



9C_132/2017

Urteil vom 22. November 2017

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Pfiffner, Präsidentin,
Bundesrichterin Glanzmann, Bundesrichter Parrino,
Gerichtsschreiber R. Widmer.

Verfahrensbeteiligte
Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR), Obstgartenstrasse 19,
8006 Zürich, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Adrian von Kaenel und/oder Lukasz Grebski,
Beschwerdeführerin,

gegen

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mischa Berner,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Berufliche Vorsorge,

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 5. Januar
2017 (S 15 85).

Sachverhalt:

A.

Die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Stiftung FAR) ist mit dem Vollzug des zwischen dem Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) und den Gewerkschaften Unia sowie Syna am 12. November 2002 geschlossenen Gesamtarbeitsvertrags für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) beauftragt. Das vom Stiftungsrat erlassene Stiftungsreglement regelt den freiwilligen vorzeitigen Altersrücktritt für die letzten fünf Jahre vor dem ordentlichen AHV-Alter und dessen Finanzierung. Mit Beschluss vom 5. Juni 2003 hat der Bundesrat den GAV FAR ab 1. Juli 2003 teilweise für allgemeinverbindlich erklärt, ebenso in der Folge die seither vereinbarten Änderungen.

Mit Beschluss vom 6. Dezember 2012 hat der Bundesrat stationäre Recycling-Anlagen ausserhalb von Baustellen ab 1. Januar 2013 vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten (AVE) GAV FAR ausgenommen.

Mit Entscheid vom 28. November/4. Dezember 2014 stellte die Stiftung FAR fest, bei der A. _____ AG handle es sich um einen unechten Mischbetrieb mit Gepräge im betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR. Folglich habe die Unternehmung ab 1. Juli 2003 für die Mitarbeiter, die in den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fallen, FAR-Beiträge zu entrichten. Der Stiftungsratsausschuss entschied am 12. März 2015, die A. _____ AG sei bis 31. Dezember 2012 von Gesetzes wegen dem GAV FAR unterstellt gewesen. Das entsprechende

Vorsorgeverhältnis sei mit Schreiben vom 28. Juni 2014 gekündigt worden. Demgemäss schulde die A. _____ AG für die betroffenen Arbeitnehmer für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis 31. Dezember 2014 FAR-Beiträge. Für diesen Zeitraum habe die Gesellschaft der Stiftung FAR Lohnbescheinigungen der unterstellten Mitarbeiter einzureichen.

B.

Die A. _____ AG leistete dieser Aufforderung keine Folge. Am 9. Juli 2015 reichte die Stiftung FAR beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Klage ein mit den Anträgen, die A. _____ AG sei zu verpflichten, ihr für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2014 Beiträge in noch zu bestimmender Höhe von der noch zu beziffernden jeweiligen AHV-pflichtigen Lohnsumme der unter den persönlichen Anwendungsbereich des GAV FAR gefallenen Mitarbeiter zu bezahlen. Mit Entscheid vom 5. Januar 2017 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden die Klage teilweise gut. Es verpflichtete die A. _____ AG, der Stiftung FAR für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2012 Beiträge in der Höhe von Fr. 80'297.15, nebst Zins zu 5 % auf verschiedenen Beträgen ab unterschiedlichen Fälligkeiten zu bezahlen.

C.

Die Stiftung FAR führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Anträgen, der kantonale Gerichtsentscheid sei aufzuheben, soweit er die Forderungen betreffend FAR-Beiträge für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 abweist. Die A. _____ AG sei zu verpflichten, ihr zusätzlich zum vorinstanzlich zugesprochenen Betrag Fr. 19'583.15 für die FAR-Beiträge in der Zeit vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014, nebst Zins zu 5 % auf Fr. 10'477.80 ab 1. Januar 2014 und auf Fr. 9'105.35 ab 1. Januar 2015 zu bezahlen. Eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Die A. _____ AG schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Sie reicht ein Rechtsgutachten von Prof. Jürg Brühwiler und Rechtsanwältin Rahel Brühwiler ein. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Die Stiftung FAR lässt sich zur Stellungnahme der A. _____ AG vernehmen, worauf diese sich in einer weiteren Eingabe äussert.

Erwägungen:

1.

Die Vorinstanz hat die Beitragsforderung der Stiftung FAR für den Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2012 gutgeheissen, was unbestritten geblieben ist. Zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zusätzlich FAR-Beiträge für die Jahre 2013 und 2014 schuldet.

2.

2.1. Das kantonale Gericht hat zunächst festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin nicht Mitglied des SBV ist, jedoch dem AVE GAV FAR unterstanden hat. Es hat für die Zeitspanne von 2004 bis 2012 den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR für die Beschwerdegegnerin bejaht, welche eine stationäre Recyclinganlage betreibt. Seit der Änderung der Regelung gemäss Bundesratsbeschluss vom 6. Dezember 2012 falle die Beschwerdegegnerin als Betreiberin einer stationären Recyclinganlage ausserhalb einer Baustelle hingegen nicht mehr in den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR. Dies sei zwischen den Parteien unbestritten. Die Auffassung der Stiftung FAR, wonach die vom Bundesrat am 6. Dezember 2012 verfügte Änderung des betrieblichen Geltungsbereichs für die Beschwerdegegnerin erst ab dem 1. Januar 2015 Rechtswirkung entfalte, verwarf die Vorinstanz. Das Schweizerische Recht kenne keine Nachwirkung der Allgemeinverbindlicherklärung für Aussenstehende mit der Folge, dass diese über das im Bundesratsbeschluss festgelegte Datum hinaus Geltung beanspruchen könnte.

2.2. Die Stiftung FAR begründet ihren Antrag auf Zahlung der FAR-Beiträge durch die Beschwerdegegnerin auch für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 zunächst damit, dass der Bundesrat zum Beschluss vom 6. Dezember 2012 (in Kraft seit 1. Januar 2013), mit dem er stationäre Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle und das in ihnen beschäftigte Personal vom Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR ausgenommen hat, keine ausdrückliche Übergangsbestimmung geschaffen habe. Dieser Umstand sei für die betroffenen Arbeitnehmer stossend, zumal die Änderung erst am 28. Dezember 2012 publiziert wurde. Ab 1. Januar 2013 würden sämtliche betroffenen Angestellten nicht mehr in einem dem GAV FAR unterstellten Betrieb arbeiten; damit würden die zwischen 53 und 60 Jahre alten Arbeitnehmer den

FAR-Rentenanspruch verlieren, weil in dieser Zeit eine ununterbrochene Tätigkeit in einem dem GAV unterstellten Unternehmen vorgewiesen werden muss. Mit Zusatz 4 des Bundesratsbeschlusses vom 6. Dezember 2012 habe der Bundesrat auf den 1. Januar 2013 die Unterstellung von Recyclingbetrieben insoweit eingeschränkt, als er die stationären Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle vom Geltungsbereich des GAV FAR ausgenommen hat. Der Bundesratsbeschluss entspreche nicht dem Willen der Vertragsparteien und verletze deren Tarifautonomie. Die neue, im Zusatz 4 zum Bundesratsbeschluss festgelegte Ausnahme sei erst im Jahr 2014 in den GAV FAR aufgenommen worden. Des Weiteren enthalte dieser Vertrag in Art. 28 Abs. 5 eine Übergangsbestimmung. Diese sehe vor, dass die Beendigung der Unterstellung durch Kündigung zu erfolgen hat. Aus der Kombination dieser Übergangsbestimmung mit dem Ausschluss von stationären Recyclinganlagen ausserhalb von Baustellen auf Ende 2013 ergebe sich für die dem GAV FAR unterstellten stationären Recyclingbetriebe eine normative Nachwirkung, die seitens der Betriebe seit 1. Januar 2014 durch eine entsprechende Erklärung unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf Ende des Kalenderjahres beseitigt werden kann. Da der Bundesrat nicht kompetent war, die entsprechenden Betriebe aus dem GAV FAR auszuschliessen, habe die Unterstellung so lange angedauert, wie dies der der Allgemeinverbindlicherklärung zugrunde liegende GAV vorsieht. Indem die Vorinstanz von der Gültigkeit des Bundesratsbeschlusses bezüglich des Ausschlusses von stationären Recyclinganlagen ausserhalb von Baustellen aus dem GAV FAR ausging, habe sie Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (AVEG; SR 221.215.311) sowie den Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR und damit Bundesrecht verletzt. Im Übrigen müsste nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine angemessene Übergangsregelung geschaffen werden, um die betroffenen Arbeitnehmer vor Nachteilen zu schützen.

2.3. Die Beschwerdegegnerin macht im Wesentlichen geltend, die Interessen ihrer Arbeitnehmer seien nie beeinträchtigt gewesen, weil sie nie annahmen, dem GAV FAR zu unterstehen. Vielmehr seien sie der Ansicht gewesen, dass der Betrieb nicht im Bauhauptgewerbe tätig sei. Demnach seien auch keine Beiträge entrichtet worden. Es bestehe keine Rechtsgrundlage für einen Austritt mit einer Frist von sechs Monaten. Die Ausnahme von der Unterstellung mittels Bundesratsbeschluss sei ebenso zwingend wie die Unterstellung. Arbeitnehmern, die zu einem Betrieb wechseln, der dem GAV FAR untersteht, wären die seitens der Vorinstanz verfügbaren Beitragsjahre anzurechnen; auch insofern bestünde keine Härte.

3.

Der Bundesratsbeschluss über die Verlängerung und Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 [BBI 2003 4039] bestimmt in Art. 2 Abs. 4 lit. b in der Fassung vom 6. Dezember 2012, in Kraft ab 1. Januar 2013 [BBI 2012 9763], dass die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR u.a. für die Betriebe, Betriebsteile und selbstständigen Akkordanten der folgenden Bereiche gelten:

Aushub, Abbruch, Deponie und Recyclingbetriebe; ausgenommen sind stationäre Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle und das in ihnen beschäftigte Personal.

4.

Auf Grund der Erwägungen der Vorinstanz steht fest und ist im Übrigen unbestritten geblieben, dass die Voraussetzungen für die Unterstellung der Beschwerdegegnerin unter den AVE GAV FAR erfüllt waren. Diese hat gegen die grundsätzliche Unterstellung kein Rechtsmittel eingelegt, und in der Vernehmlassung zieht sie die Auffassung des kantonalen Gerichts zur Unterstellung nicht einmal ansatzweise in Zweifel. Streitig und zu prüfen ist im vorliegenden Fall einzig die Dauer der Unterstellung unter den GAV.

5.

5.1. In der Beschwerde wird zum ersten Mal vorgebracht, die Allgemeinverbindlicherklärung vom 6. Dezember 2012 verletze das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (AVEG; SR 221.215.311). In der Klage wurde diesbezüglich lediglich vorgebracht, dass die Allgemeinverbindlicherklärung nicht richtig durchdacht und daher "planwidrig unvollständig" sei. Ein Verstoß gegen übergeordnetes Recht wurde mit keinem Wort geltend gemacht. Die erst vor Bundesgericht vorgetragenen Gründe und Tatsachen, die nach Ansicht der Beschwerdeführerin im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle die Nichtanwendung der Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 2 Abs. 4 lit. b GAV FAR zur Folge haben sollen, sind unzulässig, wie aus den nachstehenden Erwägungen erhellt: Wird die Allgemeinverbindlichkeit eines

Gesamtarbeitsvertrages nachträglich im kantonalen Gerichtsverfahren in Frage gestellt, liegt es an der daran interessierten Partei, die Tatsachen, die aus ihrer Sicht die Rechtmässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung erschüttern, zu behaupten. Auch im Anwendungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes obliegt es nicht dem kantonalen Gericht, die Rechtmässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung zu prüfen, wenn wie hier keine entsprechenden Anhaltspunkte aktenkundig sind. Da der angefochtene Entscheid keinen Anlass zu den neuen Behauptungen gegeben hat, ist darauf letztinstanzlich nicht einzugehen (Art. 99 Abs. 1 BGG; Urteil 9C_374/2012 vom 7. Dezember 2012 E.2.2). Damit ist die Frage, ob der Bundesrat den betrieblichen Geltungsbereich des GAV mit Beschluss vom 6. Dezember 2012 einschränken durfte, nicht zu erörtern.

5.2. Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren das Fehlen einer angemessenen Übergangsregelung, die der Bundesrat zu Gunsten der betroffenen Arbeitnehmer nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hätte gewähren müssen. Der Ausschluss stationärer Recycling-Anlagen ausserhalb von Baustellen vom Geltungsbereich des AVE GAV FAR habe Arbeitnehmer der Möglichkeit beraubt, sich frühzeitig zu den gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten vorteilhaften Bedingungen pensionieren zu lassen.

5.2.1. Die Rechtsprechung hat das Fehlen einer Übergangsregelung nur zurückhaltend als verfassungswidrig beurteilt und namentlich bei relativ geringfügigen Leistungseinbussen auch eine übergangslose Inkraftsetzung der neuen Regelung nicht beanstandet (**BGE 134 I 23** E. 7.6.1 S. 40 f. mit Hinweisen).

5.2.2. Die Beschwerde ist in diesem Punkt pauschal und allgemein gehalten. Sie genügt den qualifizierten Anforderungen, wie sie nach Art. 106 Abs. 2 BGG für die Geltendmachung der Verletzung von Grundrechten erfüllt sein müssen (**BGE 139 I 229** E. 2.2 S. 232), nicht. Einer Überprüfung hält sie unabhängig davon, ob eine Verfassungsverletzung rechtsgenügend begründet wurde, ohnehin nicht stand, wie sich den nachstehenden Erwägungen entnehmen lässt. Es wird geltend gemacht, zwei Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin, B. _____ (geboren 18. Juli 1951) und C. _____ (geboren 23. Juli 1953) seien direkt vom Bundesratsbeschluss vom 6. Dezember 2012 betroffen, indem sie ihren FAR-Rentenanspruch unmittelbar verloren hätten. Die Anspruchsberechtigung gegenüber der Stiftung FAR ist indessen nicht nur vom Alter des Arbeitnehmers abhängig. Es muss gemäss Art. 14 Abs. 1 und 2 GAV FAR insbesondere auch eine ununterbrochene Betriebszugehörigkeit während sieben Jahren vor der vorzeitigen Pensionierung ausgewiesen sein. C. _____ ist erst seit April 2009 im Betrieb der Beschwerdegegnerin tätig, weshalb für ihn eine bis Ende 2014 währende Übergangsfrist keinen Vorteil brächte. Die Behauptung, die Arbeitnehmer hätten ihren FAR-Rentenanspruch ohne Übergangsfrist "sofort verloren", trifft auch auf B. _____ nicht zu, da ihm vor August 2014 der Altersrücktritt gemäss Leistungsentscheid der Stiftung FAR vom 5. Juni 2015 ohnehin nicht offen stand. Des Weiteren ist der mit dem Wegfall der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung angeblich verbundene Verlust von durchschnittlich Fr. 300'000.- je Arbeitnehmer nicht nachvollziehbar. Es fehlen eine Substanziierung und Spezifizierung, und ein Beleg für den geltend gemachten Betrag ist nicht eingereicht worden.

5.3. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf eine individualrechtliche Nachwirkung nach Ablauf der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR beruft und sich für ihren Standpunkt auf **BGE 130 III 19** E. 3.1.2.2 S. 23 stützt, kann ihr nicht beigespflichtet werden. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil, bestätigt in SVR 2011 BVG Nr. 14 S. 51 E. 4.2.2 (9C_297/2010), anerkannt, dass Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen, welche die Leistungen der Parteien eines *Einzelarbeitsvertrages* regeln, nach dem effektiven *Willen der Vertragsparteien* auch nach Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages als Inhalt des *Einzelarbeitsvertrages* weiter gelten (vgl. auch Bruchez, Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, Kapitel F, N 92 zu Art. 356 OR). Im vorliegenden Fall steht jedoch ein Arbeitgeber am Recht, der nicht Mitglied einer Vertragspartei (hier der SBV) ist und den Inhalt des GAV nicht mitbestimmen konnte. Ein solcher Wille hinsichtlich der Weitergeltung des GAV FAR über dessen Beendigung hinaus kann ihm deshalb nicht unterstellt werden. Dies hat um so mehr zu gelten, als die Beschwerdegegnerin nicht freiwillig, sondern allein kraft Rechtssetzung - bei der Allgemeinverbindlicherklärung handelt es sich um eine normative Regelung mit Rechtssetzungscharakter (**BGE 138 V 32** E. 4.1 S. 39; vgl. auch Urteil 4C_1/2008 vom 9. März 2009 E. 2) - dem GAV FAR unterstellt wurde. Entscheidend ist schliesslich, dass die Bestimmungen des GAV FAR nicht das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer berühren, sondern der GAV FAR das Anschlussverhältnis zwischen Arbeitgeber und Stiftung begründet. Bei diesem handelt es sich um einen Innominatsvertrag aus dem Anwendungsbereich der beruflichen Vorsorge (vgl. **BGE 120 V 299** E. 4a S. 304), der vom Arbeitnehmer nicht als arbeitsrechtliche Grundlage herangezogen werden kann.

5.4. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unbegründet.

6.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Diese hat der Beschwerdegegnerin überdies eine Parteienschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 22. November 2017

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Pfiffner

Der Gerichtsschreiber: Widmer