

200 21 194 BV und
200 21 314 BV (2)
SCI/SAW/WSI

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 11. Januar 2022

Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiberin Baumann

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

Klägerin und Widerbeklagte

gegen

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Beklagte und Widerklägerin

betreffend Klage vom 5. März 2021 und Widerklage vom 30. April 2021



Sachverhalt:

A.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die GBI Gewerkschaft Bau & Industrie (heute: Gewerkschaft Unia) sowie die Gewerkschaft SYNA schlossen am 12. November 2002 einen Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR), mit dessen Vollzug die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend Stiftung FAR bzw. Klägerin/Widerbeklagte) betraut ist (Art. 23 Abs. 1 GAV FAR; Akten der Stiftung FAR [act. I] 1 f.). Mit Bundesratsbeschluss (BRB) vom 5. Juni 2003 (BBI 2003 4039, act. I 2b) wurde der GAV FAR erstmals teilweise für allgemeinverbindlich erklärt. Dieser Beschluss trat am 1. Juli 2003 in Kraft. 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. _____ AG (nachfolgend Beklagte/Widerklägerin) bezweckt laut Handelsregistereintrag (act. I 4) die Suche, Selektion, Beratung und Schulung von Personal, die Zurverfügungstellung von Personal für Fest-, Temporär- und Teilzeitstellen, die Übernahme und das Management des Personals auf Antrag und die Lohnverwaltung sowie alle Arbeiten, die mit Outsourcing-Verträgen in Verbindung stehen.

Nach einer Arbeitgeberkontrolle vom 9. Januar 2018 (act. I 5) bei der A. _____ AG betreffend die Beitragsjahre 2013 bis 2016, bei welcher sich Differenzen zwischen den gemeldeten und den tatsächlichen Lohnsummen zeigten, forderte die Stiftung FAR am 9. Februar 2018 von der A. _____ AG die Nachzahlung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbei-

träge aus den nicht gemeldeten Lohnsummen (Akten der Stiftung FAR [act. IA 16]). Damit war die A._____ AG nicht einverstanden und machte mit Einsprache vom 22. Februar 2018 (act. I 8) geltend, für diverse Mitarbeiter habe keine FAR-Beitragspflicht bestanden. Dies weil die entsprechenden Einsatzbetriebe nicht dem betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR unterständen oder die Mitarbeiter vom persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR ausgenommen seien. Mit Entscheid vom 7. Mai 2019 (act. I 9) hielt die Stiftung FAR an der Beitragsnachforderung fest und bestätigte diese – nachdem die A._____ AG nochmals Einwände erhoben hatte (act. I 10) – mit Entscheid vom 28. Mai 2019 (act. I 11).

Am 17. Januar 2020 leitete die Stiftung FAR gegen die A._____ AG die Betreuung ein (act. I 12). Gegen den Zahlungsbefehl der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____, vom 21. Januar 2020 erhob die A._____ AG am 28. Januar 2020 Rechtsvorschlag (Akten der A._____ AG [act. IIA] 7).

C.

Mit Eingabe vom 5. März 2021 (Postaufgabe 8. März 2021) erhob die Stiftung FAR Klage gegen die A._____ AG. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren:

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Beiträge zu bezahlen:

- CHF 1'701.10 für die Zeit vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2013 nebst 5% Zins ab 1. Januar 2014.
- CHF 6'907.05 für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2014 nebst 5% Zins ab 1. Januar 2015.
- CHF 5'191.85 für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015 nebst 5% Zins ab 1. Januar 2016.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Die Beklagte, vertreten durch Rechtsanwältin B._____, beantragt mit Klageantwort und Widerklage vom 30. April 2021 das Folgende:

1. Die Klage sei in allen Punkten vollumfänglich abzuweisen.

2. Es sei festzustellen, dass die beim Betreibungsamt C. _____ erhobene Betreuung Nr. ... nichtig ist.
3. Eventualiter sei die Klägerin unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe mit Busse gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) zu verpflichten, die Betreuung Nr. ... beim Betreibungsamt C. _____ zurückzuziehen und umgehende Löschung zu beantragen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Am 16. August 2021 bestätigt die Klägerin im Rahmen einer Replik und Widerklageantwort ihren Antrag und schliesst zusätzlich auf vollumfängliche Abweisung der Widerklage.

Die Beklagte reichte am 30. September 2021 Schlussbemerkungen ein.

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 (vgl. Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 17. Oktober 2016, 9C_392/2016, E. 3.1), womit die Zuständigkeit nach Art. 73 BVG in persönlicher Hinsicht gegeben ist (vgl. E. 1.1.1 vorne). Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen, wodurch die Streitigkeit auch sachlich in die Zuständigkeit des Gerichts nach Art. 73 BVG fällt.

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 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechts-

pflege [VRPG; BSG 155.21]) Klage beim örtlich zuständigen Gericht eingereicht wurde.

1.1.3 Damit ist das angerufene Gericht zur Beurteilung der mit Klage vom 5. März 2021 geltend gemachten berufsvorsorgerechtlichen Ansprüche als einzige kantonale Instanz sachlich, funktionell und örtlich zuständig (Art. 73 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 87 lit. c VRPG 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]). Auf die Klage vom 5. März 2021 ist demnach 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, und allenfalls, soweit zulässig, der Widerklage. 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).

1.2.1 Streitig und zu prüfen ist die von der Klägerin geltend gemachte Beitragsforderung in der Höhe von insgesamt Fr. 13'800.-- für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2015 nebst Verzugszins zu 5% (vgl. Klage S. 2).

1.2.2 Die Beklagte beantragt ihrerseits, es sei festzustellen, dass die beim Betreibungsamt C._____ erhobene Betreibung Nr. ... nichtig sei, eventualiter sei die Klägerin unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe mit Busse gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, die Betreibung Nr. ... beim Betreibungsamt C._____ zurückzuziehen und umgehende Löschung zu beantragen (vgl. Klageantwort/Widerklage S. 2).

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). Beim für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht kann Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 14 Abs. 1 ZPO). 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).

Ob die genannten Prozessvoraussetzungen für die Widerklage erfüllt sind, insbesondere ob ein Entscheid über das Beantragte überhaupt in die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts fällt, ist fraglich. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen gelassen werden, da die Widerklage – wäre das Gericht zuständig und könnte es auf die Widerklage eintreten – ohnehin abzuweisen wäre.

1.3 Der Streitwert liegt unter Fr. 20'000.-- (vgl. E. 1.2.1 hiervor), weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 GSOG; vgl. auch Art. 94 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1 Die Geltung des GAV FAR ergibt sich direkt aus dem GAV FAR oder aus der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR (nachfolgend AVE GAV FAR). Für die 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. Die Geltung des GAV FAR kann sich für sie damit nur aus der AVE GAV FAR bzw. einer anderweitigen spezialgesetzlichen Regelung ergeben. Eine solche liegt mit Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11) vor. Wo Arbeitnehmer in einen Einsatzbetrieb vermittelt werden, der einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht, der den flexiblen Altersrücktritt regelt, muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer diese Regelungen einhalten.

Eine solche Konstellation liegt hier nach Auffassung der Klägerin vor. Die Beklagte stellt die rechtliche Ausgangslage im Grundsatz nicht in Frage, macht jedoch zusammengefasst geltend, die ihre Arbeitnehmer empfangenden Unternehmen seien für diese dem GAV FAR nicht unterstellt, weshalb sie für die hier zur Diskussion stehenden Mitarbeitenden selbst nicht beitragspflichtig sei.

2.2 Art. 2 GAV FAR normiert den betrieblichen Geltungsbereich. Er gilt nach dessen Abs. 1 für alle inländischen und ausländischen in der Schweiz

tätigen Betriebe bzw. für deren Betriebsteile sowie für Subunternehmer und selbstständige Akkordanten, die Arbeitnehmer beschäftigen, welche gewerblich tätig sind. Die – hier nicht relevanten – Ausnahmen des betrieblichen Geltungsbereichs sind in Art. 2 Abs. 2 GAV FAR festgehalten. Ferner statuiert Art. 2 Abs. 3 GAV FAR unter anderem, dass Betriebe, die unter den Geltungsbereich einer früheren Fassung dieses GAV fielen, sich mit Zustimmung der Vertragsparteien dem GAV FAR durch schriftliche Vereinbarung anschliessen können, wenn die Eintrittsbeiträge gemäss Art. 28 GAV FAR sowie sämtliche seit dem Inkrafttreten dieses Vertrages oder der Betriebsaufnahme geschuldete Beträge nachbezahlt werden.

Der betriebliche Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen ist in Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR festgehalten.

2.3 Art. 3 GAV FAR regelt den persönlichen Geltungsbereich. Nach dessen Abs. 1 gilt der GAV FAR für Arbeitnehmer (unabhängig ihrer Entlohnungsart und ihres Anstellungsortes), welche auf Baustellen und in Hilfsbetrieben der Baubetriebe nach Art. 2 tätig sind. Ausgenommen ist das leitende Personal, das technische und kaufmännische Personal sowie das Kantinen- und Reinigungspersonal eines unterstellten Betriebes (Art. 3 Abs. 3 GAV FAR).

Der persönliche Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen ist in Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR geregelt.

2.4 Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt ein Gesamtarbeitsvertrag für den ganzen Betrieb und damit 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 (sog. gemischte Betriebe bzw. Mischbetriebe [BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1 S. 665; vgl. dazu STEFAN KELLER, Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe, Diss. 2008, S. 365 f.]). 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). Nicht massgebend ist der Handelsregistereintrag oder die Art und Weise, wie die Tätigkeiten ausgeführt resp. welche Hilfsmittel dabei eingesetzt werden (BGE 142 III 758 E. 2.2 S. 760).

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). Sind diese Voraussetzungen gegeben, liegt ein echter Mischbetrieb vor – im Unterschied zum unechten Mischbetrieb, der über keine selbstständige organisatorische Einheit verfügt (vgl. JÜRGEN BRÜHWILER, Unterstellung von Aussenseiter-Mischbetrieben unter allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge, in ARV 2016 S. 70).

2.5 Die FAR-Beiträge richten sich nach dem massgeblichen Lohn. Massgeblicher Lohn ist der AHV-pflichtige Lohn der unterstellten Arbeitnehmer bis zum UVG-Maximum. Der Arbeitgeber hat der Stiftung FAR jeweils bis spätestens am 31. Januar eine namentliche Lohnbescheinigung der dem GAV FAR unterstellten Personen (inkl. deren AHV-Nummer) für das vergangene Kalenderjahr abzuliefern (Art. 8 Abs. 4 GAV FAR; Art. 1 AVE GAV FAR i.V.m. Art. 8 Abs. 4 GAV FAR; Art. 6 Reglement FAR, act. I 2).

3.

3.1 Die Beklagte betreibt einen Personalverleih- bzw. einen Personalvermittlungsbetrieb (vgl. Handelsregisterauszug, act. I 4) und hat gestützt auf Art. 20 Abs. 3 AVG FAR-Beiträge abzurechnen, wenn sie Arbeitnehmer an Einsatzbetriebe verleiht, welche dem GAV FAR resp. der AVE GAV FAR unterstellt sind (vgl. E. 2.1 hiervor). Dies ist unter den Parteien im Grundsatz auch unbestritten.

Mit Klage vom 5. März 2021 macht die Klägerin für die Jahre 2013, 2014 und 2015 (zusätzliche) Lohnbeiträge in der Höhe von Fr. 1'701.10, Fr. 6'907.05 und Fr. 5'191.85, insgesamt Fr. 13'800.--, nebst Verzugszins geltend. Zur Begründung legte sie dar, anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle bei der Beklagten am 9. Januar 2018 seien Differenzen zwischen den der Stiftung FAR gemeldeten und den tatsächlichen Lohnsummen festgestellt worden. Diese Differenzen stammten aus dem Verleih von Personal in die Einsatzbetriebe D. _____ AG, E. _____ AG und F. _____ GmbH (Klage S. 4 Ziff. 7). Die Beklagte erhebt dagegen zunächst die Verjährungseinrede betreffend die Jahre 2013 und 2014 (Klageantwort S. 5 ff. Rz. 16 ff. und S. 12 Rz. 49) und führt zusätzlich aus, bei der E. _____ AG handle es sich um einen echten Mischbetrieb mit den Betriebsteilen „Bauhauptgewerbe“ und „Holzbau/Zimmerei“. Die Mitarbeiter, welche sie an die E. _____ AG verliehen habe (mit Ausnahme einer Person), seien im Betriebsteil „Holzbau/Zimmerei“ eingesetzt worden, der nicht in den Geltungsbereich des GAV FAR falle (Klageantwort S. 9 f. Rz. 35 ff.). Bei der F. _____ GmbH handle es sich ebenfalls um einen echten Mischbetrieb mit den Betriebsteilen „Bauhauptgewerbe“ und „Gartenbau“. Die an die F. _____ GmbH verliehenen Mitarbeiter seien alle im Betriebsteil „Gartenbau“ eingesetzt worden und unterständen demnach nicht dem GAV FAR (Klageantwort S. 11 Rz. 43 f.). Bezüglich der D. _____ AG anerkennt die Beklagte grundsätzlich die FAR-Abrechnungspflicht und die Nachforderung (Klageantwort S. 12 Rz. 45).

3.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die hier zur Diskussion stehenden Einsatzbetriebe u.a. auch in den vorliegend relevanten Jahren für ihre direkt angestellten Mitarbeitenden fortlaufend Beiträge abgerechnet haben

(vgl. act. IIA 20 ff.). Es liegen für diese Unternehmen zudem wie folgt förmliche FAR-Unterstellungsentscheide vor:

3.2.1 Hinsichtlich der D. _____ AG stellte die Geschäftsstelle Stiftung FAR mit Entscheid vom 7. Mai 2019 (act. I 13) fest, diese falle unter den räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR. Für die unter den persönlichen Geltungsbereich fallenden Mitarbeiter sei die D. _____ AG seit dem 1. Juli 2003 FAR-beitragspflichtig.

3.2.2 Hinsichtlich der F. _____ GmbH hielt die Geschäftsstelle Stiftung FAR mit Entscheid vom 1. Juni 2015 (act. I 15) fest, dass es sich um einen unechten Mischbetrieb, der unter den räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR falle, handle. Für die unter den persönlichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR fallenden Mitarbeiter sei die F. _____ GmbH seit dem 2. Juni 2014 beitragspflichtig.

3.2.3 Hinsichtlich der E. _____ AG entschied die Geschäftsstelle Stiftung FAR mit Entscheid vom 25. Februar 2019 (act. I 14), dass diese unter den räumlichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR (zufolge SBV-Mitgliedschaft richtig GAV FAR; vgl. act. I 9 S. 2 und 11 S. 2 f.) und – als echter Mischbetrieb – mit ihrem Betriebsteil „Bauhauptgewerbe“ unter den betrieblichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR (richtig GAV FAR) falle. Mit dem Betriebsteil „Holzbau/Zimmerei“ sei sie ab dem 1. Juli 2019 nicht mehr der AVE GAV FAR (richtig GAV FAR) unterstellt. Daraus folge, dass die E. _____ AG für unter den persönlichen Geltungsbereich fallende Mitarbeiter des Betriebsteils „Bauhauptgewerbe“ seit dem 28. Juni 2010 FAR-beitragspflichtig sei. Für Mitarbeiter des Betriebsteils „Holzbau/Zimmerei“, welche dem persönlichen Geltungsbereich entsprächen, sei die E. _____ AG vom 28. Juni 2010 bis am 30. Juni 2019 beitragspflichtig. Die Unterstellung unter den GAV FAR ergab sich für das gesamte Unternehmen ab dem 28. Juni 2010 (Eintrag im Handelsregister) zunächst aufgrund der Mitgliedschaft beim SBV (act. I 14 S. 1). Per 1. Januar 2014 wurde die Tätigkeit „Zimmerei“ aus dem betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR gestrichen (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c GAV FAR; Zusatzvereinbarung VIII zum GAV FAR vom 7. Oktober 2013, in Kraft seit 1. Januar 2014). Die E. _____ AG bezahlte jedoch auch weiterhin die FAR-Beiträge für sämtliche Mitarbeiter (mit Ausnahme des leitenden und kaufmännischen Perso-

nals), insbesondere auch für die Mitarbeiter des Betriebsteils „Holzbau/Zimmerei“. Durch dieses konkludente Verhalten wurde die Versicherung – wie die Klägerin zutreffend dargelegt hat (Replik S. 13 Rz. 49) – nach Art. 2 Abs. 3 GAV FAR ab dem 1. Januar 2014 stillschweigend und freiwillig (vgl. ergänzend Entscheid des BGer vom 9. März 2017, 9C_454/2016, E. 6.3.2) fortgesetzt. Erst im Dezember 2018 kündigte die E._____ AG die Unterstellung des Betriebsteils „Holzbau/Zimmerei“ per 30. Juni 2019. Soweit die Beklagte geltend macht, die E._____ AG habe die FAR-Beiträge für den Betriebsteil „Holzbau/Zimmerei“ irrtümlicherweise bezahlt und es bedürfe keiner Kündigung, wenn ein selbstständiger Betriebsteil aus dem Geltungsbereich des GAV FAR herausfalle (vgl. Klageantwort S. 10 Rz. 40 f.; Schlussbemerkungen S. 8 f. Rz. 35 ff.), kann ihr nicht gefolgt werden. Mit der Zusatzvereinbarung VIII zum GAV FAR vom 7. Oktober 2013, die am 1. Januar 2014 in Kraft getreten war, wurde im neu aufgenommenen Art. 28 Abs. 5 GAV FAR unter der Überschrift "Austritt von Betrieben und Betriebsteilen" festgelegt, dass Betriebe und Betriebsteile, die aufgrund von Änderungen des Geltungsbereichs dieses Vertrages oder seiner Allgemeinverbindlicherklärung aus dem Geltungsbereich ausscheiden, die Beitragspflicht und die anrechenbare Zeit gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. c GAV FAR weitergilt, bis die Beendigung der Unterstellung durch Kündigung erfolgt (vgl. BGer 9C_454/2016, E. 6.3.1). Ein (automatischer) Austritt des Betriebsteils „Holzbau/Zimmerei“ aus dem GAV FAR war somit nicht erfolgt, weshalb die Mitarbeiter des Betriebsteils „Holzbau/Zimmerei“ bis zur Kündigung per 30. Juni 2019 durch das Unternehmen (act. IIA 23) dem GAV FAR unterstellt waren bzw. blieben und die Beitragspflicht erst mit dem Austritt per 1. Juli 2019 endete.

3.3 Die drei Unternehmen haben für die direkt angestellten Mitarbeiter in allen Jahren die FAR-pflichtigen Löhne stets regelmässig gemeldet sowie die daraus resultierenden Vorsorgebeiträge anstandslos bezahlt. Die später förmlich erlassenen (rückwirkenden) Unterstellungsentscheide (act. I 13 ff.) haben die F._____ GmbH, die E._____ AG und die D._____ AG akzeptiert (vgl. Klage S. 7; Replik S. 12 Rz. 45, S. 14 Rz. 53, S. 15 Rz. 55). Ob die Unternehmen bereits früher förmliche Entscheide erhalten bzw. auch nur verlangt hatten, spielt keine Rolle, haben sie mit der jährlichen Beitragszahlung ihre Unterstellung doch stets (implizit) anerkannt

und macht die Beklagte zu Recht nicht geltend, ihr sei von der Klägerin oder auch einem der Unternehmen (tatsachenwidrig) eine Nichtunterstellung bestätigt worden. Aus dem Dargelegten folgt deshalb, dass die D._____ AG und die E._____ AG für die hier zur Diskussion stehenden Beitragsjahre 2013 bis 2015 und die F._____ GmbH ab dem 2. Juni 2014 von diesen unbestritten vollumfänglich dem GAV FAR resp. der AVE GAV FAR unterstellt waren. Dies muss sich die Beklagte kraft Art. 20 Abs. 3 AVG entgegenhalten lassen. Sollen durch die (bundesrätliche) Allgemeinverbindlicherklärung die Arbeitsbedingungen der bei Aussenseitern angestellten Arbeitnehmern gesichert, die Sozial- und Arbeitsbedingungen als Faktor des Konkurrenzkampfs ausgeschlossen und soll dem Gesamtarbeitsvertrag zu grösser Durchsetzungskraft verholfen werden (BGE 141 V 657 E. 4.4 S. 664), so muss dies umso mehr auch für die vom Parlament mit Art. 20 AVG auf Gesetzesstufe auf Unternehmen wie die Beklagte ausgedehnte Wirksamkeit von Gesamtarbeitsverträgen gelten.

Aufgrund des Prinzips der Tarifeinheit (vgl. E. 2.4 hiavor) gilt ein Gesamtarbeitsvertrag für den ganzen Betrieb. Aus eigenem Recht geltend machen könnte die Beklagte, konkrete Mitarbeitende, welche von ihr den Unternehmen vermittelt wurden, seien in ihrer Stellung innerhalb des Unternehmens bzw. eines Unternehmensteils und damit aufgrund des persönlichen Geltungsbereichs des GAV FAR resp. der AVE GAV FAR nicht beitragspflichtig. Es liegen jedoch keine Anzeichen vor, dass es soweit die hier zur Diskussion stehenden Beiträge betreffend am persönlichen Geltungsbereich mangeln könnte. Folglich besteht keine Grundlage, einzelne oder mehrere von der Klägerin in die Beitragsrechnung einbezogene, von der Beklagten an die drei Einsatzbetriebe vermittelte Personen aus der Beitragsrechnung auszuschneiden, mithin hat die Beklagte für die an die drei Einsatzbetriebe D._____ AG, E._____ AG und F._____ GmbH vermittelten Personen FAR-Beiträge zu bezahlen.

4.

4.1 Der Arbeitgeber schuldet der Stiftung FAR die gesamten Beiträge von Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 9 Abs. 1 GAV FAR). Der Beitrag der Arbeitnehmer betrug bis zum 30. Juni 2016 1% und derjenige des Arbeitgebers 4% des massgeblichen Lohnes (Art. 8 Abs. 1 GAV FAR [in der bis 30. Juni 2016 geltenden Fassung]; act. I 2b, Beilage).

4.2 Ausgangslage für die Berechnung der vorliegend umstrittenen Beitragsforderung bilden die Lohnsummenmeldungen der Beklagten für die Jahre 2013 bis 2015 (act. I 6; act. IA 17 f.) und der Bericht der Arbeitgeberkontrolle vom 9. Januar 2018 (act. I 5) samt den Angaben zu den detaillierten Lohndifferenzen (act. I 7). Gestützt darauf ergeben sich die folgenden Beiträge:

Jahr	Lohnsummendifferenz	Beitragssatz	Beitrag
2013	Fr. 34'022.00	5%	Fr. 1'701.10
2014	Fr. 138'141.00	5%	Fr. 6'907.05
2015	Fr. 103'837.00	5%	Fr. 5'191.85
Total			Fr. 13'800.00

4.3 Die Berechnung der Beitragsnachforderung der Klägerin wird von der Beklagten nicht beanstandet und es bestehen keine Anhaltspunkte für Fehler. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin Beiträge in der Höhe von Fr. 1'701.10 für das Jahr 2013, Fr. 6'907.05 für das Jahr 2014 und Fr. 5'191.85 für das Jahr 2015, insgesamt Fr. 13'800.--, zu bezahlen. Soweit die Beklagte für die Beitragsjahre 2013 und 2014 die Verjährungseinrede geltend macht (vgl. Klageantwort/Widerklage, S. 5 ff. Rz. 15 ff.; Schlussbemerkungen S. 2 ff. Rz. 3 ff.), kann ihr nicht gefolgt werden.

4.3.1 Gemäss Art. 41 Abs. 2 BVG verjähren Forderungen auf periodische Beiträge und Leistungen nach fünf, andere nach zehn Jahren. Die Art. 129 bis 142 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) sind anwendbar. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR). Nach Art. 66 Abs. 4 BVG hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge bis spätestens zum Ende des ersten Monats nach dem Kalender- oder Versicherungsjahr, für das die Beiträge

geschuldet sind, an die Vorsorgeeinrichtung zu überweisen. Die Beiträge können während längstens 10 Jahren (absolute Verjährung) verlangt werden (BGE 136 V 73 E. 2.2 und 3.1 S. 75). Entgegen der Auffassung der Beklagten (vgl. Schlussbemerkungen S. 4 Rz. 10) gelten diese Verjährungsregelungen auch für die Beiträge an die Klägerin (vgl. BGer 9C_392/2016, E. 3.2 und 4).

4.3.2 Grundsätzlich kann auch eine dem Gläubiger unbekanntes Forderung fällig werden (BGE 136 V 73 E. 4.1 S. 78 mit Hinweisen). In Abweichung von dieser Regel erfolgt bei qualifizierter Meldepflichtverletzung im Sinne einer unentschulderten Unterlassung des Schuldners ein Aufschub der Fälligkeit der einzelnen periodischen Beitragsforderung bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Beitragsgläubigerin davon anrechenbare Kenntnis erlangt (BGE 136 V 73 E. 4.2 S. 79 f.; BGer 9C_392/2016, E. 3.2.2). Unter diesen Umständen beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist erst mit der (zumutbaren resp. anrechenbaren) Kenntnis der Stiftung von ihrer Beitragsforderung gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber zu laufen (BGE 138 V 32 E. 4.1 S. 39 mit Hinweisen; BGer 9C_392/2016, E. 3.2.2).

4.3.3 Die Beklagte hat als Personalvermittlerin die konkreten Beitragspflichten der Einsatzbetriebe zu beachten (vgl. Art. 20 Abs. 3 AVG; E. 2.1 hiervor) und ist zur Erhebung und Ablieferung der eigenen FAR-Beiträge verpflichtet. Meldet sich ein dem GAV FAR unterstellter Arbeitgeber nicht selber bei der Stiftung FAR an, ist von einer grobfahrlässigen Verletzung der sich unmittelbar aus einem allgemeinverbindlichen Vertrag mit Gesetzescharakter ergebenden Verpflichtung zur Anmeldung und Bezahlung von Beiträgen an die Stiftung FAR auszugehen (BGE 138 V 32 E. 4.1 S. 39). Hätte die Beklagte betreffend die hier zur Diskussion stehenden Unternehmen die gebotenen Abklärungen vorgenommen, wäre ihr ohne Weiteres klar geworden, dass sie für die an die drei genannten Einsatzbetriebe vermittelten Personen abgabeverpflichtet ist. Denn wie dargelegt, kamen die Betriebe für die direkt angestellten Mitarbeiter ihren Verpflichtungen stets rechtzeitig nach. Selbst wenn sie gestützt auf solche Abklärungen, hätte sie solche getätigt, noch (unberechtigte) Zweifel an ihrer eigenen Beitragspflicht gehabt hätte, hätte sie selbst dann nicht stillschweigend darüber hinweggehen können, sondern die Fragen mit der Klägerin klären müssen.

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte in guten Treuen davon hätte ausgehen dürfen, für die vermittelten Personen liege keine Versicherungspflicht vor, bestehen – unter Berücksichtigung der hier klaren Verhältnisse – nicht. Die heute geäusserten Vorbehalte (vgl. Klageantwort S. 8 ff. Rz. 34 ff.) hätte die Beklagte vor dem Personalverleih mit den jeweiligen Einsatzbetrieben oder der Klägerin besprechen müssen. Dass sie ihrer Beitragspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen ist bzw. die notwendigen Abklärungen in unentschuldbarer Weise unterlassen und die entsprechenden Meldungen nicht vorgenommen hat, stellt ein treuwidriges Verhalten im Sinne einer qualifizierten Meldepflichtverletzung dar (vgl. BGE 136 V 73 E. 4.2 S. 79 f.). Unter diesen Umständen begann die fünfjährige Verjährungsfrist somit erst mit der (zumutbaren resp. anrechenbaren) Kenntnis der Stiftung FAR von ihrer Beitragsforderung zu laufen. Die Klägerin liess am 9. Januar 2018 eine Arbeitgeberkontrolle durchführen (act. I 5). Mit dieser Arbeitgeberkontrolle erlangte sie Kenntnis über die Beitragsnachforderung, womit in diesem Zeitpunkt die fünfjährige Verjährungsfrist zu laufen begann. Die relative Verjährung ist somit noch nicht eingetreten. Auch mit Blick auf die absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren sind die Beitragsforderungen der Jahre 2013 bis 2015 offensichtlich noch nicht verjährt.

4.4 Der Arbeitgeber hat vierteljährlich Akontozahlungen abzuliefern, fällig 30 Tage nach der Rechnungsstellung, spätestens jedoch per Quartalsende (Art. 9 Abs. 2 GAV FAR). Die Stiftung stellt einen Verzugszins von 5% ab Fälligkeit in Rechnung (Art. 9 Abs. 3 GAV FAR). Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage eine Verzinsung der gesamten Jahresbeiträge jeweils ab Beginn des Folgejahres, was nicht zu beanstanden ist und von der Beklagten denn auch im Grundsatz anerkannt wird (vgl. Schlussbemerkungen S. 3 Rz. 7).

5.

5.1 Nach dem Dargelegten ist die Klage gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Vorsorgebeiträge in der Höhe von Fr. 1'701.10 für das Jahr 2013 nebst Zins zu 5% ab 1. Januar 2014, Fr. 6'907.05 für das

Jahr 2014 nebst Zins zu 5% ab 1. Januar 2015 und Fr. 5'191.85 für das Jahr 2015 nebst Zins zu 5% ab 1. Januar 2016 zu bezahlen.

5.2 Bei diesem Verfahrensausgang ist das widerklageweise geltend Gemachte (vgl. E. 1.2.2 hiervor) offensichtlich unbegründet und die Widerklage ohne weiteres abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

6.

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

6.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht für die unterliegende Beklagte (Art. 109 Abs. 1 VRPG [Umkehrschluss]) kein Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Klägerin als obsiegender Sozialversicherungsträger hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 126 V 143 E. 4b S. 150).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Klage wird gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Vorsorgebeiträge in der Höhe von Fr. 1'701.10 für das Jahr 2013 nebst Zins zu 5% ab 1. Januar 2014, Fr. 6'907.05 für das Jahr 2014 nebst Zins zu 5% ab 1. Januar 2015 und Fr. 5'191.85 für das Jahr 2015 nebst Zins zu 5% ab 1. Januar 2016 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Zu eröffnen (R):

- Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR)
- Rechtsanwältin B. _____ z.H. der Beklagten
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Zur Kenntnis:

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

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

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.