ablauf ergibt sich, dass der Beschwerdeführer selber im Frühjahr 2003 veranlasste, den anfangs 2003 mit Fr. 120'000.- gemeldeten Lohn pro 2003 auf Fr. 240'000.- zu erhöhen. Er war dazu in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer und zugleich einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der Y._____ AG ohne weiteres in der Lage. Demgegenüber sind keine früheren Interventionen des Beschwerdeführers wegen der Lohnhöhe aktenkundig, namentlich auch nicht im Zusammenhang mit den in den Monaten Juli bis September 2002 ausbezahlten Löhnen von bloss netto Fr. 9203.75. Die erst nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit vorgenommene Intervention belegt unter diesen Umständen keineswegs, dass der effektive Lohn tatsächlich Fr. 240'000.- betragen hätte. Im Gegenteil scheint es naheliegend, dass der Beschwerdeführer diese Intervention vornahm, nachdem er die versicherungsmässigen Konsequenzen des tieferen Lohnes erkannt hatte. Darauf weist auch die Formulierung des Schreibens vom 28. April 2003 an die Zürich hin, aus welchem implizit hervorgeht, dass dem Beschwerdeführer vermutlich bewusst war, dass die Y._____ AG nicht den angeblich vereinbarten Jahreslohn von Fr. 240'000.- bezahlte. Auch die ursprüngliche
Lohnmeldung an die AHV, die sich im Unterschied zu der Mutationsmeldung nicht pro futuro auf das Jahr 2003, sondern auf das vergangene Jahr 2002 bezog, spricht eher dafür, dass der Beschwerdeführer 2002 tatsächlich einen Monatslohn von bloss Fr. 10'000.- erhielt. Ein höherer Lohn ergibt sich freilich aus dem Lohnausweis für die Steuererklärung. Diesbezüglich verbleiben einige Zweifel.
4.7 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er den angeblich vereinbarten Lohn im Jahre 2002 nur zu einem kleinen Teil ausbezahlt erhielt. Er macht jedoch geltend, die ausstehenden Lohnzahlungen später vollumfänglich von Tochtergesellschaften (S._____ AG oder M._____ GmbH) der Arbeitgeberin erhalten zu haben. Er legt als Beleg dafür eine offenbar von ihm selber erstellte, vom 12. Januar 2004 datierte Zusammenstellung "Salärsituation 2002" sowie Postcheck-Kontoauszüge und Postgiro-Belege vor, wonach die ausstehenden Löhne für das Jahr 2002 vollumfänglich bezahlt worden seien. Dass diese Zahlungen erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgten, ist für sich allein nicht erheblich. Auch dass sie nicht von der Arbeitgeberin, sondern von deren Tochtergesellschaften geleistet wurden, spricht noch nicht gegen die Annahme von Lohnzahlungen; solches kommt in wirtschaftlich eng verbundenen Gesellschaften durchaus vor und ist nicht unzulässig. Das Gutachten der Treuhand A._____, wonach die Y._____ AG finanziell gar nicht in der Lage gewesen sei, ihren Verpflichtungen nachzukommen, kann aus diesem Grund nicht ausschlaggebend sein. Indessen vermögen die vom Beschwerdeführer vorgelegten Belege nicht zu überzeugen: Eine
Zahlung der S._____ AG von Fr. 6812.- datiert vom 3. März 2003. Dieser Betrag stimmt etwa überein mit dem Betrag, den der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als (treuhänderischer) Verwaltungsrat dieser Firma zu gute hatte (Honorar Fr. 6000.- Jahr plus Spesen), so dass eher wahrscheinlich ist, dass es sich bei der Zahlung um das Verwaltungsratshonorar dieser Firma als um Lohn für die Arbeit in der Y._____ AG handelte. Eine weitere Zahlung von Fr. 10'000.- stammt (als einzige der fraglichen Zahlungen) von der M._____ GmbH und datiert vom 19. März 2003; im Kontoauszug ist kein Bezug zu einer Lohnzahlung für die Y._____ AG ersichtlich. Die weiteren Zahlungen stammen alle von der S._____ AG und tragen jeweils einen Vermerk "Lohnnachzahlung 2002 Y._____" o.ä. Sie datieren jedoch erst von Januar bis Mai 2004, mithin aus einer Zeit, in welcher die Auseinandersetzung mit der Beschwerdegegnerin bereits im Gange war. Der Beschwerdeführer, der einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied dieser Gesellschaft ist, könnte somit durchaus diese Zahlungen im Hinblick auf das hängige Verfahren veranlasst haben.
4.8 In Würdigung der gesamten Umstände erscheint die Sachlage nicht zweifelsfrei klar. Jedenfalls ist aber nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des hier einzig interessierenden Arbeitsverhältnisses bei der Y._____ AG den von ihm geltend gemachten Lohn tatsächlich erhalten hat. Dies schlägt zum Nachteil des Beschwerdeführers aus, der die Beweislast für den tatsächlich erzielten Lohn trägt (vorne E. 2). Bei der Beweiswürdigung ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer, der selber Geschäftsführer der Y._____ AG gewesen war, es in der Hand gehabt hätte, durch einwandfreie Unterlagen die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen rechtzeitig zu belegen. In seiner Verantwortung liegt auch die gemäss Gutachten der A._____ wenig aussagekräftige Buchhaltung. Unter den gegebenen Umständen ist auch eine nicht buchhaltungsmässig abgestützte Aussage der angerufenen Zeugen nicht geeignet, eine bessere Klärung herbeizuführen, weshalb auf deren Befragung in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden kann.
5.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit unbegründet. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Die

obsiegende Beschwerdegegnerin hat als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3000.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen zugestellt.
Luzern, 9. Mai 2007
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: