

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 55

Urteil vom 15. Dezember 2021

Besetzung

lic.iur. Achilles Humbel, Präsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
lic.iur. Anna Maria Rüesch, Gerichtsschreiberin

Parteien

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

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. C. _____,

Gegenstand

Berufliche Vorsorge (Konventionalstrafe; Kontroll- und Verfahrenskosten)

Sachverhalt:

A. Die B._____ GmbH, welche u.a. bauliche Arbeiten aller Art insbesondere Armierungen und Schalungen bezweckt, wurde am 29. September 2017 ins Handelsregister des Kantons Schwyz eingetragen, wobei D._____ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift figuriert (vgl. KB-act. 4b; Klageantwort vom 18.8.2021 S. 3 Ziff. 8).

B. Nachdem die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend: FAR) Abklärungen getroffen hatte, stellte sie mit Entscheid vom 26. September 2018 fest, dass die B._____ GmbH (nachfolgend: B._____) unter den betrieblichen Geltungsbereich des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (BRB AVE GAV FAR) falle und damit seit dem 29. September 2017 FAR-beitragspflichtig sei. Gleichzeitig wies sie darauf hin, dass sie die in diesem Zusammenhang erforderlichen Selbstdeklarationsformulare der B._____ nicht erhalten habe (vgl. KB-act. 12/17/19/21).

C. Am 17. Februar 2020 informierte die FAR die B._____ unter Gewährung des rechtlichen Gehörs, dass - mit Bezugnahme auf die Arbeitgeberkontrolle vom 4. Dezember 2019 - eine Abweichung festgestellt worden sei, welche eine Sanktion gegenüber der B._____ vorsehe (vgl. KB-act. 6). Nachdem sich die B._____ hierzu nicht vernehmen liess, sprach die FAR gegenüber der B._____ mit Entscheid vom 2. bzw. 8. April 2020 eine Konventionalstrafe im Betrag von Fr. 10'788.10 aus; zudem verpflichtete sie die B._____ zur Übernahme der Kontrollkosten von Fr. 514.70 sowie der Verfahrenskosten von Fr. 500.-- (vgl. KB-act. 7). Mit Schreiben vom 26. April 2020 äusserte sich D._____ als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer der B._____ dahingehend, er habe gesundheitliche Probleme und könne in der Covid-Zeit als Risikopatient die ihm auferlegte Busse nicht bezahlen bzw. dies würde für das Unternehmen die Schliessung bedeuten (vgl. KB-act. 8). Mit E-Mail vom 18. Mai 2020 hielt die FAR an ihrem Entscheid bezüglich der Konventionalstrafe sowie den Kontroll- sowie Verfahrenskosten im Gesamtbetrag von Fr. 11'802.80 fest, wozu sich D._____ noch gleichentags per E-Mail äusserte (vgl. KB-act. 8).

D. Mit Schreiben vom 29. April 2020 stellte die FAR gegenüber der B._____ - bezogen auf ihren am gleichen Tag ergangenen Entscheid - die Rechnung im Zusammenhang mit der Konventionalstrafe sowie den Kontroll- und Verfahrenskosten im Gesamtbetrag von Fr. 11'802.75 (vgl. KB-act. 9). Per 15. September 2020 leitete die FAR diesbezüglich die Betreibung gegen die

B._____ ein, welche am 21. September 2020 Rechtsvorschlag erhob (vgl. KB-act. 10/11).

E. Mit Eingabe vom 4. Mai 2021 erhob die FAR gegen die B._____ Klage mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Konventionalstrafe von CHF 10'788.10, Kontrollkosten von CHF 514.70 und interne Verfahrenskosten von CHF 500.-- zu bezahlen.
2. Es sei der in der Betreuung Nr. E._____ des Betreibungsamtes F._____ erhobene Rechtsvorschlag aufzuheben und definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

F. Mit Klageantwort vom 18. August 2021 liess die Beklagte die Abweisung der Klage beantragen, soweit darauf einzutreten ist, unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin. Am 19. Oktober 2021 forderte das Verwaltungsgericht die Klägerin auf, die lediglich auszugsweise eingereichten Sanktionsrichtlinien (vgl. KB-act. 14/20/22) vollständig einzureichen. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2021 reichte die Klägerin diese nach.

G. Mit Replik vom 8. November 2021 hält die Klägerin an ihren Anträgen gemäss der Klageschrift vom 4. Mai 2021 fest. Ebenso hält die Beklagte mit Eingabe vom 15. November 2021 duplizierend an den mit der Klageantwort vom 18. August 2021 gestellten Anträgen vollumfänglich fest.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311) vom 28. September 1956 kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung [AVE]) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind.

1.1.2 Mit Bundesratsbeschluss (BRB) über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR (AVE GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (vgl. KB-act. 3) wurden unter anderem die Bestimmungen zur Finanzierung (Art. 7-9 GAV FAR), zum Vollzug (Art. 23 GAV FAR), zu Sanktionen bei Vertragsverletzung (Art. 25 GAV FAR) sowie die Übergangsbestimmungen (Art. 28 GAV FAR) für die ganze Schweiz (mit

Ausnahme des Gebiets des Kantons Wallis; Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 BRB-GAV FAR) allgemeinverbindlich erklärt. Der BRB trat am 1. Juli 2003 in Kraft und wurde seither mehrfach verlängert, letztmals am 14. Juni 2016 mit Gültigkeit bis 31. Dezember 2021 (vgl. BBI 2016-1475).

1.2 Bei der Klägerin handelt es sich um eine gestützt auf den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 12. November 2002 vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) einerseits sowie von den Gewerkschaften Bau & Industrie (GBI; heute: Unia) und SYNA andererseits gegründete, nicht registrierte Personalvorsorgestiftung der freiwilligen beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 80 ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) vom 25. Juni 1982 sowie von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907, welcher von den Vertragsparteien der Vollzug des GAV FAR übertragen und insbesondere das Recht eingeräumt wurde, namens der Vertragsparteien Betreibungen und Klagen zu erheben (Art. 23 Abs. 1 GAV FAR und Stiftungsurkunde vom 19.3.2003 [vgl. KB-act. 1-3]; vgl. zum Ganzen: BGE 141 V 657 Erw. 3.1 m.H./Erw. 3.5.3).

1.3.1 Für die Klägerin gelten ebenfalls die Rechtspflegebestimmung von Art. 73 f. BVG (BSK Berufliche Vorsorge-Konrad/Lauener, Art. 49 N 34 m.H.a. Urteil BGer 9C_374/2012 Erw. 1; BSK Berufliche Vorsorge-Hürzeler/Bättig-Lischer, Art. 73 N 10; vgl. Entscheid VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 2.1 m.H. u.a. auf in BGE 139 III 165 [= BGer 9C_975/2012 und 9C_976/2012 vom 15.4.2013] nicht publizierte Erw. 2.1). Die von der Klägerin eingeklagte Forderung steht im engen Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge und hat ihre rechtliche Grundlage im Recht der beruflichen Vorsorge.

1.3.2 Auseinandersetzungen zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Arbeitgebern über Beitragsforderungen im Sinne von Art. 73 BVG sind vor dem Verwaltungsgericht im Klageverfahren auszutragen (Art. 73 Abs. 1 BVG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 der kantonalen Vollzugsverordnung zum BVG [VVzBVG; SRSZ 363.111] vom 27.9.1983; vgl. statt Vieler VGE II 2019 23 vom 17.4.2019 Erw. 1.1; VGE 102/01 vom 18.12.2002 Erw. 1; VGE 46/02 vom 18.12.2002 Erw. 1). Von Bundesrechts wegen haben die Kantone ein einfaches, rasches und in der Regel kostenloses Verfahren vorzusehen; der Richter hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 73 Abs. 2 BVG). Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten (Art. 73 Abs. 3 BVG).

Die Beklagte hat ihren Sitz in F._____. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz ist vorliegend somit zur Beurteilung der Streitigkeit zwischen der Klägerin

und der Beklagten zuständig (Art. 73 Abs. 3 BVG i.V.m. § 67 Abs. 1 lit. e Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Die diesbezüglichen Zweifel des Beklagten (Klageantwort S. 2 Ziff. II.2) sind unbegründet. Auf die Klage ist mithin einzutreten (vgl. hierzu auch: Entscheid VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 2.3.3).

1.4 Die Beklagte hat den räumlichen, betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR (Art. 1 Abs. 1 GAV FAR und Art. 2 Abs. 1 und 2 AVE GAV FAR; Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV FAR; Art. 3 GAV FAR und Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR; vgl. Klage S. 7 f. Ziff. 14 ff.) und die sich hieraus ergebende Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen an die Klägerin nie bestritten; sie bestreitet nur die Sanktionsrechnung von Fr. 11'802.80 (vgl. Klageantwort S. 5 Ziff. 19).

Zu beurteilen ist folglich die Rechtmässigkeit der von der Klägerin geforderten Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10, der Kontrollkosten von Fr. 514.70 sowie der internen Verfahrenskosten von Fr. 500.--. Demgegenüber nicht in Frage gestellt sind die FAR-Beitragsforderungen für das Jahr 2018 in der Höhe von Fr. 20'137.75 (vgl. Klage vom 4.5.2021 S. 6 Ziff. 11; Klageantwort vom 18.8.2021 S. 5 Ziff. 19).

2.1 Die Klägerin bringt zur Begründung ihrer Klage vor, die Beklagte werde vom betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR erfasst und habe daher für ihre Arbeitnehmenden FAR-Beiträge zu leisten; obschon dazu verpflichtet, habe die Beklagte jedoch für das Jahr 2018 die entsprechenden Lohnbescheinigungen nicht eingereicht bzw. die Lohnsummen ihrer Mitarbeiter nicht gemeldet; gleichwohl seien FAR-Beiträge für die jeweiligen Arbeitnehmenden vom Lohn abgezogen worden (vgl. Klage vom 4.5.2021 S. 5 Ziff. 9/ S. 8 Ziff. 18). Anlässlich einer am 4. Dezember 2019 bei der Beklagten durchgeführten Lohnbuchkontrolle für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2018 sei - infolge nicht deklarierter Lohnsummen - eine Lohnsummendifferenz zu Lasten der beitragspflichtigen Beklagten in Höhe von Fr. 287'682.-- festgestellt worden; aus dieser Lohnsummendifferenz hätten FAR-Beiträge von insgesamt Fr. 20'137.75 resultiert, wobei die Zahlung dieser Nachtragsrechnung im Betrag von Fr. 20'137.75 seitens der Beklagten beglichen worden sei (vgl. S. 5 Ziff. 10/S. 6 Ziff. 11/S. 10 Ziff. 27).

Gestützt auf die festgestellten Verfehlungen der Beklagten bei der Meldung der Lohnsummen habe die Klägerin gemäss Art. 25 AVE GAV FAR gegenüber der Beklagten Sanktionen im Umfang von Fr. 11'802.80 ausgesprochen, wobei sich die Sanktionsrechnung aus der Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10, aus den Kontrollkosten von Fr. 514.70 sowie aus den Verfahrenskosten von Fr. 500.-- zu-

sammensetze (vgl. S. 6 Ziff. 11/S. 8ff. Ziff. 16-26/S. 14 Ziff. 39/42). Für die Höhe der Sanktion habe der Stiftungsrat in seinen Richtlinien festgelegt, dass bei einem eventualvorsätzlichen Verhalten die Konventionalstrafe 75% des 'Ausgangsbetrages' beträgt; dieser bestimme sich wiederum durch den Differenzbetrag der gemeldeten (bzw. nicht gemeldeten) zur korrekten Lohnsumme und einem festgelegten Prozentsatz, der von der Zahl wiederholter Pflichtverletzungen abhängig sei; da bei der Beklagten eine erstmalige Pflichtverletzung vorlag, seien bei ihr 5% des Differenzbetrages (d.h. Fr. 287'682.--) als 'Ausgangsbetrag' (d.h. Fr. 14'384.10) massgebend, was bei einer eventualvorsätzlichen Pflichtverletzung und einem Prozentsatz von 75% zu einer Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10 führe (vgl. S. 11 Ziff. 29).

Für ein eventualvorsätzliches Verhalten der Beklagten spreche, dass sie ihre Unterstellung unter den GAV FAR nie bestritten habe und ihr auch bewusst gewesen sei, dass alle ihre Arbeitnehmer FAR-pflichtig seien; es komme hinzu, dass dieselben Mitarbeiter bei der Vorgängerfirma der Beklagten - Einzelfirma 'D._____ Akkordunternehmung', welche die Lohnsumme der entsprechenden Mitarbeiter stets der Klägerin gemeldet habe und über welche am 6. Dezember 2018 der Konkurs eröffnet worden sei - tätig gewesen seien; erschwerend wirke sich aus, dass die Beklagte den Arbeitnehmeranteil der FAR-Beiträge von den Löhnen dieser Mitarbeiter in Kenntnis der FAR-Beitragspflicht abgezogen, diese jedoch nicht an die Klägerin weitergeleitet habe (vgl. S. 11f. Ziff. 31/32/33).

2.2 Mit Klageantwort wird bestritten, dass die Beklagte der Klägerin die Lohnsummen nicht deklariert haben soll; unbestritten sei indes, dass bezüglich der diversen Deklarationen zwar jeweils ein Durcheinander geherrscht habe, die Klägerin daran wohl aber mitschuldig sei (vgl. Klageantwort vom 18.8.2021 S. 3 Ziff. 7; S. 5f. Ziff. 20/21; S. 7 Ziff. 32-35.). D._____ könne einfach nicht mit Sicherheit sagen, ob die Lohnsummen tatsächlich gemeldet worden seien oder nicht; im Jahre 2018 seien die Rechnungen der Klägerin betreffend die FAR-Beiträge nämlich fälschlicherweise immer noch an die konkursite Einzelfirma 'D._____ Akkordunternehmung' verschickt worden. In der Folge habe er die Klägerin telefonisch über die Auflösung der Einzelfirma informiert, woraufhin eine Mitarbeiterin der Klägerin ihm gesagt habe, er könne die entsprechenden Rechnungen 'wegwerfen' und die neue 'GmbH' könne alles zusammen anfangs 2019 bezahlen (vgl. S. 3 Ziff. 10). Betreffend das Geschäftsjahr 2018 habe er alles einem Treuhänder übergeben, welcher die kompletten Lohnmeldungen für sämtliche Versicherungen vorbereite; er meine, er habe diese Lohnmeldungen an sämtliche Versicherungen mit normaler Post verschickt; überall habe es geklappt, einzig bei der Klägerin nicht; er wisse wirklich nicht, ob die Meldung an die Kläge-

rin versehentlich bei ihm vergessen gegangen sei, oder ob das Problem an einem anderen Ort gewesen sei (vgl. S. 3f. Ziff. 11/12; S. 6 Ziff. 21).

Es treffe zu, dass die betreffenden sechs Mitarbeiter zuvor als Bauarbeiter bei der der Beklagten vorgehenden Einzelfirma tätig gewesen und für sie bis 2017 FAR-Beiträge entrichtet worden seien; es treffe jedoch nicht zu, dass die Beklagte Lohnsummen von diesen Mitarbeitern im Kontrolljahr 2018 nicht bei der Klägerin deklariert haben soll (vgl. S. 4 Ziff. 14; S. 7 Ziff. 30). Zudem habe D. _____ in den letzten Jahren bzw. seit Frühsommer 2019 gravierende gesundheitliche Probleme zu verzeichnen gehabt und sei mehrfach hospitalisiert gewesen (vgl. S. 4 Ziff. 15/16/18; S. 7 Ziff. 32). Ferner handle es sich bei den Sanktionsrichtlinien um interne Richtlinien, welche für das Gericht nicht verbindlich seien (vgl. S. 6 Ziff. 22; S. 7 Ziff. 29). Ohnehin sei das Verschulden der Beklagten unter den gegebenen Umständen als leicht, allerhöchstens als mittelschwer und nicht als eventualvorsätzlich zu taxieren (vgl. S. 6 Ziff. 24/26). Auch sei der 'Ausgangsbetrag' von Fr. 14'384.10 bzw. seien die Kontrollkosten viel zu hoch veranschlagt; selbst wenn man von diesem 'Ausgangsbetrag' ausgehen würde, so würde die Konventionalstrafe lediglich Fr. 3'596.-- betragen (vgl. S. 6 Ziff. 25-28; S. 8 Ziff. 37/39). Schliesslich werde eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Erhebung von 'internen Verfahrenskosten' bestritten, zumal die Klägerin mitschuldig am 'Durcheinander' sei (vgl. S. 8 Ziff. 40-42).

2.3 Im Verfahren nach Art. 73 BVG gilt das im Sozialversicherungsrecht übliche Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Es ist also auf denjenigen Sachverhalt abzustellen, der von allen möglichen Geschehensabläufen als der wahrscheinlichste erscheint (BGE 139 V 176 Erw. 5.3 [frz.]). Der gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG geltende Untersuchungsgrundsatz besagt, dass das Gericht von Amtes wegen - im Rahmen des von der klägerischen Partei bestimmten Streitgegenstandes - für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen hat (BGE 129 V 450 Erw. 3.2). Die Parteien tragen zwar keine Beweisführungslast, jedoch insofern eine Beweislast, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel kommt indessen erst zum Zug, wenn der Sachverhalt nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ermittelt werden kann (BGE 139 V 176 Erw. 5.2; BGE 117 V 261 Erw.3b; zum Ganzen vgl. BSK Berufliche Vorsorge-Hürzeler/Bättig-Lischer, Art. 73 N 65 f.).

Der Untersuchungsgrundsatz wird jedoch eingeschränkt durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (BGE 125 V 195 Erw. 2; BGE 122 V 158 Erw. 1a je m.H.). Dazu gehört im Klageverfahren über Beiträge der beruflichen Vorsorge auch die

Substantiierungspflicht, welche beinhaltet, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen (Urteile BGer 9C_255/2018 vom 31.10.2018 Erw. 5.3; 9C_48/2017 vom 4.9.2017 Erw. 2.2.2). Dementsprechend ist es im berufsvorsorgerechtlichen Beitragsprozess einerseits Sache der klagenden Vorsorgeeinrichtung, ihre (Beitrags-)Forderung so weit zu substantieren, dass sie überprüft werden kann; andererseits obliegt es der beklagten Arbeitgeberfirma, substantiiert darzulegen, weshalb und gegebenenfalls in welchen Punkten die eingeklagte (Beitrags-)Forderung unbegründet bzw. unzutreffend ist. Soweit die eingeklagte Forderung hinreichend substantiiert ist, bleiben unsubstantiierte Bestreitungen unberücksichtigt. Demgegenüber darf das Gericht eine Klage, soweit sie nicht hinreichend substantiiert und nachvollziehbar ist, trotz ungenügend substantierter oder gänzlich fehlender Bestreitungen nicht gutheissen (vgl. statt Vieler VGE II 2019 23 vom 17.4.2019 Erw. 1.2; VGE 103/05 vom 8.2.2006 Erw. 1.4, je m.H.). An den Untersuchungsgrundsatz werden geringere Anforderungen gestellt, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind (BGE 138 V 86 Erw. 5.2.3). Ebenso schliesst der Untersuchungsgrundsatz eine vorweggenommene Beweiswürdigung oder einen Indizienbeweis nicht aus. Das Gericht kann einen Beweisantrag ablehnen, sofern es mittels willkürfreier Würdigung der Tatsachen zur Überzeugung gelangt, dass der rechtlich erhebliche Sachverhalt genügend abgeklärt ist, und es darüber hinaus in willkürfreier antizipierter Würdigung der zusätzlich beantragten Beweise annehmen kann, dass seine Überzeugung durch diese auch nicht mehr geändert wird (BSK Berufliche Vorsorge-Hürzeler/Bättig-Lischer, Art. 73 N 66 m.H.a. Urteil BGer 9C 322/2012 vom 29. 11.2012 Erw. 2.4.1).

3.1 Die Klägerin wird in Art. 23 GAV FAR als für den gesamten Vollzug des GAV zuständig und zu diesem Zweck berechtigt erklärt, "die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertragsunterworfenen durchzuführen und in Vertretung der Vertragsparteien im eigenen Namen Betreibungen und Klagen zu erheben." (Abs. 1 Satz 2). Dabei kann sie Kontrolltätigkeiten Dritten, namentlich den für den Vollzug des LMV (Landesmantelvertrag) gebildeten paritätischen Berufskommissionen, übertragen (Art. 23 Abs. 2 GAV FAR), wobei den Kontrollinstanzen zur Durchsetzung der Bestimmungen des GAV FAR insbesondere folgende Berechtigungen zustehen (Art. 23 Abs. 3 GAV FAR):

- a) Betriebskontrollen bei Betrieben im Geltungsbereich des vorliegenden GAV, namentlich auch bei Betrieben mit gemischten Tätigkeiten, um die Zugehörigkeit zum betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich zu beurteilen;
- b) Lohnbuchkontrollen;
- c) Kontrolle der einzelnen Arbeitsverträge.

Art. 24 GAV FAR erklärt den Stiftungsrat als für die Verwaltung zuständig; dieser bildet gleichzeitig die paritätische Kommission und kontrolliert die Einhaltung des GAV FAR im Sinne von Art. 357b OR (Abs. 1). Der Stiftungsrat ist für die Kontrolltätigkeit verantwortlich, wobei er diese Kontrolle fachkundigen Gremien übertragen kann (Art. 24 Abs. 2 GAV FAR). Laut Art. 34 des Reglements FAR (vgl. KB-act. 2) in Verbindung mit Art. 24 Abs. 3 GAV FAR ist für die Durchführung der Kontrolltätigkeit der Stiftungsrat verantwortlich; er ist berechtigt, bei den unterstellten Arbeitgebern, bei deren Vorsorgeeinrichtungen und bei den Leistungsbezüglern alle notwendigen Kontrollen bezüglich der Einhaltung der Bestimmung über die Beitragspflicht und der Anspruchsberechtigung auf Leistungen durchzuführen (Abs. 1), wobei der Stiftungsrat die Kontrolltätigkeiten Dritten übertragen kann, namentlich den für den Vollzug des LMV gebildeten paritätischen Berufskommissionen (Abs. 2).

3.2 Gemäss Art. 25 Abs. 1 GAV FAR können Verletzungen von Pflichten aus dem Vertrag durch den Stiftungsrat mit Konventionalstrafen von bis zu Fr. 50'000.-- geahndet werden. Fehlbaren Parteien können auch die Kontroll- und Verfahrenskosten überbunden werden. Insofern kommen der Klägerin - im Lichte der BRB vom 5. Juni 2003 ausdrücklich vorerwähnten Vollzugsbestimmungen - weitreichende, mit denjenigen einer AHV-Ausgleichskasse vergleichbare Vollzugskompetenzen zu (vgl. hierzu auch: Urteil SVG ZH vom 10.3.2011 BV.2009.00060 Erw. 3.2).

Nach Art. 25 Abs. 2 GAV FAR können Vertragsverletzungen, die darin bestehen, dass keine oder ungenügende Beiträge abgerechnet wurden, mit einer Konventionalstrafe bis zur doppelten Höhe der fehlbaren Beträge geahndet werden. Die Höhe der Konventionalstrafe richtet sich im Einzelfall nach der Schwere des Verschuldens und der Grösse des Betriebes sowie allfällig früher ausgesprochenen Sanktionen (Abs. 3). Die Konventionalstrafen und die Kontroll- und Verfahrenskosten fallen der Stiftung FAR zu (Abs. 5).

Damit besteht entgegen der Ansicht der Beklagten eine genügende rechtliche Grundlage für die Erhebung der Konventionalstrafe, der Kontrollkosten und der internen Verfahrenskosten. Die diesbezüglichen Einwendungen der Beklagten laufen ins Leere (vgl. hierzu auch: Entscheid des VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 4.2).

3.3 Eine Pflichtverletzung nach Art. 25 Abs. 1 GAV FAR bzw. den Tatbestand der Falschdeklaration der Lohnsumme begeht gemäss Ziff. 2.3.1 der vom Stiftungsrat erlassenen Richtlinie über die Sanktionen (vgl. KB-act. 14) derjenige Arbeitgeber, der das Formular 'Lohnsummenmeldung/Beitragsabrechnung und

provisorische Lohnsumme', eine Lohnbescheinigung oder eine andere Erklärung bei der Stiftung FAR einreicht, die nicht den Tatsachen entspricht oder das Formular nicht einreicht, obwohl Lohnsummen vorhanden sind. Die Höhe der Sanktion für die Festlegung der Konventionalstrafe bestimmt sich dabei anhand eines Ausgangsbetrags und anhand des Grades des Verschuldens (vgl. Richtlinie Ziff. 2.3.2). Der Ausgangsbetrag wird festgelegt, indem bei erstmaliger Pflichtverletzung auf 5%, bei einer zweiten Pflichtverletzung auf 7.5% und bei einer dritten Pflichtverletzung auf 10% des Betrags der fehlenden Lohnsumme abgestellt wird. Abhängig vom Grad des Verschuldens wird die definitive Sanktionssumme auf einen bestimmten Prozentsatz des Ausgangsbetrags festgelegt (100% bei Vorsatz, 75% bei Eventualvorsatz; 50% bei Grobfahrlässigkeit, 25% bei mittlerer Fahrlässigkeit und 0% bei leichter Fahrlässigkeit).

Mit diesen Richtlinien kann - vergleichbar den Verwaltungsweisungen, Wegleitungen, Kreisschreiben o.ä. (vgl. BGE 141 V 365 Erw. 2.4; BGE 138 V 346 Erw. 6.2) - gewährleistet werden, dass der Stiftungsrat die ihm eingeräumte Befugnis zur Ahndung von Pflichtverletzungen rechtsgleich handhabt.

4.1 Wer als Arbeitgeber tätig sein will, hat sich auch um die damit verbundenen gesetzlichen Pflichten zu kümmern und diese zu erfüllen. Dies gilt auch für die Pflichten, welche die Beklagte aus dem für allgemein verbindlich erklärten GAV FAR treffen. Dies gilt vorliegend vorab für die korrekte und fristgerechte Meldung der Lohnsummen.

4.2 Die Beklagte kann nicht sagen bzw. belegen, ob bzw. dass die Lohnsummen der Klägerin tatsächlich (per Post) gemeldet wurden oder nicht bzw. ob die Meldung an die FAR bzw. das Verschicken der entsprechenden Unterlagen versehentlich vergessen ging; gleichzeitig verweist sie allerdings auf eine Mitschuld der Klägerin am 'Durcheinander' (vgl. vorstehend Erw. 2.2).

Diese Vorbringen der Beklagten sind unbehelflich. Die Beklagte trägt die Beweislast für die (fristgerecht erfolgte) Meldung. Dabei ist anzumerken, dass diese Beweislast nicht nur die (rechtzeitige) Postaufgabe als solche betrifft, sondern überdies auch diejenige des (zur Fristwahrung) erforderlichen Inhalts der Postsendung. Eine Umkehr der Beweislast greift lediglich Platz, wenn die Partei den Beweis der Rechtzeitigkeit aus Gründen nicht erbringen kann, die von der Behörde zu verantworten sind (vgl. Urteil EVG C.285/2003 vom 5.7.2004 Erw. 4.2 m.H.a. BGE 92 I 257 Erw. 3). Solche Gründe lassen sich den Akten unter Einschluss der Rechtsschriften nicht entnehmen. Ein allfälliges Versäumnis eines Dritten (Treuhand), welchem die Stellung einer Hilfsperson zukäme, müsste sich die

Beklagte anrechnen lassen (vgl. Urteile BGer 2C_987/2017 vom 7.12.2017 Erw. 3.2; 6B_1329/2020 vom 20.5.2021 Erw. 1.3.3, je m.H.).

Hingegen reicht die Klägerin mit der Replik vom 8. November 2021 ein Erinnerungs- sowie ein Mahnschreiben vom 8. März 2019 bzw. 9. April 2019 ein (vgl. Kläg-act. 24/25), mit welchen die Einreichung der Unterlagen zur Erstellung der Jahresrechnung angemahnt wurde. Soweit ersichtlich wurden diese beiden Schreiben zwar nicht mit eingeschriebener Post versandt. Indes sind sie dennoch ein gewichtiges Indiz dafür, dass bei der Klägerin keine Unterlagen der Beklagten eingingen, d.h. diese die verlangten Unterlagen auch nicht eingereicht hat. Daran vermag denn auch der duplizierend vorgebrachte Einwand der Beklagten, wonach im Zweifel auf die Darstellung des Empfängers abzustellen sei, sofern die Tatsache oder das Datum der Zustellung uneingeschriebener Sendungen bestritten werde, nichts zu ändern (vgl. Duplik S. 2f. Ziff. 4/6).

Nachdem unbestrittenermassen nicht erstellt bzw. belegt ist, dass bzw. ob seitens der Beklagten und/oder deren Treuhänders die erforderlichen Meldungen an die Klägerin ergingen bzw. diese anerkanntermassen allenfalls mit 'normaler Post' erfolgten (vgl. Klageantwort S. 3 Ziff. 11; Duplik S. 2f. Ziff. 4), womit der Beweis der Zustellung nicht erbracht werden kann, erübrigt sich auch eine Abnahme der beantragten Zeugenbefragung, dies in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung und ohne Verletzung des (abgeschwächten) Untersuchungsgrundsatzes sowie des rechtlichen Gehörs der Beklagten.

Der Beklagten gelingt es mithin nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass sie die erforderlichen Lohnangaben (korrekt) gemacht hat. Diesen Nachweis kann sie auch mit ihren vorstehend (Erw. 2.2) zusammengefassten Argumenten nicht erbringen. Was die geltend gemachte telefonische Auskunft anbelangt, ist zudem zu beachten, dass selbst protokollierte, jedoch ansonsten formlos eingeholte mündliche bzw. telefonische Auskünfte zu wesentlichen Umständen des rechtserheblichen Sachverhalts kein zulässiges und taugliches Beweismittel darstellen (vgl. Entscheid VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 3.2.4 m.H.a. BGE 117 V 285 Erw. 4c). Vorliegend bestehen indes noch nicht einmal Protokollnotizen zu diesem/diesen Telefonaten.

4.3 Soweit schliesslich die Beklagte darauf hinweist, dass ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer in jener Zeit gravierende gesundheitliche Probleme zu beklagen hatte bzw. hospitalisiert gewesen sei, so kann sie hieraus ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar hatte der Geschäftsführer im Jahr 2015 einen schweren Motorradunfall. Dieser erfolgte jedoch einiges vor dem vorliegend relevanten Zeitraum und mag allenfalls für den späteren Konkurs der Ein-

zelunternehmung des Beklagten mitverantwortlich gewesen sein. Ganz gravierende gesundheitliche Probleme sind nach den Angaben des Beklagten (vgl. Klageantwort S. 5 Ziff. 18) (erst) im Frühjahr 2019 aufgetreten.

Indes hatte die Beklagte der Klägerin einerseits bis spätestens am 31. Januar 2019 - und damit noch vor den Hospitalisierungen vom Juni 2019, Februar 2020, Februar 2021 sowie April 2021 (vgl. BB-act. 2-5) - die entsprechenden Lohnbescheinigungen der sechs Mitarbeiter für das vorangegangene Jahr (2018) einzureichen (vgl. Art. 6 Abs. 2 Reglement FAR, gültig ab 1.4.2019). Andererseits wäre es der Beklagten trotz den gesundheitlichen Problemen ihres Geschäftsführers durchaus möglich gewesen, eine Drittperson - z.B. ihren Treuhänder - mit der Vornahme der geforderten Handlungen zu beauftragen. Die Beklagte bringt keine, jedenfalls keine überzeugenden Gründe vor, die gegen diese Möglichkeit sprächen, noch sind solche aufgrund der Aktenlage ersichtlich. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, war es dem Geschäftsführer trotz seiner gesundheitlichen Probleme (derzeit zu rund 80% arbeitsunfähig) möglich, einen Rechtsbeistand mit der Wahrung der Interessen der Beklagten zu beauftragen. Aus den eingereichten ärztlichen Berichten vom 11. Juni 2019, 19. Februar 2020, 16. Februar 2021 sowie vom 2. April 2021 zum Gesundheitszustand des Geschäftsführers kann die Beklagte daher nichts zu ihren Gunsten herleiten.

4.4 In Würdigung der gesamten Umstände muss mit der Klägerin von einer (unentschuldbaren) Meldepflichtverletzung ausgegangen werden.

4.5.1 Zu prüfen ist weiter die Höhe der Konventionalstrafe. Für deren Bemessung zog die Klägerin die Lohnsummendifferenz des Jahres 2018 in Höhe von Fr. 287'682.-- heran. Da es sich um die erste Pflichtverletzung der Beklagten handelt, wurde der Ausgangsbetrag gestützt auf Ziff. 2.3.2 der Sanktionsrichtlinie (vgl. vorstehend Erw. 4.3) auf 5% dieses Betrages entsprechend Fr. 14'384.10 festgesetzt. Beim Grad des Verschuldens wird im Sanktionsentscheid vom 8. April 2020 (vgl. KB-act. 7) eine "Verfehlung der Stufe 3: 75% des Ausgangsbetrages" angenommen mit der Begründung "Der geprüfte Betrieb musste wissen, dass seine (Nicht-)Deklaration falsch ist". Es resultierte somit die Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10 (bzw. je nach Rundung Fr. 10'788.05). Anzumerken ist, dass die Sanktionsrichtlinie beim Verschulden keine Stufenbezeichnung kennt und die 75%, welche bei Eventualvorsatz eingesetzt werden, nach dem Vorsatz der zweiten (zweithärtesten) Stufe/Sanktion entspricht.

4.5.2 Mit der Klage (vgl. S. 11 f. Ziff. 30 ff.) begründet die Klägerin das eventualvorsätzliche Handeln zunächst damit, dass die Beklagte ihre vollumfängliche Unterstellung unter den GAV FAR nie bestritten habe. Dennoch seien sechs Mitar-

beiter der AHV, nicht aber der Klägerin gemeldet worden. Zudem seien dieselben Baimitarbeiter bei der Vorgängerfirma der Beklagten, d.h. der Einzelunternehmung des Eigners und Geschäftsführers der Beklagten, tätig gewesen, welche ebenfalls vollumfänglich dem GAV FAR unterstellt gewesen sei. Diese Einzelunternehmung habe die Lohnsummen stets der Klägerin gemeldet. Die Klägerin habe auch gegenüber der Einzelunternehmung ausstehende Forderungen gehabt und diese auf dem Betreibungsweg einfordern müssen, was in einem Verlustschein gemündet habe. Die sechs Mitarbeiter seien im Jahr 2017 über die Vorgängerfirma der Beklagten abgerechnet worden; auch dies zeuge von der Kenntnis der Beklagten über die Unterstellung ihrer Arbeitnehmer unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR. Erschwerend komme hinzu, dass die Beklagte den Arbeitnehmeranteil der FAR-Beiträge von den Löhnen der Mitarbeiter abgezogen, aber dennoch nicht an die Klägerin weitergeleitet habe. Die Klägerin weise in ihren Merkblättern, die jeweils den Lohnsummenmeldungsformularen beigelegt würden, explizit auf die Massgeblichkeit des AHV-pflichtigen Lohnes für die Ermittlung der FAR-Beiträge hin. Die Beklagte habe auch die rechtliche Grundlage für den ordnungsgemässen FAR-Abzug gekannt. Die Beklagte habe es somit wissentlich und willentlich unterlassen, die entsprechenden Löhne zu melden.

4.5.3 Die Beklagte bestreitet den Eventualvorsatz mit den vorerwähnten Argumenten (vgl. vorstehend Erw. 2.2), die sich im Wesentlichen so zusammenfassen lassen, dass auch die Klägerin nicht alles richtig gemacht habe (vgl. Klageantwort S. 7 Ziff. 34). Damit gelingt es der Beklagten jedoch nicht, einen geringeren Verschuldensgrad zu begründen oder sich gänzlich zu entlasten. Dies gilt auch für die Hinweise der Beklagten auf die gesundheitliche Verfassung ihres Geschäftsführers. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf die Ausführungen der Klägerin verwiesen werden. Dem Geschäftsführer waren die Arbeitgeberpflichten von seiner Einzelunternehmung her bestens bekannt. Nachdem er von der Klägerin auch für die FAR-Beiträge seiner Einzelunternehmung hatte betrieben werden müssen, wäre er dringend gehalten gewesen, nicht nur die Meldungen korrekt zu machen, sondern auch die Beitragszahlungen pflichtgemäss zu leisten. Selbst wenn bei der Klägerin ein gewisses "Durcheinander" bestanden haben sollte, konnte der Beklagten unmöglich entgangen sein, dass die FAR-Beiträge nicht geleistet worden waren. Die ganzen Umstände und das Verhalten der Beklagten kann verschuldensrechtlich nicht anders denn als Eventualvorsatz qualifiziert werden. Hieran kann auch die erstmalige Verfehlung nichts ändern. Diese wird gemäss den Richtlinien bereits bei der Festlegung des Ausgangsbetrags des Masses der Konventionalstrafe mindernd berücksichtigt und kann daher

nicht - wie von der Beklagten verlangt - erneut beim Verschulden berücksichtigt werden.

Die Bemessung der Strafe gemäss der Richtlinie über die Sanktionen und die Orientierung am höchsten FAR-pflichtigen Jahreslohn erscheint mit Blick auf das Prinzip der Selbstdeklaration und die Höhe der der Stiftung FAR wegen der unterlassenen Anmeldung entgangenen Beitragszahlungen auch als verhältnismässig (vgl. hierzu: Entscheid VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 2.1). Die Klägerin argumentiert in diesem Zusammenhang zu Recht, dass es um die Wahrung der Rentenansprüche der Arbeitnehmer geht, es entsprechend zu unterbinden gilt, dass der beitragspflichtige Arbeitgeber durch unvollständige Angaben hohe Einsparungen machen kann und es einer gewissen Höhe der Konventionalstrafe bedarf, damit diese ihre Wirkung auch erzielen kann (vgl. Klage S. 13 Ziff. 35).

4.6 Die Auferlegung von Kontrollkosten in der Höhe von angemessen erscheinenden Fr. 514.70 (exkl. MwSt) ist mit Blick auf Ziff. 6 der Richtlinien über die Sanktionen, gestützt auf welche dem fehlbaren Arbeitgeber die Kosten der Revision/Arbeitgeberkontrollen getreu dem Verursacherprinzip auferlegt werden, sowie gestützt auf die 'Rechnung Arbeiten Arbeitgeberkontrollen (Einhaltung GAV FAR)' der Revisionsstelle der Ausgleichskassen vom 4. Dezember 2019 von Fr. 554.35 (inkl. MWST), nicht zu beanstanden. Eine Reduktion infolge der Schwere des Verschuldens ist nicht angezeigt.

4.7 Ebensovienig ist die Auferlegung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.-- mit Blick auf Ziff. 9 der Richtlinie über die Sanktionen, laut welcher die Klägerin pro Tatbestandsverletzung (vorliegend: Falschdeklaration der Lohnsumme [Ziff. 2.3]) Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.-- erhebt, zu beanstanden, zumal auch kein Verschulden der Klägerin ausgewiesen ist (vgl. hierzu: Entscheid VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 2.1).

4.8 Zusammenfassend ist die Klage gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10, Kontrollkosten von Fr. 514.70 und Verfahrenskosten von Fr. 500.-- zu bezahlen.

5.1 Die nach Art. 79 des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) vom 11. April 1889 angerufene Behörde, welche im Rahmen des ordentlichen Prozessweges über die Begründetheit des Anspruches entscheidet, ist befugt, zugleich mit dem Sachentscheid die definitive Rechtsöffnung auszusprechen, ohne dass der Gläubiger noch das besondere Verfahren nach Art. 80 SchKG durchzuführen hat (vgl. Praxis 1981 Nr. 52; ZAK 1982, S. 357;

VGE 26/96 vom 12.6.1996; VGE II 2011 71 vom 26.1.2012 Erw. 3; VGE II 2014 106 vom 17.3.2015 Erw. 3).

5.2 Entsprechend dem Antrag Ziff. 2 der Klage vom 4. Mai 2021 ist der Rechtsvorschlag der Beklagten vom 21. September 2020 in der Betreuung Nr. E._____ des Betreibungsamtes F._____ im Umfang des klageweise zugesprochenen Betrages von Fr. 11'802.75 (Kosten für Ausstellung des Zahlungsbefehls von Fr. 103.30 nicht beantragt) aufzuheben und hierfür die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

6.1 Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht ist grundsätzlich kostenlos (vgl. Art. 73 Abs. 2 BVG).

6.2 Der Vorsorgeeinrichtung kann im kantonalen Verfahren keine Parteientschädigung zulasten des Versicherten zugesprochen werden (BGE 126 V 143 Erw. 4b; Ulrich Meyer/Laurence Uttinger, in: Jaques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 73 BVG N 89 f.). Hiervon abzuweichen besteht vorliegend kein Anlass. Die Klägerin ist nicht beanwaltet und hat daher so oder anders praxisgemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. VGE II 2020 19 vom 22.4.2020 Erw. 4.2).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10, Kontrollkosten von Fr. 514.70 sowie Verfahrenskosten von Fr. 500.-- (total: Fr. 11'802.80) zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. E._____ des Betreibungsamtes F._____ wird im Umfang von Fr. 11'802.75 aufgehoben, und der Klägerin wird hierfür die definitive Rechtsöffnung erteilt.
3. Für dieses Klageverfahren werden weder Kosten erhoben noch Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).
Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
 - die Klägerin (R)
 - die Beklagte (R)
 - und das Bundesamt für Sozialversicherungen, Aufsicht berufliche Vorsorge, Effingerstrasse 20, 3003 Bern (A).

Schwyz, 15. Dezember 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 11. Januar 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II

