

# **BGer 9C\_614/2009 vom 28. Januar 2010**

Bundesgericht, 2010-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_614\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_614_2009)

FR: TF 9C\_614/2009 du 28 janvier 2010

IT: TF 9C\_614/2009 del 28 gennaio 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin dem GAV FAR untersteht, was im Rahmen einer Klage auf Bezahlung der Beiträge vom dafür zuständigen Berufsvorsorgegericht vorfrageweise zu überprüfen ist (SZS 2008 S. 487, 9C\_211/2008). Die Beschwerdeführerin bestreitet ihre Unterstellung damit, dass sie im Handelsregister unter "H. \_\_\_\_\_ GmbH" eingetragen sei, dem Gärtnermeisterverband angehöre und entgegen dem Beschluss der Paritätischen Kommission nicht dem Landesmantelvertrag unterstellt sei. Auch andere grössere Gartenbauunternehmungen seien nicht dem GAV FAR unterstellt.

### **E. 2**

Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR gelten u.a. für die Betriebe der Bereiche "Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbau (einschliesslich Belagseinbau)", "Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie Pflästereibetriebe" (Art. 2 Abs. 4 lit. a und c des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR vom 5. Juni 2003). Nicht in den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR fallen u.a. die Gärtnereien. Garten- und Landschaftsbau ist eine Fachrichtung der Gärtnertätigkeit (vgl. Art. 1 des Reglements über die Ausbildung und die Lehrabschlussprüfung von Gärtnerinnen und Gärtnern des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements sowie Ziff. 14.10 des Lehrplanes für den beruflichen Unterricht, je vom 7. März 2000), nicht des Baugewerbes. Gartenbaubetriebe sind daher grundsätzlich keine Betriebe des Baugewerbes. Zum Ausbildungs- und Tätigkeitsprofil des Gartenbauers (und damit des Gärtners) gehört auch der Bau von Wegen, Plätzen, Treppen sowie von Mauern aus Natursteinen und Elementen (Art. 5 Abs. 3b Ausbildungsreglement). Die Tätigkeiten des Gärtners/Gartenbauers einerseits und der Berufe des Bau- und Strassenbaugewerbes andererseits überschneiden sich damit teilweise. Dies kann aber nicht dazu führen, einen Gartenbaubetrieb einzig deshalb, weil er auch Arbeiten ausführt, die typischerweise von Baufirmen verrichtet werden, dem GAV zu unterstellen. Bei Betrieben, welche mehrere Tätigkeiten ausführen, von denen die einen unter den GAV fallen, die andern hingegen nicht, ist massgeblich, welche Tätigkeit dem Betrieb das Gepräge gibt, sofern nicht klar erkennbare unterschiedliche Betriebsteile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen; nicht entscheidend ist hingegen der Handelsregistereintrag ( BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13). Massgebend für die Unterstellung eines Gartenbaubetriebs unter den GAV FAR ist somit, ob er prägend Arbeiten ausführt, die typischerweise von Betrieben des Baugewerbes ausgeübt werden (Bau von Mauern, Strassen, Pflästerungen) oder aber solche, die in den Bereich des Gartenbaus (mit Einschluss des Baus von Gartenwegen, typischen Gartenmauern und dergleichen) gehören.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat diese Rechtsgrundlagen in E. 2.2.1 richtig wiedergegeben. In der Subsumtion hat sie dann aber nicht geprüft, ob die Beschwerdeführerin prägend eine Tätigkeit ausübt, welche dem GAV FAR untersteht. Sie hat als fallbezogene Sachverhaltsfeststellung einzig die Aussage der Beschwerdeführerin in deren Schreiben vom 20. Dezember 2004 wiedergegeben, wonach sie hauptsächlich Gartenbauarbeiten wie Bruchsteinmauern, Sitzplätze, Gartenwege, Naturstentreppe und Landschaftsgartenbau ausführe. Dabei handelt es sich durchwegs um Tätigkeiten, die zum typischen Arbeitsbereich einer Garten- und Landschaftsbauunternehmung gehören, teilweise allerdings auch von Baufirmen ausgeübt werden. Über die entscheidende Frage, ob die typischen Bautätigkeiten oder aber die Landschaftsgartenarbeiten dem Betrieb der Beschwerdeführerin das Gepräge geben, hat das Versicherungsgericht aber keine Feststellungen getroffen.

### **E. 3.2**

Weiter hat die Vorinstanz erwogen, gemäss Merkblatt der schweizerischen paritätischen Vollzugskommission Bauhauptgewerbe (SKV) sei ein Betrieb, der dem LMV unterstehe, in der Regel auch dem GAV FAR unterstellt. Die Paritätische Berufskommission für das Hoch- und Tiefbaugewerbe (PKB) Aargau habe mit Beschluss vom 24. Januar 2005 festgehalten, die Beschwerdeführerin unterstehe dem LMV; deshalb sei davon auszugehen, dass sie grundsätzlich auch dem GAV FAR untersteht.

#### **E. 3.2.1**

Dass Betriebe, die dem LMV unterstehen, auch dem GAV FAR unterstehen, mag als Grundsatz richtig sein, gilt aber nicht ausnahmslos. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b LMV fallen die Gärtnereien und Gartenbauunternehmen in seinen betrieblichen Geltungsbereich, soweit mehrheitlich Bauarbeiten, Planierungen, Maurerarbeiten usw. ausgeführt werden. Das entspricht der rechtlichen Lage, wonach bei Betrieben, die mehrere Tätigkeiten ausüben, von denen nur einige dem GAV unterstehen, die prägende Tätigkeit ausschlaggebend ist. Indessen enthält der LMV eine Konkurrenzklausele, wonach dann, wenn die Unterstellung unter den LMV unklar ist, dieser anzuwenden ist, wenn er mit einem anderen, nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV in Konkurrenz steht ( Art. 2 Abs. 3 lit. a LMV ). Diese Konkurrenz- oder Auffangklausele gilt aber nicht für den GAV FAR. Soweit eine allfällige Unterstellung unter den LMV nur auf diese Konkurrenzklausele zurückzuführen ist, lässt sich daraus für die Unterstellung unter den GAV FAR nichts ableiten.

#### **E. 3.2.2**

Zudem handelt es sich beim Beschluss der PKB Aargau nicht um einen rechtskräftigen Entscheid, sondern um eine Parteistellungnahme eines gemeinsamen Organs im Sinne von Art. 357b OR (vgl. Art. 76 LMV ); ein solches ist ermächtigt, im Streitfall gegenüber den Arbeitgebern und Arbeitnehmern Klage auf Einhaltung des GAV zu erheben ( BGE 134 III 541 E. 4 S. 544), hat aber nicht die Kompetenz zur verbindlichen Feststellung der Rechtslage. Es steht somit aufgrund der Akten nicht verbindlich fest, dass die Beschwerdeführerin dem LMV untersteht.

#### **E. 3.2.3**

In Bezug auf die entscheidende Sachverhaltsfrage finden sich auch im Beschluss der PKB keine hinreichenden Feststellungen. Er stützt sich auf eine Unterstellungskontrolle; das Protokoll dieser Kontrolle hält als Tätigkeitsbereiche fest: "Gartenbau, Pflasterungen im Zusammenhang mit Gartenbau, Sitzplatzbeläge, Garagenzufahrten, Gartenwege", enthält

aber keine Umsatzzahlen für die einzelnen Bereiche. Unter der Rubrik "Weitere Bemerkungen" ist ausgeführt, dass u.a. Offerten/Auftragsbestätigungen/Werkverträge hätten eingesehen werden können; doch fehlen im Protokoll Angaben über den Inhalt der demgemäss durchgeführten Arbeiten. Darüber, ob die typischen Bauarbeiten im Betrieb stärker ins Gewicht fallen als Gartenbauarbeiten, lässt sich dem Protokoll nichts entnehmen.

### **E. 3.3**

Nicht ausschlaggebend ist sodann der von der Vorinstanz angerufene Grundsatz der Tarifeinheit. Dieser besagt, dass die Arbeitnehmer eines gesamten Betriebs oder Betriebsteils nur jeweils einem GAV unterstehen, auch wenn sie unterschiedliche Tätigkeiten ausüben (Urteil des Bundesgerichts 4C.350/2000 vom 2. März 2001). Vorweg ist aber zu prüfen, ob überhaupt der Betrieb oder Betriebsteil als solcher dem betreffenden GAV angehört, was sich bei Betrieben, die mehrere Tätigkeiten ausüben, nach der prägenden Tätigkeit beurteilt (zitiertes Urteil 4C.350/2000 E. 3b-g).

### **E. 3.4**

Der rechtserhebliche Sachverhalt ist damit unvollständig festgestellt ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die Sache ist an die Vorinstanz zurückweisen. Diese wird im Sinne der vorangehenden Erwägungen abzuklären haben, ob die baugewerblichen oder die gartenbaugewerblichen Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben und aufgrund dieser Sachverhaltsergänzungen über die Klage neu entscheiden.

### **E. 4**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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