

200 14 1033 BV  
SCJ/RUM/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 24. Mai 2016**

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Knapp, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiber Rüfenacht

**Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR)**  
Obstgartenstrasse 19, 8006 Zürich

Klägerin

gegen

**A.\_\_\_\_\_ (vormals B.\_\_\_\_\_ )**  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C.\_\_\_\_\_  
Beklagte 1

**D.\_\_\_\_\_ (vormals E.\_\_\_\_\_ )**  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C.\_\_\_\_\_  
Beklagte 2

betreffend Klage vom 28. Oktober 2014



## **Sachverhalt:**

### **A.**

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) ab, mit dessen Vollzug die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR bzw. Klägerin) betraut ist (Klagebeilage [KB] 2). Mit Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR vom 5. Juni 2003 (AVE GAV FAR; BBI 2003 4039 ff.) wurde dieser teilweise für allgemeinverbindlich erklärt. Seither haben die Vertragsparteien den GAV FAR mehrfach geändert. Der Bundesrat hat die entsprechenden Änderungen am 8. August 2006, 26. Oktober 2006, 1. November 2007, 6. Dezember 2012 und 10. November 2015 für allgemeinverbindlich erklärt (BBI 2006 6751 f. und 8865 f., 2007 7881 f., 2012 9763 f., 2015 8307 ff.).

### **B.**

Im ... 2003 wurde die Unternehmung B. \_\_\_\_\_ gegründet und eingetragen (KB 4). Sie war Mitglied des SBV (KB 49). Im ... 2004 fusionierte sie mit verschiedenen Unternehmen aus der Bau- und Maler- bzw. Gipserbranche (KB 4; Klage, S. 5; Klageantwort, S. 4 Rz. 13).

In der Folge liess die Stiftung FAR bei der B. \_\_\_\_\_ eine Unterstellungskontrolle und – nach einer Stellungnahme seitens der Unternehmung vom 26. Juni 2008 (Antwortbeilage [AB] 1) – eine Nachkontrolle durchführen, welche organisatorisch zwei Bereiche Bau und Gipserei ergaben (Berichte vom 8. Mai und 20. September 2008 [KB 19, 22]). Im Dezember 2008 entschied der Ausschuss Rekurse der Stiftung FAR, dass die B. \_\_\_\_\_ seit Januar 2004 insgesamt dem GAV FAR unterstellt sei (KB 23).

Im Juli 2010 teilte die B. \_\_\_\_\_ der Stiftung FAR mit, es sei nur noch ein untergeordneter Teil der Unternehmung im Bauhauptgewerbe tätig, die

Gipsfabrikation sei per 1. Januar 2010 aus dem GAV FAR zu entlassen (KB 24, 25). Die Stiftung FAR stellte sich in der weiteren Korrespondenz namentlich auf den Standpunkt, die B. \_\_\_\_\_ habe zumindest vorderhand bis zum definitiven Entscheid weiterhin für den gesamten Betrieb FAR-Beiträge zu bezahlen. Gleichzeitig verlangte sie von der Unternehmung weitere Auskünfte und Unterlagen (KB 26, 28, 30, 33).

Ende ... bzw. Anfang ... 2011 wurde die E. \_\_\_\_\_ gegründet und eingetragen (KB 5). Am 29. März 2012 teilte die neue Unternehmung mit, die Arbeitsverhältnisse der im Gipsereibereich bei der B. \_\_\_\_\_ beschäftigten Arbeitnehmer seien auf die E. \_\_\_\_\_ übertragen worden (KB 36). Eine von der Stiftung FAR daraufhin in Auftrag gegebene Arbeitgeberkontrolle (vgl. KB 32) ergab, dass die Löhne seit 1. Juni 2011 direkt von der neu gegründeten Unternehmung ausgerichtet wurden (KB 39).

Am 20. Februar 2013 entschied die Geschäftsstelle der Stiftung FAR, die B. \_\_\_\_\_ falle bis 31. Mai 2011 vollumfänglich und ab 1. Juni 2011 teilweise, d.h. mit dem verbleibenden Mischbetriebsteil Bau, in den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR (KB 40). Hinsichtlich der E. \_\_\_\_\_ entschied die Geschäftsstelle, dass diese für die Zeit vom 1. Juni 2011 bis 31. Mai 2012 zwar nur teilweise in den betrieblichen Geltungsbereich gemäss dem AVE GAV FAR falle, jedoch aufgrund von Art. 333 und Art. 356 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) bis Ende Mai 2012 für alle Mitarbeiter beitragspflichtig bleibe. Ab 1. Juni 2012 bestehe allein noch für Mitarbeiter des Betriebsteils Fassaden eine Beitragspflicht (KB 42). Am 3. Juli 2013 bestätigte der Stiftungsratsausschuss Rekurse der Stiftung FAR die Auffassung der Geschäftsstelle (KB 44 f.). Bezüglich der E. \_\_\_\_\_ hielt der Stiftungsratsausschuss ergänzend fest, für deren Betriebsteil Gips bestehe ab 1. Juni 2012 keine Beitragspflicht mehr, den Arbeitnehmern werde aber die Zeit bis 31. Januar 2014 als GAV FAR unterstellte Zeit angerechnet (KB 45).

Im ... 2013 wurde die J. \_\_\_\_\_ gegründet und eingetragen (Internetauszug aus dem Handelsregister des Kantons Bern, [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)), welche die Mitarbeiter der B. \_\_\_\_\_ übernahm (KB 47). Letztere wurde im ... 2013 in A. \_\_\_\_\_ umfirmiert (KB 4, 47). Ebenfalls im ... 2013 wurde die E. \_\_\_\_\_ in D. \_\_\_\_\_ umfirmiert (KB 5).

**C.**

Nachdem über die GAV FAR-Unterstellung bzw. Beitragspflicht keine Einigung hatte erzielt werden können (Klage, S. 11 Ziff. 37; KB 46), erhob die Stiftung FAR am 28. Oktober 2014 Klage gegen die A. \_\_\_\_\_ (vormals B. \_\_\_\_\_; fortan Beklagte 1) und die D. \_\_\_\_\_ (vormals E. \_\_\_\_\_; fortan Beklagte 2). Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte 1 seit dem 1. Januar 2004 bis zum 30. Juni 2013 vollumfänglich dem GAV FAR unterstanden habe.
2. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, die Verzugszinsen des Jahres 2010 in der Höhe von Fr. 4'969.70 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, FAR-Beiträge für den Zeitraum von 1. Januar 2011 bis 31. Mai 2011 in der Höhe von Fr. 50'203.30 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. Januar 2012 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte 1 zu verpflichten, für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 30. Juni 2013 FAR-Beiträge in der Höhe von 5 % der AHV-pflichtigen Löhne abzurechnen.
5. Es sei festzustellen, dass die Beklagte 2 seit dem 1. Juni 2011 dem AVE GAV FAR unterstehe und für sämtliche Mitarbeitende, die unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fallen würden, vom 1. Juni 2011 bis 31. Mai 2012 FAR-Beiträge abzurechnen gehabt habe.
6. Die Beklagte 2 sei zu verpflichten, für den Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 31. Dezember 2011 FAR-Beiträge in der Höhe von Fr. 73'557.20 zuzüglich 5 % Verzugszinsen ab 1. Januar 2012 zu bezahlen.
7. Es sei die Beklagte 2 zu verpflichten, für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis 31. Mai 2012 für sämtliche Mitarbeitende unter dem persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR, ab dem 1. Juni 2012 für die Mitarbeitenden des Betriebsteils „Fassaden“ FAR-Beiträge in der Höhe von 5 % des AHV-pflichtigen Lohnes abzurechnen.
8. Es seien die AHV-Lohnsummenmeldungen der Jahre 2012 und 2013 für die Beklagte 2 sowie die AHV-Lohnsummenmeldung für das Jahr 2013 für die Beklagte 1 zu edieren.
9. Es sei eine persönliche Befragung der Beklagten durchzuführen.
10. Es sei die Klägerin zu berechtigen, ihre in Ziff. 4 und 8 gestellten Anträge gestützt auf die zu edierenden Akten und die Parteibefragungen zu präzisieren.

Mit Klageantwort und Widerklage vom 19. Dezember 2014 beantragen die Beklagten, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C. \_\_\_\_\_:

1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Klägerin/Widerbeklagte sei zu verurteilen, der Beklagten 1/Widerklägerin den Betrag von Fr. 181'169.90 zu zahlen.

Mit Replik und Widerklageantwort vom 11. Mai 2015 hält die Klägerin an ihren Rechtsbegehren mit nachfolgenden Einschränkungen fest:

Das Rechtsbegehren Nr. 4 wird zurückgezogen.

Mit Rechtsbegehren Nr. 8 wird nur noch die Edition der AHV-Lohnsummenmeldungen der Jahre 2012 und 2013 für die Beklagte 2 beantragt.

Hinsichtlich der Widerklage beantragt die Klägerin deren Abweisung.

Mit Duplik vom 10. August 2015 bestätigten die Beklagten ihre bisherigen Rechtsbegehren.

Mit Eingabe vom 11. August 2015 reichten die Beklagten weitere Unterlagen ein.

Mit prozessleitender Verfügung vom 7. Oktober 2015 sistierte der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum Vorliegen des Urteils des Bundesgerichts in dessen Verfahren 9C\_229/2015 betreffend ähnlicher Fragen im Zusammenhang mit dem GAV FAR.

Mit prozessleitender Verfügung vom 29. Oktober 2015 hob der Instruktionsrichter die Sistierung auf und gab den Parteien Gelegenheit zur abschliessenden Stellungnahme.

Mit Stellungnahmen vom 26. November und 10. Dezember 2015 hielten die Parteien an ihren bisherigen Rechtsbegehren fest.

## **Erwägungen:**

### **1.**

#### **1.1**

**1.1.1** Gemäss Art. 73 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40) bezeichnet jeder Kanton als letzte kantonale Instanz ein Gericht, das über die Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet (Abs. 1).

Die Zuständigkeit des Berufsvorsorgegerichts nach Art. 73 BVG ist in sachlicher Hinsicht davon abhängig, dass die Streitigkeit die berufliche Vorsorge im engeren oder weiteren Sinn beschlägt. Das ist der Fall, wenn die Streitigkeit spezifisch den Rechtsbereich der beruflichen Vorsorge betrifft und das Vorsorgeverhältnis zwischen einer anspruchsberechtigten Person und einer Vorsorgeeinrichtung zum Gegenstand hat. Im Wesentlichen geht es somit um Streitigkeiten betreffend Versicherungsleistungen, Ein- und Austrittsleistungen und Beiträge. Der Rechtsweg nach Art. 73 BVG steht dagegen nicht offen, wenn die Streitigkeit ihre rechtliche Grundlage nicht in der beruflichen Vorsorge hat, selbst wenn sie sich vorsorgerechtlich auswirkt (BGE 130 V 111 E. 3.1.2 S. 112; SVR 2013 BVG Nr. 5 S. 21 E. 4.2.2).

In persönlicher Hinsicht ist die Zuständigkeit nach Art. 73 BVG dadurch bestimmt, dass das Gesetz den Kreis der möglichen Parteien eines Berufsvorsorgeprozesses nach Art. 73 BVG auf die Vorsorgeeinrichtungen, die Arbeitgeber und die Anspruchsberechtigten beschränkt (SVR 2008 BVG Nr. 5 S. 17 E. 2.2). Was insbesondere den Begriff der Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 73 Abs. 1 BVG betrifft, weicht dieser nicht von der Umschreibung in Art. 48 BVG ab. Gemeint sind die registrierten Vorsorgeeinrichtungen, welche an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen (Art. 48 Abs. 1 BVG) und die Möglichkeit haben, die Vorsorge über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus zu erweitern (sog. umhüllende Vorsorgeeinrichtungen; Art. 49 Abs. 2 BVG) sowie die nichtregistrierten Personalfürsorgestiftungen im Sinne von Art. 89a Abs. 6 des Schweizer-

rischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), welche im Bereich der beruflichen Vorsorge tätig sind (BGE 130 V 111 E. 1.1 S. 113).

**1.1.2** Bei der Klägerin handelt es sich um eine nicht registrierte (vgl. Art. 48 BVG), ausschliesslich in der freiwilligen beruflichen Vorsorge tätige Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89a ZGB (ursprünglich Art. 89<sup>bis</sup> ZGB; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 15. April 2013, 9C\_975/2012, 9C\_976/2012, E. 2.1). Die Klägerin beantragt mit Klage vom 28. Oktober 2014, dass die Beklagten Lohnbeiträge inkl. Verzugszinsen zahlen, welche der Finanzierung der im GAV FAR vorgesehenen Leistungen dienen. Für Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber über die Zahlung von Beiträgen sind die in Art. 73 BVG genannten Gerichte zuständig; für die Klägerin gelten die Rechtspflegebestimmungen von Art. 73 f. BVG (Entscheid des BGer vom 7. Mai 2008, 9C\_211/2008, E. 3.2 und 4.2). Das zur Beurteilung der hier streitigen Beitragsforderungen zuständige Berufsvorsorgegericht ist auch für die Prüfung der umstrittenen und rechtserheblichen Vorfrage zuständig, ob die Beklagten aufgrund des im GAV FAR bzw. AVE GAV FAR umschriebenen Geltungsbereichs überhaupt dem GAV FAR unterstehen (BGer 9C\_211/2008, E. 4.6 f.). Damit ist das angerufene Gericht zur Beurteilung der mit Klage vom 28. Oktober 2014 geltend gemachten berufsvorsorgerechtlichen Ansprüche als einzige kantonale Instanz sachlich und funktionell zuständig (Art. 73 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 87 lit. c des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21] und Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

Wie eben festgehalten wurde, ist das Berufsvorsorgegericht im Rahmen einer Beitragsstreitigkeit (sachlich) zuständig, den betrieblichen Geltungsbereich vorfrageweise zu prüfen. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Frage, ob ein bestimmtes Unternehmen einem – allgemeinverbindlich erklärten – GAV untersteht, im Streitfall grundsätzlich durch die Ziviljustiz zu beurteilen ist (BGer 9C\_211/2008, E. 4.4). Somit muss bezogen auf den vorliegenden Fall die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der von der Klägerin gestellten Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren Nr. 1 und 5)

jedenfalls insoweit verneint werden, als die Klägerin die Unterstellung unter den GAV FAR bzw. gemäss AVE GAV FAR auch für Beitragsjahre feststellen lassen will, für welche sie gar keine Beitragsforderungen geltend macht. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann jedoch offen bleiben, da auf die Feststellungsbegehren wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses ohnehin nicht einzutreten ist. Die Unterstellung unter den GAV FAR bzw. gemäss AVE GAV FAR wird bei Beitragsstreitigkeiten (wie auch bei hier allerdings nicht Streitgegenstand bildenden Leistungsstreitigkeiten) vorfrageweise geprüft. Die Klägerin vermag nicht substantiiert darzulegen (vgl. Replik, S. 12 Rz. 35 f.) und es ist auch sonst nicht ersichtlich, inwiefern über die eingeklagten Beitragsforderungen hinaus ein schützenswertes, insbesondere auch aktuelles und praktisches Interesse an einer generellen Feststellung der Unterstellung unter den GAV FAR bzw. gemäss AVE GAV FAR bestünde.

**1.1.3** Gerichtsstand ist nach Art. 73 Abs. 3 BVG der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem die versicherte Person angestellt wurde. Dabei kommt es für den Wahlgerichtsstand nicht darauf an, ob die Vorsorgeeinrichtung, der Arbeitgeber oder die versicherte Person klagende Partei ist (SVR 2006 BVG Nr. 17 S. 62 E. 2.3). Die Beklagten haben Sitz im Kanton Bern (KB 4 f.), womit die formgerechte (Art. 32 VRPG) Klage beim örtlich zuständigen Gericht eingereicht wurde.

**1.1.4** Zusammenfassend ist auf die Klage soweit die Leistungsbegehren betreffend einzutreten. Nicht einzutreten ist dagegen auf die eigenständigen Feststellungsbegehren, d.h. auf die Rechtsbegehren Nr. 1 und 5.

## **1.2**

**1.2.1** Gemäss Art. 90 Abs. 2 VRPG richtet sich die Zulässigkeit der Widerklage nach den Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Beim für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht kann Widerklage erhoben werden, wenn die Wi-

derklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art 14 Abs. 1 ZPO).

**1.2.2** Die Beklagte 1/Widerklägerin fordert von der Klägerin/Widerbeklagten aufgrund des GAV FAR bereits bezahlte – nach ihrer Auffassung mangels Unterstellung jedoch zu Unrecht bezahlte – Lohnbeiträge zurück. Damit steht die Widerklage in einem sachlichen Zusammenhang mit der Hauptklage und wurde zu Recht beim für letztere örtlich zuständigen Gericht erhoben. Auch wurde die Widerklage rechtzeitig mit der Klageantwort geltend gemacht.

Auf die Widerklage ist somit einzutreten.

**1.3** Aufgrund des im Recht der beruflichen Vorsorge auf kantonaler Ebene vorgeschriebenen Klageverfahrens ergibt sich der Streitgegenstand einzig aus den Rechtsbegehren der Klage. Innerhalb des Streitgegenstandes ist das Gericht in Durchbrechung der Dispositionsmaxime nicht an die Begehren der Parteien gebunden (BGE 135 V 23 E. 3.1 S. 26; vgl. Art. 92 Abs. 3 VRPG).

Nach Rückzug des Rechtsbegehrens Nr. 4 durch die Klägerin (Replik, S. 2) ist streitig und zu prüfen

- gegenüber der Beklagten 1 Verzugszinsen betreffend das Beitragsjahr 2010 von Fr. 4'969.70 und FAR-Beiträge für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Mai 2011 in der Höhe von Fr. 50'203.30 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 (Klage, S. 2);
- gegenüber der Beklagten 2 FAR-Beiträge für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. Dezember 2011 in der Höhe von Fr. 73'557.20 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 sowie FAR-Beiträge für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Mai 2012 für alle Mitarbeiter und ab 1. Juni 2012 für die Mitarbeiter des Betriebsteils Fassaden (Klage, S. 2);
- gegenüber der Klägerin die Rückerstattung von für die Jahre 2009 und 2010 bereits bezahlten FAR-Beiträgen in der Höhe von Fr. 181'169.90 (Klageantwort, S. 2 u. 12 f.).

Auf die Rechtsbegehren Nr. 1 und 5 der Klage ist, wie in E. 1.1.2 festgehalten wurde, nicht einzutreten.

**1.4** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

## **2.**

**2.1** Die Geltung des GAV FAR kann sich aus dem AVE GAV FAR ergeben oder aber aus dem GAV FAR direkt. Für die dem GAV bzw. dem SBV angeschlossenen Betriebe gilt er auch, soweit er nicht allgemein verbindlich erklärt ist (Entscheid des BGer vom 9. Dezember 2011, 9C\_378/2011, 9C\_389/2011, E. 5.2). Die Beklagte 1 war unter der Firma „B. \_\_\_\_\_“ Mitglied des SBV (KB 22, 49; Klageantwort, S. 4 Rz. 12) und somit bereits vertraglich an die Bestimmungen des GAV FAR gebunden. Die Beklagte 2 war demgegenüber nie SBV-Mitglied (KB 49), sodass die Geltung des GAV FAR sich für sie einzig aus dem AVE GAV FAR ergibt.

## **2.2**

**2.2.1** Gemäss Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR (BBI 2003 4040) gelten die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR für die Betriebe, Betriebsteile und selbständigen Akkordanten der folgenden Bereiche:

- a. Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbau (einschliesslich Belagseinbau);
- b. Aushub, Abbruch, Deponie- und Recyclingbetriebe;
- c. Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie Pflästereibetriebe;
- d. Fassadenbau- und Fassadenisolationsbetriebe, ausgenommen Betriebe, die in der Gebäudehülle tätig sind. Der Begriff „Gebäudehülle“ schliesst ein: geneigte Dächer, Unterdächer, Flachdächer und Fassadenbekleidungen (mit dazugehörendem Unterbau und Wärmedämmung);
- e. Abdichtungs- und Isolationsbetriebe für Arbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn und analoge Arbeiten im Tief- und Untertagsbereich;
- f. Betoninjektions- und Betonsanierungsbetriebe;
- g. Betriebe, die Asphaltierungen ausführen und Unterlagsböden erstellen;

h. Betriebe, die gesamtbetrieblich mehrheitlich Gleisbau- und Bahnunterhaltsarbeiten ausführen, ausgenommen Betriebe, die Schienenschweiss- und Schienenschleifarbeiten, maschinellen Gleisunterhalt sowie Fahrleitungs- und Stromkreislaufarbeiten ausführen.

Lit. b und lit. h erfuhren mit Änderungen des AVE GAV FAR vom 6. Dezember 2012 (in Kraft seit 1. Januar 2013; BBI 2012 9763 f.) bzw. vom 10. November 2015 (in Kraft seit 1. Dezember 2015; BBI 2015 8307 ff.) für den vorliegenden Fall nicht weiter massgebende Anpassungen.

**2.2.2** Gemäss den gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen gilt der GAV FAR u.a. ebenfalls für Betriebe bzw. für deren Betriebsteile. Die Aufzählung der Branchen ist identisch mit dem AVE GAV FAR (Art. 2 Abs. 1 GAV FAR; KB 2).

## **2.3**

**2.3.1** Massgebliches Kriterium für den betrieblichen Geltungsbereich ist die Branche, der ein Betrieb bzw. ein Betriebsteil zuzuordnen ist. Dafür ausschlaggebend sind die Tätigkeiten, die ihm das Gepräge geben, nicht hingegen der Handelsregistereintrag oder die Art und Weise, wie die Tätigkeiten ausgeführt bzw. welche Hilfsmittel dabei eingesetzt werden (BGE 139 III 165 E. 3.1 S. 167).

**2.3.2** Der Begriff des „Betriebsteils“ wird weder im AVE GAV FAR noch im GAV FAR selbst definiert. Der Ausdruck wird indessen, ebenfalls ohne nähere Umschreibung, auch für die Geltungsbereiche weiterer allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge (etwa des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe oder des Gesamtarbeitsvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe) verwendet (BGE 141 V 657 E. 4.5.1 S. 664).

Diesbezüglich erwog das Bundesgericht Folgendes:

**2.3.3** Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt ein Gesamtarbeitsvertrag für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder

es können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbstständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil – und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe – das Gepräge gibt (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1 S. 665, 134 III 11 E. 2.1 S. 13).

Von einem selbstständigen Betrieb oder einem selbstständigen Betriebsteil innerhalb eines Mischunternehmens kann nur gesprochen werden, wenn dieser eine eigene organisatorische Einheit bildet. Das setzt voraus, dass die einzelnen Arbeitnehmer klar zugeordnet werden können und die entsprechenden Arbeiten im Rahmen der übrigen Tätigkeiten des Unternehmens nicht nur hilfsweise erbracht werden. Im Interesse der Rechtssicherheit ist zudem zu fordern, dass der Betriebsteil mit seinen besonderen Produkten oder Dienstleistungen insofern auch nach aussen als entsprechender Anbieter gegenüber den Kunden in Erscheinung tritt. Demgegenüber bedarf der Betriebsteil keiner eigenen Verwaltung oder gar einer separaten Rechnungsführung, um als solcher gelten zu können (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 665).

Die Allgemeinverbindlicherklärung will einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen schaffen und damit verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gilt. Zum selben Wirtschaftszweig gehören Betriebe, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 134 III 11 E. 2.2 S. 13). Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, unlautere Wettbewerbsvorteile zu verhindern, kann nur erreicht werden, wenn die Regeln des entsprechenden GAV grundsätzlich von sämtlichen Anbietern auf einem bestimmten Markt eingehalten werden müssen. Sobald ein Betrieb in nicht offensichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt, für den ein allgemeinverbindlich

erklärter GAV gilt, kommen die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung zur Anwendung (BGE a.a.O., 134 III 11 E. 2.4 S. 15).

**2.3.4** Es ist gemäss Bundesgericht sachgerecht, diese Grundsätze auch bei der Auslegung des Begriffs „Betriebsteil“ im Sinne von Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR anzuwenden (BGE 141 V 657 E. 4.5.3 S. 666).

## **2.4**

**2.4.1** Der persönliche Geltungsbereich ist in Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR (BBI 2003 4040) wie folgt geregelt:

Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen gelten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (unabhängig ihrer Entlohnungsart), die in den Betrieben nach Abs. 4 tätig sind, insbesondere für:

- a. Poliere und Werkmeister;
- b. Vorarbeiter;
- c. Berufsleute, wie Maurer, Strassenbauer, Pflasterer usw.;
- d. Bauarbeiter (mit oder ohne Fachkenntnisse);
- e. Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magaziner und Isoleure sowie die Hilfskräfte;
- f. weitere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sofern sie Hilfstätigkeiten in einem dem Geltungsbereich unterstellten Betrieb ausführen.

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstehen dem GAV FAR ab dem Zeitpunkt, ab dem sie AHV-pflichtig werden.

Ausgenommen ist das leitende Personal, das technische und kaufmännische Personal sowie das Kantinen- und Reinigungspersonal eines unterstellten Betriebes.

Mit Änderung des AVE GAV FAR vom 10. November 2015 (in Kraft seit 1. Dezember 2015; BBI 2015 8307 ff.) wurde lit. e ergänzt, eine neue lit. f eingefügt und die bisherige lit. f in lit. g geändert. Diese Anpassungen sind für den vorliegenden Fall nicht weiter von Interesse.

**2.4.2** Der persönliche Geltungsbereich ist nach den gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen in Art. 3 GAV FAR weitergefasst (KB 2), jedoch, soweit für den vorliegenden Fall massgebend, mit Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR deckungsgleich.

### 3.

**3.1** Die Unterstellungskontrollen im Jahr 2008 (Berichte vom 8. Mai und 20. September 2008 [KB 19, 22]) ergaben, dass die Beklagte 1 – damals noch B.\_\_\_\_\_ – in zwei organisatorisch selbstständige Betriebsteile (vgl. dazu BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 665 bzw. E. 2.3.3 hiervor) Bau und Gipserei unterteilt gewesen war, was unter den Parteien unbestritten ist (Klage, S. 16 Rz. 54; Klageantwort, S. 8 Rz. 29). Unbestritten ist weiter auch, dass der Betriebsteil Bau dem GAV FAR unterstanden hat und die Beklagte 1 für die dem persönlichen Geltungsbereich unterstehenden Mitarbeiter dieses Betriebsteils Beiträge abgerechnet und bezahlt hat (KB 29; Klage, S. 17 Rz. 55 f., S. 25 Rz. 80 f.; Klageantwort, S. 7 Rz. 26, S. 8 Rz. 30).

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beklagte 1 mit dem Betriebsteil Gipserei im Zeitraum vom 1. Januar 2009 (vgl. E. 1.3 hiervor) bis 31. Mai 2011 (Übergang des Betriebsteils Gipserei auf die Beklagte 2 [KB 36, 39]) dem GAV FAR unterstanden hat und somit beitragspflichtig gewesen ist.

### 3.2

**3.2.1** Es ist aktenkundig (KB 22) und wird von den Parteien nicht in Frage gestellt, dass der Betriebsteil Gipserei der Beklagten 1 im hier interessierenden Zeitraum (Januar 2009 bis Mai 2011) seinerseits ein Mischbetrieb mit den beiden Arbeitsgattungen Fassaden und Gips gewesen ist. Weiter gehen die Parteien gestützt auf die Mitarbeiterzahlen der Jahre 2009 und 2010 (2009, 2010: Fassaden 10 Pers.; Gips 20 Pers.) und der Umsatzverteilung (2009: Fassaden Fr. 3 Mio., Gips Fr. 3,5 Mio.; 2010: Fassaden Fr. 1.8 Mio., Gips Fr. 3.6 Mio.) übereinstimmend davon aus, dass im Betriebsteil Gipserei ab 2009 überwiegend Gipsertätigkeiten ausgeübt worden sind, dessen Gepräge mithin ausserhalb des betrieblichen Geltungsbereichs des GAV FAR gelegen hat (Klage, S. 18 Rz. 61; Klageantwort, S. 5 Rz. 17 sowie S. 9 Rz. 32 f.). Umstritten ist jedoch die Beitragspflicht. Während die Beklagten wegen des Gepräges ausserhalb des betrieblichen Geltungsbereichs eine Beitragspflicht verneinen (Klageantwort, S. 9

Rz. 33), hält die Klägerin diese für den Betriebsteil Gipserei aus verschiedenen Gründen trotzdem für gegeben (Klage, S. 19 Rz. 62).

Die Parteien gehen gemäss ihren Ausführungen bezüglich des Betriebsteils Gipserei von einem unechten Mischbetrieb aus, dessen Unterstellung bzw. Nichtunterstellung unter den GAV FAR sich diesfalls allein aufgrund des Gepräges ergäbe (BGE 139 III 165 E. 3.1 S. 167) und nach dem Grundsatz der Tarifeinheit für den ganzen Betriebsteil, mithin auch für berufsfremde Arbeitnehmer, gälte (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1). Entgegen der Auffassung der Parteien ist jedoch der Betriebsteil Gipserei – wie er im hier interessierenden Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Mai 2011 vorgelegen hat – mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss BGE 141 V 657 E. 4.5.2 S. 665 nicht als unechter, sondern vielmehr als echter Mischbetrieb mit zwei selbstständigen Betriebsteilen zu qualifizieren, auf welche – je nach deren Gepräge – unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen können (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1 S. 665).

**3.2.2** Bereits aus dem Kontrollbericht der K. \_\_\_\_\_ vom 20. September 2008 geht hervor, dass innerhalb des Betriebsteils Gipserei die Arbeitsgattungen Fassaden und Gips sowohl organisatorisch als auch buchhalterisch unterschieden worden waren. Zwar wurde damals (2008) noch darauf hingewiesen, dass eine klare Zuweisung von Umsatz und Personal zu den beiden Arbeitsgattungen Fassaden und Gips nicht möglich sei, sondern Durchmischungen stattfänden (KB 22 S. 2).

In der Folge ist jedoch den von der Beklagten 1 der Klägerin am 4. November 2010 zur Verfügung gestellten Unterlagen (KB 29) klar zu entnehmen, dass die beiden Bereiche Fassaden und Gips ab Januar 2009 eigene organisatorische Einheiten bildeten. Namentlich waren die Mitarbeiter nunmehr ausschliesslich dem einen oder andern Bereich zugeordnet (KB 29 S. 2 u. S. 6) und die Umsätze wurden pro Bereich getrennt ausgewiesen (KB 31). Nach Angaben der Beklagten 1 umfasste der Bereich Gips innere und äussere Gipserarbeiten sowie Trockenbauarbeiten (klassische Gipserarbeiten), der Bereich Fassaden Arbeiten betreffend Aussenwärmedämmung (KB 29 S. 5). Im Jahr 2009 wurde im Bereich Fassaden ein Umsatz von Fr. 3.01 Mio. (46 % des Gesamtumsatzes beider Bereiche), 2010 ein solcher von Fr. 1.86 Mio. (34 %) erwirtschaftet. Daraus erhellt, dass die Beklagte 1 im

Bereich Fassaden mit Blick auf andere, dem GAV FAR unterstellte Fassadenbau- und Isolationsbetriebe auf demselben Markt Leistungen von gleicher Art angeboten und in erheblichem Umfang erbracht hat. Zudem stellen die Arbeiten im Bereich Fassaden nicht bloss Hilfstätigkeiten dar, zumal sie ohne weiteres auch unabhängig vom übrigen Tätigkeitsfeld der Unternehmung hätten erbracht werden können. Somit lag nach Massgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung in BGE 141 V 657 E. 4.5.2 S. 665 (vgl. E. 2.3.3. hiervor) und E. 4.6.2 S. 666 im vorliegenden Fall hinsichtlich des Bereichs Fassaden jedenfalls ab Januar 2009 ein selbstständiger Betriebs- teil der Beklagten 1 vor, der dem GAV FAR unterstand (Art. 2 Abs. 1 lit. e und f. GAV FAR [KB 2]; vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. d und e AVE GAV FAR [vgl. E. 2.2.1 hiervor]). Demgegenüber lag der Bereich Gips mit den klassischen Gipserarbeiten (insoweit unbestrittenermassen [Klage, S. 19 Rz. 62; Klage- antwort, S. 9 Rz. 33]) ab Januar 2009 grundsätzlich ausserhalb des be- trieblichen Geltungsbereichs des GAV FAR (vgl. aber E. 3.2.3 hiernach).

Für den Zeitraum bis Ende Dezember 2008 bleibt die GAV-FAR-Unterstel- lung der Bereiche Fassaden und Gips aufgrund der insoweit unzureichen- den Aktenlage (namentlich auch aufgrund des Berichts der K. \_\_\_\_\_ vom 20. September 2008 [KB 22]) aus heutiger Sicht unklar. Immerhin ent- schied der Ausschuss Rekurse der Stiftung FAR im Dezember 2008, dass der Betriebsteil Gipserei mit den beiden Bereichen Fassaden und Gips (als unechter Mischbetrieb) überwiegend in der Fassadenisolation, mithin inner- halb des betrieblichen Geltungsbereichs des GAV FAR, tätig gewesen sein soll (KB 23 S. 9 Rz. 58), wogegen die Beklagte 1 damals keine Einwendun- gen erhob (vgl. auch Klageantwort, S. 5 Rz. 17, wonach sich die Verhältni- se mit einer Zunahme der klassischen Gipserarbeiten erst ab 2009 verän- dert haben). Wie es sich damit genau verhält, hat vorliegend jedoch – weil ausserhalb des Streitgegenstands liegend (s. E. 1.3 hiervor) – offen zu blei- ben.

**3.2.3** Gemäss den Ausführungen in der Klage können Betriebe bzw. Be- triebsteile nach dem Herausfallen aus dem Geltungsbereich praxismässig unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres aus dem GAV FAR austreten. Bis zum rechtsgültigen Aus- tritt besteht die bisherige Beitragspflicht fort (Klage, S. 19 Rz. 62). Die Re-

gelung dient dem Schutz GAV FAR versicherter Arbeitnehmer, welche so rechtzeitig über den Austritt informiert werden können und genügend Zeit haben, allfällige persönliche Dispositionen zu treffen. Die Praxis entspricht damit auch dem dem Gesamtarbeitsvertrag zugrundeliegenden sozialpartnerschaftlichen Anliegen und wurde schliesslich im Rahmen der Zusatzvereinbarung VIII (in Kraft seit 1. Januar 2014; KB 50) schriftlich im Vertrag verankert (Art. 28 Abs. 5 GAV FAR [KB 2]). Entgegen der von der Beklagten 1 vertretenen Auffassung (Klageantwort, S. 10 Rz. 36 f.) fehlt es somit weder an einer vertraglichen Grundlage noch kann bei Anwendung auf den Sachverhalt ab 2009 eine unzulässige Rückwirkung angenommen werden.

Die Beklagte 1 bringt vor, sie habe bereits im Juni 2008 den Austritt des Betriebsteils Gipserei aus dem GAV FAR beantragt (Klageantwort, S. 10 Rz. 35). Tatsächlich stellte sich die Beklagte 1 mit Schreiben vom 26. Juni 2008 auf den Standpunkt, die Unterstellung der Gipser unter den GAV FAR sei nicht richtig, und ersuchte um Rückerstattung der einbezahlten Prämien (AB 1). In der Folge entschied jedoch der Ausschuss Rekurse der Stiftung FAR, dass die Beklagte 1 ab 1. Januar 2004 vollumfänglich, namentlich auch mit den Bereichen Fassaden und Gips, GAV FAR unterstellt sei (Beschluss vom 16. Dezember 2008 [KB 23]), wogegen sich die Beklagte 1 nicht wehrte. Zudem ist davon auszugehen, dass die Voraussetzung einer Veränderung des Gepräges damals noch nicht erfüllt war (vgl. Klageantwort, S. 5 Rz. 17 und E. 3.2.2 [in fine] hiervor). Entgegen der Auffassung der Beklagten 1 (Klageantwort, S. 9 Rz. 35 u. S. 12 Rz. 44) ist somit das Schreiben vom 26. Juni 2008 für den Austritt des Bereichs Gips aus dem GAV FAR nicht entscheidend. Hierfür massgebend ist vielmehr das Schreiben der Beklagten 1 vom 6. Juli 2010, womit sie aufgrund seit 2009 veränderter Ausgangslage die Entlassung der „Gipserabteilung“ aus dem GAV FAR per 1. Januar 2010 beantragt hat (KB 24). Der Austritt des Bereichs Gips erfolgte – entsprechend der eingangs dieser Erwägung festgehaltenen Grundsätze – somit frühestens per 31. Dezember 2011.

**3.3** Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Betriebsteil Gipserei der Beklagten 1 die Bereiche Fassaden (Aussenwärmedämmungen) und Gips (klassische Gipserarbeiten) umfasste, welche ab Januar 2009 ihrerseits als selbstständige Betriebsteile der Unternehmung zu qualifizieren

waren. Während der Bereich Fassaden als selbstständiger Betriebsteil dem GAV FAR unterstand, erfolgte bezüglich des ab Januar 2009 grundsätzlich ausserhalb des betrieblichen Geltungsbereichs liegenden Betriebsteils Gips (vgl. E. 3.2.2 hiervor) aufgrund eines entsprechenden, von der Beklagten 1 im Juli 2010 gestellten Antrags der Austritt aus dem GAV FAR per 31. Dezember 2011 (vgl. E. 3.2.3 hiervor).

Dementsprechend war die Beklagte 1 vom 1. Januar 2009 bis 31. Mai 2011 (Übergang der Bereiche Fassaden und Gips auf die Beklagte 2; E. 4.1 hier-nach) für beide Bereiche aufgrund des GAV FAR beitragspflichtig. Bei diesem Ergebnis kann ausdrücklich offen bleiben, ob die Beitragspflicht auch aus den weiteren, in der Klage aufgeführten Gründen (dauerhafte Veränderung des Gepräges von mindestens zwei Jahren, starre Umsatzgrenze von Fr. 500'000.--, konkludenter Anschlussvertrag; Klage, S. 19 f. Rz. 62; Replik, S. 9 ff. Rz. 23-34) bis mindestens 31. Mai 2011 zu bejahen wäre.

#### **4.**

**4.1** Anfang 2011 wurde die Beklagte 2 mit der Firma E. \_\_\_\_\_ gegründet (KB 5). In der Folge wurden die beiden je selbstständigen Bereiche Fassaden und Gips der Beklagten 1 auf die Beklagte 2 übertragen (KB 32, 36), welche ab 1. Juni 2011 die Gehälter der betroffenen Mitarbeiter ausbezahlte (KB 39). Im ... 2013 wurde die Beklagte 2 umfirmiert (KB 5).

Streitig und zu prüfen ist somit die GAV-FAR-Unterstellung der Beklagten 2 sowie die damit zusammenhängende Beitragspflicht ab 1. Juni 2011.

#### **4.2**

**4.2.1** Anlässlich einer Besprechung zwischen den Parteien vom 17. Juni 2011 wurde festgehalten, dass die Beklagte 2 das Personal des Betriebsteils Gipserei (Fassaden und Gips) der Beklagten 1 mit den alten Verträgen und gleichen Konditionen übernommen hat (KB 34 S. 2 Ziff. 3). Aus dem Revisionsbericht der F. \_\_\_\_\_ vom 26. Juni 2012 geht ebenfalls hervor, dass die bisherige Aufteilung des Betriebsteils Gipserei der Beklagten 1 in die zwei Bereiche Fassaden und Gips bei der Übertragung auf die Beklag-

te 2 unverändert beibehalten wurde (KB 32). Aus den weiteren Akten und insbesondere auch aus den Eingaben der Beklagten ergibt sich nichts Gegenteiliges, sodass als erstellt zu gelten hat, dass die Beklagte 2 hinsichtlich Unternehmensstruktur und -organisation einschliesslich Buchhaltung mit dem ursprünglichen Betriebsteil Gipserei der Beklagten 1 identisch war bzw. ist. Demnach sind die beiden Bereiche Fassaden und Gips der Beklagten 2 – wie bei der Beklagten 1 – aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 V 657 E. 4.5.2 S. 665, E. 4.6.2 S. 666) als selbstständige Betriebsteile zu qualifizieren, wobei der Betriebsteil Fassaden dem AVE GAV FAR untersteht, der Betriebsteil Gips dagegen grundsätzlich nicht (vgl. E. 3.2.2 hiavor).

**4.2.2** Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR). Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar, muss der Erwerber diesen während eines Jahres einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR).

Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR erstreckt die Vertragsbindung eines bei Betriebsübergang anwendbaren Gesamtarbeitsvertrags auf den neuen Arbeitgeber, auch wenn letzterer an sich nicht vertragsgebunden wäre (WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2011, Art. 333 OR N. 18). Die Beklagte 1 war als Mitglied des SBV vertraglich an den GAV FAR gebunden (vgl. E. 2.1 hiavor). Somit gingen mit dem Übergang der Arbeitsverhältnisse am 1. Juni 2011 u.a. auch die gestützt auf den GAV FAR bestehenden Versicherungspflichten (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 333 N. 8 S. 840) der Beklagten 1 einschliesslich deren bereits erörterten Pflicht zur Abrechnung und Bezahlung von FAR-Beiträgen (vgl. E. 3.3 hiavor) auf die Beklagte 2 über. Soweit den Betriebsteil Gips (klassische Gipserarbeiten) betreffend endete diese Erstreckung der Vertragsbindung jedoch – entgegen der in der Klage vertretenen Auffassung (S. 22 Rz. 71) – bereits per 31. Dezember 2011 mit dessen Austritt aus dem GAV FAR (vgl. 3.3 hiavor). Demgegenüber unterstand bzw. untersteht die Be-

klagte 2 mit dem selbstständigen Betriebsteil Fassaden seit 1. Juni 2011 unabhängig von Art. 333 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> OR direkt gestützt auf Art. 2 Abs. 4 lit. d und e AVE GAV FAR (E. 2.2.1 hiervor) den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR und damit der Beitragspflicht.

Die von den Beklagten gegen die Anwendung von Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Die Beklagte 1 war Mitglied des SBV. Ob auch deren Arbeitnehmer des Bereichs Gips dem GAV FAR kollektivrechtlich unterstanden haben, geht zwar aus den Akten nicht hervor, kann entgegen der Auffassung der Beklagten (Klageantwort, S. 15 Rz. 60; Duplik, S. 11 Rz. 47) jedoch offen bleiben. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass sich Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR nur auf die dem GAV kollektivrechtlich unterstehenden Arbeitsverhältnisse bezieht (so ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 333 N. 9 S. 845), würde der GAV gestützt auf die allgemeine Norm von Art. 333 Abs. 1 OR auch für lediglich individualrechtlich an den GAV gebundene Arbeitnehmer weitergelten, jedenfalls solange für diese keine anderslautende Vertragsanpassungen vorgenommen wurden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH a.a.O.). Dass Letzteres vorliegend der Fall wäre, ergibt sich weder aus den Akten noch aus den Eingaben der Beklagten. Die Beklagten weisen weiter an sich zu Recht darauf hin, dass Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR einen auf den übergehenden Betriebsteil anwendbaren GAV voraussetzt. Entgegen ihrer Auffassung (Klageantwort, S. 15 Rz. 61; Duplik, S. 12 Rz. 49) war dies hinsichtlich des selbstständigen Betriebsteils Gips (klassische Gipserarbeiten) bis 31. Dezember 2011 eben der Fall (vgl. E. 3.2.3, E. 3.3 hiervor). Für den Betriebsteil Fassaden ergibt sich die Beitragspflicht seit 1. Juni 2011 ohnehin unmittelbar aus dem AVE GAV FAR. Schliesslich ist festzuhalten, dass gestützt auf Art. 333 OR die Arbeitsverhältnisse mit „allen Rechten und Pflichten“ einschliesslich derjenigen aus dem GAV FAR übergegangen sind. Insoweit kann nicht gesagt werden, die (für den Betriebsteil Gips) befristete Weitergeltung des GAV FAR nütze nur der Klägerin (Klageantwort, S. 15 Rz. 62). Die Problematik, dass Leistungsansprüche gegebenenfalls mangels siebenjähriger ununterbrochener Tätigkeit in einem Betrieb gemäss GAV FAR (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. c GAV FAR) nicht entstehen könnten, ist nicht auf Art. 333 OR zurückzuführen. Im Gegenteil trägt die Bestimmung zugunsten

der Arbeitnehmer dazu bei, dass die Frist allenfalls doch noch gewahrt werden kann.

**4.3** Nach dem Gesagten ist die Beklagte 2 ab 1. Juni 2011 bis 31. Dezember 2011 für beide je selbstständige Betriebsteile Fassaden und Gips aufgrund von Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR i.V.m. dem GAV FAR (Betriebsteil Gips) bzw. direkt gestützt auf den AVE GAV FAR (Betriebsteil Fassaden) beitragspflichtig. Ab 1. Januar 2012 besteht die Beitragspflicht allein noch hinsichtlich des Betriebsteils Fassaden.

## **5.**

**5.1** Die Beklagte 1 hat für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Mai 2011 für alle Mitarbeiter der Betriebsteile Fassaden und Gips, welche vom persönlichen Geltungsbereich gemäss Art. 3 GAV FAR (KB 2; vgl. E. 2.4.2 hiervor) erfasst sind, FAR-Beiträge abzurechnen. In diesem Zeitraum betragen die Arbeitgeberbeiträge nach Angaben der Klägerin 4 %, die Arbeitnehmerbeiträge 1.3 % des AHV-pflichtigen Lohns (Klage, S. 24 Rz. 78; damit identisch ist die Regelung nach AVE GAV FAR, vgl. E. 5.2 hiernach).

Für die Jahre 2009 und 2010 hat die Beklagte 1 die Beiträge vollumfänglich beglichen (Klage, S. 25 Rz. 80). Ausstehend sind aufgrund verspäteter Beitragszahlungen im Jahr 2010 jedoch Verzugszinsen von Fr. 4'969.70 (vgl. E. 5.3 hiernach). Die sodann für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Mai 2011 noch ausstehenden FAR-Beiträge belaufen sich gemäss der Aufstellung der Klägerin auf Fr. 50'203.30 (Klage, S. 26). Diese Angaben stimmen mit den in den Akten liegenden Lohnunterlagen überein (KB 52, 53) und werden von den Beklagten hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs der einzelnen Mitarbeiter und der Beitragsberechnung nicht bestritten, so dass darauf abzustellen ist.

## **5.2**

**5.2.1** Die Beklagte 2 hat für den Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 31. Dezember 2011 für alle Mitarbeiter der Betriebsteile Fassaden und Gips, wel-

che vom persönlichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR (vgl. E. 2.4.1 hiervor) erfasst sind, FAR-Beiträge abzurechnen. In diesem Zeitraum betragen die Arbeitgeberbeiträge 4 %, die Arbeitnehmerbeiträge 1.3 % des AHV-pflichtigen Lohns (Art. 1 AVE GAV FAR [BBI 2003 4039 ff.] i.V.m. Art. 8 GAV FAR und Änderung des AVE GAV FAR vom 1. November 2007 [BBI 2007 7881 f.]; Klage, S. 24 Rz. 78).

Die für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. Dezember 2011 ausstehenden FAR-Beiträge belaufen sich gemäss einer weiteren Aufstellung der Klägerin auf Fr. 73'557.20 (Klage, S. 27). Auch diese Angaben stimmen mit den Lohnunterlagen überein (KB 52, 53) und werden seitens der Beklagten hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs der Mitarbeiter und der Beitragsberechnung nicht bestritten, sodass ebenfalls darauf abzustellen ist.

**5.2.2** Was die geschuldeten FAR-Beiträge der Beklagten 2 für die Zeit ab 1. Januar 2012 anbelangt, gilt festzustellen, dass diese von der Klägerin in masslicher Hinsicht nicht bestimmt werden (Klage, S. 28 Rz. 85). Damit ist die Leistungsklage insoweit betraglich nicht beziffert, weshalb über das Massliche des Anspruchs nicht zu befinden ist (BGE 129 V 455 E. 3.4 f. S. 453; Urteil des Verwaltungsgerichts [VGE] vom 4. September 2015, BV/2014/276, E. 5.3). Bei diesen Gegebenheiten erübrigt sich die von der Klägerin beantragte Edition der AHV-Lohnsummenmeldungen der Jahre 2012 und 2013 der Beklagten 2. Vielmehr ist die betragliche Festsetzung der für die Zeit ab 1. Januar 2012 von der Beklagten 2 geschuldeten GAV-FAR-Beiträge der Klägerin zu überlassen.

**5.3** Die Verzugszinspflicht ergibt sich direkt aus Art. 9 Abs. 3 GAV FAR (KB 2) bzw. i.V.m. Art. 1 AVE GAV FAR (BBI 2003 4039 ff.). Demnach stellt die Klägerin einen Verzugszins von 5 % ab Fälligkeit in Rechnung. Der Arbeitgeber hat vierteljährlich Akontozahlungen abzuliefern, fällig 30 Tage nach der Rechnungsstellung, spätestens jedoch per Quartalsende (Art. 9 Abs. 2 GAV FAR [KB 2] i.V.m. Art. 1 AVE GAV FAR [BBI 2003 4039 ff.]). Dass im Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 GAV FAR von der Fälligkeit von „Akontozahlungen“ gesprochen wird, ist ohne Belang, zumal sich eine Akontoforderung und die definitive Beitragsforderung aus den gleichen Bestimmungen ergeben. Die Klägerin verlangt jeweils eine Verzinsung der gesamten Jahresbeiträge ab Beginn des Folgejahres (Klage, S. 28 Rz. 86), was nicht

zu beanstanden ist (Entscheid des BGer vom 15. April 2013, 9C\_975/2012, 9C\_976/2012, E. 5.6.2).

Schliesslich stehen die von der Klägerin für verspätet beglichene FAR-Beiträge des Jahres 2010 geltend gemachten Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 4'969.70 mit den in den Akten liegenden Kontoauszügen (KB 11, 57) in Übereinstimmung und werden in masslicher Hinsicht von der Beklagten 1 nicht bestritten.

**5.4** Nach dem Gesagten ist, soweit darauf einzutreten ist, in teilweiser Gutheissung der Klage die Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin für das Jahr 2010 Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 4'969.70 sowie für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Mai 2011 FAR-Beiträge in der Höhe von Fr. 50'203.30 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 zu bezahlen. Die Beklagte 2 ist zu verpflichten, der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. Dezember 2011 FAR-Beiträge in der Höhe von Fr. 73'557.20 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 zu bezahlen. Soweit den Zeitraum ab 1. Januar 2012 betreffend ist die Beklagte 2 zu verpflichten, für sämtliche Mitarbeiter des Betriebsteils Fassaden im persönlichen Geltungsbereich gemäss AVE GAV FAR FAR-Beiträge zuzüglich Verzugszinsen von 5 % ab 1. Januar des jeweiligen Folgejahres abzurechnen und zu bezahlen. Soweit weitergehend ist die Klage abzuweisen.

Die Widerklage ist abzuweisen.

## **6.**

**6.1** Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 73 Abs. 2 BVG keine zu erheben.

**6.2** Nach Art. 109 Abs. 1 VRPG sind die Parteikosten nach Massgabe des Unterliegens auf die Parteien zu verlegen. Nach Art. 104 Abs. 1 VRPG umfassen die Parteikosten den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung. Nach Art. 41 Abs. 4 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

bemisst sich der Parteikostenersatz in sozialversicherungsrechtlichen Klage- und Beschwerdeverfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses. Das Honorar beträgt gestützt auf Art. 13 der kantonalen Parteikostenverordnung vom 17. Mai 2006 (PKV; BSG 168.811) in den genannten Streitigkeiten zwischen Fr. 400.-- und Fr. 11'800.-- pro Instanz.

Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist die Klägerin materiell insoweit unterlegen, als sie gegenüber der Beklagten 2 für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis 31. Mai 2012 nicht nur für die Mitarbeiter des Betriebs teils Fassaden, sondern auch für die Mitarbeiter des Betriebsteils Gips FAR-Beiträge geltend gemacht hat (vgl. Klage, S. 2 [Antrag Nr. 7] und E. 5.4 hiervor). Insoweit liegt ein – auch unter Berücksichtigung des Rückzugs des Rechtsbegehrens Nr. 4 (Replik, S. 2; vgl. E. 1.3 hiervor) und des Nichteintretens auf die Rechtsbegehren 1 und 5 (vgl. E. 1.1.2 hiervor) – geringfügiges teilweises Obsiegen der Beklagten 2 vor, welches aufgrund von Art. 109 Abs. 1 VRPG die Zusprechung einer reduzierten Parteientschädigung rechtfertigt. Diese wird in Würdigung aller Umstände (Geringfügigkeit des Obsiegens, Wichtigkeit der Streitsache und Schwierigkeit des Prozesses) auf pauschal Fr. 1'500.-- (inkl. Ausgaben und MWSt.) festgesetzt. Diese Parteikosten hat die Klägerin der Beklagten 2 zu ersetzen. Soweit die Klägerin obsiegt (einschliesslich hinsichtlich der Widerklage), besteht rechtssprechungsgemäss kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 126 V 143 E. 4b S. 150).

#### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Soweit darauf einzutreten ist, wird in teilweiser Gutheissung der Klage die Beklagte 1 verpflichtet, der Klägerin für das Jahr 2010 Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 4'969.70 sowie für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Mai 2011 FAR-Beiträge in der Höhe von Fr. 50'203.30 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 zu bezahlen. Die Be-

klagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. Dezember 2011 FAR-Beiträge in der Höhe von Fr. 73'557.20 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 zu bezahlen. Soweit den Zeitraum ab 1. Januar 2012 betreffend wird die Beklagte 2 verpflichtet, für sämtliche Mitarbeiter des Betriebsteils Fassaden im persönlichen Geltungsbereich gemäss AVE GAV FAR FAR-Beiträge zuzüglich Verzugszinsen von 5 % ab 1. Januar des jeweiligen Folgejahres abzurechnen und zu bezahlen. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Die Klägerin hat der Beklagten 2 eine reduzierte Parteientschädigung, gerichtlich bestimmt auf pauschal Fr. 1'500.-- (inkl. Auslagen und MWSt.), zu bezahlen.
5. Zu eröffnen (R):
  - Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR)
  - Rechtsanwalt Dr. C. \_\_\_\_\_ z.H. der Beklagten 1 und 2
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Zur Kenntnis:

- Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA), Belpstrasse 48, Postfach, 3000 Bern 14

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.