

# **BGer 9C\_339/2023 vom 28. Februar 2024**

Bundesgericht, 2024-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_339\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_339_2023)

FR: TF 9C\_339/2023 du 28 février 2024

IT: TF 9C\_339/2023 del 28 febbraio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), ohne Bindung an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente oder die Erwägungen der Vorinstanz. Es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) prüft das Bundesgericht indes grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern eine Rechtsverletzung nicht geradezu offensichtlich ist ( BGE 143 V 19 E. 2.3 mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben ( BGE 141 V 657 E. 3.5.1 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Der Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR (AVE GAV FAR [BBl 2003 4039]) wurde u.a. durch Beschlüsse vom 8. August und 26. Oktober 2006, 1. November 2007, 6. Dezember 2012, 10. November 2015, 14. Juni 2016 und 7. August 2018 verlängert resp. angepasst (BBl 2006 6751, 8865 ; 2007 7881 ; 2012 9763 ; 2015 8307 ; 2016 5033 ; 2017 5823 ).

Die Vorinstanz legte die Bestimmungen über den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR (Art. 2 Abs. 4 in der bis 31. Dezember 2012 gültig gewesenen Fassung und Art. 2 Abs. 4 lit. b in der ab 1. Januar 2013 geltenden Fassung) zutreffend dar. Darauf wird verwiesen.

### **E. 2.3**

Zu ergänzen bzw. zu wiederholen ist, dass Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) den Verleiher verpflichtet, gegenüber dem Arbeitnehmer die Regelungen über den flexiblen Altersrücktritt eines allgemeinverbindlich erklärten GAV einzuhalten, wenn der Einsatzbetrieb einem solchen untersteht. Gemäss Art. 48c Abs. 1 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111) entsteht diese

Beitragspflicht ab dem ersten Arbeitstag für die Zeit, in der ein Arbeitnehmer im Geltungsbereich des GAV zum Einsatz kommt. Von der Beitragspflicht sind nach Abs. 2 diejenigen Arbeitnehmer ausgenommen, die kumulativ das 28. Altersjahr noch nicht vollendet haben (lit. a), die sich in einer Ausbildung befinden, die nicht zu einem Beruf im Geltungsbereich des entsprechenden GAV führt (lit. b) und deren Einsatzvertrag auf drei Monate befristet ist (lit. c; vgl. FABIAN LOOSER, Der Personalverleih - unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih, 2015, Rz. 729 ff.).

#### **E. 2.4**

Gemäss Art. 356b OR können sich einzelne Arbeitgeber und einzelne im Dienst beteiligter Arbeitgeber stehende Arbeitnehmer mit Zustimmung der Vertragsparteien dem GAV anschliessen und gelten als beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ein solcher Anschluss hat zur Folge, dass die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des GAV auch für den Angeschlossenen normativ wirken (vgl. Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1999, N. 8 zu Art. 356b OR ). Der Anschluss erfolgt gemäss Art. 356c Abs. 1 OR in Form eines schriftlich geschlossenen Vertrags zwischen dem Aussenseiter, der eine Anschlusserklärung (Offerte) abgibt, und den Vertragsparteien, die dieser zustimmen. Vielfach sind die Vertragsparteien durch die paritätische Kommission als Organ vertreten. Ist dies nicht der Fall, so muss jeder Verband die Zustimmung erklären (Vischer/Albrecht, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 34 zu Art. 356b OR ; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, 7. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 356b OR ).

#### **E. 3**

Es besteht unter den Parteien dahingehend Einigkeit, dass die Beschwerdegegnerin nicht Mitglied eines vertragsschliessenden Verbands war und sich dem GAV FAR auch nicht angeschlossen hat. Nicht streitig ist weiter, dass sie als Personalverleiherin in den Jahren 2015 bis 2017 Mitarbeitende an die B.\_\_\_\_\_ AG verliehen hat. Zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin aufgrund dieses Verleihs gestützt auf Art. 20 Abs. 3 AVG FAR-Beiträge schuldet.

#### **E. 4**

Die Vorinstanz schloss, innerhalb der B.\_\_\_\_\_ AG hätten keine selbständigen, eine eigene organisatorische Einheit bildenden Betriebe vorgelegen, weshalb deren betriebliche Unterstellung unter den AVE GAV FAR für den Gesamtbetrieb zu prüfen sei. In Bezug auf diese Prüfung stellte das kantonale Gericht fest, die B.\_\_\_\_\_ AG sei im massgebenden Zeitraum im Bereich der Schadstoffsanierung tätig gewesen, welche nur dann unter Art. 2 Abs. 4 lit. b AVE GAV FAR falle, wenn sie sich auf Bauwerke und Bauwerksteile beziehe. Aus den eingereichten Akten gehe indessen nicht hervor, in welchem Umfang die B.\_\_\_\_\_ AG solche und in welchem Umfang sie andere (nicht unter Art. 2 Abs. 4 lit. b AVE GAV FAR fallende) Sanierungsarbeiten durchgeführt habe. Jedenfalls könne nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass dabei die Schadstoffsanierung von belasteten Gebäuden und Gebäudeteilen überwiegend gewesen und der Tätigkeit der B.\_\_\_\_\_ AG das Gepräge gegeben habe. Nachdem weitere Beweismassnahmen zur Klärung dieser Frage infolge Löschung der B.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister nicht in Betracht kämen, sei nicht erstellt, dass diese für die Jahre 2015 bis 2017 unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR falle. Die Folgen dieser Beweislosigkeit habe die Stiftung FAR zu tragen. Da ein freiwilliger Anschluss eines Unternehmens voraussetze, dass zumindest ein Betriebsteil unter den betrieblichen

Geltungsbereich des GAV FAR bzw. des AVE GAV FAR falle, könne auch nicht geprüft werden, ob ein freiwilliger Anschluss der B.\_\_\_\_\_ AG überhaupt möglich gewesen sei. Deshalb könne die Stiftung FAR aus dem Umstand, dass die B.\_\_\_\_\_ AG Beiträge letztlich entrichtet habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

## **E. 5**

In formeller Hinsicht rügt die Stiftung FAR eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil sich das kantonale Gericht nicht rechtsgenügend mit der Auslegung von Art. 20 Abs. 3 AVG befasst habe. Insbesondere sei dieses fälschlicherweise davon ausgegangen, dass eine Unterstellung einzig kraft Allgemeinverbindlicherklärung (und nicht auch durch Anschluss nach Art. 356b OR und "Unterstellungserklärung bzw. Unterstellungsvereinbarung") bewirkt werden könne. Damit habe sich die Vorinstanz letztlich auf die Prüfung der nicht relevanten Frage beschränkt, ob die B.\_\_\_\_\_ AG unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR falle.

### **E. 5.1**

Im Rahmen der aus dem Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV fließenden Begründungspflicht ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt ( BGE 142 II 49 E. 9.2 ; 136 I 184 E. 2.2.1).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz befasste sich eingehend mit der Frage, ob die B.\_\_\_\_\_ AG unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR falle. Davon, dass dies gar nicht entscheiderelevant gewesen sei, kann keine Rede sein, hatte doch die Klage der Stiftung FAR vom 10. Mai 2022 primär auf eben diese Frage abgezielt. Nur im Rahmen einer Eventualbegründung hatte die Stiftung FAR damals geltend gemacht, die Beschwerdegegnerin sei auch leistungspflichtig, wenn die B.\_\_\_\_\_ AG nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR falle. Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde nahm das kantonale Gericht auch diese Frage explizit auf und begründete in E. 3.8, weshalb ihrer Auffassung nach eine freiwillige Unterstellung kraft Anschluss nicht möglich sei. Auch wenn diese Begründung knapp ausfiel, genügt sie - und genügt das angefochtene Urteil insgesamt - den genannten Anforderungen. Die Stiftung FAR stellt denn auch gar nicht in Abrede, dass ihr eine sachgerechte Anfechtung des Urteils vom 16. März 2023 ohne Weiteres möglich war. Die Rüge der Gehörsverletzung ist unbegründet.

## **E. 6**

Die Stiftung FAR räumt ausdrücklich ein, die B.\_\_\_\_\_ AG sei im massgebenden Zeitraum nicht Mitglied eines vertragsschliessenden Verbands gewesen. Sie bestreitet auch den vorinstanzlichen Schluss nicht, die B.\_\_\_\_\_ AG sei in den Jahren 2015 bis 2017 als Gesamtbetrieb nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR gefallen. Weiterungen zu dieser Frage erübrigen sich (zur Rügepflicht vgl. E. 1 hievore). Daran ändert nichts, dass die B.\_\_\_\_\_ AG seinerzeit nur gegen eine solche Unterstellung betreffend die Jahre 2015 und 2016 (nicht aber 2017) opponierte.

## **E. 6.1**

Die Stiftung FAR macht geltend, die B. \_\_\_\_\_ AG habe sich dem GAV FAR im Sinne von Art. 356b OR angeschlossen, wie sich aus der Korrespondenz ergebe. Konkret habe die Stiftung FAR mit rechtsgültig unterzeichnetem Schreiben vom 10. März 2017 unmissverständlich zu verstehen gegeben, sie werde davon ausgehen, die B. \_\_\_\_\_ AG sei mit dem Entscheid vom 24. Januar 2017 einverstanden, sollte sie nicht bis Ende März 2017 die eingeforderten Unterlagen einreichen. Die B. \_\_\_\_\_ AG habe bis zum Fristablauf unbestrittenermassen keine solchen eingereicht. Vielmehr habe sie am 25. April 2017 unterschriftlich bestätigt, die Beitragsschulden anzuerkennen. Dadurch sei sie durch Anschluss dem GAV FAR unterstellt worden.

### **E. 6.1.1**

Der Anschluss gemäss Art. 356b OR stellt (neben der Verbandsmitgliedschaft und der Allgemeinverbindlicherklärung) eine unmittelbare Art der Vertragsbindung dar. Er beruht auf einem Anschlussvertrag zwischen den GAV-Parteien einerseits und dem einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer andererseits. Dieser Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Schriftform (vgl. E. 2.4 hievor). Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde kann aus dem blossen Umstand, dass die B. \_\_\_\_\_ AG die Lohnsummen im April 2017 meldete und die FAR-Beiträge letztlich bezahlte, kein Anschluss im Sinne von Art. 356b OR abgeleitet werden. So finden sich in den Akten keine Hinweise auf ein Anschlussgesuch der B. \_\_\_\_\_ AG oder eine entsprechende Offerte der Stiftung FAR, welche vom jeweiligen Vertragspartner überhaupt hätte angenommen werden können (zur Frage, wer als Offerent und wer als Annehmender zu qualifizieren ist vgl. ANNAHEIM-BÜTTIKER, Die Stellung des Aussenseiter-Arbeitnehmers im System des Gesamtarbeitsvertragsrechts, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 17, 1990, S. 55). Diesbezüglich gilt es insbesondere festzuhalten, dass ein Anschluss im Sinne von Art. 356b OR weder im Entscheid der Stiftung FAR vom 24. Januar 2017 noch in deren Schreiben vom 2. Februar und vom 10. März 2017 überhaupt thematisiert wurde. Vielmehr ging es dort einzig um die - hier nicht mehr streitige (vgl. E. 6 hievor) - Frage der Unterstellung unter den räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR; eine solche Unterstellung bestritt die B. \_\_\_\_\_ AG damals zumindest betreffend die Jahre 2015 und 2016 in aller Deutlichkeit. Selbst wenn in ihrem Folgeverhalten (konkludent) eine Abkehr von dieser Meinung erblickt würde, tangierte dies einzig die zuvor im Streit gelegene Frage nach einer betrieblichen Unterstellung unter den AVE GAV FAR, nicht aber jene nach einem Anschluss im Sinne von Art. 356b OR .

Auch die übrigen Akten (namentlich die am 25. April 2017 eingereichten Lohnsummenmeldungen) enthalten nichts, was einen Anschluss im Sinne von Art. 356b OR nahelegen würde.

### **E. 6.1.2**

Fehlt es an einem Anschlussvertrag im Sinne von Art. 356b OR erübrigen sich zum Vornherein Weiterungen dazu, ob dem Schriffterfordernis von Art. 356c OR Genüge getan worden und inwiefern die Stiftung FAR überhaupt befugt gewesen wäre, einen solchen Vertrag in Vertretung aller Vertragsparteien abzuschliessen. Weiter braucht nicht auf die nach Ansicht der Beschwerdegegnerin nicht erfüllten Anschlussvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 3 GAV FAR eingegangen zu werden. Offen bleiben kann auch, ob und inwiefern sich ein Verleiher von Arbeitskräften gestützt auf Art. 20 Abs. 3 AVG einen zwischen den

GAV-Parteien und dem Arbeitgeber nachträglich abgeschlossenen Anschlussvertrag im Sinne von Art. 356b OR entgegenhalten lassen müsste, von dem er im Zeitpunkt des tatsächlichen Personalverleihs noch gar keine Kenntnis haben konnte (zum Erfordernis der leichten Erkennbarkeit, ob Parteien einem GAV unterstehen oder nicht vgl. BGE 141 V 657 E. 4.4).

## **E. 6.2**

Eventualiter macht die Stiftung FAR geltend, die B.\_\_\_\_\_ AG habe sich durch "Unterstellungserklärung bzw. -vereinbarung" dem GAV FAR unterstellt. Zur Begründung beschränkt sie sich im Wesentlichen auf einen Verweis auf Ausführungen im Berner Kommentar (vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, a.a.O. N. 17 zu Art. 356b).

### **E. 6.2.1**

Ob derlei vom Gesetz nicht erwähnte - von diesem aber auch nicht verbotene (vgl. Vischer/Albrecht, a.a.O., N. 21 ff. zu Art. 356b OR ) - Unterstellungsformen zulässig sind, braucht hier ebenso wenig geklärt zu werden wie die Frage, inwiefern eine solche Unterstellungserklärung auch konkludent und rückwirkend sollte erfolgen können. So kann im Verhalten der B.\_\_\_\_\_ AG zum Vornherein keine (konkludente) Unterstellungserklärung erblickt werden. Nach bereits Dargelegtem ging es im Entscheid vom 24. Januar 2017 und in der folgenden Korrespondenz zwischen der Stiftung FAR und der B.\_\_\_\_\_ AG stets um die hier unstrittig zu verneinende Frage, ob Letztere in den Jahren 2015 bis 2017 unter den räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fiel. Demgegenüber wurde - so weit ersichtlich - eine freiwillige Unterstellung ebenso wenig thematisiert wie ein Anschluss nach Art. 356b OR .

### **E. 6.2.2**

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die von der Stiftung FAR vertretene Auffassung, die B.\_\_\_\_\_ AG habe sich freiwillig unter den GAV FAR unterstellen wollen, auch deshalb nicht überzeugt, weil sich diese zumindest betreffend die Zeit vor dem 1. Januar 2017 unmissverständlich gegen eine betriebliche Unterstellung kraft Allgemeinverbindlicherklärung ausgesprochen und auch entsprechende Rechtsbehelfe ergriffen hatte. Es erhellt nicht, weshalb sich die B.\_\_\_\_\_ AG gegen eine solch betriebliche Unterstellung hätte zur Wehr setzen sollen, nur um sich dem GAV FAR in der Folge freiwillig (zu den diesbezüglichen Nachteilen vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI a.a.O. N. 17 zu Art. 356b) zu unterstellen.

## **E. 6.3**

Es bleibt damit gänzlich unklar, weshalb die B.\_\_\_\_\_ AG die von der Stiftung FAR für die Jahre 2015 bis 2017 in Rechnung gestellten Beiträge letztlich bezahlte. Es ist denkbar, dass sie dies irrtümlich tat oder um einen kostspieligen Gerichtsprozess zu verhindern oder weil sie sich in einem solchen keine guten Erfolgsaussichten einräumte. Weitere - von der Stiftung FAR auch gar nicht beantragte - Beweismassnahmen zur Klärung dieser Frage erübrigen sich infolge Löschung der B.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 144 V 361 E. 6.5). Den vorhandenen Akten lässt sich jedenfalls nichts entnehmen, was darauf hindeutete, die B.\_\_\_\_\_ AG habe sich kraft Anschluss oder Unterstellungserklärung dem GAV FAR unterstellt oder solches auch nur in Betracht gezogen. Die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach die Stiftung FAR die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen im Zusammenhang mit der Unterstellung der B.\_\_\_\_\_ AG unter den GAV FAR und damit die Folgen der Beweislosigkeit zu

tragen habe, bestreitet die Stiftung FAR zu Recht nicht (vgl. dazu BGE 139 V 176 E. 5.2 mit Hinweisen).

#### **E. 6.4**

Unterstand die B. \_\_\_\_\_ AG dem GAV FAR nicht, erübrigen sich Weiterungen zum Vorbringen, es seien die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der gleich langen Spiesse im Wettbewerb missachtet worden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet.

#### **E. 7**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Diese hat der Beschwerdegegnerin überdies eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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