

200 19 250 BV
FUR/IMD/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 4. September 2020

Verwaltungsrichterin Fuhrer, Kammerpräsidentin
Verwaltungsrichter Jakob, Verwaltungsrichter Schütz
Gerichtsschreiber Imhasly

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

Klägerin

gegen

A._____ GmbH
vertreten durch Rechtsanwalt und Notar B. _____
Beklagte

betreffend Klage vom 28. März 2019



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 (Art. 23 Abs. 1 GAV FAR; Klagebeilage [act. I] 2). Mit Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR vom 5. Juni 2003 (BRB 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, 10. November 2015, 14. Juni 2016, 7. August 2017 und 29. Januar 2019 für allgemeinverbindlich erklärt (BBI 2006 6751 f. und 8865 f., 2007 7881 f., 2012 9763 f., 2015 8307 ff., 2016 5033 f., 2017 5823 ff., 2019 1891 ff.).

B.

Die A._____ GmbH (Beklagte) bezweckt laut Handelsregistereintrag die Planung und Beratung, den Bau und die Restaurierung sowie die Durchführung von Projektführungen, Inventarisierung und Expertisen in den Bereichen Trockenmauern, Trockensteinmauerwerke und Natursteinarbeiten (act. I 4). Mit Beschluss vom 5. Januar 2011 stellte die Paritätische Berufskommission für das Bauhauptgewerbe Bern (PBK BE) u.a. fest, dass die A._____ GmbH Tätigkeiten des Bauhauptgewerbes ausführe und dem Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) unterstehe, und dass sie sich bei der Stiftung FAR anzumelden habe (act. I 6 S. 4). Nach diesbezüglicher Abklärung (act. I 8 ff.) stellte die Stiftung FAR mit Entscheid vom 15. Februar 2011 (act. I 12) fest, dass die A._____ GmbH nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des "BRB AVE GAV FAR" falle.

Mit Schreiben vom 19. September 2013 (act. I 13) teilte die Stiftung FAR der A. _____ GmbH mit, der Entscheid vom 15. Februar 2011 sei eventuell nicht korrekt gewesen, weshalb eine Neuabklärung bezüglich Unterstellung unter den "BRB AVE GAV FAR" vorgenommen werde. Am 10. März 2015 (act. I 21) kündigte die Stiftung FAR eine Unterstellungskontrolle an. Gestützt auf den Schlussbericht der C. _____ GmbH vom 4. September 2015 (act. I 23) stellte die Stiftung FAR mit Entscheid vom 7. Juni 2016 (act. I 24) fest, dass die A. _____ GmbH sowohl unter den räumlichen als auch unter den betrieblichen Geltungsbereich des "BRB AVE GAV FAR" falle. Daraus folge, dass sie für ihre Mitarbeiter, die unter den persönlichen Geltungsbereich fielen, seit dem 19. September 2013 FAR-beitragspflichtig sei. Nachdem die A. _____ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, dagegen opponiert hatte (act. I 26), bestätigte der Ausschuss Rekurse des Stiftungsrates FAR mit Entscheid vom 1. Februar 2017 (act. I 31) die Unterstellung der A. _____ GmbH unter den "BRB AVE GAV FAR".

C.

Mit Eingabe vom 28. März 2019 erhob die Stiftung FAR Klage gegen die A. _____ GmbH mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Beiträge zu bezahlen:
 - CHF 7'015.40 für die FAR-Beiträge für den Zeitraum vom 19. September 2013 bis 31. Dezember 2013 nebst Zins zu 5 % ab dem 1. Januar 2014.
 - 5 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2014, 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015, sowie 1. Januar 2016 bis 30. Juni 2016 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum innerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs des BRB AVE GAV FAR gearbeitet haben, nebst Zins zu 5 % ab dem Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januars.
 - 7 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Juli 2016 bis 31. Dezember 2016 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum innerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs des BRB AVE GAV FAR gearbeitet haben, nebst Zins zu 5 % ab dem 1. Januar 2017.

- CHF 26'470.95 für die FAR-Beiträge für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis am 31. Dezember 2017 nebst Zins zu 5 % ab dem 1. Januar 2018.
- 2. Es seien die AHV-Lohnsummenmeldungen aller Mitarbeiter, unter Angabe deren Funktion, für die Jahre 2014 bis 2016 bei der Beklagten, eventualiter bei der zuständigen Behörde, zu edieren.
- 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Die Beklagte, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt B._____, beantragte mit Klageantwort vom 2. Juli 2019 die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Replik vom 23. Dezember 2019 bzw. Duplik vom 26. März 2020 hielten die Parteien an den bisherigen Rechtsbegehren bzw. Anträgen fest.

Erwägungen:

1.

1.1

1.1.1 Gemäss Art. 73 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (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 141 V 170 E. 3 S. 172; SVR 2017 BVG Nr. 12 S. 49 E. 2.2), oder wenn die Ausrichtung reiner Ermessensleistungen in Frage steht (BGE 141 V 605 E. 3.2.2 S. 608).

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. 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 Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), welche im Bereich der beruflichen Vorsorge tätig sind (BGE 141 V 170 E. 3 S. 173, 130 V 111 E. 3.1.2 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^{bis} ZGB; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 15. April 2013, 9C_975/2012, 9C_976/2012, in BGE 139 III 165 nicht publizierte E. 2.1). Die Klägerin beantragt mit Klage vom 28. März 2019, dass die Beklagte Lohnbeiträge inkl. Verzugszinsen zahle, 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 Beklagte aufgrund des im GAV FAR bzw. AVE GAV FAR umschriebenen Geltungsbereichs überhaupt dem GAV FAR untersteht

(BGer 9C_211/2008, E. 4.6 f.). Damit ist das angerufene Gericht zur Beurteilung der mit Klage vom 28. März 2019 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 vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21] und Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

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 Beklagte hat Sitz im Kanton Bern (act. I 4), womit die formgerechte (Art. 32 VRPG) Klage beim örtlich zuständigen Gericht eingereicht wurde. Auf die Klage vom 28. März 2019 ist einzutreten.

1.2 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).

1.3 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 ist nicht Mitglied des

SBV, sodass die Geltung des GAV FAR sich für sie einzig aus dem AVE GAV FAR ergeben kann, was zwischen den Parteien unbestritten ist.

2.2 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 Geleiseunterhalt 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.

2.3

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).

3.

3.1 Die Klägerin hat die C._____ GmbH mit einer Unterstellungskontrolle der Beklagten beauftragt. Im diesbezüglichen Schlussbericht vom 4. September 2015 (act. I 23) sind die von der Beklagten tatsächlich ausgeführten Betriebstätigkeiten wie folgt aufgeführt worden:

- Gartenbau im Zusammenhang mit Mauerwerk und Plattenbelägen, Terrainanpassungen im Gartenbereich mit entsprechender Platzgestaltung (Sitzplätze, Hauseingänge usw.)
- Pflästerungen (nur kleinere Arbeiten als Zusatzaufträge, Einzelfälle)
- Natursteinarbeiten inkl. der dazugehörenden Steinbearbeitung
 - z.B. stützende oder tragende Mauern mit mehr als 1m Höhe sanieren resp. instand stellen (Trassierungsmassnahmen beim Strassenbau im Rebberg). Je nach Situation wird ein Geologe und/oder Ingenieur zur statischen Beurteilung herangezogen

- z.B. freistehende Mauern bis ca. 1.5m sanieren resp. instand stellen (Abtrennung von Weideland)
- z.B. als Verblendungen im Innen- und Aussenbereich ohne Tragfunktion (Einzelfälle)
- Bildhauerarbeiten
- Steinhauerarbeiten (z.B. Brunnen; Einzelfälle, wird zur Zeit der Kontrolle nicht mehr ausgeführt)
- Planungsarbeiten, Expertisen
- Verkauf von Waren, Bauleitungen.

In der "Neubeurteilung des Entscheids der Geschäftsstelle Stiftung FAR vom 15.02.2011" vom 7. Juni 2016 (act. I 24) hat die Geschäftsstelle FAR basierend auf dem Schlussbericht vom 4. September 2015 zur Unterstellungskontrolle (act. I 23) die von der Beklagten ausgeübten Tätigkeiten aufgeführt und drei Betriebsteile definiert: "Trockenmauern", "Gartenbau" und "Dienstleistungen". Als Tätigkeiten im Betriebsteil "Trockenmauern" gälten demgemäss das Erstellen und Sanieren von Trockenmauern und von Verblendungen ausserhalb des Gartens (z.B. Weideland), wobei diese Tätigkeiten unter Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR fielen. Im Betriebsteil "Gartenbau" fielen gemäss Geschäftsstelle Stiftung FAR die Pflästerarbeiten unter Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR. Die restlichen Tätigkeiten im Betriebsteil "Gartenbau" sowie der gesamte Betriebsteil "Dienstleistungen" würden demgegenüber nicht unter den Anwendungsbereich des AVE GAV FAR fallen.

3.2 Aufgrund der Aktenlage ist erstellt und insoweit auch unbestritten, dass es sich bei der Beklagten um einen sogenannten "unechten Mischbetrieb" handelt (vgl. act. I 24 S. 2 Ziff. 2.3; Klage S. 13 Ziff. 32; Klageantwort S. 8 Ziff. 18). Entscheidend für die Frage der Unterstellung unter den AVE GAV FAR ist somit, ob die Tätigkeiten, welche der Beklagten das Gepräge geben, unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fallen (vgl. E. 2.3.1 hiavor).

Ausgehend vom Schlussbericht der Unterstellungskontrolle vom 4. September 2015 (act. I 23) ist festzustellen, dass das Gepräge der Beklagten im Bereich Trockenmauern liegt. So hielt der Kontrolleur ergänzend zum Protokoll fest, die Natursteinarbeiten bildeten die Hauptarbeiten der Beklag-

ten, wobei vorwiegend freistehende Mauern, stützende und/oder tragende Mauern bearbeitet würden. Der Umfang von Sanierungs- und Restaurierungsarbeiten sei bedeutend grösser als neu erstellte Mauern. Die Gärtnerarbeiten würden wiederum durch die Natursteinarbeiten (Mauern und Beläge) dominiert (act. I 23 S. 1). Damit ist – auch mit Blick auf den jährlichen Umsatz (act. I 23 Beilage 1 ff.) – zunächst erstellt, dass die unter Art. 2 Abs. 4 lit. c AVE GAV FAR aufgeführten Pflasterarbeiten nicht betriebsprägend sind. Hieraus lässt sich somit keine Unterstellung der Beklagten unter den AVE GAV FAR ableiten.

3.3 Zu prüfen ist demnach, ob der Trockenmauerbau mit Natursteinen dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen ist und dementsprechend unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fällt (vgl. STEFAN KELLER, Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe, Diss. 2008, S. 366). Der Entscheid der Geschäftsstelle und des Ausschusses Rekurse der Klägerin vom 7. Juni 2016 (act. I 24) bzw. vom 1. Februar 2017 (act. I 31) vermögen diese zivilrechtliche Vorfrage nicht zu präjudizieren (vgl. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, S. 1433).

3.3.1 Ein Trockenmaurer arbeitet mit Natursteinen und kommt dabei ohne Mörtel aus. Verwendet werden dabei roh gespaltene Steine aus Steinbrüchen oder wie früher Steine aus Rufen, alten Mauern und dergleichen. Die Steine haben keine exakten geometrischen Formen, da sie möglichst wenig bearbeitet werden. Aussehen, Textur und Farbe der Trockenmauern sind stark abhängig von der Gesteinsart und dem Grad der Bearbeitung (vgl. <https://svtsm.ch/content/trockenmauern>). Der Beruf des Trockenmaurers unterscheidet sich damit deutlich vom zweifelsohne dem AVE GAV FAR unterstellten Maurerberuf (vgl. Art. 2 Abs. 5 lit. c AVE GAV FAR; vgl. Beilagen zur Klageantwort [act. IIA] 1). Dies zeigt sich auch darin, dass bei der Beklagten Quereinsteiger angestellt werden, welche angelernt werden, und bei welchen es sich nicht um Berufsleute gemäss LMV handelt (act. I 23 S. 7 Ziff. 10). Umgekehrt müssen auch ausgebildete Maurer, die im Trockenmauerbau tätig sein wollen, darin zunächst angelernt werden, auch wenn dies infolge der Grundausbildung schneller möglich ist, als bei Quereinsteigern (vgl. act. I 23 S. 8 Ziff. 11d). Dementsprechend geht die Argumentation der Klägerin, wonach es sich bei der Errichtung von Tro-

ckenmauern um eine anspruchsvolle Tätigkeit handle, die ohne Maurerwissen und -erfahrung nicht ausgeführt werden könne (Klage S. 11 Ziff. 27), fehl.

3.3.2 Gärtnereien fallen nicht in den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR. Garten- und Landschaftsbau wiederum ist eine Fachrichtung der Gärtner Tätigkeit, nicht des Baugewerbes. Gartenbaubetriebe sind daher grundsätzlich keine Betriebe des Baugewerbes. Zum Ausbildungs- und Tätigkeitsprofil des Gartenbauers (und damit des Gärtners) gehört auch der Bau von Wegen, Plätzen, Treppen sowie von Mauern aus Natursteinen und Elementen. Die Tätigkeiten des Gärtners/Gartenbauers einerseits und der Berufe des Bau- und Strassenbaugewerbes andererseits überschneiden sich damit teilweise. Massgebend für die Unterstellung eines Gartenbaubetriebs unter den GAV FAR ist, ob er prägend Arbeiten ausführt, die typischerweise von Betrieben des Baugewerbes ausgeübt werden (Bau von Mauern, Strassen, Pflästerungen) oder aber solche, die in den Bereich des Gartenbaus (mit Einschluss des Baus von Gartenwegen, typischen Gartenmauern und dergleichen) gehören (Entscheid des BGer vom 28. Januar 2010, 9C_614/2009, E. 2 mit Hinweisen). Die von der Beklagten erstellten Bauwerke mit Natursteinen (beispielhaft ersichtlich in act. I 37) unterscheiden sich von ihrer Art und Bauweise nicht von entsprechenden Bauwerken, die von Gartenbaubetrieben erstellt werden (vgl. Beispiele in act. IIA 4), weswegen die hiervor zitierte Rechtsprechung heranzuziehen ist. Wie vorstehend dargelegt (E. 3.3.1), kann das Handwerk des Trockenmaurers nicht mit dem ordentlichen Maurerberuf gleichgesetzt werden. Die von der Beklagten ausgeübte Tätigkeit mit Natursteinen wird dementsprechend auch nicht typischerweise von Betrieben des Baugewerbes ausgeübt. Vielmehr stellen die in den Akten dokumentierten Mauern mehrheitlich typische Gartenmauern dar (act. I 37), was gegen eine Unterstellung unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR spricht.

3.3.3 Die Klägerin macht geltend, gemäss Anhang 7 des LMV (Protokollvereinbarung zum betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 LMV) gehörten Maurerarbeiten jeglicher Art zum betrieblichen Geltungsbereich des LMV (Art. 2 Ziff. 19 Anhang 7 des LMV). Dies mache deutlich, dass jegliche Arten von Maurerarbeiten zum Bauhauptgewerbe und damit zum

GAV FAR zählten. Demnach seien auch die von der Beklagten ausgeführten Mauerarbeiten dem GAV FAR unterstellt (Klage S. 12 Ziff. 28). Diesbezüglich ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen, wonach der (betriebliche) Geltungsbereich des LMV nicht mit jenem des GAV FAR (und damit auch des AVE GAV FAR) übereinstimmt (BGE 142 III 758 S. 765 E. 4.4.3.1). Auf die Argumentation der Klägerin, soweit sie den LMV betrifft, ist daher nicht weiter einzugehen.

3.3.4 Massgebliches Kriterium für den betrieblichen Geltungsbereich ist die Branche, der ein Betrieb aufgrund seiner Tätigkeiten zuzuordnen ist. Nicht ausschlaggebend ist hingegen die Art und Weise, wie die Tätigkeiten ausgeführt werden resp. welche Hilfsmittel dabei eingesetzt werden. Das Argument der Klägerin, der Trockenmaueraufbau sei aufgrund der körperlichen Anstrengung, der nötigen Fähigkeit und der verwendeten Werkzeuge mit den steinverarbeitenden Berufen wie Steinhauer, Steinmetz, Steinwerk und Pflästerer vergleichbar (Klage S. 11 Ziff. 27), kann daher schliesslich auch nicht als Indiz für die betriebliche Unterstellung unter den AVE GAV FAR dienen (vgl. Entscheid des BGer vom 7. Dezember 2012, 9C_374/2012, E. 2.6.1).

3.3.5 Schliesslich spricht auch die Einreihung des Betriebs durch die Schweizerische Unfallversicherung, welche die Beklagte in die Klasse 41A, Unterklasse A4W (Strassenoberbau, Belagsbau) und damit nicht beim Bauhauptgewerbe (A0) eingereiht hat (act. IIA 23 S. 7 Ziff. 6; IIA 5), gegen eine Unterstellung der Beklagten unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR.

3.4 Nach dem Dargelegten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429) erstellt, dass die Beklagte im Rahmen der ihr Gepräge bildenden Tätigkeiten nicht in den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fällt. Dementsprechend ist die Klage vom 28. März 2019 abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 73 Abs. 2 BVG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens steht der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beklagten ein Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 109 Abs. 1 VRPG). 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. Gemäss 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 zufolge 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.

Die Beklagte wird durch Rechtsanwalt B._____ vertreten. Dieser macht mit Kostennote vom 16. Juli 2020 einen Aufwand von 30.84 Stunden sowie Auslagen von Fr. 271.10 geltend. Darin eingeschlossen sind Leistungen, welche bereits vor dem Zeitraum des Klageverfahrens erbracht worden sind. Die Kostennote ist um die entsprechenden Positionen zu kürzen. Dies ergibt einen Aufwand für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht von 24.29 Stunden (ab 20. April 2019). Entsprechend wird die Parteientschädigung auf Fr. 7'287.-- (24.29 Stunden à Fr. 300.--) zuzüglich Auslagen von Fr. 237.50 (ab 25. April 2019) und 7.7 % Mehrwertsteuer im Betrag von Fr. 579.40, somit auf total Fr. 8'103.90, festgesetzt. Diesen Betrag hat die Klägerin der Beklagten zu ersetzen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR) hat der Beklagten die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 8'103.90 (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR)
 - Rechtsanwalt und Notar B. _____ z.H. der Beklagte
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

Zur Kenntnis:

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

Die Kammerpräsidentin:

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.