

# **BGer 4A\_597/2017 vom 23. April 2018**

Bundesgericht, 2018-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_597\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_597_2017)

FR: TF 4A\_597/2017 du 23 avril 2018

IT: TF 4A\_597/2017 del 23 aprile 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Urteils des Kreisgerichts St. Gallen beantragt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da es sich hierbei nicht um einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid handelt ( Art. 75 Abs. 1 BGG ). Soweit die Beschwerdeführerin das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen anfechtet, richtet sich die Beschwerde gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer oberen kantonalen Instanz, die auf ein Rechtsmittel hin kantonal letztinstanzlich ( Art. 75 BGG ) in einer Zivilsache ( Art. 72 BGG ; vgl. BGE 137 III 556 E. 3 S. 557 f.; 134 III 11 ) entschieden hat. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), die Streitwertgrenze ist erreicht ( Art. 74 Abs. 1 BGG ) und die Beschwerdefrist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) ist eingehalten. Auf die Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts ist somit - unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG ) - einzutreten.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, bei der Überprüfung, ob sie dem LMV Bauhauptgewerbe unterstehe, seien sowohl die materiellrechtlichen Normen als auch die gesamten Verfahrensvorschriften des LMV einzuhalten bzw. anzuwenden. Einem LMV-Unterstellungsentscheid müsse zwingend ein LMV-konformes Unterstellungsverfahren vorangehen. Nach Art. 76 Abs. 4 LMV führe die lokale paritätische Berufskommission ihre Verfahren nach rechtsstaatlichen Grundsätzen. Für die konkreten Verfahrensschritte bzw. die Art und Weise des Zustandekommens einer Unterstellung werde im LMV auf das Reglement der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission verwiesen. Danach führe die Paritätische Berufskommission vor einer Unterstellung eine Unterstellungskontrolle durch, erstelle einen Kontrollbericht und räume dem betroffenen Betrieb eine angemessene Frist zur Stellungnahme ein (Gewährung des rechtlichen Gehörs). Eine Unterstellungskontrolle sei bei der Beschwerdeführerin aber nicht durchgeführt worden, es sei kein Kontrollbericht erstellt worden und sie habe aus heiterem Himmel, nachdem sie während über 6 Jahren nichts mehr von der Beschwerdegegnerin gehört habe, den Unterstellungsentscheid erhalten. Eine derart krasse (LMV-) Gehörsverletzung habe zwingend das Nachholen der Versäumnisse zur Folge. Die Vorinstanz hätte der angebotenen Rückweisung an das Kreisgericht zur Vornahme bzw. Anordnung einer mit dem LMV übereinstimmenden Untersuchungskontrolle stattgeben müssen.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, dem Unterstellungsentscheid komme keine rechtsverbindliche Wirkung zu. Ob ein Betrieb unter einen allgemeinverbindlichen GAV falle, entscheide allein der Richter, nicht die paritätische Kommission. Beim Entscheid des Richters gehe es mithin auch nicht um eine Überprüfung des Unterstellungsverfahrens, sondern um die nach zivilprozessualen Bestimmungen zu treffende Feststellung, ob ein Betrieb bzw. eine Tätigkeit in den Anwendungsbereich des LMV falle oder nicht. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin sei deshalb nicht von Bedeutung, auf welche Weise die vorprozessuale Auseinandersetzung zwischen den Parteien geführt worden sei. Die Durchführung einer Unterstellungskontrolle sei keine Voraussetzung für den richterlichen Entscheid darüber, ob ein Betrieb unter den GAV falle oder nicht. Da dieser Entscheid aufgrund der ZPO ergehe, sei nicht erforderlich, dass ein GAV-konformes Verfahren vorangegangen sei.

### **E. 2.3**

Diese Ausführungen der Vorinstanz treffen zu (vgl. auch Urteil 4A\_351/2014 vom 9. September 2014 E. 5.2). Es ist zwar stossend, wenn sich die Paritätische Berufskommission nicht an die Verfahrensvorschriften des LMV für die Unterstellung hält. Dennoch hat das Gericht die Unterstellung der Beschwerdeführerin im Rahmen eines zivilprozessualen Verfahrens zu prüfen; seine Aufgabe besteht weder in der Überprüfung des vorangegangenen Unterstellungsverfahrens noch in der Durchführung eines Verfahrens gemäss den Verfahrensvorschriften des LMV. Entsprechend hat das Bundesgericht auf Rüge hin lediglich zu überprüfen, ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin gewahrt hat, und nicht, ob die Paritätische Berufskommission in dieser Hinsicht korrekt vorgegangen ist. Anfechtungsobjekt ist denn auch der vorinstanzliche Entscheid und nicht der Unterstellungsentscheid der Beschwerdegegnerin. Die Rüge der Verletzung des LMV-Verfahrensrechts ist somit unbegründet. Ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat, wie diese geltend macht, ist sogleich zu prüfen (E. 3).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz hätte zumindest die von ihr beantragte Befragung des Zeugen B.\_\_\_\_\_ durchführen müssen. Dieser habe den Expertenbericht vom 22. Januar 2015 verfasst und wäre befähigt gewesen, die Unterstellungskontrolle wenigstens teilweise im Rahmen des gerichtlichen Beweisverfahrens nachzuholen und/oder zu gewissen Themen einer Unterstellungskontrolle Rede und Antwort zu stehen. Die Vorinstanz habe wie das erstinstanzliche Gericht diesen Beweis Antrag rechtswidrig übergangen.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat dazu ausgeführt, beim Expertenbericht B.\_\_\_\_\_ handle es sich nicht um ein (gerichtliches) Gutachten; es beinhalte als Privatgutachten bloss Parteibehauptungen. Da sich beide Parteien auf den Expertenbericht stützten, seien die darin enthaltenen Tatsachenfeststellungen als von den Parteien übereinstimmend vorgebrachte Sachbehauptungen zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin begründe ihren Antrag auf Befragung von B.\_\_\_\_\_ u.a. damit, dass dieser befähigt sei, die Unterstellungskontrolle nachzuholen und ihre Fragen betreffend das LMV-Unterstellungsverfahren zu beantworten. Dieser Beweis Antrag sei indessen nicht rechtserheblich, da allein der Richter über die Unterstellung eines Betriebs entscheide. Die

Beschwerdeführerin lege weiter nicht dar, welche Fragen B. \_\_\_\_\_ in Ergänzung zu den Feststellungen in seinem Bericht zu stellen wären. Soweit sie sich in ihren Ausführungen auf Rechtsfragen beziehe, so sei es nicht Aufgabe eines (sachverständigen) Zeugen, sich zu Rechtsfragen zu äussern. Da es somit an substantiierten Parteibehauptungen in Bezug auf nicht schon im Bericht beantwortete Fragen fehle, welche B. \_\_\_\_\_ zu stellen wären, habe das erstinstanzliche Gericht zu Recht auf die beantragte Beweisabnahme verzichtet und es könne davon auch im Berufungsverfahren abgesehen werden.

### **E. 3.2**

Der Beweisführungsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 8 ZGB bzw. Art. 152 ZPO verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299; 114 II 289 E. 2a S. 290; Urteil 5A\_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.2). Dieser Anspruch schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332).

### **E. 3.3**

Da es wie bereits ausgeführt (E. 2.3) nicht Aufgabe des Gerichts ist, ein Unterstellungsverfahren gemäss den Verfahrensvorschriften des LMV durchzuführen, hat die Vorinstanz den Beweisantrag in dieser Hinsicht bundesrechtskonform abgewiesen. Das Gericht ist zwar gerade in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem eklatante Verletzungen der massgebenden Verfahrensbestimmungen im Unterstellungsverfahren geltend gemacht werden, besonders gehalten, den Sachverhalt sorgfältig zu erstellen. Dies befreit die Parteien indessen nicht davon, Tatsachenbehauptungen aufzustellen, welche sie mit den beantragten Beweismitteln beweisen wollen. Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (Urteile 4A\_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4; 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3; 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2). Diese Anforderungen hat die Vorinstanz angesichts der sehr allgemein gehaltenen Begründung des Beweisantrags der Beschwerdeführerin zu Recht als nicht erfüllt beurteilt. Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander und zeigt auch nicht auf, welche Tatsachen sie in diesem Zusammenhang im vorinstanzlichen Verfahren behauptet und zu deren Beweis die Zeugenbefragung beantragt habe. Damit erweist sich die Rüge als unbegründet.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Vorinstanz sei willkürlich und ohne fundierte Fachabklärungen zum Schluss gekommen, für ein gebrauchsfähiges Monobetonwerk sei der im Gutachten von B. \_\_\_\_\_ beschriebene zweite Arbeitsschritt - dessen Vornahme ihre Aufgabe sei - erforderlich. Die Unterstellung unter den LMV sei rechtswidrig.

### **E. 4.1**

Ziff. II Art. 2 Abs. 3 des Bundesratsbeschlusses vom 15. Januar 2013 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend: AVE LMV) lautet wie folgt:

"Die allgemeinverbindlich erklärten (...) Bestimmungen des im Anhang wiedergegebenen [LMV] gelten für die Arbeitgeber (Betriebe, Betriebsteile, und selbständige Akkordanten), deren Haupttätigkeit, d.h. ihr Gepräge, im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt.

Das Gepräge Bauhauptgewerbe liegt vor, wenn eine oder mehrere der nachstehenden Tätigkeiten durch den Betrieb oder den Betriebsteil hauptsächlich, d.h. überwiegend ausgeführt werden:

- a) Hochbau, Tiefbau (einschliesslich Spezialtiefbau), Untertagbau und Strassenbau (inkl. Belagseinbau);
- b) Aushub, Abbruch, Deponie- und Recyclingbetriebe; ausgenommen sind stationäre Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle und das in ihnen beschäftigte Personal;
- c) Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie Pflästereibetriebe;
- d) (...)
- e) (...)
- f) Betoninjektions- und Betonsanierungsbetriebe, Betonbohr- und Betonschneidunternehmen;
- g) Betriebe, die Asphaltierungen ausführen und Unterlagsböden erstellen;"

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz entnahm dem Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ folgende Sachverhaltsfeststellungen: Der Monobeton werde als Überbeton (Überzug) oder als Konstruktionsbeton (Bodenplatte, Decke) erstellt. Die Erstellung gliedere sich in drei Hauptphasen: In einem ersten Arbeitsschritt werde der Monobeton eingebracht und systematisch verdichtet sowie die Betonoberfläche auf die genaue Höhe abgezogen. In einem zweiten Arbeitsschritt werde die Oberfläche des Monobetons weiterbearbeitet bzw. -behandelt, sobald diese tragfähig angesteift und trittfest sei, und zwar durch grobes maschinelles Ausgleichstaloschieren der trittfesten Betonoberfläche, sauberes maschinelles Glätten als gebrauchsfertiger Feinbelag oder Aufbringen eines Besenstriches als rutschfester Fertigbelag sowie Einstreuen von Hartstoffen. In einem dritten Arbeitsschritt werde der Monobeton nachbehandelt durch Abdecken mit einer PE-Folie oder Aufspritzen eines Curing zur Verhinderung vorzeitigen Austrocknens des Betons sowie durch Schützen der Betonoberfläche gegen Frost in den Wintermonaten. In der Regel werde der erste Arbeitsschritt durch den Baumeister, der zweite durch eine spezialisierte Firma und der dritte entweder wiederum vom Baumeister oder von der spezialisierten Firma ausgeführt. Die Haupttätigkeit der Beschwerdeführerin bestehe in der Oberflächenbearbeitung von Monobeton (zweiter Arbeitsschritt); ab und zu führe sie auch die Nachbehandlung (dritter Arbeitsschritt) aus.

Gestützt auf diese Feststellungen erwog die Vorinstanz, der von der Beschwerdeführerin als Haupttätigkeit durchgeführte zweite Arbeitsschritt der Oberflächenbearbeitung stelle einen notwendigen und wesentlichen Teil der Herstellung von Monobeton dar und es handle sich nicht lediglich um eine rein kosmetische Nachbearbeitung eines bereits erstellten Bodens. Es seien alle drei Arbeitsschritte erforderlich; nach dem ersten Arbeitsschritt liege kein brauchbares Betonwerk vor. Zwar könnte dieses dann an sich für die Erstellung eines Überzugs, einer Bodenplatte oder einer Decke genügen. Aus dem Hinweis im Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ auf die für die Erstellung von Monobetonwerken

anwendbaren SIA-Normen und der Umschreibung des Zwecks des zweiten Arbeitsschrittes sei indessen zu schliessen, dass der zweite Arbeitsschritt zwingend notwendig dafür sei, dass der Bauherr nicht einfach einen "Betonboden", sondern ein Werk der Qualität erhalte, die er erwarten dürfe, wenn ihm die Erstellung des Werks in Monobeton versprochen werde. Der Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ enthalte denn auch keinerlei Hinweise darauf, dass auf den zweiten Arbeitsschritt verzichtet werden könnte. Es sei mithin von einer Einheit der Arbeitsschritte 1 und 2 bei der Erstellung eines Monobetonwerks sowie davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin mit der Oberflächenbearbeitung bei dieser Erstellung eine wesentliche und unabdingbare Teilleistung erbringe. Zwischen dem ersten und dem zweiten Arbeitsschritt bestehe denn auch ein enger zeitlicher Zusammenhang, indem die Oberfläche des eingebrachten Betons bearbeitet werden müsse, sobald dieser tragfähig angesteift bzw. trittfest sei und noch nicht ausgehärtet. Es gebe auch Baumeisterbetriebe, die den zweiten Arbeitsschritt selbst ausführen würden. Für eine Unterstellung spreche auch der Vergleich mit der Asphaltierung, welche dem GAV unterstehe, und bei welcher es wie beim zweiten Arbeitsschritt darum gehe, ein Werk mit dem für den Gebrauch nötigen Fein- bzw. Fertigbelag zu versehen.

Insgesamt sei somit aufgrund des Expertenberichts B. \_\_\_\_\_ zu schliessen, dass die Beschwerdeführerin mit der Oberflächenbearbeitung dazu beitrage, dass das Monobetonwerk bzw. der Monobetonboden die Eigenschaften aufweise, um derentwillen es bzw. er vom Bauherr bestellt worden sei. Die Erstellung solcher Bauteile unterstehe Ziff. II Art. 2 Abs. 3 AVE LMV, namentlich dessen lit. a. Dass spezialisierte Unternehmen des Bauhauptgewerbes auch unterstellt seien, ergebe sich schon aus den in Ziff. II Art. 2 Abs. 3 AVE LMV aufgezählten Tätigkeiten, wo etwa der Spezialtiefbau, die Ausführung einer Asphaltierung oder die Erstellung von Unterlagsböden genannt würden. Die Aufzählung in lit. a bis g sei nicht abschliessend, sondern es sei durch Auslegung zu ermitteln, welche Tätigkeiten oder Betriebe dem AVE LMV unterstünden.

#### **E. 4.3.1**

Gegen die Würdigung des Expertenberichts B. \_\_\_\_\_ durch die Vorinstanz bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch alleine das Einbringen von "Monobeton" ohne Glättung möglich. Der Monobeton-Begriff beinhalte noch nicht die Tätigkeit des anschliessenden Glättens. Möglich sei auch die Ausführung einer Betonplatte mit "Monobeton" ohne weitere Oberflächenbearbeitung oder zur Aufnahme eines später aufzubringenden Überzugs oder Unterlagbodens. Somit handle es sich bei der Betonglättung nicht um einen notwendigen Teil der eigentlichen Betonwerkherstellung, was sowohl aus dem Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ als auch aus dem Expertenbericht der C. \_\_\_\_\_ AG hervorgehe. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin sei reine Veredelung bzw. kosmetische Nachbehandlung eines bereits erstellten Betonwerks. Die Glättung bzw. die Taloschierung werde denn auch separat von der Baumeisterarbeit ausgeschrieben. Der Vergleich mit der Asphaltierung gehe grundlegend an der Sache vorbei. Beim Asphaltieren gehe es nicht um eine Verfeinerung des Belags, sondern darum, diesen mehrschichtig einzubringen; vergleichbar mit dem im Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ genannten ersten Arbeitsschritt. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin sei viel eher mit der Fahrbahnkosmetik zu vergleichen, nämlich der reinen Beschriftung der Fahrbahn (Fussgängerstreifen etc.).

#### **E. 4.3.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Soweit die Parteien die vorinstanzliche Beweiswürdigung kritisieren, ist zu beachten, dass das Bundesgericht in diese nur eingreift, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1 ; 129 I 8 E. 2.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 136 III 552 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen ( BGE 134 II 244 E. 2.2).

### **E. 4.3.3**

Dies zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Sie führt in der Beschwerde in erster Linie aus, wie der Begriff des Monobeton oder des Monobetonwerks ihrer Ansicht nach zu verstehen wäre und macht geltend, dies ergebe sich aus den Expertenberichten B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ AG. Soweit sie sich auf den Expertenbericht der C. \_\_\_\_\_ AG stützt, blendet sie aus, dass dieser Bericht nach dem vorinstanzlichen Urteil verspätet eingereicht wurde und daher nicht berücksichtigt werden kann; dagegen bringt sie nichts vor. Was den Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ angeht, so stützt sich die Vorinstanz ebenfalls darauf. Inwiefern die Vorinstanz den Expertenbericht B. \_\_\_\_\_ willkürlich falsch gewürdigt hätte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Aus den Ausführungen des Experten B. \_\_\_\_\_, der die Erstellung von Monobeton in drei Hauptphasen gliedert, durfte die Vorinstanz jedenfalls ohne Willkür schliessen, die zweite Hauptphase - die von der

Beschwerdeführerin angebotene Betonoberflächenbearbeitung - gehöre zur Herstellung eines Monobetonwerks dazu. Die Rüge ist unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 4.4.1**

Zur Frage der Unterstellung bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz blende aus, dass gemäss dem Urteil des Bundesgerichts 9C\_453/2016 angesichts der detaillierten Aufzählung in Art. 2 LMV eine GAV-Unterstellung ausserhalb des jeweiligen Katalogs nur aufgrund einer ausdrücklichen Äusserung oder eines formellen Anschlusses erfolgen könne. Dies sei hier nicht der Fall. Die Sozialpartner hätten eine Unterstellung der baumeisterfremden Taloschier Tätigkeit offensichtlich nicht gewollt. Die Vorinstanz verletze mit der Unterstellung insbesondere Ziff. II Art. 2 Abs. 3 der Allgemeinverbindlicherklärung des LMV. Jedenfalls aber wäre bei der Auslegung dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Die Zuordnung eines Betriebs zum GAV müsse leicht erkennbar sein. Dies sei hier aus den folgenden vier Gründen nicht der Fall: Erstens habe die Beschwerdegegnerin 6 Jahre "abklären" müssen, ob die Beschwerdeführerin dem LMV zu unterstellen sei. Zweitens habe der Schweizerische Baumeisterverband rechtskräftig entschieden, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin keine Baumeistertätigkeiten ausführe und vom Berufsbildungsfonds Bau befreit werde, dies bei quasi deckungsgleichen Tätigkeitsaufzählungen beim Geltungsbereich des LMV und des Reglements Berufsbildungsfonds Bau. Drittens gehe aus dem Expertenbericht B.\_\_\_\_\_ hervor, dass die Beschwerdeführerin keine eigentliche Baumeistertätigkeit, sondern nur eine Oberflächenbehandlung des angesteiften Konstruktionsbetons ausführe. Viertens sei der dipl. Bauingenieur D.\_\_\_\_\_ von der C.\_\_\_\_\_ AG in seinem Expertenbericht zum Schluss gekommen, die Betonglättung sei nicht ein notwendiger Teil der eigentlichen Betonwerkherstellung. Schliesslich sei ein allgemeinverbindlich erklärter GAV einschränkend auszulegen. Die Sozialpartner hätten am 8. Dezember 2015 den Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe 2016-2018 verabschiedet, ohne den Geltungsbereich um die Monobetonglättung zu ergänzen, obwohl sie um die offene Fragestellung bezüglich Zugehörigkeit dieser Tätigkeit gewusst hätten. Die Sozialpartner hätten das Taloschieren somit offensichtlich nicht dem LMV unterstellen wollen.

#### **E. 4.4.2**

Für die Auslegung von Bestimmungen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gelten die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung ( BGE 141 V 657 E. 4.4 S. 664; 127 III 318 E. 2a S. 322). Es besteht weder ein Grund für eine besonders restriktive noch für eine besonders weite Auslegung. Besondere Bedeutung kommt jedoch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu. Wenn der Gesamtarbeitsvertrag seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht ( BGE 141 V 657 E. 4.4 S 664; Urteile 4A\_296/2017 vom 30. November 2017 E. 1.4.4; 4C.45/2002 vom 11. Juli 2002 E. 2.1.2). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung sollen die Arbeitsbedingungen der bei Aussenseitern angestellten Arbeitnehmer gesichert, die Sozial- und Arbeitsbedingungen als Faktor des Konkurrenzkampfes ausgeschlossen und soll dem Gesamtarbeitsvertrag zu grösserer Durchsetzungskraft verholfen werden ( BGE 141 V 657 E. 4.4 S 664 mit Hinweisen).

#### **E. 4.4.3**

Die Unterstellung eines Betriebs unter einen GAV setzt nicht voraus, dass die Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt (vgl. BGE 142 III 758 E. 2.2 S. 760; 141 V 657 E. 4.5.2.1 S. 665), in der Bestimmung zum betrieblichen Geltungsbereich ausdrücklich erwähnt wird. Vielmehr ist diese Bestimmung auszulegen, so auch - wie von der Vorinstanz bundesrechtskonform ausgeführt - die Begriffe "Hochbau" und "Tiefbau" nach Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. a AVE LMV. Eine Unterstellung der Taloschierätigkeit ist mithin auch ohne ausdrückliche Aufführung in der genannten Bestimmung möglich. Für die Auslegung kann aus der langen Verfahrensdauer nichts abgeleitet werden. Für die Beweiswürdigung ist auf E. 4.3 zu verweisen. Danach steht für das Bundesgericht verbindlich fest, dass die von der Beschwerdeführerin angebotene Betonoberflächenbearbeitung zur Herstellung eines Monobetonwerks dazugehört. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann die Taloschierätigkeit auch nicht als "baumeisterfremd" bezeichnet werden, hat doch die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass zwischen dem ersten und zweiten Arbeitsschritt zwingend ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehe und der zweite Arbeitsschritt bisweilen auch von Baumeisterbetrieben selbst ausgeführt werde. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Teil der Herstellung eines Monobetonwerks unter Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. a AVE LMV ("Hochbau, Tiefbau [einschliesslich Spezialtiefbau], Untertagbau und Strassenbau [inkl. Belagseinbau]") subsumierte. Die Rüge ist unbegründet.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

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