

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2016.00024 vom 16. August 2017**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-08-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_BV.2016.00024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2016.00024)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2016.00024 du 16 août 2017

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2016.00024 del 16 agosto 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die GBI Gewerkschaft Bau & Industrie (heute: Unia) sowie die Gewerkschaft SYNA schlossen am 12. November 2002 einen Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR), mit dessen Vollzug die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR) betraut ist. Durch Beschluss des Bundesrates vom 5. Juni 2003 wurde der GAV FAR erstmals teilweise allgemeinverbindlich erklärt.

Die X.\_\_\_\_ ist nicht Mitglied des SBV. Laut Handelsregister bezweckt sie den Betrieb eines Kies- und Betonwerks sowie die Ausführung von Aushubarbeiten. Sie führt ferner Autotransporte (Sachen) für Dritte und für eigene Rechnung aus (Urk. 27/1-2).

### **E. 2**

Mit Eingabe vom 31. März 2016 erhob die Stiftung FAR Klage gegen die X.\_\_\_\_ mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

„ 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Beträge zu bezahlen:

- 5.3 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2009, 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010, 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 sowie 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum innerhalb des betrieblichen Anwendungsbereichs des BRB AVE GAV FAR gearbeitet haben, nebst 5 % Zins ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januar.

- 5 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2013, 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2014 sowie 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum innerhalb des betrieblichen Anwendungsbereichs des BRB AVE GAV FAR gearbeitet haben, nebst 5 % Zins ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januar.

Der Beklagten (richtig wohl: Klägerin) sei Gelegenheit zu geben, nach Abschluss des Beweisverfahrens die unter Ziffer 1 gestellten Begehren innert angemessener Frist definitiv zu beziffern.

2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin insgesamt CHF 157'902.50 (CHF 6'492.50 für 2009; insgesamt CHF 77'910.00 für die Jahre 2010-2012 und insgesamt CHF

73'500 für die Jahre 2013-2015) zu bezahlen,

nebst 5

% Zins auf dem Betrag von CHF 6'492.50 ab 1.

Januar 2010;

sowie auf CHF 25'970.00 ab 1. Januar 2011, CHF 25'970.00 ab 1. Januar 2012, CHF 25'970.00 ab 1. Januar 2013, CHF

24'500.00 ab 1. Januar 2014, CHF 24'500.00

ab 1. Januar 2015 sowie CHF 24'500.00 ab 1. Januar 2016."

Die Beklagte beantragte in der Klageantwort vom 8. Juli 2016 die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. In prozessualer Hinsicht stellte sie den Antrag, sofern das Gericht seine Zuständigkeit bejahe, sei das Prozessthema vorerst auf die zivilrechtliche Vorfrage zu beschränken, ob und in welchem Umfang die Beklagte dem GAV FAR unterstehe. Nach Vorliegen dieses Teil entscheidendes sei den Parteien Frist anzusetzen, um zu erklären, inwieweit sie an der Forderung von Beitragszahlungen festhalten beziehungsweise inwieweit sie diese anerkennen (Urk. 7 S. 2). Mit Verfügung vom 26. Juli 2016 setzte das Gericht Frist zur Replik an. Gleichzeitig forderte es die Klägerin dazu auf, zu ihrer Mitwirkungspflicht Stellung zu nehmen (Urk. 9). Die Replik erging am 14. November 2016. Die Beklagte erstattete die Duplik am 20. März 2017. Beide Parteien hielten an ihren Anträgen fest (Urk. 14, 20). Mit Eingabe vom 6. April 2017 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik ein (Urk. 22), wozu sich die Beklagten mit Eingabe vom 18. April 2017 äusserte (Urk. 26). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Mit vorliegender Klage fordert die Klägerin GAV-Beiträge für die unter den Geltungsbereich des GAV FAR fallenden Mitarbeitenden der Beklagten für den Zeitraum vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2015. Streitig zwischen den Parteien ist vorab, ob die Beklagte dem GAV FAR untersteht oder nicht.

### **E. 2.1**

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Bereiche Kies- und Betonwerk würden nicht unter den betrieblichen Anwendungsbereich des GAV FAR fallen, mitsamt den Transporten, welche für diesen Bereich ausgeführt würden. Indessen gehörten Aushub, Abbruch, Deponie und Recyclingbetriebe (ausgenommen stationäre Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle) zum betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR. Gleich verhalte es sich mit den allfälligen Transporten, welche im Zusammenhang mit Aushub und Deponie erfolgten (Urk. 1 S. 9). Der Kontrollbericht vom 19. März 2008 lege nahe, dass die dem betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR nicht unterstellten Tätigkeiten personalintensiver seien als die unterstellten. Die notwendigen Informationen und Unterlagen zur abschliessenden Prüfung der Frage der Personalintensität sei die Beklagte bisher schuldig geblieben. Es sei durchaus denkbar, dass sich die Verhältnisse in den letzten acht Jahren seit dem erwähnten Kontrollbericht erheblich verändert hätten. Die Beklagte sei daher im Rahmen dieses Verfahrens aufzufordern, die aktuellen Informationen zu erteilen (Urk. 1 S. 10). Da die Beklagte deren Herausgabe bislang verweigert habe, sei die vorliegende Klage unumgänglich geworden (Urk. 1 S. 12, Urk. 22). Bereits aufgrund der bekannten Zahlen sei davon auszugehen, dass mit dem Betriebsteil „Aushub und Deponie“ ein Umsatz von über Fr. 500'000.-- erwirtschaftet werde. Bestätige sich dies im Rahmen des Beweisverfahrens, dann unterstehe die Beklagte dem GAV FAR, auch wenn sich weiter herausstellen sollte, dass das Gepräge der Beklagten ausserhalb des Bauhauptgewerbes

liege (Urk. 1 S. 15). Soweit die Beklagte die Zuständigkeit des Berufsvorsorgegerichts bestreite, sei sie nicht zu hören (Urk. 14 S. 5).

## **E. 2.2**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass es im Rahmen des parteiinternen Vorverfahrens stets nur um die Frage gegangen sei, ob die Beklagte dem GAV FAR unterstehe. Die Höhe Beiträge oder die Weigerung, solche zu bezahlen, sei bislang nie Thema zwischen den Parteien gewesen. Die hier entscheidende Frage der Unterstellung unter den GAV FAR sei durch die Ziviljustiz zu beurteilen. Sei darüber rechtskräftig entschieden, sei die Angelegenheit so oder anders erledigt und es werde zu keiner gerichtlichen Auseinandersetzung über die Beitragszahlung kommen. Es sei daher auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Urk. 7 S. 5 ff.). In materieller Hinsicht bestreitet die Beklagte, dass sie dem GAV FAR unterstehe. Eine eigentliche Deponie betreibe sie nicht. Bei der Deponietätigkeit handle es sich um eine mit der Sand- und Kiesgewinnung zwingend einhergehende, betriebsnotwendige Nebenpflicht (Urk. 7 S. 9 f.). Zu qualifizieren sei sie als ein unechter Mischbetrieb, welcher sein Gepräge ausserhalb des Geltungsbereichs des GAV FAR habe (Urk. 7 S. 15). Letztlich berufe sich die Klägerin ausschliesslich auf die von ihr selber definierte Umsatzlimite von Fr. 500'000.--, um die als unechter Mischbetrieb dem GAV nicht unterstehende Beklagte doch noch in die Pflicht nehmen zu können (Urk. 7 S. 16). Die Umsatzgrösse von Fr. 500'000.-- als Kriterium für die Unterstellung unter dem GAV FAR sei indessen rechtswidrig (Urk. 7 S. 19). Abgesehen davon erwirtschaftete die Beklagte mit den Tätigkeiten im Geltungsbereich des GAV FAR keinen Umsatz in dieser Höhe (Urk. 7 S. 9). Im Weiteren habe sie im Rahmen des parteiinternen Verfahrens voll kooperiert. Dieses sei auf die Zeit von 2003 bis 2008 ausgerichtet gewesen. Der vorliegenden Klage liege aber ein völlig anderer Zeitraum zu Grunde. Der Klägerin stehe es nicht zu, die Beklagte über Jahrzehnte hinweg stets neuen Betriebskontrollen und Editionen von Geschäftsunterlagen zu unterziehen. Für die im vorliegenden Prozess gestellten Editionsbegehren fehle es an einer Rechtsgrundlage (Urk. 7 S. 11, 28 f., Urk. 20 S. 4).

## **E. 3.1**

Zunächst ist zu prüfen, ob die vorliegend zu beurteilende Frage sachlich unter Art. 73 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) fällt oder ob sie durch die Ziviljustiz zu entscheiden ist.

## **E. 3.2**

Ob eine sozialversicherungsrechtliche oder eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegt, beurteilt sich aufgrund des Streitgegenstands, wie er sich aus den klägerischen Anträgen und Sachvorbringen ergibt (BGE 128 II 386 E. 2.2, 120 II 412 E. 1b, 119 II 398 E. 2a).

## **E. 3.3**

Die Klägerin hat mit ihrer Klage von der Beklagten die Zahlung der Lohnbeiträge verlangt, welche der Finanzierung der im GAV FAR vorgesehenen Leistungen dienen. Für Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber über die Zahlung von Beiträgen sind die in Art. 73 BVG genannten Gerichte zuständig (BGE 120 V 299 E. 1a, 119 II 398 E. 2b; Urteil B 100/04 vom 19. August 2005 E. 1.1; vgl. auch GAV FAR Art. 26), auch wenn es sich um eine Stiftung im Sinne von Art. 89 bis ZGB handelt (BGE 122 V 320 E. 2).

### **E. 3.4**

Die Beitragspflicht der Beklagten setzt voraus, dass diese aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung und des im GAV FAR umschriebenen Geltungs bereichs überhaupt dem GAV untersteht, was sie bestreitet.

### **E. 3.5**

Die Frage, ob ein bestimmtes Unternehmen einem allgemeinverbindlich erklärten GAV untersteht, ist – wie die Beklagte insoweit mit Recht vorbringt – im Streitfall grundsätzlich durch die Ziviljustiz zu beurteilen (BGE 134 III 11; Bundesgerichtsurteile 4C.191/2006 vom 17. August 2006 E. 1.1, 4C.391/2001 vom 30. April 2002 E. 1.2). Dasselbe gilt für Ansprüche aus einem solchen GAV, namentlich auch für die Frage, ob und wie weit Kontrollbefugnisse der auf grund eines allgemeinverbindlich erklärten GAV eingesetzten paritätischen Kontrollorgane bestehen (BGE 118 II 528 E. 2a; Bundesgerichtsurteil 4C.60/2007 vom 28. Juni 2006 E. 1.2.2; anders die Einsetzung des Kontrollorgans gemäss Art. 6 AVEG, BGE 124 III 478).

### **E. 3.6**

Indessen ist das in der Hauptsache zuständige Gericht vorbehältlich anders lautender spezialgesetzlicher Regelung zuständig, vorfrageweise auch die für die Beantwortung der Hauptsache erforderlichen Streitfragen aus einem anderen Rechtsgebiet zu beantworten, auch wenn dafür bei isolierter Betrachtung andere Behörden oder Gerichte zuständig wären, soweit diese an sich zuständigen Behörden noch keine entsprechende Entscheidung gefällt haben (BGE 130 III 297 E. 3.3, 128 II 386 E. 2.2, 128 V 254 E. 3). Das gilt auch für die nach Art. 73 BVG zuständigen Gerichte. Diese haben vorfrageweise die zivilrechtlichen Fragen zu beantworten.

Das zur Beurteilung der hier streitigen Beitragsforderungen zuständige Berufsvorsorgegericht ist somit zuständig, vorfrageweise über die Frage zu befinden, ob die Beklagte dem GAV FAR untersteht (Bundesgerichtsurteil 9C\_211/2008 vom 7. Mai 2008 E. 4.7). Auf die Klage ist folglich einzutreten.

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG stellt das Berufsvorsorgegericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es gilt somit der Untersuchungsgrundsatz, der seinerseits jedoch durch die Mitwirkungspflicht der Parteien zurückgedrängt wird, namentlich wenn diese anwaltlich vertreten sind. Dazu gehört in erster Linie die Substanziierungspflicht, die besagt, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen. Die Bestreitungslast darf nicht zu einer Umkehr der Behauptungs- und Beweislast führen (BGE 138 V 86 E. 5.2.3). Im dargelegten Sinne tragen die Parteien lediglich insofern eine Beweislast, als sich Beweislosigkeit in der Regel zu Ungunsten jener Partei auswirkt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (Art. 8 ZGB; BGE 139 V 176 E. 5.2).

### **E. 4.2**

Laut den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen von Art. 23 Abs. 1-3 GAV FAR obliegt der Stiftung FAR der Vollzug des GAV FAR, weshalb sie insbesondere berechtigt ist, die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertrags unterworfenen durchzuführen oder durchführen zu lassen (Art. 23 Abs. 1 und 2 GAV FAR). Den Kontrollinstanzen stehen zur Durchsetzung der Bestimmungen des GAV FAR zudem folgende Berechtigungen zu:

Betriebskontrollen im Geltungsbereich des vorliegenden GAV, Lohnbuchkontrollen, Kontrolle der einzelnen Arbeitsverträge (Art. 23 Abs. 3 GAV FAR). In diesem Sinn trifft die Stiftung FAR eine „Abklärungspflicht“ und die betroffenen Arbeitgeber eine „Mitwirkungspflicht“ (Bundesgerichtsurteil 9C\_392/2016 vom 17. Oktober 2016 E. 4.4.2).

### **E. 5.1**

Vorprozessual fanden Abklärungen hinsichtlich der Unterstellung der Beklagten unter den Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) respektive unter den GAV FAR statt.

### **E. 5.2**

Mit Schreiben vom 25. Juli 2006 gelangte die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe Kanton Zürich (PBK) erstmals an die Beklagte. Sie führte aus, für den Vollzug des LMV sei sie, die PBK, zuständig. Für den Vollzug des GAV FAR sei die Stiftung FAR verantwortlich. Diese könne die Kontrolltätigkeit Dritten, namentlich der PBK, übertragen. Sodann bat die PBK die Beklagte um Auskünfte, um die Unterstellung unter die beiden genannten Gesamtarbeitsverträge abzuklären (Urk. 8/4). Mit Schreiben vom 15. März 2007 antwortete die Beklagte, dass sie praktisch ausschliesslich im Kerngeschäft der Gewinnung, Produktion und im Transport von Sand, Kies und Beton tätig sei, weshalb sie den GAVs nicht unterstehe (Urk. 8/5). Daraufhin teilte die PBK am 26. September 2007 mit, dass aufgrund ihres Kerngeschäfts die Unterstellung der Beklagten unter den LMV feststehe. Ob und inwieweit auch eine Unterstellung unter den GAV FAR bestehe, könne bloss durch eine genauere Analyse der konkreten Tätigkeiten geklärt werden. Hierzu schlug die PBK eine Betriebskontrolle durch ein unabhängiges Kontrollorgan vor. Für den Weigerungsfall stellte sie in Aussicht, die Durchführung der Kontrolle und die Vorlage der dafür notwendigen Unterlagen durch ein Befehlsverfahren zu erzwingen oder aber bei der Volkswirtschaftsdirektion eine Kontrolle des Betriebs zu verlangen (Urk. 8/6). Da die Beklagte zunächst ihre Einwilligung dazu nicht gab, beantragte die PBK am 7. Dezember 2007 bei der Volkswirtschaftsdirektion eine Betriebskontrolle (Urk. 8/7). Nachdem die Beklagte in der Folge doch noch in die Kontrolle einwilligte, wurde das Verfahren bei der Volkswirtschaftsdirektion gestoppt und A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_, mit der Kontrolle beauftragt (Urk. 1 S. 5, Urk. 8/8).

Die Betriebskontrolle fand am 19. März 2008 statt. In deren Rahmen nahm A.\_\_\_\_ Einsicht in die Lohnbuchhaltung, die AHV-Lohnbescheinigungen, die Finanzbuchhaltung (inkl. Umsatzzahlen) und in die Inventarliste des Maschinen- und Geräteparks (Urk. 8/9; vgl. auch Bericht A.\_\_\_\_ vom 28. April 2008, Urk. 2/7/1). Nach Erhalt des Berichts über die Kontrolle unterstellte die PBK mit Beschluss vom 23. Juni 2008 die Beklagte rückwirkend per 1. Juli 2003 dem LMV (Urk. 2/7/3).

### **E. 5.3**

Bezugnehmend auf die Unterstellungskontrolle vom 19. März 2008 und den Beschluss der PBK vom 23. Juni 2008 teilte Klägerin der Beklagten mit Entscheid vom 24. Februar 2009 mit, dass sie davon ausgehe, dass die Beklagte in den Bereichen Kies- und Betonwerk sowie Aushub und Transporte (inkl. Abfuhr und Deponie) tätig sei. Bei den Tätigkeiten des Kies- und Betonwerks handle es sich um Arbeiten, welche nicht dem betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR unterstehen würden. Hingegen würden die Aushub- und Deponiearbeiten sowie die Transportleistungen vom GAV FAR erfasst. Um die geschuldeten Beiträge beziffern zu können, bat die Klägerin die Beklagte darum, die

entsprechenden Lohnsummen-Deklarationsformulare 2003-2008 ausgefüllt zu retournieren (Urk. 2/7/2 = 8/10). Von der im Unterstellungsentscheid vom 24. Februar 2009 eingeräumten Einsprachemöglichkeit machte die Beklagte mit Eingabe vom 22. Mai 2009 Gebrauch und stellte den Antrag auf Nichtunterstellung unter den GAV FAR (Urk. 2/8). Mit Entscheid vom 9. Juni 2010 bestätigte die Klägerin ihre bisherige Einschätzung und wies den Rekurs ab (Urk. 2/9, 2/10).

Mit Schreiben vom 27. September 2010 bat die Beklagte unter Hinweis auf das inzwischen ergangene Bundesgerichtsurteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009, die Unterstellungsfrage zu sistieren, bis die Kontroversen resultierend aus dem genannten Urteil geklärt seien (Urk. 2/11). Die Klägerin ihrerseits forderte die Beklagte am 8. Oktober 2010 erneut auf, die Selbstdeklarationsformulare auszufüllen und zu retournieren (Urk. 2/12), was die Beklagte nicht tat (Urk. 1 S. 7). Aufgrund des Bundesgerichtsurteils 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 erliess die Klägerin am 7. April 2011 einen neuen, im Ergebnis gleichlautenden Entscheid, welcher an die Stelle des Entscheids vom 9. Juni 2009 trat (Urk. 2/13).

Dagegen erhob die Beklagte am 1. Juli 2011 - nach gewährten Fristen - Einsprache (Urk. 2/17).

Am 3. Dezember 2014 wandte sich die Klägerin an die Beklagte und bat um eine Verjährungsverzichtserklärung (Urk. 2/18). Tags darauf stellte die Klägerin das Formular Umsatzverteilung zu. Dazu führte sie aus, dass bloss die Umsatzzahlen der Jahre 2004 bis 2007 vorlägen. Für die Beurteilung der aktuellen Situation sei sie indessen auf aktuelle Zahlen (ab 2008) angewiesen. Hierzu setzte sie Frist bis 10. Januar 2015 (Urk. 2/19). Am 11. Dezember 2014 reichte die Beklagte eine unterzeichnete Verjährungsverzichtserklärung bis zum 31. Dezember 2015 ein (Urk. 2/20). Das ihr zugestellte Formular Umsatzverteilung füllte sie nicht aus, liess sich aber mit Schreiben vom 11. Dezember 2014 verlauten (Urk. 14 S. 4, Urk. 15/24). Am 14. Januar 2015 teilte die Klägerin mit, dass sie eine weitere Betriebskontrolle in Auftrag geben werde (vgl. Urk. 15/24). Daraufhin teilte die Beklagte mit Schreiben vom 25. März 2015 mit, dass bei ihr bereits eine Betriebskontrolle durchgeführt worden sei und das entsprechende Verfahren bis heute hängig sei. Über die Einsprache vom 1. Juli 2011 sei bis heute nicht entschieden worden. Die Beklagte habe die erstmalige Unterstellung für die Zeit ab 2003 sofort und konsequent angefochten. Die Stiftung FAR habe den längst überfälligen Einspracheentscheid zu fällen und gegebenenfalls den Weg über die ordentlichen Zivilgerichte zu beschreiten. Es bestehe keine Rechtsgrundlage dafür und verletze das Willkürverbot, das „Rösslispiel“ mit einer weiteren Unterstellungskontrolle von vorne zu beginnen, während das in der gleichen Sache hängige Verfahren noch nicht abgeschlossen worden sei (Urk. 15/24). Mit Entscheid vom 3. September 2015 hielt die Klägerin in Abweisung der Einsprache vom 1. Juli 2011 an ihren bisherigen Entscheiden fest und beendete die Unterstellungsabklärung (Urk. 2/21). Mit Schreiben vom 24. November 2015 hielt die Klägerin fest, dass die im Jahre 2008 durchgeführte Kontrolle sich auf die Geschäftsjahre 2004 bis 2007 bezogen habe. Die Beklagte habe eine weitere Unterstellungskontrolle abgelehnt. Die Klägerin könne daher weder die Tätigkeiten der Beklagten seit dem Jahr 2008 überprüfen, noch die AHV-pflichtigen Lohnsummen der unterstellten Mitarbeitenden in Erfahrung bringen. Der Fall müsse daher vom Gericht entschieden werden (Urk. 8/12).

## **E. 6.1**

Hinsichtlich der Jahre 2004 bis 2007 hat die Klägerin den Sachverhalt mit den Mitteln, die ihr der GAV FAR bietet, abgeklärt. Eingeklagt sind indessen Beiträge ab Oktober 2009. Diesbezüglich hat die Klägerin keinerlei Abklärungen getroffen. Zur Eruiierung des Sachverhalts ab diesem Zeitpunkt beantragt sie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die Edition diverser Unterlagen der Beklagten, die Durchführung von Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen so wie die Einholung von Gutachten (Urk. 1 S. 10-12, vgl. auch Urk. 14 S. 11).

Zur Begründung der unterbliebenen Abklärungen führte die Klägerin in ihren Rechtsschriften aus, dass die Beklagte bis zum heutigen Zeitpunkt weder die zur Beurteilung der Unterstellungsfrage notwendigen Informationen vollständig erteilt noch die angeforderten Unterlagen eingereicht habe. Dies verunmögliche es der Klägerin einerseits, die Unterstellungsfrage abschliessend abzuklären, und andererseits, die von der Beklagten geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge betraglich festzusetzen (Urk. 1 S. 12). Der Grund, weshalb die Klägerin auf ein weiteres, ausgeweitetes Verfahren verzichtet habe, sei in der klaren Weigerungshaltung der Beklagten zu erblicken. Diese Haltung habe ein internes Vorgehen von vornherein jeglichen Sinnes beraubt, da die Klägerin dabei auf die beklagtische Mitwirkung angewiesen wäre. Da die Beklagte aber unmissverständlich deutlich gemacht habe, dass sie eine Unterstellungskontrolle bezüglich des neuen Zeitraums ablehne, hätte sich die Durchführung eines internen Erkenntnisverfahrens als Leerlauf erwiesen. Daher habe die Klägerin darauf verzichtet, diesen Umweg zu nehmen, und habe direkt Klage erhoben (Urk. 22 S. 3). Weiter sei es ihr nicht zumutbar gewesen, die Unterstellungsfrage gesondert in einem ersten Schritt in einem Zivilverfahren zu klären und erst in einem zweiten Schritt im Rahmen eines weiteren Gerichtsverfahrens die eigentlich angestrebten FAR-Beiträge einzufordern. Dies gelte umso mehr, als das erste zivilrechtliche Verfahren eine Feststellungsforderung zum Gegenstand gehabt hätte. Eine solche sei aber namentlich nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Möglichkeit einer Leistungsklage nicht zur Verfügung stehe, was vorliegend aber möglich sei (Urk. 22 S. 3).

## **E. 6.2**

Die Beklagte kooperierte nicht von allem Anfang an mit der Klägerin. Nach einer ersten Aufforderung mit Schreiben vom 25. Juli 2006 bedurfte es zunächst einer Einleitung eines Verfahrens bei der Volkswirtschaftsdirektion (Urk. 8/7). Danach bot die Beklagte aber Hand zu den Abklärungen, so dass am 19. März 2008 eine Betriebskontrolle stattfinden konnte. Spätestens nach der Einsprache vom 1. Juli 2011 (Urk. 2/17) war die Sache spruchreif. Bei der mit Schreiben vom 25. März 2015 verweigerten Mitwirkung zu einer erneuten Betriebskontrolle handelte es sich nicht um eine kategorische Weigerung, sondern die Beklagte wollte zuerst den inzwischen abgeklärten Sachverhalt betreffend die Jahre 2004 bis 2007 abschliessend rechtlich beurteilt haben. Da eine Betriebskontrolle mit den damit verbundenen Auskunfts- und Einsichtspflichten stets die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Gesellschaft tangiert und die Beklagte der Meinung ist, dass sie nicht unter den GAV FAR falle, ist ihr Standpunkt nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. Schliesslich erliess die Klägerin den endgültigen Entscheid am 25. März 2015. Dieser entfaltet, wie die Klägerin zu treffend erwähnt (Urk. 14 S. 29), keine Drittwirkung. Dass sie mit vorliegender Klage nicht die Beiträge für den Zeitraum vom 2004 bis 2007 einfordert, dürfte wohl auf darauf zurückzuführen sein, dass hinsichtlich dieser Beiträge eine Verjährungsproblematik besteht. Dies war im April 2011, als die Sache spruchreif wurde, noch nicht vollumfänglich der Fall. Dass es dazu kam, ist somit der Klägerin zuzuschreiben.

### E. 6.3

Die Betriebskontrolle vom 19. März 2008 betraf den Zeitraum 2004 bis 2007. Für die nun von der Klägerin eingeklagte Forderung stellt sie keine taugliche Grundlage dar. Denn es ist durchaus möglich, dass sich die Verhältnisse innerhalb der Beklagten seither erheblich verändert haben. Dies ist insoweit denn auch unbestritten (Urk. 1 S. 10). Der Sachverhalt hinsichtlich des eingeklagten Zeitraums bedarf daher der Abklärung. Jedoch geht es nicht an, dass die Klägerin diese Aufgabe dem Gericht delegieren will. Es trifft sie eine Abklärungspflicht (E. 4.2 hievore). Dieser ist sie, was den relevanten Zeitraum betrifft, in keiner Weise nachgekommen. Das Berufsvorsorgegericht ist zwar für die vorfrageweise Prüfung von Fragen des materiellen Zivilrechts zuständig. Diese muss aber liquid sein (Bundesgerichtsurteil 9C\_378/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 4.2.1). Davon kann vorliegend keine Rede sein, nachdem der Sachverhalt ab dem interessierenden Zeitraum (ab Oktober 2009) nicht einmal ansatzweise abgeklärt ist.

Nachdem die Beklagte sich mit Schreiben vom 25. März 2015 gegen eine erneute Überprüfung gewehrt hatte, stellte die Klägerin mit Schreiben vom 24. November 2015 bloss fest, dass die Positionen bezogen seien und nun die Gerichte zu entscheiden hätten (Urk. 8/12). Mit der Begründung der Beklagten setzte sie sich nicht auseinander. Sie beließ es beim Hinweis, dass sie die Unterstellungsfrage ab 2008 aufgrund fehlender Unterlagen nicht prüfen könne. Die Beklagte war hingegen, wie sich ihrer Korrespondenz entnehmen lässt, offen sichtlich in der Erwartung, dass die FAR-Beiträge 2004 bis 2007 dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet würden (Urk. 15/24; vgl. auch Urk. 7 S. 29 f.). An einem Hinweis seitens der Klägerin, dass dies nicht der Fall sein würde, fehlt es. Ebenso an einer Darlegung, was gegen eine klageweise Einforderung der FAR-Beiträge 2004 bis 2007 sprach. Ein Verständlichmachen dieser Position wäre um so wichtiger gewesen, als die Beklagte ihre Geheimhaltungsinteressen durch eine weitere Betriebskontrolle verletzt sah. Bei fortgesetzter Weigerung seitens der Beklagten wären der Klägerin zur Durchsetzung der Auskunfts- und Einsichtsrechte schliesslich entsprechende Klagen oder allenfalls Sanktionsmöglichkeiten gemäss Art. 25 GAV FAR zur Verfügung gestanden (vgl. BGE 118 II 528 E. 2a, Bundesgerichtsurteil 4C.60/2007 vom 28. Juni 2007 E. 1.2). Solches hatte die Klägerin übrigens im konkreten Fall bereits in Erwägung gezogen, als sie mit Schreiben vom 26. September 2007 ein Befehlsverfahren androhte (Urk. 8/6). Schliesslich entschied sie sich, bei der Volkswirtschaftsdirektion eine Kontrolle bei der Beklagten zu beantragen, was ebenfalls zum Ziel führte.

Soweit die Klägerin argumentiert, die Beschreitung des Zivilwegs sei ihr unzumutbar, unter anderem wegen der Subsidiarität der Feststellungsklage (Urk. 22 S. 3), ist festzuhalten, dass die Zivilgerichte auf Feststellungsklagen, die die Unterstellungsfrage zum Gegenstand haben, regelmässig eintreten (vgl. die in E. 3.5 hievore zitierten Bundesgerichtsentscheide; ferner etwa Bundesgerichtsurteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009). Gleichzeitig ist nachvollziehbar, wenn die Klägerin stattdessen eine Leistungsklage erhebt, um die eigentlich angestrebten FAR-Beiträge einzufordern. Vorzuwerfen ist ihr hingegen, dass sie ihrer Abklärungspflicht nicht nachgekommen ist. Zu deren Durchsetzung standen ihr, wie erwähnt, unter anderem Klagen auf Einsicht und Auskunft zur Verfügung (bei denen es sich im Übrigen um Leistungsklagen handelt, beziehen sie sich doch entsprechend ihrer Natur auf ein Tun der Gesellschaft, d.h. die Informationen bereitzustellen oder zu übermitteln). Die Nachachtung ihrer Abklärungspflicht ist der Beklagten selbstredend zumutbar.

## **E. 7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Klageverfahren vor dem Berufs vor sorgegericht zwar der Untersuchungsgrundsatz gilt, der jedoch seinerseits durch die Mitwirkungspflicht der Parteien zurückgedrängt wird. Die Klägerin hat ihre Mitwirkungspflicht in krasser Weise verletzt, indem sie ihrer Abklärungspflicht hinsichtlich des vorliegend relevanten Zeitraums, für welche sie FAR-Beiträge fordert, in keiner Weise nachgekommen ist. Dies führt dazu, dass die Abnahme der offerierten Beweise zu unterbleiben hat. Aufgrund der vorhandenen Aktenlage ist nicht bewiesen, dass die Beklagte unter den GAV FAR fällt. Dies führt zur Abweisung der Klage.

## **E. 8**

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beklagte Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). Vorliegend erscheint eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.-- als angemessen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 4' 500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Sandra Umiker unter Beilage eines Doppels von Urk. 26 - Rechtsanwalt Andreas Sutter - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich  
Der Vorsitzende  
Der Gerichtsschreiber  
Gräub  
Sonderegger

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