

## **BGE 142 III 758**

Bundesgericht (BGE), 2016-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_142\\_III\\_758](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_142_III_758)

FR: ATF 142 III 758

IT: DTF 142 III 758

### **Regeste**

Regeste Art. 2 Abs. 4 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR); Unterstellung. Reine Transportunternehmen, die Leistungen für das Baugewerbe erbringen, fallen nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR (E. 4.4).

Regeste Art. 2 al. 4 de l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA); assujettissement. Des entreprises de transport à caractère unitaire, qui réalisent des prestations dans le secteur de la construction, ne tombent pas dans le champ d'application, relatif au genre d'entreprise, des clauses étendues de la CCT RA (consid. 4.4).

Regesto Art. 2 cpv. 4 del decreto del Consiglio federale che conferisce l'obbligatorietà generale al contratto collettivo di lavoro per il pensionamento anticipato nel settore dell'edilizia principale (CCL PEAN); assoggettamento. Imprese di solo trasporto, che offrono prestazioni nel settore della costruzione, non sono assoggettate al campo di applicazione aziendale delle disposizioni di obbligatorietà generale del CCL PEAN (consid. 4.4).

### **Erwägungen**

#### **E. 2.1**

Der Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 über die AVE GAV FAR (BBl 2003 4039) wurde durch Beschlüsse vom 8. August und 26. Oktober 2006, 1. November 2007, 6. Dezember 2012, 10. November 2015 und 14. Juni 2016 verlängert resp. angepasst (BBl 2006 6751, 8865 ; 2007 7881 ; 2012 9763 ; 2015 8307 ; 2016 5033 ).

#### **E. 2.2**

Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR gelten für die Arbeitgeber resp. Betriebe, Betriebsteile und selbständigen Akkordanten insbesondere der Bereiche Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbau (einschliesslich Belagseinbau) sowie Aushub, Abbruch, Deponie- und Recyclingbetriebe (Art. 2 Abs. 4 lit. a und b AVE GAV FAR; sowohl in der ursprünglichen Fassung als auch in den jüngsten Versionen). Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 1 GAV FAR. Massgebliches Kriterium für den betrieblichen Geltungsbereich ist somit die Branche, der ein Betrieb 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 resp. welche Hilfsmittel dabei eingesetzt werden ( BGE 139 III 165 E. 3.1 S. 167; BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2.3**

Tatfrage ist, welche Tätigkeiten in einem Betrieb oder selbstständigen Betriebsteil in welchem Ausmass vorkommen. Hingegen ist frei überprüfbare Rechtsfrage, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben resp. nach welchen Gesichtspunkten die Zuordnung zu einem bestimmten Wirtschaftszweig erfolgt ( BGE 139 III 165 E. 3.3 S. 168 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat festgestellt, die Beschwerdegegnerin erbringe u.a. Transportdienstleistungen für das Baugewerbe. Darüber hinaus ist sie implizite (und im Einklang mit den Parteien) davon ausgegangen, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin in dem Sinn um ein reines Transportunternehmen handle, als sie "nur Transporttätigkeiten" ausführe. Diese Feststellungen sind für das Bundesgericht verbindlich (nicht publ. E. 1.2). Weiter hat das kantonale Gericht auf das Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 betreffend den betrieblichen Geltungsbereich BGE 142 III 758 S. 761 gemäss Ziff. II Art. 2 Abs. 3 des Bundesratsbeschlusses vom 22. August 2003 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV) 2003-2005 (AVE LMV; BBl 2003 6070) verwiesen und erwogen, Transporte mit Baumaterialien könnten nur dann unter die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV fallen, wenn die Grundleistung eines Betriebs (wie im Fall 4A\_377/2009) vom betrieblichen Geltungsbereich des LMV erfasst sei. Die Grundleistung eines reinen Transportunternehmens liege indessen im Transportwesen und nicht im Baugewerbe; die Dienstleistungen eines solchen Unternehmens könnten demnach nicht dem allgemeinverbindlich erklärten LMV unterstellt werden. Das könne auch nicht die Meinung des Bundesgerichts gewesen sein, andernfalls es sich mit der Tatsache, dass der Bundesrat die "Transporte von und zu Baustellen" (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. k LMV ) stets von der Allgemeinverbindlichkeit ausnahm, auseinandergesetzt hätte. Das Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 sei deshalb für reine Transportbetriebe nicht massgebend, weshalb solche nicht vom Geltungsbereich gemäss AVE LMV erfasst seien. Nichts anderes könne für den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR, der den LMV in einem Teilbereich ergänze, gelten. Somit falle die Beschwerdegegnerin nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR, weshalb sie auch nicht verpflichtet sei, entsprechende Beiträge zu leisten.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das Bundesgericht habe im Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 entschieden, dass der Transport von Aushub- oder Abbruchmaterial, Kies, Deponiegut oder Recyclingmaterial als integrierender Bestandteil einer bauhauptgewerblichen Grundleistung (wie Aushub, Abbruch etc.) erfolge. Deshalb würden auch die auf solche Transporte spezialisierten Betriebe, selbst wenn sie die Bauleistung an sich nicht selber erbringen, vom betrieblichen Geltungsbereich gemäss AVE LMV und AVE GAV FAR erfasst. Die Bau- und Transportleistungen würden auf dem Markt als Einheit wahrgenommen, weshalb die Nichtunterstellung von reinen Transportunternehmen im genannten Sinn Wettbewerbsnachteile für Baubetriebe, die das Material selber transportieren, zur Folge hätte.

### **E. 4.1**

Fraglich ist, ob ein reines Transportunternehmen, das Leistungen für das Baugewerbe erbringt, vom betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR erfasst wird. BGE 142 III 758 S. 762

#### **E. 4.2**

Das Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 betrifft den Geltungsbereich gemäss AVE LMV und handelt von einem unechten Mischbetrieb (vgl. zu diesem Begriff den seit 1. Mai 2008 geltenden Art. 2 bis LMV [abrufbar unter [www.svk-bau.ch/landesmantelvertrag](http://www.svk-bau.ch/landesmantelvertrag) ]), der sowohl Bau- als auch Transportleistungen erbrachte. Das Bundesgericht erwog dazu, dass die Grundleistungen (Aushub, Abbruch, Kieslieferung, Deponie und Recycling) zusammen mit den entsprechenden Transportleistungen auf dem Markt als einheitliche Leistungen angeboten werden, auch wenn die Transportleistungen von Fall zu Fall an selbstständige Unterakkordanten weitervergeben werden. Wer sich, wie der betroffene (unechte) Mischbetrieb, schwergewichtig auf diesem Markt betätigt, unterliegt deshalb dem LMV, und zwar unabhängig sowohl vom Ausmass der Grund- resp. Transportleistungen als auch davon, ob der Transport für den Eigenbedarf oder als Unterakkordant geleistet wird (Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 E. 5.2). Dem Urteil lässt sich nicht (klar) entnehmen, ob auch ein reines Transportunternehmen, das selber keine "Misch-Leistung" (bestehend aus Grund- resp. Bauleistung und entsprechender Transportleistung) anbietet, sondern ausschliesslich Transporte von Baumaterialien wie Aushub- oder Abbruchmaterial, Kies, Deponie- und Recyclinggut (nachfolgend: Bautransporte) ausführt, dem LMV (soweit allgemeinverbindlich) untersteht. Diese Möglichkeit wird zwar in E. 5.2 des Urteils 4A\_377/2009 angedeutet, indessen setzte sich das Bundesgericht mit der besonderen Situation eines reinen Transportunternehmens nicht näher auseinander. Solches war auch nicht erforderlich, lag doch der Fokus des genannten Urteils stets auf dem konkret betroffenen (unechten) Mischbetrieb. In diesem Sinn lässt sich daraus - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht ableiten, dass Bautransporte in jedem Fall resp. automatisch dem Bauhauptgewerbe zuzurechnen sind (vgl. auch vorinstanzliche Erwägung 4.3).

#### **E. 4.3.1**

Bei einem reinen Transportunternehmen lassen sich zunächst zwei Konstellationen unterscheiden: Entweder es bietet seine Leistungen direkt dem Auftraggeber selber an und tritt in diesem Sinn eigenständig auf, oder aber es führt die Transporte als Unterakkordant (auch Subunternehmer genannt; zu diesen Begriffen vgl. Urteil 9C\_782/2014 vom 25. August 2015 E. 6.1.1) des Auftragnehmers aus. BGE 142 III 758 S. 763

#### **E. 4.3.2**

Die hier interessierenden (Arbeits-)Leistungen können in einem Wirtschaftszweig der Produktion (2. Sektor) oder der Dienstleistungen (3. Sektor) angesiedelt sein. Typischerweise gehört das Baugewerbe zur Produktion und wird Verkehr/Transport zu Dienstleistungen gezählt (so auch in der Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik [LSE] 2012, z.B. TA1 Ziff. 41-43 resp. 49-52). Dass das Transportgewerbe eine eigenständige Branche ist, hat auch das Bundesgericht in E. 5.2 des Urteils 4A\_377/2009 erkannt. Damit ist offensichtlich, dass ein reines Transportunternehmen, das seine Leistungen autonom dem Endabnehmer anbietet, in einem anderen Wirtschaftszweig als der Anbieter der Grundleistung tätig ist. Dass in einer solchen Konstellation

unternehmensübergreifende Tarifeinheit bestehen soll, ist sachlich nicht gerechtfertigt, zumal diese auch innerhalb eines echten Mischbetriebs mit eigenständigen Betriebsteilen durchbrochen wird (so auch Art. 2 bis Abs. 5 und 6 LMV ).

### **E. 4.3.3**

Operiert ein reines Transportunternehmen als Subunternehmer, so tritt es wohl gegenüber dem Endabnehmer nicht in Erscheinung. Dieser Umstand ändert indessen nichts daran, dass es sich bei der Transport- und Grundleistung um verschiedenartige Leistungen handelt (vgl. BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 665). Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, besteht auch bei einem subunternehmerisch tätigen (reinen) Transportbetrieb kein unmittelbares Konkurrenzverhältnis zum Auftragnehmer der Grundleistung. Ein solcher Transportbetrieb gelangt mit seiner (eigenständigen) Dienstleistung - sofern er u.a. Bautransporte durchführt - an Betriebe der Baubranche selber, während sich diese mit ihren Produkten und Erzeugnissen an die Bauherren richten (vorinstanzliche Erwägung 3.4.3). Es ist schwer nachvollziehbar, weshalb Bautransporte, die von einem (reinen) eigenständigen Transportunternehmen erbracht werden, abweichend eingeordnet werden sollen, nur weil sie zusammen mit der baulichen Grundleistung aus einer Hand resp. einheitlich angeboten werden. In der Konsequenz müsste dem Transportwesen jegliche Bedeutung als selbstständiger Wirtschaftszweig abgesprochen werden, denn (Güter-)Transporte erfolgen nie zum Selbstzweck, sondern sind regelmässig Hilfstätigkeit im Zusammenhang mit einer Produktions- oder (anderen) Dienstleistung. Insofern erscheint eine Unterscheidung in Bautransporte einerseits und übrige (Güter-)Transporte andererseits mit Zuordnung der einen zum Bauhauptgewerbe und der anderen zur Transportbranche auch im vorliegenden Punkt sachlich weder geboten noch gerechtfertigt. Dies gilt umso mehr, wenn - wie in BGE 142 III 758 S. 764 concreto - keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass das Transportunternehmen nur zum Zweck der Umgehung von gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen (vgl. Art. 2 ZGB ) aus einem Bauunternehmen ausgegliedert wurde. Im Übrigen verfügt ein reines (Bau-)Transportunternehmen, selbst wenn von einem direkten Konkurrenzverhältnis zu einem (unecht) gemischten Bauunternehmen auszugehen wäre, im Fall einer Nichtunterstellung unter den AVE LMV nicht per se über einen Wettbewerbsvorteil. Denn die gesellschaftsrechtliche Eigenständigkeit ist nicht gratis zu haben, fallen doch erhöhte Kosten infolge separater Organisation und Rechnungsführung etc. an.

### **E. 4.3.4**

Wie es sich letztlich genau verhält bzw. das Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 zu verstehen ist, kann offenbleiben (vgl. die nachfolgende E. 4.4). Eine Koordination mit der I. zivilrechtlichen Abteilung (vgl. Art. 23 Abs. 1 BGG ) erübrigt sich deshalb.

### **E. 4.4.1**

Die Bestimmungen über den betrieblichen Geltungsbereich gemäss AVE GAV FAR und nach AVE LMV sind bereits im Wortlaut nicht identisch: Abweichend von Art. 2 Abs. 4 AVE GAV FAR wurden in der seit 1. Oktober 2003 geltenden Fassung von Art. 2 Abs. 3 AVE LMV Betriebe der Sand- und Kiesgewinnung sowie Betonbohr- und Betonschneidunternehmen genannt; Fassadenbau- und Fassadenisolationsbetriebe wurden ohne Einschränkung aufgeführt. In der seit 1. Februar 2013 geltenden Fassung finden sich immer noch Betonbohr- und Betonschneidunternehmen; ausserdem wird der Begriff Tiefbau insofern präzisiert, als er explizit Spezialtiefbau (vgl. BGE 139 III 165 E. 4.3.2 S.

172) umfasst. Hingegen werden und wurden die in Art. 2 Abs. 4 lit. h AVE GAV FAR genannten Betriebe, die gesamtbetrieblich mehrheitlich Geleisebau- und Bahnunterhaltsarbeiten ausführen, in der AVE LMV nicht erwähnt. Dazu kommt, dass die betroffenen Verträge, d.h. der LMV und der GAV FAR, zwar zwischen den gleichen Parteien geschlossen wurden. Indessen regelt dieser ausschliesslich die Sonderfrage nach dem flexiblen Altersrücktritt. Demgegenüber enthält der LMV eine umfassende gesamtarbeitsvertragliche (Rahmen-)Regelung (vgl. Art. 356 OR ; vgl. auch STEFAN KELLER, Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe, 2008, S. 367 f.). Daher braucht - anders als die Vorinstanz anzunehmen scheint - der (betriebliche) Geltungsbereich gemäss AVE GAV FAR, der hier entscheidend ist (E. 4.1), nicht zwingend mit jenem nach AVE LMV übereinzustimmen. BGE 142 III 758 S. 765

#### **E. 4.4.2**

Die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV bezweckt die Ausweitung seines Geltungsbereichs auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ( Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG; SR 221.215.311] ). Nur in diesem Sinn kann die AVE über die Vorgaben des GAV hinausgehen; Verpflichtungen, die von den am GAV beteiligten Sozialpartnern nicht vorgesehen waren, sind der Allgemeinverbindlichkeit nicht zugänglich (Urteil 9C\_374/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 2.7.2.1). Massgeblich für die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GAV FAR ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips ( BGE 141 V 657 E. 3.5.2 S. 662).

#### **E. 4.4.3.1**

Auch in den hier interessierenden GAV selber wurde der jeweilige betriebliche Geltungsbereich unterschiedlich definiert: Über die in die jeweilige AVE übernommenen Differenzen (E. 4.4.1) hinaus ist im Vergleich zum GAV FAR einerseits die Liste der vom LMV erfassten Bereiche umfassender, werden doch in Art. 2 Abs. 2 LMV (in der ab 1. Mai 2008 resp. ab 1. April 2012 geltenden Fassung) beispielsweise das Marmor- und Granitgewerbe, Gerüstbetriebe, bestimmte Gartenbauunternehmen sowie der Transport von und zu Baustellen aufgeführt. Andererseits finden sich im Anhang 7 LMV (Protokollvereinbarung zum betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 LMV ; vgl. Art. 2 Abs. 2 resp. 3 LMV [in der ab 1. Mai 2008 resp. ab 1. April 2012 geltenden Fassung]) weitergehende Präzisierungen; insbesondere wird eine Reihe betrieblicher Tätigkeiten aufgeführt, die auf eine LMV-Unterstellung schliessen lassen. Daraus, wie auch aus Art. 2 Abs. 3 GAV FAR, geht hervor, dass der betriebliche Geltungsbereich des GAV FAR nicht mit jenem des LMV übereinstimmt (vgl. auch SZS 2010 S. 453, 9C\_1033/2009 E. 2.4). Angesichts der detaillierten Aufzählungen liegt auf der Hand, dass ausserhalb des jeweiligen Katalogs eine GAV-Unterstellung nur aufgrund einer ausdrücklichen Äusserung oder eines formellen Anschlusses erfolgt (SZS 2010 S. 453, 9C\_1033/2009 E. 2.5), was in concreto nicht zutrifft.

#### **E. 4.4.3.2**

Die Vertragsparteien schlossen den "Transport von und zu Baustellen" explizit und zunächst ohne Einschränkung in den BGE 142 III 758 S. 766 betrieblichen Geltungsbereich des LMV ein (vgl. Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 E. 3.2 Abs. 1 und 2). Die entsprechende Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. k LMV wurde in der ab 1. April 2012

geltenden Fassung insofern modifiziert, als seither die Anlieferung von industriell hergestellten Baumaterialien (z.B. Backsteine, Betonwaren, Armierungseisen, Transportbeton und Strassenbeläge usw.) ausgenommen ist. Indessen erwähnten die Sozialpartner den Transport in Art. 2 Abs. 1 GAV FAR in keiner Weise; insbesondere nahmen sie auch die Zusatzvereinbarung VIII zum GAV FAR vom 7. Oktober 2013, mit welcher die zuletzt genannte Bestimmung geändert wurde, nicht zum Anlass, die Transporttätigkeit resp. die damit befassten Betriebe in die Regelung des (betrieblichen) Geltungsbereichs aufzunehmen. Hinzu kommt, dass der GAV FAR laut dessen Präambel der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung tragen soll. Dass Chauffeure, die ausschliesslich im Transportbereich tätig sind, grundsätzlich der gleichen gesundheitlichen Beanspruchung wie das Baustellenpersonal ausgesetzt sind, wird von keiner Seite weiter ausgeführt.

#### **E. 4.4.3.3**

Mit Blick auf das Gesagte, auf die erheblichen Kosten des flexiblen Altersrücktritts (vgl. Art. 8 GAV FAR) und die prinzipielle Zugehörigkeit von Transportleistungen zum Transportgewerbe (vgl. E. 4.3) lässt die fehlende Erwähnung der Transporte von und zu Baustellen in Art. 2 Abs. 1 GAV FAR einzig den Schluss zu, dass die Sozialpartner reine (Bau-)Transportbetriebe nicht dem GAV FAR unterstellen wollten.

#### **E. 4.4.4**

Steht demnach fest, dass reine Transportunternehmen vom betrieblichen Geltungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 GAV FAR nicht erfasst werden, ist die Unterstellung solcher Betriebe mittels Allgemeinverbindlicherklärung ausgeschlossen (E. 4.4.2). Chauffeure werden nur (aber immerhin) als Spezialisten in den Geltungsbereich des GAV FAR miteinbezogen, soweit sie in einem Betrieb resp. Betriebsteil tätig sind, der hauptsächlich Bauleistungen im klar und abschliessend umrissenen Sinne von Art. 2 Abs. 1 GAV FAR erbringt (Art. 3 Abs. 1 lit. e GAV FAR; vgl. auch Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR). Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Beitragspflicht der Beschwerdegegnerin zu Recht verneint; die Beschwerde ist unbegründet. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.