

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2019.00045

vom 6. Mai 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-05-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2019.00045

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2019.00045 du 6 mai 2010

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2019.00045 del 6 maggio 2010

Erwägungen

E. 1.1

Der Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR (AVE GAV FAR [BBl 2003 4039]) wurde 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 respektive angepasst (BBl 2006 6751, 8865; 2007 7881; 2012 9763; 2015 8307; 2016 5033; 2017 5823).

E. 1.2

Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des im Anhang des BRB wiedergegebenen GAV FAR gelten für die Betriebe, Betriebsteile und selbstständige Akkordanten unter anderem des Bereichs Hoch- und Tiefbau (Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV FAR). Betriebe, die Erdwärmesondenbohrungen durchführen, das heisst im Wesentlichen (vertikale) Erdbohrungen vornehmen, Erdwärmesonden einbringen und deren (horizontalen) Anschluss an das Gebäude respektive die Wärmepumpe bewerkstelligen, sind dem Tiefbau im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV FAR zuzurechnen. Sie fallen daher unter den betrieblichen Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR (BGE 139 III 165 E. 4.3), sowohl in der ursprünglichen Fassung als auch in den jüngsten Versionen. Massgebliches Kriterium für den betrieblichen Geltungsbereich ist somit die Branche, der ein Betrieb zuzuordnen ist. Dafür ausschlaggebend sind die Tätigkeiten, die ihm das Gepräge geben, nicht hingegen der Handelsregistereintrag oder die Art und Weise, wie die Tätigkeiten ausgeführt respektive welche Hilfsmittel dabei eingesetzt werden (BGE 142 III 758 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 1.3

Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt ein Gesamtarbeitsvertrag für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unter verschiedenen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und des selben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbstständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil - und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe - das Gepräge gibt (BGE 134 III 11 E. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 1.4

Von einem selbstständigen Betrieb oder einem selbstständigen Betriebsteil inner halb eines Mischunternehmens kann nur gesprochen werden, wenn dieser eine eigene organisatorische Einheit bildet. Das setzt voraus, dass die einzelnen Arbeitnehmer klar zugeordnet werden können und die entsprechenden Arbeiten im Rahmen der übrigen Tätigkeiten des Unternehmens nicht nur hilfsweise erbracht werden. Im Interesse der Rechtssicherheit ist zudem zu fordern, dass der Betriebsteil mit seinen besonderen Produkten oder Dienstleistungen insofern auch nach aussen als entsprechender Anbieter gegenüber den Kunden in Erscheinung tritt. Demgegenüber bedarf der Betriebsteil keiner eigenen Verwaltung oder gar einer separaten Rechnungsführung, um als solcher gelten zu können (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2).

E. 1.5

Die Allgemeinverbindlicherklärung will einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen schaffen und damit verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gilt. Zum selben Wirtschaftszweig gehören Betriebe, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 134 III 11 E. 2.2). Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, unlautere Wettbewerbsvorteile zu verhindern, kann nur erreicht werden, wenn die Regeln des entsprechenden GAV grundsätzlich von sämtlichen Anbietern auf einem bestimmten Markt eingehalten werden müssen. Sobald ein Betrieb in nicht offen sichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt, für den ein allgemein verbindlich erklärter GAV gilt, kommen die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung (vgl. BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1) zur Anwendung (BGE 134 III 11 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_37 7/2009 vom 25. November 2009 E. 3.1). 2.

E. 2

8. Mai 2019 erhob die Stiftung FAR Klage gegen die X.____ mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2): «1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Betriebsteil «Tiefenbohrungen/Erdsonden» die folgenden FAR-Beiträge zu zahlen: - 5.3 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme 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; -

E. 2.1

Die Klägerin führte zur Klagebegründung aus, der Betriebsteil Erdsondenbohrungen sei dem GAV FAR unterstellt. Die Beklagte sei hauptsächlich im Bau nebegewerbe tätig und biete aus einer Hand Heizungssysteme basierend auf Erdwärme inklusive der Bohrung für die Erdsonden an. Es handle sich bei ihr um einen echten Mischbetrieb und die Kriterien für die Annahme eines selbstständigen Betriebsteils «Tiefenbohrungen/Erdsonden» seien - aus näher dargelegten Gründen - erfüllt. Mit demjenigen Teil der Belegschaft, der in diesem Bereich arbeite, sei die Beklagte dem GAV FAR

unterstellt und verpflichtet, für sie die im AVE GAV FAR vorgesehenen und noch näher zu beziffernden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge seit dem 1. Januar 2011 zuzüglich

Zinsen zu entrichten

(Urk. 1 S.

E. 2.2

Die Beklagte begründete die beantragte Klageabweisung damit, dass es sich bei ihrer Gesellschaft um einen unechten Mischbetrieb handle. Es treffe nicht zu, dass sie «nur Bohrungen» anbiete, vielmehr verkaufe sie immer nur ein Gesamtsystem. All ihre Arbeiten - so etwa das Bohren der Erdwärmesonde, wenn eine Erdwärmesondenanlage installiert werde - würden immer nur in Zusammenhang mit einer X.____-Anlage und X.____-Produkten ausgeführt. Die Erdwärmesondenbohrung sei eine nur hilfsweise erbrachte Tätigkeit. Sie erziele mit den Bohrarbeiten keinen Gewinn. Auch gebe es keine X.____-Erdwärmesondenbohrungen

auf dem Markt für andere als X.____-Wärmepumpen zu kaufen, sie trete nicht als eigenständige Anbieterin für Erdwärmesonden auf, um Dritten für ein anderes Wärmepumpenprodukt eine Sondenbohrung zu verkaufen. Ein Betriebsteil für Erdwärmesondenbohrungen sei auch nicht erkennbar (Urk. 6 S. 2-3). Derzeit seien noch 2 Mitarbeiter mit Bohrarbeiten beschäftigt, was 6.9 % der 29 Vollzeitstellen entspreche. Mit den von diesen gebohrten Sondenmetern werde pro Jahr ein Umsatz von weniger als Fr. 500'000.-- erreicht, ein Gewinn könne damit

nicht erzielt werden (S. 4-5). Die Klägerin habe sie im Übrigen im März 2011 als unechten Mischbetrieb anerkannt, heute werde versucht, ihr diesen Status wieder zu entziehen. Zudem habe sie nie den Nachweis erbringen können, dass eine Umsatzfalle von Fr. 500'000.-- bestehe (S. 5-6). In erheblichem Umfang Leistungen erbracht, wie dies das Bundesgericht fordere, habe sie nicht. Sie habe wohl mit Abstand den kleinsten Umsatzanteil mit Erdwärmesonden auf dem gesamten Schweizer Markt. So habe sie beispielsweise 2018 gerade einmal 0.3 % der in der Schweiz total gebohrten Erdwärmesondenmeter gebohrt und ungefähr 5.2 % ihres Gesamtumsatzes mit Sonden erzielt (S. 7). 3. 3.1

Für die umstrittene Beitragspflicht eines Unternehmens ist vorab entscheidend, welche Betriebe oder selbstständigen Betriebsteile es führt. Erst wenn dies feststeht, lässt sich die Unterstellung hinsichtlich des betrieblichen Geltungsbereichs des GAV FAR respektive der AVE GAV FAR (vgl. E. 1.2) beurteilen, wobei für jeden Betrieb und/oder selbstständigen Betriebsteil gesondert zu prüfen ist, welche Tätigkeit ihm das Gepräge gibt (vgl. E. 1.3).

Bei der Beklagten handelt es sich um ein Mischunternehmen. Es ist im Lichte des BGE 141 V 657 (vgl. E. 1.4) zunächst zu beurteilen, ob von einem echten oder unechten Mischunternehmen auszugehen ist, also ob der Betriebsteil Tiefenbohrungen/Erdsonden als selbstständiger oder unselbstständiger Betriebs teil zu qualifizieren ist. 3.2

Vorab ist festzuhalten, dass die Beklagte nach eigenen Angaben als Gesamtanbieterin für Wärmepumpensysteme auftritt. Sie plane, installiere und warte gesamte Wärmepumpenanlagen, führe diese mit vorwiegend eigenen Mitarbeitern aus, installiere eigene Geräte, verlege Bodenheizungen und installiere Radiatoren, liefere und installiere Boiler und schliesse diese bei Bestandesbauten an bestehende Heizverteilungen an. Weiter bohre sie, sofern eine Erdwärmesondenanlage installiert werde, auch die Erdwärmesonde. All diese Arbeiten führe sie immer nur im Zusammenhang mit einer X.____-Anlage und

X.____ -Produkten aus. Separate Erdwärmesondenbohrungen biete sie Dritten hingegen nicht an . In all ihrer Korrespondenz weise sie darauf hin, dass sie einzig Gesamtanlagen verkaufe, Anfragen für die Ausführung nur eines Teilbereichs erteile sie eine Absage . Erdwärmesondenbohrungen , die nicht im Zusammenhang mit einer von ihr selber installierten X.____ -Wärmepumpe ständen, würden von ihr weder angeboten noch ausgeführt. Es gebe keine X.____ - Erdwärmesondenbohrungen auf dem Markt für andere als X.____ -Wärmepumpen zu kaufen. Auch trete sie nicht als eigenständiger Anbieter für Erdwärmesonden auf, um Dritten für ein anderes Wärmepumpenprodukt eine Sondenbohrung zu verkaufen. Dafür werde auch keine Werbung gemacht

(Urk. 6 S. 2 -3 und

S. 6 -7). Diese Ausführungen wurden von der Klägerin nicht bestritten (vgl. Urk. 12 S. 7-8) und gelten damit als anerkannt. Im Übrigen sind sie auch gestützt auf die Akten ausgewiesen (vgl. etwa Urk. 7/3).

Die im Zusammenhang mit den Erdwärmesondenbohrungen ausgeübten Tätigkeiten erscheinen demnach immer als Zusatzleistung zum Hauptangebot der Beklagten und sind damit dermassen eng verbunden, dass diesbezüglich auf einen unselbstständigen Betriebsteil zu schliessen ist. Mit ihrem Angebot betätigt sich die Beklagte auch nicht auf dem gleichen Markt wie am GAV FAR beteiligte Erdsondenbohrbetriebe , welche keine Gesamtanlagen anbieten. Die Beklagte tritt nach eigenen Angaben in der Schweiz als einziger Anbieter solcher Gesamtanlagen auf (vgl. etwa Urk. 6 S. 2 und Urk. 17

S. 3-4 und S. 6-7). Von einer tatsächlichen Konkurrenzsituation kann somit nicht gesprochen werden und es ist auch keine Wettbewerbsverzerrung erkennbar, welche für eine Unterstellung unter den GAV FAR sprechen würde. 3.3

Selbst wenn die Beklagte auf dem gleichen Markt Leistungen von gleicher Art anbieten würde wie andere dem GAV FAR unterstellte Erdsondenbohrbetriebe , kommen die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung unter den GAV FAR gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann zur Anwendung, wenn ein Betrieb in nicht offensichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2). Von einem offensichtlich untergeordneten Auftritt im Erdsondenbohrmarkt ist vorliegend aber auszugehen. In den Jahren 2016 bis 2018 wurden von den schweizweit 2'450'000, 2'520'000 und 2'660'000 im Zusammenhang mit Erdsonden angefallenen Bohrmeter deren 7 ' 860, 6 ' 851 und 8 ' 125 Meter von der Beklagten gebohrt (Urk. 7/8a-8c und Urk. 7/11). Dies entspricht einem Marktanteil von 0.32 % (2016), 0.27 % (2017) beziehungsweise 0.31 % (2018) und damit offensichtlich einem untergeordneten Umfang im landesweiten

Erdsondenbohrmarkt . Die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung unter den GAV FAR kommen deshalb vorliegend nicht zur Anwendung.

Der Verweis der Klägerin auf das Urteil des Bundesgerichts 9C_75/2016 vom 27. September 2016 vermag daran nichts zu ändern, kann doch aus jenem Entscheid einzig abgeleitet werden, zu welchem Anteil der Stellenprozente die Gesellschaft im Bausektor tätig war und welchen Umsatz sie dabei erzielte. In

welchem Umfang die Gesellschaft mit ihrem Angebot im Markt auftrat, ist daraus hingegen nicht ersichtlich. Dies im Unterschied zum vorliegend massgebenden BGE 141 V 657. Die im Urteil betroffene Gesellschaft erzielte mit ihrem Betriebsteil Erdsondenbohrungen einen

Umsatz zwischen Fr. 2'000'000.-- und Fr. 4'800'000.-- und trat nach unbestrittenen Angaben der Beklagten mit einem Anteil von 5 bis 8 % (vgl. Urk. 17 S. 5 unten) im Markt auf. Dies entspricht ver gleichen mit dem vorliegenden Fall einem bis zu 30 fachen Marktanteil und somit nachvollziehbar einem Auftritt in nicht offensichtlich untergeordnete m Umfang. 3.4

Nach dem Gesagten ist die Beklagte mit ihren im Zusammenhang mit Erdsonden erbrachten Tätigkeiten nicht dem GAV FAR zu unterstellen und es entfällt eine Pflicht zur Entrichtung der im AVE GAV FAR vorgesehenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge . Die Klage ist damit abzuweisen. 4 .

Die Beklagte beantragte die Zusprache einer Prozessentschädigung. Eine solche ist nach der Rechtsprechung einer unvertretenen Partei grundsätzlich nicht zu gewähren, ausser wenn besondere Verhältnisse vorliegen. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, wenn die Interessenwahrung einen hohen Arbeitsaufwand notwendig macht, der den Rahmen dessen überschreitet, was der einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat und wenn zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht (vgl. B GE 127 V 205 E. 4b). Diese Voraussetzungen sind vorliegend als erfüllt zu betrachten , machte die Beklagte doch bereits für die Klageantwort einen Aufwand von mehreren hundert Stunden geltend (Urk. 6 S. 5) , was den Rahmen dessen, was von ihr üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten erwartet werden kann, klar überschreitet. Der Beklagten ist deshalb ausnahmsweise eine Prozessentschädigung zuzusprechen. Die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses

und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert (§ 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer) . Sie wird vom Gericht nach Ermessen und unabhängig vom tatsächlichen Aufwand der Beklagten vorliegend auf Fr. 2'500.-- festgesetzt und der unterliegenden Klägerin auferlegt . Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Klägerin wird verpflichtet, der

Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 2' 5 00.-- zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR) - X.____ - 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 bei zulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin GräubLanzicher

E. 5

% der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2012 bis 30. Juni 2016 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; - 7% der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Juli 2016 bis 31. Dezember 201

E. 8

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. 2.

Der Klägerin sei Gelegenheit zu geben, nach Abschluss des Beweisverfahrens die unter Ziff. 1 gestellten Begehren innert angemessener Frist definitiv zu beziffern. 3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zulasten der Beklagten.»

Am 10. September 2019 beantragte die X.____, die Klage sei abzuweisen. Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass ein echter Mischbetrieb vorliege, werde um eine Unterstellung ab dem Datum der Änderung des Unterstellungsentscheids durch den Stiftungsrat der Klägerin beziehungsweise frühestens ab dem 15. Juni 2016 (Sitzung Bundesrat) ersucht (Urk. 6 S. 1).

In ihrer Replik vom 23. Dezember 2019 (Urk.

E. 12

S. 2) stellte die Klägerin das nunmehr teilweise bezifferte Rechtsbegehren: «1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Betriebsteil «Tiefenbohrungen/Erdsonden» die folgenden FAR-Beiträge zu zahlen: - 5.3 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme 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 2015 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; - CHF 32'494.65 für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis am 31. Dezember 2018 nebst 5% Zins ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januars. 2.

Der Klägerin sei Gelegenheit zu geben, nach Abschluss des Beweisverfahrens die unter Ziff. 1 gestellten Begehren innert angemessener Frist definitiv zu beziffern. 3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zulasten der Beklagten.»

In ihrer Duplik vom 6. März 2020 (Urk. 17) hielt die Beklagte an den gestellten Anträgen fest, was der Klägerin mit Verfügung vom 10. März 2020

zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 18). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 17

18, S.

E. 21

und S. 23).

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