

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2018.00098

vom 5. Juni 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2018.00098

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2018.00098 du 5 juin 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2018.00098 del 5 giugno 2020

Erwägungen

E. 1.1

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) auf der einen, die Gewerkschaft Bau & Industrie GBI (heute: Unia) sowie die Gewerkschaft SYNA auf der anderen Seite 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 (BRB) vom 5. Juni 2003 (BBl 2003 4039)

wurde der GAV FAR teilweise allgemeinverbindlich erklärt. Die Allgemeinverbindlicherklärung

(AVE) wurde

mit Beschlüssen vom 8. August 2006 (BBl 2006 6751), 26. Oktober 2006 (BBl 2006 8865), 1. November 2007 (BBl 2007 7881), 6. Dezember 2012 (BBl 2012 9763), 10. November 2015 (BBl 2015 8307), 14. Juni 2016 (BBl 2016 5033), 7. August 2017 (BBl 2017 5823) und 29. Januar 2019 (BBl 2019 1891; vgl. auch vgl. Urk. 2/5, Urk. 10/3) verlängert bzw. angepasst.

Bei der Stiftung FAR handelt es sich um eine nicht registrierte Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 80 ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG). Sie wurde am 15. Mai 2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Durchführung des zwischen den Stifterverbänden gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten freiwilligen Altersrücktritts für Arbeitnehmende im Bauhauptgewerbe (vgl. Urk. 2/3). Sie richtet nach Massgabe der reglementarischen Bestimmungen ausschliesslich folgende Leistungen aus: Überbrückungsrenten während höchstens fünf Jahren vor dem ordentlichen AHV-Alter, frühestens ab Beginn des Alters 60 bei freiwilligem Rücktritt aus dem Erwerbsleben sowie Leistungen an die Hinterlassenen eines Bezügers einer Überbrückungsrente bis zum Erreichen des ordentlichen Rücktrittsalters gemäss AHV, die Erstattung von AHV-Beiträgen sowie die Übernahme der Beiträge für die Altersgutschriften BVG an Bezüger von Überbrückungsrenten, Ersatzleistungen in Härtefällen an Personen zwischen 50 und 60 Jahren, die definitiv und unfreiwillig aus dem Baugewerbe ausscheiden. Im Weiteren vertritt die Stiftung die Stifterverbände bei der gesamtarbeitsvertraglich vorgesehenen "gemeinsamen Durchführung" im Sinne von Art. 357b des Obligationenrechts

(OR; vgl. Handelsregisterauszug, einsehbar über zh.chregister.ch).

E. 1.2

Die im Juni 1982 gegründete X.____ AG bezweckt u.a. die Ausführung sämtlicher Arbeiten im Zusammenhang mit Garten- und Landschaftsbau . Vorübergehend (gemäss Handelsregistereintrag vom

E. 1.3

Nach längerer Auseinandersetzung und einem ersten wiedererwogenen Unterstellungsentscheid vom 8. Juli 2014 für den gesamten Betrieb (Urk. 2/7) hielt der Ausschuss «Rekurse» des Stiftungsrates FAR am 5. Juli 2017 daran fest , dass die X.____ AG teilweise, nämlich mit dem Betriebsteil Erdsondenbohrungen , ab dem 1. Juli 2003 dem GAV FAR unterstehe und demzufolge beitrags pflichtig sei. Die FAR-Beiträge für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis zum 30. Juni 2009 würden infolge Verjährung nicht mehr eingefordert. Hinsichtlich der Beiträge ersuchte der Ausschuss um Lohnsummenmeldungen und Lohnbescheinigungen der betroffenen Mitarbeiter ab 1. Juli 2009 (Urk. 2/23). Diesem Ansinnen kam die X.____ AG sich auf den Standpunkt stellend, auch nicht mit einem Betriebsteil Erdsondenbohrungen dem GAV FAR unterstellt zu sein, nicht nach (Urk. 9 Ziffer 45).

E. 2

Am 17. Dezember 2018 (eingegangen am 19. Dezember 2018) reichte die Stiftung FAR gegen die X.____ AG Klage ein mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2): «1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Betriebsteil « Erdsondenbohrungen » die folgenden FAR- Beiträge zu zahlen: - 5.3 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2010 und vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum unter den

persönlichen Anwendungsbereich des BRB AVE GAV FAR gefallen sind , nebst 5 % Zins ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januars; - 5 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012 , 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2013 , 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2014, 1. Januar 2015 bis

E. 2.1

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beklagte nicht Mitglied eines der am GAV beteiligten Arbeitgeberverbandes ist. Sie ist nach unwidersprochenen Vorbringen (Urk. 9 Ziffer 20; Urk.

E. 2.2.1

Die Beklagte bezweckt gemäss Handelsregistereintrag u.a. die Ausführung sämtlicher Arbeiten im Zusammenhang mit Garten- und Landschaftsbau, so namentlich die Ausführung privater oder öffentlicher Park- und Gartenanlagen, Siedlungs- und Grünanlagen, Dach- und Terrassengärten, Gartenumgestaltungen und Gartenarchitektur, Planung und Projektierung, Gartenunterhaltsarbeiten, Baumschulen, Staudenkulturen, Gärtnerarbeiten, Sportplatzbauten, Swimmingpools, Industriepflanzungen, Pferdesportanlagen, Spezialbeläge, maschinelle Erdarbeiten und (gemäss Handelsregistereintrag vom 27. November 2014, so eingetragen bis 12. November 2019) Erdwärmesonden, Erdsondenbohrungen ; ausserdem die Ausführung Multikomponentendeponien und Spezialarbeiten im Zusammenhang mit alternativer Energiegewinnung.

E. 2.2.2

Die Beklagte beschäftigt nach eigenen unbestritten gebliebenen Angaben 129 Mitarbeiter (ohne leitendes und kaufmännisches Personal) zu 12'900 Stellenprozenten und generiert einen Umsatz von 75 Mio .

Fr. (Urk. 9 Ziffern 50 und 55). Ab August 2009 bis Ende 2018 sei sie auch im Bereich Erdsondenbohrungen tätig gewesen, hierauf seien lediglich 500 Stellenprozent entfallen (vgl. Urk. 10/22). Ihre Arbeitnehmer seien grösstenteils Allrounder. Auch die Mitarbeiter des Bereichs Erdsondenbohrungen seien bei zu wenig Arbeit immer wieder im Gartenbau oder als Chauffeure eingesetzt worden und hätten nicht ausschliesslich für diesen Bereich gearbeitet.

Drei dieser Mitarbeiter seien auch nach Aufgabe des Angebots Erdsondenbohrungen weiterbeschäftigt worden. Der Umsatz habe rund 1,9 Mio. Fr. betragen. Die Dienstleistung sei in Ergänzung der Landschafts- und Gartenbauaufträge der Beklagten an deren Kunden erfolgt (Urk. 9 Ziffern 51, 55 und 70).

E. 2.2.3

Dem der Klage beigelegten Auszug der Homepage der Beklagten, datiert vom 1. Januar 2011, (Urk. 2/25) ist folgendes zu entnehmen: Aus der im Jahr 1892 gegründeten Handelsgärtnerei habe sich in den vergangenen Jahrzehnten eine Firmengruppe mit den drei renommierten Haupttätigkeitsbereichen Garten- und Landschaftsbau, Muldenservice und Entsorgung sowie Immobilien entwickelt. Die Ausführung von Erdwärmesonden sei die jüngste Erweiterung ihres Tätigkeitsfeldes und stehe ganz im Zeichen der zukunftsorientierten Ausrichtung der X.____-Gruppe. Für die Ausführung der anspruchsvollen Erdsondenarbeiten verfügten sie über modernste Bohrtechnik und ausgebildetes Fachpersonal. Zusammen mit ihrem umfangreichen Angebot im Bereich Garten- und Umgebungsgestaltung ermöglichten sie eine reibungslose Schnittstelle zum Heizungsunternehmen und nutzten wertvolle Synergien im Bereich Logistik und Organisation. Sie seien daher der verlässliche Partner für die Erstellung von Erdsonden aus einer Hand. Ihre Dienstleistungen im Zusammenhang mit «Erdwärme und Technologie» umfassten Beratung/Service, Transport des gesamten Bohrequipments, Objektschutz, Bohren, Erdsonden einbauen, Hohlraumverfüllen, Druckprüfung sowie Grab- und Wiederinstandstellungsarbeiten. Für die fachmännische Wiederinstandstellung oder Neugestaltung der Umgebung bzw. des Gartens würden sie ihre qualifizierten Gartenbauspezialisten empfehlen. Auf dem

von der Klägerin beigelegten Ausdruck unbekanntem Datums der Firmenhomepage werden unter dem Team «Gartenbau» die Geschäftsführung für Gartenbau/Erdsonden, die Bau führer für verschiedene Zuständigkeiten im Bereich Unterhalt, Neu- und Umbau, Kalkulator und Planung, die Bauführung Erdsonden, Baumschule, GartenForum und Werkstatt/Magazin aufgeführt (Urk. 2/26) .

Im von der Beklagten beigelegten Screenshot der Homepage , datierend vom 11. Februar 2019 (Urk. 10/8) , werden die verschiedenen Firmen der Holdinggruppe genannt, darunter die Beklagte unter dem Bereich «Garten- und Landschaftsbau», zu welchem auch die A.____ zählt. Im dazugehörigen Untermenü werden die Tätigkeiten rund um den Gartenbau angepriesen, so der Garten- und Landschaftsbau mit Entwicklung, Planung und Umsetzung von Projekten im Grünbereich von A wie Aussenanlage bis Z wie Zierkies , Gartenpflege und Gartenunterhalt, Wasserbau/Pools, Dachbegrünung und Mauern.

E. 2.3.1

Angesichts des im Handelsregister eingetragenen Zwecks der Beklagten sowie ihrem Auftreten besteht kein begründeter Zweifel und wird von der Klägerin auch nicht behauptet, dass prägendes Angebot die Gartengestaltung bildet. In diesem Zusammenhang fallen naturgemäss auch Erdverschiebungen, der Bau von Mauern, Plätzen, Wegen und Wasserbauten an. Die Ausführung dieser Arbeiten wird nicht gesondert zu Gartengestaltung und -unterhalt angeboten, weshalb sie der eigentlichen und prägenden Werkleistung Gartenbau untergeordnet sind und zweifellos nicht dem Geltungsbereich der AVE GAV FAR unterstehen. Dies wird von der Klägerin auch nicht mehr vertreten.

E. 2.3.2

Hingegen zeigt der Internetauftritt der Beklagten (geltend jedenfalls ab Januar 2011), dass der Bereich Erdsondenbohrung eine Eigenständigkeit aufwies und unabhängig von der Gartengestaltung in Anspruch genommen werden konnte, wobei gewisse Synergien mit der anschliessend auszuführenden Gartengestaltung bzw. -wiederherstellung nicht von der Hand zu weisen sind. Für die Wiederherstellung der

Gartenanlage wird jedoch explizit auf andere Fachleute der Beklagten verwiesen und die Inanspruchnahme der Erdsondenbauarbeiten war nicht zwingend mit der anschliessenden Gartengestaltung verbunden, auch wenn nach Angaben der Beklagten ausschliesslich Kunden des Landschafts- und Gartenbereichs Auftraggeber gewesen sein sollen (Urk. 9 Ziffer 66).

Dass der Betriebsteil mit seinen besonderen Produkten resp. Leistungen als Anbieter sich eigenständig und direkt um Kunden bemüht haben muss, ist für die Qualifikation als selbständiger Betriebsteil nicht notwendig (Urteil des Bundesgerichts 9C_454/2016 vom 9. März 2017 E. 5.4 mit Hinweis), weshalb auch das Fehlen einer eigenen Homepage nicht gegen die Eigenständigkeit des Betriebsteils spricht (Urk. 9 Ziffer 70). Das Angebot alternativer Energiegewinnung hätte vom übrigen und prägenden Tätigkeitsfeld der Beklagten ohne Weiteres unabhängig erfolgen oder hätte gar (wie dannzumal die Y. ___ AG) von einer eigenständigen Schwestergesellschaft angeboten werden können. Hierfür spricht auch, dass die Aufgabe dieses Geschäftsteils ohne Weiteres, das heisst ohne grössere Umstrukturierung, möglich war (Urk. 9 Ziffer 66). Für die Erdsondenbohrungen warb die Beklagte mit Fachpersonal und neuem Maschinenbestand. Damit trat sie

(im Internet jedenfalls ab Anfang 2011) nach aussen in Konkurrenz mit Bohrunternehmen, welche als Tiefbauunternehmen zweifellos dem Geltungsbereich der AVE GAV FAR unterstehen. Wenn einzelne Mitarbeiter in der Abteilung für Erdsondenbohrungen je nach Auftragslage für Tätigkeiten in der Gartengestaltung eingesetzt worden sein sollen (Urk. 9 Ziffern 55, 66, 62), so liegt dies in der Natur wirtschaftlichen Handelns, ändert jedoch nichts daran, dass diese Mitarbeiter als Spezialisten in erster Linie nicht für den Gartenbau, sondern für den Bereich Erdsondenbohrungen planteten, arbeiteten und hierfür angesichts der angepriesenen Fachkenntnis offensichtlich auch angestellt wurden, wie die Beklagte jedenfalls hinsichtlich des Betriebsleiters sinngemäss eingestand (Urk. 9 Ziffer 67). Dies erhellt auch dadurch, dass für die anschliessend notwendigen Umgebungsarbeiten auf die Abteilung Gartengestaltung verwiesen wurde. Eine klare Zuordnung der Mitarbeiter war der Beklagten denn auch im Zuge der Lohndeklaration möglich (Urk. 10/22, Urk. 2/11). Dass drei der Mitarbeiter Erdsondenbohrungen

auch heute noch im Unternehmen beschäftigt sein sollen (Urk. 9 Ziffer 66) , ändert an der damaligen Situation, dass der personelle Bereich von den übrigen in der Landschaftsgärtnerei tätigen Mitarbeiterinnen hinreichend klar abgegrenzt werden konnte, nichts. Darin unterscheiden sich die vorliegend zu beurteilenden Umstände bei der Beklagten massgeblich vom Sachverhalt des von ihr angerufenen Bundesgerichtsurteils 9C_629/2016 vom 2. März 2017 (Urk. 9 Ziffer 44 und 54) . Die Umstände des von diesem Urteil erfassten Unternehmens sind jedoch mit dem Bereich der Gartengestaltung vergleichbar, bei welchem - wie eingangs ausgeführt (E. 2.3.1) - gewisse Hoch- und Tiefbauarbeiten untrennbar zum Gartenbau dazugehören können. In diesem unechten Mischbetrieb sind die Kriterien Gepräge, Umsatz, Stellen einheiten zur Gesamtanalyse heranzuziehen. Für den eigenständigen Betriebsteil Erdsondenbohrungen ist jedoch das Verhältnis Personalbestand oder Umsatz zum Gesamtbetrieb der Beklagten oder gar zur gesamten Unternehmensgruppe untergeordnet. Die absolute Grösse des unterstellten Betriebes bzw. Betriebsteils (vgl. Urk. 9 Ziffer 58) vermag jedenfalls kein Unterstellungskriterium zu sein.

E. 2.3.3

Was die Beklagte ausserdem generell gegen eine Unterstellung einwendet, sticht nicht (Urk. 9 Ziffer 71 ff.) . Ob die AVE GAV FAR angesichts der ausländischen Anbieter ein untaugliches Mittel zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung darstellt ,

ändert nichts am Umstand, dass die Voraussetzungen der Unterstellung eines Betriebsteils der Beklagten mit Sitz in der Schweiz zu bejahen sind, weil sie Erzeugnisse gleicher Art anbieten wie inländische Tiefbauunternehmen. Ein Anspruch auf (Un) gleichbehandlung mit Anbietern mit Sitz ausserhalb des schweizerischen Hoheitsbereichs besteht nicht . Nicht zu prüfen, da für die konkrete Unterstellung unter die Anwendung der AVE GAV FAR

und die Beitragspflicht ohne Belang, sind die Vorbringen hinsichtlich der finanziellen Schwierigkeiten und struktureller Intransparenz der Klägerin sowie des für Arbeitnehmer bzw. Versicherte

nicht vorteilhaften Rentenumlageverfahrens bzw. fehlenden Anspruchs auf Freizügigkeitsleistungen. Eine unterschiedliche Handhabung des nicht in der AVE GAV FAR bzw. im GAV FAR geregelten Begriffs des echten Mischbetriebs bzw. -betriebsteils ist angesichts der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung herangezogenen Definition analog des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV) nicht ersichtlich (Urk. 9 Ziffer 78). Soweit die Voraussetzungen für die Qualifikation als eigenständiger Betriebsteil auch in einem grundsätzlich branchenfremden Aussenseiterunternehmen vorliegen, kann

die Grösse des Betriebsteiles absolut oder im Verhältnis zur Grösse des gesamten Unternehmens oder gar des Unternehmenskonzerns kein Abgrenzungskriterium sein. Die AVE GAV FAR macht auch hinsichtlich Insiderbetriebe n

oder -betriebsteile n

keine Unterstellungsunterschiede anhand der Betriebsgrösse oder der Anzahl Mitarbeiter. Die Abgrenzungsschwierigkeiten zur Unterstellung gehen nicht über diejenigen anderweitiger Qualifikationsfragen anderer Sozialversicherungszweige hinaus, weshalb das Prinzip der Rechtssicherheit nicht als verletzt zu betrachten ist, auch wenn der Ruf nach einfach anwendbaren Regelungen und Transparenz aus unternehmerischer Sicht

nachvollziehbar ist. Inwieweit die AVE GAV FAR die Wirtschaftsfreiheit über das bei Zwangsunterstellungen übliche Mass hinaus einschränkt, ist ebenfalls nicht ersichtlich, auch wenn es den über obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge betrifft.

E. 2.3.4

Der im Handelsregister eingetragene Zweck wurde zwar erst Ende November 2014 durch den Betriebsbereich Erdsondenbohrungen angepasst.

Nach unwiderlegten Angaben der Beklagten bot sie diese Leistung aber mit der Einstellung des Bereichsleiter s

ab August 2009 an (Urk. 9 Ziffer 51, 66; Urk. 10/23). Damit ist erstellt, dass ab diesem Zeitpunkt ein nebst dem Gartenbau genügend selbständig abgrenzbarer, eigenständiger Bereich bestand, für den gewisse Mitarbeiter vorwiegend tätig waren und daher eindeutig zugewiesen werden konnten (Urk. 10/22). Dass im Internetauftritt der Beklagten dieses Angebot erst anfangs 2011 nach aussen hin in Erscheinung getreten sein soll (Urk. 20 Ziffer 41), vermag angesichts der seit August 2009 und insbesondere im Jahre 2010 ausgesetzten Lohnzahlungen (Urk. 10/22) nicht zu überzeugen. Es ist angesichts des unbestrittenen Angebots sowie der effektiven Ausführungen davon auszugehen, dass die Beklagte mit diesem Bereich allenfalls in anderer Weise nach aussen hin auftrat und Kunden warb und damit in Konkurrenz zu anderen Firmen im Tiefbaubereich trat.

Der Bereich Erdsonden wurde Ende 2018 eingestellt, wie sich sowohl aus dem per Anfang Januar 2019 angepassten Zweck, dem Internetauftritt der Beklagten sowie dem Bericht des Wirtschaftsprüfers der B. AG (Urk. 23/1) ergibt.

E. 2.3.5

Der fragliche Betriebsteil bot nach diesen Erwägungen zusammengefasst nach aussen hin gegenüber den Kunden ein selbständiges, vom Gartenbau unabhängiges Angebot an und wies auch in struktureller und organisatorischer Hinsicht eine genügende Selbständigkeit auf, um als vom Kernbereich der Beklagten klar abgrenzbarer Bereich qualifiziert zu werden. Unmassgeblich ist damit der Umstand, dass der Umsatz dieses Bereichs und auch der öffentliche Auftritt gegenüber den Kunden eine untergeordnete Bedeutung des gesamten Unternehmens der Beklagten einnahm. Demzufolge unterstand dieser Bereich der Beklagten während seines Bestehens gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV FAR dem betrieblichen Geltungsbereich.

Die Beitragspflicht entfiel automatisch im Zeitpunkt, als der Betriebsteil aufgelöst wurde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_454/2016 vom 9. März 2017 E. 6.6.2).

E. 2.3.6

Hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs ist unter den Parteien unbestritten (Urk.

E. 2.3.7

Gemäss dem allgemeinverbindlich erklärten Art. 9 Abs. 1 GAV FAR schuldet der Arbeitgeber den gesamten in Art. 8 Abs. 1 und 2 GAV FAR umschriebenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitrag (vgl. auch die Änderungen der AVE vom 1. November 2007 und vom 14. Juni 2016 hinsichtlich Beitragssatz).

In masslicher Hinsicht sind weder anzuwendender Beitragssatz noch die Lohnsummen der unterstellten Arbeitnehmer strittig und stützt sich das mit Replik (Urk. 14) präzierte Klagebegehren auf die durch den Wirtschaftsprüfer verifi zierten Angaben der Beklagten (Urk. 10/22, Urk. 9 Ziffer 103) , was ohne Anhalt für offensichtliche Fehler zu keinen Weiterungen Anlass gibt.

E. 2.3.8

Grundlage des von der Klägerin geforderten Verzugszinses bildet Art. 9 Abs. 2 und 3 GAV FAR, der in te ilweiser Abweichung von Art. 102 ff. OR vorsieht, dass Akontozahlungen spätestens per Quartalsende fällig sind und ab Fälligkeit ein Verzugszins von 5 % geschuldet ist. Der jeweils nur per Jahresende eingeklagte Verzugszins ist daher ohne Weiteres ausgewiesen. 3.

Die Beklagte erhob die Verjährungseinrede (Urk. 9 Ziffer 10) .

E. 3

1. Dezember 2015

und 1. Januar 2016 bis 30. Juni 2016 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum unter den per sönlichen Anwendungsbereich des BRB AVE GAV FAR gefallen sind , nebst 5 % Zins ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechn ungsjahres folgenden 1. Januars; -

E. 3.1

Forderungen auf periodische Beiträge und Leistungen verjähren nach fünf Jahren. Die Art. 129-142 OR sind anwendbar (Art. 41 Abs. 2 BVG i. V.m . Art. 89a Abs. 6 Ziff. 5 des Zivilgesetzbuches [ZGB]). Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit der F orderung (Art. 130 Abs. 1 OR). Sie wird unter anderem durch Schuldbetrei bung und Klage unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR) und beginnt mit jedem Betrei bungsakt von neuem zu laufen (Art. 138 Abs. 2 OR).

Laut dem allgemeinverbindlich erklärten Art. 9 Abs. 2 GAV FAR hat der Arbeit geber vierteljährlich Akontozahlungen für die Beiträge abzuliefern, fällig 30 Tage nach der Rechnungsstellung, spätestens jedoch per Quartalsende. Seit dem Inkrafttreten der 1. BVG-Revision auf Anfang 2005 besteht zudem eine gesetzli che Fälligkeitsregel für Beitragsforderungen. Danach überweist der Arbeitgeber die beiderseitigen Beiträge bis spätestens zum Ende des ersten Monats nach dem Kalender- oder Versicherungsjahr, für das die Beiträge geschuldet sind, an die Vorsorgeeinrichtung (Art. 66 Abs. 4 BVG i.V.m . Art. 89a Abs. 6 Ziff.

E. 3.2

Eine qualifizierte Meldepflichtverletzung im Sinne dieser Rechtsprechung liegt nicht vor. Untersteht di e Beklagte nur hinsichtlich eines ihrer betreffend Selb ständigkeit umstrittenen Betriebsteil s dem GAV FAR, kommt die fünfjährige Verjährungsfrist ab Fälligkeit der Forderung zum Tragen .

Die Beklagte unter zeichnete erstmals am 28. August 2014 eine Verzichtserklärung zur Erhebung der Verjährungseinrede für die bis zum damaligen Zeitpunkt noch nicht verjähren Beitragsforderungen, gültig bis 1. Juli 2015 (Urk. 2/12). Diese erneuerte sie am 22. Juni 2015 für die Periode bis zum 31. Dezember 2016 (Urk. 2/19). Am 21. De zember 2016 leitete die Klägerin für eine Beitragssumme ab 2004 von Fr. 1'452'080. -- die

Betreibung ein (Urk. 2/22; Zahlungsbefehl vom 22. Dezember 2016 , zugestellt am 9. Januar 2017, Urk. 15/27) und am 17. Dezember 2018 (Postaufgabe) Klage (Urk. 1). Mit präzisiertem Klagebegehren (Urk. 14) werden Beitragsforderungen ab August 2009 erhoben, welche demnach am 30. September 2009 fällig geworden wären (Art. 9 Abs. 2 GAV FAR) . Mit rechts gültiger Verzichtserklärung vor Eintritt der Verjährung dieser Forderungen (verlängert bis Ende 2016) und anschliessenden die Verjährung unterbrechenden Handlungen (21. Dezember 2016 und 17. Dezember 2018) sind die eingeklagten Beitragsforderungen nicht verjährt. 4. 4.1

Da § 33 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit Art. 73 Abs. 2 BVG ein in der Regel kostenloses Verfahren garantiert und der unterliegenden Beklagten keine mutwillige oder leichtsinnige Prozessführung vorzuwerfen ist (e contrario § 33 Abs. 2 GSVGer), sind keine Gerichtskosten zu erheben. 4.2

Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde darf obsiegenden Behörden oder mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. In Anwendung dieser Bestimmung hat das Bundesgericht der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) und den privaten UVG-Versicherern sowie - von Sonderfällen abgesehen - den Krankenkassen keine Parteientschädigungen zugesprochen, weil sie als Organisationen mit öffentlichrechtlichen Aufgaben zu qualifizieren sind (BGE 112 V 361 E. 6 mit Hinweisen). Das hat grundsätzlich auch für Trägerinnen oder Versicherer der beruflichen Vorsorge gemäss BVG zu gelten (BGE 126 V 143 E. 4a mit Hinweis) und analog für die im überobligatorischen Bereich tätige Klägerin (Art. 89a Abs. 6 Ziff.

E. 7

zu bezahlen, nebst 5 % Zins ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januars. 4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 %

MWSt) zulasten der Beklagten.»

Zur Begründung führte die Klägerin aus (Urk. 1) , Erdsondenbohrertätigkeiten seien praxisgemäss dem Bereich Tiefbau anzurechnen und somit vom betrieblichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR erfasst (S. 11 Ziffer 33) . Die Beklagte bezwecke gemäss Handelsregistereintrag sowie der firmeneigenen Internetseite Erdsondenbohrungen und verfüge über modernste Bohrtechnik und ausgebildetes Fachpersonal (S.

E. 11

Ziffer 34) . Die Beklagte sei als echter Mischbetrieb zu betrachten und unterstehe damit für diesen Betriebsteil dem GAV FAR (S. 15 f. Ziffer 48) . So könnten die einzelnen Arbeitnehmer dem betreffenden Betriebsteil (nach ursprünglichen Angaben der Beklagten fünf Mitarbeiter) klar zugeordnet werden; die fragliche Leistung könne theoretisch unabhängig vom übrigen Tätigkeitsfeld der Beklagten erbracht werden und sie biete Leistungen gleicher Art wie dem GAV FAR unterstellte Betriebe an.

Mit Klageantwort vom 2. April 2019 (Urk. 9) beantragte die Beklagte vollumfänglich die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin. Sie führte im Wesentlichen aus (S. 32 f.) , sie sei ein typisches Landschafts- und

Gartenbauunternehmen, habe jedoch ab August 2009 in untergeordnetem Umfang Erdsondenbohrungen durchgeführt, ab 2011 sei dieser Bereich auch auf ihrer Homepage aufgeführt. Ende 2018 habe sie diese Tätigkeit vollständig eingestellt, weshalb eine Unterstellung unter den GAV FAR ab dem 1. Januar 2019 zum Vor herein entfiele. Die in diesem Bereich ehemals beschäftigten Mitarbeiter hätten je nach Auftragslage regelmässig als Chauffeure oder im Landschafts- und Gartenbau der Klägerin ausgeholfen. Drei dieser Mitarbeiter würden auch nach dem 1. Januar 2019 weiterbeschäftigt. Analog dem Bundesgerichtsentscheid zu einem typischen Betrieb der Forstwirtschaft (Urteil 9C_629/2016 vom 2. März 2017) entfalle auch in ihrem Falle eine Unterstellung, weil ein unechter Mischbetrieb mit Gepräge im Landschafts- und Gartenbau vorliege. Eine weite Auslegung der für die Unterstellung eines Aussenseitermischbetriebs anderer Branchen erforderlichen Voraussetzungen würde zu unbilligen Ergebnissen und Rechtsunsicherheiten mit ungewissen finanziellen Folgen führen. Würde wider Erwarten nicht von einem unechten Mischbetrieb der Beklagten ausgegangen, müsste eine ausschliessliche Beschäftigung der im bauhauptgewerblichen echten Betriebsteil tätigen Mitarbeiter gefordert werden. Zudem müsste der Bereich nicht nur theoretisch, sondern unabhängig vom übrigen Tätigkeitsfeld in erheblichem Umfang Leistungen auf dem Absatzmarkt erbringen. Beides sei bei ihr nicht der Fall. Auch der erzielte Umsatz von rund Fr. 1,9 Mio. (2017 Fr. 1,6 Mio., 2018 Fr. 1,5 Mio.) sei angesichts der teuren Maschinerie nicht erheblich. Der Klageantwort legte sie eine durch einen beauftragten Wirtschaftsprüfer anhand der Geschäftsunterlagen überprüfte Auflistung der jährlichen AHV-pflichtigen Lohnsummen der vom 1. August 2009 bis 31. Dezember 2017 regelmässig im Bereich Erdsondenbohrungen tätigen Mitarbeiter bei (Urk. 10/22), wobei sie den Lohn der drei Arbeitnehmer, mit welchen das Arbeitsverhältnis über den 1. Januar 2019 hinaus andauerte, sowie den Lohn des Bauführers Leiter Erdsonden separat auswies bzw. in einer zweiten Beitragsberechnung ausschied.

Gestützt auf diese Lohnliste präziserte und bezifferte die Klägerin mit Replik vom 27. August 2019 (Urk.

E. 14

ZGB).

Grundsätzlich kann auch eine dem Gläubiger unbekanntes Forderung fällig werden (BGE 136 V 73 E. 4.1 S. 78 mit Hinweisen). In Abweichung von dieser Regel erfolgt bei qualifizierter Meldepflichtverletzung im Sinne einer unentschuldbaren Unterlassung des Schuldners ein Aufschub der Fälligkeit der einzelnen periodischen Beitragsforderung bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Beitragsgläubigerin davon anrechenbare Kenntnis erlangt (BGE 136 V 73 E. 4.2 S. 79). Von einer solchen grobfahrlässigen Verletzung der sich unmittelbar aus einem allgemein verbindlichen Vertrag mit Gesetzescharakter ergebenden Verpflichtung zur Anmeldung und Bezahlung von Beiträgen an die Stiftung FAR ist etwa dann auszugehen, wenn sich ein dem GAV FAR unterstellter Arbeitgeber nicht selber bei der Stiftung FAR anmeldet. Unter diesen Umständen beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist erst mit der (zumut- resp. anrechenbaren) Kenntnis der Stiftung von ihrer Beitragsforderung gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber zu laufen (BGE 138 V 32 E. 4.1 S. 39 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 9C_392/2016 vom 17. Oktober 2016 E. 3.2.2).

E. 19

ZGB). Der obsiegenden Klägerin ist daher keine Parteientschädigung zu Lasten der Beklagten zuzusprechen.

Der

Beklagten steht ausgangsgemäss keine Parteientschädigung zu. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin

- Fr. 5'788.53 für das Jahr 2009, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2010
 - Fr. 19'363.18 für das Jahr 2010, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2011
 - Fr. 20'657.45 für das Jahr 2011, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2012
 - Fr. 19'435.36 für das Jahr 2012, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2013
 - Fr. 21'930.31 für das Jahr 2013, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2014
 - Fr. 23'978.23 für das Jahr 2014, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2015
 - Fr. 20'596.28 für das Jahr 2015, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2016
 - Fr. 25'464.-- für das Jahr 2016, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2017
 - Fr. 33'224.68 für das Jahr 2017, nebst 5 % Zins ab dem 1. Januar 2018
- zu bezahlen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der Klägerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Saskia Hiltbrunner - Advokatin
Yolanda Müller - 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 Hurst Kreyenbühl

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