



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 23. Mai 2016 (735 14 366)

Berufliche Vorsorge

Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Kantonsrichter Christof Enderle, Kantonsrichter Daniel Noll, Gerichtsschreiberin Gisela Wartenweiler

Parteien **Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR)**, Obstgartenstrasse 19, 8006 Zürich, Klägerin, vertreten durch Dr. Adrian von Kaenel, Rechtsanwalt, Herr Lukasz Grebski, Rechtsanwalt, Bahnhofstrasse 67, Postfach 183, 8622 Wetzikon ZH

gegen

A._____, Beklagte, vertreten durch Dr. Dieter Völlmin, Advokat, Kirchplatz 16, Postfach 916, 4132 Muttenz 1

Betreff Beiträge

A. 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. Mit Beschluss des Bundesrates (BRB) vom 5. Juni 2003 wurde der GAV FAR teilweise allgemeinverbindlich erklärt. Er trat am 1. Juli 2003 in Kraft. Der Bundesrat verlängerte mit Beschlüssen vom 8. August 2006 bzw. 26. Oktober 2006 (BBI 2006 6751 und 8865), 1. November 2007

(BBI 2007 7881), 6. Dezember 2012 (BBI 2012 9763) und 10. November 2015 (BBI 2015 8307) die Geltungsdauer bis zum 31. Dezember 2019.

B. Die im Jahr 1995 gegründete A.____ bezweckt laut Eintrag im Handelsregister die Übernahme und Durchführung von Materialtransporten, speziell im Baugewerbe sowie Bauschutt-Recycling. Sie ist Mitglied des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes (ASTAG), aber nicht des SBV. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2010 teilte die Stiftung FAR der A.____ mit, sie gehe davon aus, dass das Unternehmen unter den Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR falle und deshalb beitragspflichtig sei. Dabei forderte sie die Firma auf, Angaben über ihren Betrieb abzugeben und entsprechende Formulare auszufüllen. Auf Mahnung der Stiftung FAR hin informierte die A.____ diese, dass sie nicht bereit sei, die Formulare zu retournieren. Diesen Standpunkt vertrat die Firma auch auf weitere entsprechende Aufforderungen hin. Mit "Beschluss" vom 1. März 2011 unterstellte die Stiftung FAR die A.____ dem räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR und verlangte die Bezahlung von FAR-Beiträgen für die von ihr beschäftigten Mitarbeiter ab 1. Juli 2011. Auf Schreiben der Beklagten vom 26. April 2011 hin erläuterte die Stiftung FAR am 5. Mai 2011 gegenüber der A.____ die Rechtslage und forderte sie wiederum auf, die von ihr gewünschten Formulare zu vervollständigen. Mit Schreiben vom 3. Juni 2011 teilte die A.____ mit, dass sie nicht gleicher Ansicht sei und deshalb die Formulare nicht ausfülle. Aufgrund der Zusatzinformationen aus der Einsprache vom 26. April 2011 und den Angaben auf der Homepage der A.____ prüfte die Stiftung FAR die Unterstellung der Firma erneut. Am 14. Juni 2011 erliess sie einen "Wiedererwägungsentscheid" und stellte fest, dass es keinen Anlass gebe, vom Unterstellungsentscheid vom 1. März 2011 abzuweichen.

C. Nach mehreren Briefwechseln, bei welchen die Parteien an ihren gegenteiligen Ansichten festhielten, reichte die Stiftung FAR am 21. November 2014 Klage gegen die A.____ beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, ein. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin folgende Beiträge zu zahlen:

5,3 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Juli 2011 bis 31. Dezember 2011 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum unter den persönlichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR gefallen sind, nebst Zins zu 5 % ab dem 1. Januar 2012;

5,0 % der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5 % ab dem 1. Januar 2013;

5,0 % der noch zu beziffernden AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2013 aller Mitarbeiter, soweit diese im genannten Zeitraum unter den persönlichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR gefallen sind, nebst Zins zu 5 % ab dem auf den Ablauf des jeweiligen Abrechnungsjahres folgenden 1. Januars.

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

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzteres zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Zur Begründung führte die Stiftung FAR im Wesentlichen aus, dass gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2009 (4A_377/2009) Transportleistungen, die als integrierender Bestandteil einer Grundleistung zu betrachten seien, vom betrieblichen Geltungsbereich eines allgemeinverbindlich erklärten GAV erfasst würden, wenn die Grundleistung selbst diesem auch unterstehe. Die Transportleistungen der Beklagten bildeten, soweit sie Transporte nicht industriell hergestellter Baumaterialien beträfen, Bestandteil der zugrundeliegenden Bauleistung. Da baugewerbliche Grundleistungen vom betrieblichen Anwendungsbereich gemäss dem allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR erfasst würden, fielen die zur Grundleistung akzessorischen Transportleistungen auch darunter. Bei der Beklagten handle es sich um einen Mischbetrieb, weil sie Transporte ausführe, denen baugewerbliche und nicht baugewerbliche Grundleistungen zugrunde lägen. Die Betriebsteile der Beklagten wiesen keine genügende und nach aussen erkennbare Selbständigkeit auf, weshalb der Gesamtbetrieb als unechter Mischbetrieb zu qualifizieren sei. Aufgrund der derzeit vorliegenden Informationen sei davon auszugehen, dass das Gepräge der Beklagten der Baubranche zuzuordnen sei. Aufgrund deren unvollständiger Angaben könne diese Frage jedoch nicht abschliessend beurteilt werden. Die Beklagte sei deshalb anzuhalten, die erforderlichen Informationen abzugeben.

D. Die Beklagte, vertreten durch Advokat Dr. Dieter Völlmin, beantragte in ihrer Klageantwort vom 20. Februar 2015 die Abweisung der Klage. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellte sie den Antrag, es sei das Verfahren zu beschränken auf die "Grundsatzfrage, ob die Beklagte als reines Transportunternehmen nicht unabhängig von der Art des Transportgutes per se nicht unter den GAV FAR" falle. Das Bundesgericht habe in seinem von der Klägerin zitierten Urteil nicht entschieden, ob ein reines Transportunternehmen allein nach Massgabe der von ihm transportierten Güter und Materialien unter den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR fallen könne. Bei der Beklagten handle es sich um ein reines Transportunternehmen, das zwar Baustellentransporte ausführe, aber nebst kaufmännischem und leitendem Personal ausschliesslich Chauffeure beschäftige und keine baugewerblichen Leistungen erbringe. Eine Unterstellung der Beklagten unter den Geltungsbereich des GAV FAR verletze zudem Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 28. September 1956. Den Sozialpartnern der Baubranche fehle für die Ausdehnung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV) bzw. des GAV FAR die Tarifzuständigkeit. Zudem verstosse eine Unterstellung der Beklagten gegen das Verbot der extensiven Auslegung von allgemeinverbindlich erklärten GAV. Ferner bestehe zwischen den Transport- und den Bauunternehmen kein direktes Konkurrenzverhältnis, was aber eine Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) eines GAV bilde. Ausserdem sei der Nachweis der Quoreinhaltung, eine weitere Voraussetzung für die AVE von GAV, nicht erbracht. Nicht zuletzt werde die Zweckbestimmung des GAV FAR missachtet, weil Chauffeure nicht der gleichen körperlichen Belastung wie ein Bauarbeiter ausgesetzt seien und deren Frühpensionierung deshalb nicht gerechtfertigt sei.

E. Am 5. Mai 2015 nahm die Klägerin Stellung zum Verfahrensantrag der Beklagten und beantragte dessen Abweisung. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass das Bundesgericht klar und unmissverständlich zur Frage Stellung bezogen habe, ob eine Transporttätigkeit mit Baumaterialien unter den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV bzw. des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR falle. Dabei habe es ausdrücklich festgehalten, dass aufgrund der Zwecksetzung der AVE reine Transporttätigkeiten gerade aufgrund des transportierten Gutes dem betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV unterstellt seien und zwar insbesondere auch dann, wenn der Transport durch Dritte erfolge. Diese Rechtsprechung sei ohne weiteres auf den Bereich des GAV FAR zu übertragen.

F. Mit Verfügung vom 26. Mai 2015 beschränkte das Kantonsgericht das Verfahren vorläufig auf die Frage, ob die Beklagte unter den Geltungsbereich des GAV FAR falle.

G. Die Beklagte hielt in ihrer Eingabe vom 25. Juni 2015 an ihrem Standpunkt fest, dass sie vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR nicht erfasst werde, und verwies dabei im Wesentlichen auf die Ausführungen in ihrer Klageantwort vom 20. Februar 2015.

H. Am 17. Juli 2015 reichte die Klägerin ihre Stellungnahme ein. Sie beantragte, es sei festzustellen, dass die Beklagte allein aufgrund der Tatsache, ein reines Transportunternehmen zu sein, nicht per se vom Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR ausgeschlossen sei. Es sei deshalb die Fortführung des vorliegenden Verfahrens ohne Beschränkung des Prozessthemas anzuordnen. Im Weiteren erweiterte sie ihre Klagebegehren insoweit, als sie nun auch die Beiträge für das Jahr 2014 nebst Zins verlangte. Die Klägerin führte zudem an, dass ihr nicht klar sei, wie die Einschränkung des Prozessthemas zu verstehen sei. Sie gehe davon aus, der Streitgegenstand sei auf die Frage, ob der Umstand, dass die Beklagte ein reines Transportunternehmen sei, von vornherein deren Unterstellung unter die AVE des GAV FAR ausschliesse, beschränkt worden. Diese Frage sei - wie bereits in der Klage ausgeführt - im Fall der Beklagten zu verneinen. Es sei zwischen einem "reinen" Betrieb und einem Mischbetrieb zu unterscheiden. Ein "reiner" Betrieb biete ausschliesslich einem bestimmten GAV unterstellte Leistungen an. Ein Mischbetrieb offeriere dagegen auch Leistungen, die nicht diesem GAV unterständen. Ein "reiner" Transportbetrieb könne demnach nur dann als "reiner" Betrieb verstanden werden, wenn sämtliche Leistungen vom betrieblichen Geltungsbereich eines bestimmten GAV erfasst würden. Da die von der Beklagten angebotenen Leistungen nicht alle unter den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR fielen, sei sie als gemischter Betrieb zu qualifizieren.

I. Am 31. August 2015 erläuterte das Kantonsgericht den Parteien, inwieweit das Prozess-thema mit Verfügung vom 26. Mai 2015 beschränkt worden sei.

J. In ihren Stellungnahmen vom 28. September 2015 bzw. 2. Dezember 2015 hielten die Parteien an ihren Anträgen und Ausführungen fest.

K. Anlässlich der Urteilsberatung vom 21. Januar 2016 entschied das Kantongericht die Frage, ob reine Transportbetriebe gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2009 (4A_377/2009) vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR erfasst würden. Es kam zum Schluss, dass reine Transportunternehmen, d.h. Betriebe, die nur Transporttätigkeiten ausführten, unabhängig von der Art der transportierten Güter nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV bzw. GAV FAR fallen würden. Da damit jedoch noch nicht entschieden war, ob es sich bei der Beklagten tatsächlich um ein in diesem Sinne verstandenes reines Transportunternehmen handelt, gab es der Klägerin Gelegenheit, entsprechende Beweisanträge zu stellen (vgl. Beschluss vom 21. Januar 2016).

L. Die Klägerin führte in ihrer Eingabe vom 5. Februar 2016 aus, dass die Beklagte aufgrund der ihr vorliegenden Informationen als reines Transportunternehmen zu qualifizieren sei und deshalb auf die Einreichung von Beweisanträgen verzichtet werde.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982 bezeichnet jeder Kanton ein Gericht, das als letzte kantonale Instanz über die Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet. Zu diesen Streitigkeiten gehören insbesondere auch die Beitragsstreitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Arbeitgebern aus Anschlussverträgen. Gerichtsstand ist in diesen Fällen der schweizerische Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei (Art. 73 Abs. 3 BVG).

1.2 Bei der Stiftung FAR handelt es sich um eine nicht registrierte (vgl. Art. 48 BVG), ausschliesslich in der freiwilligen beruflichen Vorsorge tätige Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89a des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (ursprünglich Art. 89^{bis} ZGB; vgl. BGE 139 III 165 ff. nicht veröffentlichte E. 2.1; SZS 2008 S. 487; Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2011, 9C_783/2011, E. 1.1). In ihrer Klage verlangt die Stiftung FAR die Zahlung von FAR-Beiträgen ab 1. Juli 2011. Für die Beurteilung solcher Fragen sind die in Art. 73 BVG genannten Berufsvorsorgegerichte zuständig, auch wenn es sich bei der Klägerin um eine Stiftung im Sinne von Art. 89a ZGB handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2008, 9C_211/2008, E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen). Im Kanton Basel-Landschaft liegt die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung dieser Streitigkeiten gemäss § 54 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beim Kantonsgericht. Da die Beklagte ihren Geschäftssitz in Liestal hat, ist das Kantonsgericht sachlich und örtlich zur Beurteilung der Klage vom 21. November 2014 zuständig.

2.1 Streitig ist, ob die bei der Beklagten beschäftigten Chauffeure dem GAV FAR bzw. AVE GAV FAR unterstehen und ob für diese FAR-Beiträge zu leisten sind. Die Frage, ob ein bestimmtes Unternehmen einem allgemeinverbindlich erklärten GAV untersteht, ist im Streitfall grundsätzlich durch die Ziviljustiz zu beurteilen (BGE 134 III 11). Indessen ist das in der Haupt-

sache zuständige Gericht vorbehältlich anderslautender spezialgesetzlicher Regelung verpflichtet, 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 Behörden noch keinen entsprechenden Entscheid gefällt haben (BGE 130 III 297 E. 3.3 S. 299 f., 128 II 386 E. 2.2 S. 390, 128 V 254 E. 3 S. 262). Das gilt auch für die nach Art. 73 BVG zuständigen Gerichte. Es besteht kein Grund, im Rahmen des hier zu beurteilenden Beitragsstreits die Kompetenz des dafür zuständigen Berufsvorsorgegerichts zur vorfrageweisen Überprüfung nicht auch auf die umstrittene und rechtserhebliche (Vor-)Frage zu beziehen, ob die Beklagte, von welcher die Klägerin Beiträge verlangt, überhaupt dem GAV FAR bzw. allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR untersteht. Die grundsätzlich bestehende Zuständigkeit der Ziviljustiz steht dem nicht entgegen und es gibt kein spezialgesetzlich festgelegtes besonderes Verfahren, in welches diese Frage zwingend verwiesen werden müsste (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Januar 2010, 9C_614/2009, E.1 mit Hinweisen).

2.2 Der GAV FAR gilt grundsätzlich nur für die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Mitglied der vertragsschliessenden Verbände sind. Mit BRB vom 5. Juni 2003 wurde der GAV FAR jedoch für allgemeinverbindlich erklärt. Bei dieser AVE des GAV FAR handelt es sich um eine normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter. Die Geltung des GAV FAR kann sich somit aus dem allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR oder für die dem GAV resp. dem SBV angeschlossenen Betriebe aus dem GAV FAR direkt ergeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2010, 9C_1033/2009, E. 1; BGE 134 III 625; SZS 2008 S. 487). Vorliegend ist die Beklagte unbestrittenermassen nicht Mitglied des SBV; sie fällt daher vertraglich nicht in den Geltungsbereich des GAV FAR. Die Geltung des GAV FAR für die Beklagte kann daher nur gestützt auf den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR erfolgen. Die Unterstellung eines Betriebes unter den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR bedeutet, dass grundsätzlich alle ihre und somit auch berufsfremde Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer - soweit sie nicht einem anderen spezifischeren GAV unterstehen - den Bestimmungen des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR unterliegen. Dies ist Ausfluss des Grundsatzes der Tarifeinheit (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2001, 4C.350/2000, E. 3a).

2.3 Zu prüfen ist, ob der Betrieb der Beklagten dem allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR unterliegt. Zur Bejahung einer solchen Unterstellung muss die Beklagte unter den örtlichen, den betrieblichen und den persönlichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR fallen. Die für den betrieblichen Geltungsbereich einschlägige Bestimmung von Art. 2 Abs. 4 des mit BRB vom 5. Juni 2003 allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR in der bis 31. Dezember 2012 gültig gewesenen Fassung sagt Folgendes:

Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des im Anhang wiedergegebenen GAV FAR gelten für die Betriebe, Betriebsteile und selbständigen Akkordanten der folgenden Bereiche:

- a. Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbau (einschliesslich Belagseinbau)
- b. Aushub, Abbruch, Deponie- und Recyclingbetriebe,
- c. Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie Pflästereibetriebe

- d. Fassadenbau- und Fassadenisolationsbetriebe, ausgenommen Betriebe, die in der Gebäudehülle tätig sind. Der Begriff «Gebäudehülle» schliesst ein: geneigte Dächer, Unterdächer, Flachdächer und Fassadenbekleidungen (mit dazugehörigem Unterbau und Wärmedämmung)
- e. Abdichtungs- und Isolationsbetriebe für Arbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn und analoge Arbeiten im Tief- und Untertagbereich
- f. Betoninjektions- und Betonsanierungsbetriebe
- g. Betriebe, die Asphaltierungen ausführen und Unterlagsböden erstellen;
- h. Betriebe, die gesamtbetrieblich mehrheitlich Geleisebau- und Bahnunterhaltsarbeiten ausführen, ausgenommen Betriebe, die Schienenschweiss- und Schienenschleifarbeiten, maschinellen Geleiseunterhalt sowie Fahrleitungs- und Stromkreislaufarbeiten ausführen.

Mit BRB vom 6. Dezember 2012 und vom 10. November 2015 wurden Art. 2 Abs. 4 lit. b und h GAV FAR geändert. Da die Änderungen für die Beurteilung der vorliegenden Streitfrage nicht von Bedeutung sind, wird nicht näher darauf eingegangen.

3.1 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte, welche unter anderem Transportdienstleistungen für das Baugewerbe erbringt, gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2009 (4A_377/2009) in den betrieblichen Geltungsbereich des (teilweise) allgemeinverbindlich erklärten LMV und somit auch in denjenigen des (teilweise) allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR falle. Das Bundesgericht habe entschieden, dass Transportdienstleistungen in den Bereichen Aushub, Kieslieferung, Abbruch und Deponie/Recycling als integrierender Bestandteil zu den entsprechend auf dem Baumarkt angebotenen Gesamtleistungen gehörten und damit dem betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV unterständen. Diese Feststellungen seien ohne weiteres auf den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR übertragbar. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sie als reines Transportunternehmen nicht vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR erfasst werde. Der bundesgerichtliche Entscheid gelte für einen Mischbetrieb, der hauptsächlich baugewerbliche Leistungen anbiete, aber nicht für ein reines Transportunternehmen, das keine Bauleistungen erbringe. Die dort gezogenen Schlussfolgerungen könnten deshalb im vorliegenden Fall nicht massgebend sein.

3.2 Das Bundesgericht hatte sich in seinem Urteil vom 25. November 2009 (4A_377/2009) mit einer Firma zu befassen, welche gemäss Handelsregisterauszug die Ausführung von Trax-, Bagger- und Aushubarbeiten, Transporten, Kieslieferungen, die Kehrriktabfuhr, Welaki sowie den Betrieb mit Grosscontainern und Möbeltransportkasten bezweckte. Umstritten war die Unterstellung der Firma unter den LMV. Anerkannt war, dass es sich bei diesem Unternehmen um einen Mischbetrieb handelte.

3.3.1 In Erwägung 3.1 bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur AVE von GAV wie folgt:

"Bei einem Branchen- bzw. Industrievertrag unterstehen diejenigen Arbeitnehmer dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), die in einem bestimmten Wirtschaftszweig tätig sind. Die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzu-

rechnen ist, beantwortet sich nach der Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt; entscheidend ist nicht der Handelsregistertrag, sondern die tatsächliche Tätigkeit. Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt der GAV 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 unterschiedlichen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium bei einem Industrievertrag ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbständigen Betriebsteil - und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe - das Gepräge gibt (BGE 134 III 11 E. 2.1 mit Hinweisen)... Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311; im Folgenden: AVEG) kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. 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 sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Betriebe zu zählen, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 134 III 11 E. 2.2 S. 13 f.). 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..."

3.3.2 Im ersten Teil der Erwägung 3.2 ging es auf den im LMV umschriebenen betrieblichen Geltungsbereich ein, der im Übrigen mit demjenigen des GAV FAR nicht ganz übereinstimmt (vgl. dazu Erwägung 3.3):

"... Der betriebliche Geltungsbereich des LMV umfasst nach der Umschreibung in Art. 2 LMV Betriebe bzw. Betriebs- teile, Subunternehmer und selbständige Akkordanten, die Arbeitnehmende beschäftigen, welche u.a. in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau, Aushub, Abbruch, Deponien, Sand- und Kiesgewinnung, Transport von und zu Baustellen bzw. Herstellung und Transport von lagerfähigen Baustoffen tätig sind. Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, dass der "Transport von und zu Baustellen" in der Umschreibung des betrieblichen Geltungsbereichs der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV gemäss Art. II.2 Abs. 3 AVE LMV nicht erwähnt werde. Sie ging davon aus, dass dies Ausdruck einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für die Einschränkung des Anwendungsbereichs in betrieblicher Hinsicht sei und demnach die AVE LMV für Betriebe, welche die Dienstleistung "Transport von und zu Baustellen" bzw. "Transport von lagerfähigen Baustoffen" anbieten, grundsätzlich keine Geltung entfalte. Die Transportdienstleistungen der Beschwerdeführerin "ab Baustellen" (Kipper, Haken, Welaki, Schlepper) könnten daher dem Anwendungsbereich der AVE LMV nicht pauschal zugeordnet werden, wie dies die Erstinstanz getan habe."

In der Folge kam das Bundesgericht jedoch zum Schluss, die vorinstanzliche Feststellung, dass die vom Unternehmen angebotenen Transportdienstleistungen, welche in den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV fielen, dem Betrieb das Gepräge gäben, sei nicht willkürlich. Aufgrund des Grundsatzes der Tarifeinheit unterstehe der gesamte

Betrieb der Beklagten dem allgemeinverbindlich erklärten LMV (vgl. auch Erwägung 4 des bundesgerichtlichen Entscheids).

3.3.3 In Erwägung 5 befasste sich das Bundesgericht sodann mit der Frage, ob mit der Zuordnung des Unternehmens zum Bauhauptgewerbe Art. 1 Abs. 2 AVEG und Art. II.2 Abs. 3 des allgemeinverbindlich erklärten LMV verletzt seien. Damit setzte es sich mit der Thematik auseinander, ob der Transport von Baumaterialien ein Bestandteil der baugewerblichen Leistungen sei. Dazu führte es im Wesentlichen Folgendes aus:

"Ausgangspunkt bildet die Überlegung, dass nach der AVE LMV die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV für Betriebe gelten, die sich der Kiesgewinnung, dem Aushub oder dem Abbruch, der Deponietätigkeit und dem Recycling widmeten. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, sind die im LMV genannten Transportleistungen von und zu Baustellen bzw. der Transport von lagerfähigen Baustoffen in der Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs der AVE LMV nicht erwähnt. Es fragt sich daher, ob dies die Unterstellung von Transportleistungen von und zu Baustellen, Kiesgruben oder Deponien generell ausschliesst, unabhängig von der Art der transportierten Güter. Mit Blick auf Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen zu schaffen und damit zu verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen unlauteren Wettbewerbsvorteil erlangen kann (Erwägung 3.1 vorne), ist dies zu verneinen. Zu der auf dem Markt angebotenen Leistung in den Tätigkeitsbereichen Aushub, Abbruch, Kieslieferung, Deponie/Recycling gehört neben der Grundleistung der Aushub-, Abbruch-, Kiesgewinnungs-Recycling- oder Deponietätigkeit notwendigerweise und als integrierender Bestandteil der Zu- oder Abtransport des gewonnenen oder zu entsorgenden Materials. Es ist notorisch, dass die Grundleistungen und die Transportleistungen in den fraglichen Bereichen als einheitliche Leistungen angeboten werden, wenn auch die Transportleistungen von Fall zu Fall an selbständige Unterakkordanten weitervergeben werden mögen. Die Transportleistungen bilden damit Bestandteil des Angebots auf den entsprechenden Märkten, d.h. der Leistungen Kieslieferung, Aushub, Abbruch und Entsorgung von Bauschutt. ... Daraus ergebe sich, dass unter den vom Geltungsbereich der AVE LMV ausgenommenen "Transportleistungen von und zu Baustellen" und "Transporten von lagerfähigen Baustoffen" nur solche zu verstehen sind, die Güter betreffen, deren Transport nicht als integrierender Bestandteil der mit diese zu erbringenden Bauleistungen erscheint, wie namentlich der Transport von industriell hergestellten Baumaterialien wie Backsteinen und Armierungseisen usw. Sind die Transportleistungen hingegen wie beim Aushub, der Deponie oder der Kieslieferung als integrierender Bestandteil der Grundleistung zu betrachten, die der AVE LMV untersteht, werden sie von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst. ... Wird der Transport von Aushubmaterial, Kies oder Deponiegut damit als Bestandteil der auf dem Markt angebotenen einheitlichen Leistungen des Aushubs, der Kieslieferung oder der Deponietätigkeit von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst, spielt es - was die Vorinstanz offen gelassen hat - keine entscheidende Rolle, ob der Transport von solchem Material als Eigen- oder als Fremdleistung (z.B. Abtransport von Material, das durch den eigenen Betrieb oder das durch andere Bauunternehmungen ausgehoben wurde) erfolgt. Anders zu entscheiden hiesse, Bauunternehmungen, die den Abtransport des Aushubmaterials mit eigenen Fahrzeugen vornehmen, für ihren Transportbereich anderen gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen zu unterstellen als Betriebe, die sich ganz oder teilweise auf einen Teilbereich des Aushubs, nämlich den Abtransport des Aushubmaterials als Unterakkordanten, spezialisiert haben, womit die letzteren gegenüber den ersteren im Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt bevorteilt wären."

3.4.1 Grundlage der bundesgerichtlichen Erwägungen war somit ein unechter Mischbetrieb, der in den Bereichen Aushub, Abbruch, Kieslieferung, Deponie und Recycling in erheblichem

Umfang Transporte tätigte. Vor diesem Hintergrund entschied das Bundesgericht, dass der Zu- oder Abtransport von Baumaterialien ein integrierender Bestandteil der baugewerblichen Grundleistungen bilde und deshalb vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV erfasst werde. Auch die von der Firma für Dritte erbrachten Transportleistungen, die Aushubmaterial, Kies oder Bauschutt betrafen, unterständen dem allgemeinverbindlich erklärten LMV. Diese Schlussfolgerungen sind in Bezug auf einen (unechten) Mischbetrieb, der Leistungen im Bereich des Bauhauptgewerbes anbietet, nachvollziehbar und einleuchtend. Ob das Bundesgericht den allgemeinverbindlich erklärten LMV generell auf Transportbetriebe, welche dem Gepräge nach hauptsächlich Baumaterialien transportieren, aber selbst keine baugewerblichen Leistungen im Sinne des AVE LMV erbringen, für anwendbar erklären wollte, ist - entgegen der Ansicht der Klägerin - nicht eindeutig. Das Bundesgericht ging in seinem Entscheid davon aus, dass der Zu- oder Abtransport von Baumaterialien und die baugewerbliche Grundleistung eine Einheit bilden. Die Stiftung FAR spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Transportdienstleistung akzessorisch zu den baugewerblichen Grundleistungen sei (vgl. Klage vom 21. November 2014 B.II.2.b). Folglich können Transporte mit Baumaterialien nur dann unter den allgemeinverbindlich erklärten LMV fallen, wenn die Grundleistung von dessen betrieblichen Geltungsbereich erfasst ist. Die Grundleistung eines reinen Transportunternehmens liegt im Transportwesen und nicht im Baugewerbe. Der Blickwinkel hat sich bei der Qualifikation der Grundleistung auf das Unternehmen und nicht auf die Art des Transportguts zu richten, was sich schon allein aus der Tatsache ergibt, dass naturgemäss nur Unternehmen Leistungen erbringen können. Demnach können Transportdienstleistungen einer reinen Transportfirma mangels Akzessorietät zu einer entsprechenden Grundleistung im Bauhauptgewerbe nicht dem allgemeinverbindlich erklärten LMV unterstellt werden.

3.4.2 Das Bundesgericht stellt sich zwar in diesem Zusammenhang in seinem hier massgebenden Entscheid auf den Standpunkt, dass selbst "Betriebe, die sich ganz oder teilweise auf einen Teilbereich des Aushubs, nämlich den Abtransport des Aushubmaterials, als Unterakordanten, spezialisiert haben, dem allgemeinverbindlich erklärten LMV unterstehen". Wird diese Formulierung dahingehend verstanden, dass jeglicher Transport von Baumaterialien, unabhängig davon, ob das betroffene Unternehmen baugewerbliche Grundleistungen erbringt, als Dienstleistung vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV erfasst werden, stellt sich auch hier die Frage, inwiefern diese Transportdienstleistungen "integrierender Bestandteil der Grundleistung" sein können, wenn keine Leistungen des Baugewerbes angeboten wird. Diese Ungereimtheit kann nur damit erklärt werden, dass das Bundesgericht bei der Beurteilung der Unterstellung des betroffenen Unternehmens den Blick auf einen Mischbetrieb, der Transportdienst- und baugewerbliche Grundleistungen anbot, und nicht auf ein reines Transportunternehmen richtete.

3.4.3 Diese Einschätzung zeigt sich auch in der Begründung des Bundesgerichts, wonach es keine Rolle spiele, "ob der Transport von Baumaterialien als Eigen- oder als Fremdleistung (z.B. Abtransport von Material, das durch den eigenen Betrieb oder das durch andere Bauunternehmungen ausgehoben wurde) erfolgt. Anders zu unterscheiden hiesse, dass Bauunternehmungen, die den Abtransport des Aushubmaterials mit eigenen Fahrzeugen vornehmen gegenüber Betrieben, die sich ganz oder teilweise auf den Abtransport von Aushubmaterial als Unterak-

kordanten spezialisiert haben, im Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt benachteiligt werden. Denn für den Transportbereich von Bauunternehmungen würden andere GAV-Bestimmungen gelten als für die Unterakkordanten" (vgl. E. 5.2). Damit weist das Bundesgericht auf Art. 2 Ziffer 1 AVEG hin, wonach für die AVE eines GAV vorausgesetzt wird, dass sich diese wegen der für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer andernfalls zu erwartenden erheblichen Nachteile als notwendig erweist. Mit der AVE soll verhindert werden, dass Aussen-seiter der gleichen Branche durch Gewährung ungünstiger Arbeitsbedingungen gegenüber den am GAV beteiligten Arbeitgebern einen Konkurrenzvorsprung erhalten. Daraus ist abzuleiten, dass von einer AVE nur Betriebe erfasst werden dürfen, die mit den am GAV beteiligten Arbeitgebern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen. Ein Konkurrenzverhältnis liegt vor, wenn die betreffenden Betriebe dem gleichen Kundenkreis zumindest gleichartige, das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen oder Produkte anbieten (vgl. JÜRIG BRÜHWILER, Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, in: ARV 2012, S. 139 mit Hinweisen). Bei einem reinen Transportbetrieb liegt ein solches Konkurrenzverhältnis zumindest bezüglich des Kundenkreises nicht vor. Ein Transportbetrieb gelangt mit seiner Dienstleistung - sofern er Baumaterialien zu und ab Baustellen liefert - an Betriebe der Baubranche selber, während sich die Unternehmen des Baugewerbes mit ihren Produkten und Erzeugnissen an die Bauherren richten. Wenn ein reiner Transportbetrieb wegen seiner Baumaterialientransporte dem allgemeinverbindlich erklärten LMV unterstände, müsste er sich gefallen lassen, dass ihm Bauunternehmungen, die seine (potentiellen) Kunden sind, als Vertragspartner des LMV Löhne und Arbeitsbedingungen diktieren könnten. Dies kann jedoch nicht der Zweck einer AVE des LMV sein.

4.1 Ausschlaggebend für die Annahme, dass das Bundesgericht mit seiner Entscheidung vom 25. November 2009 nicht reine Transportbetriebe erfassen wollte, sind folgende Überlegungen: Für die AVE von GAV ist gemäss Art. 7 Abs. 1 AVEG der Bundesrat zuständig, wenn sich der Geltungsbereich der AVE über mehrere Kantone erstreckt. Für die AVE eines GAV müssen die Vertragsparteien einen Antrag an den Bundesrat stellen. Dieser prüft, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 AVEG). Gegen die bundesrätliche Genehmigung oder Ablehnung des Antrages steht kein Rechtsweg offen (FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360 f. OR, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Zürich 2006, zu Art. 356b OR Rz. 150). Der Bundesrat entscheidet somit, inwieweit der Geltungsbereich des zwischen den beteiligten Verbänden abgeschlossenen GAV auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht am Vertrag beteiligt sind, ausgedehnt wird. Dem Willen des Bundesrates bei der Auslegung des Geltungsbereichs von allgemeinverbindlich erklärten GAV ist somit massgebende Bedeutung beizumessen und er kann nicht ausser Acht gelassen werden. Im Zusammenhang mit der AVE des LMV bestätigte das Bundesgericht im mehrfach zitierten Urteil in Erwägung 3.2 die vorinstanzlichen Feststellungen, dass der Bundesrat den "Transport von und zu Baustellen" gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. k LMV bewusst nicht für allgemeinverbindlich erklärt habe. Es ging demnach davon aus, dass der Bundesrat besondere Gründe hatte, weshalb er Bautransporte nicht für allgemeinverbindlich erklären wollte. Es unterliess es jedoch, weiter darauf einzugehen.

4.2 Ein Blick in die von den Verbänden abgeschlossenen LMV und in die entsprechenden BRB über die AVE des LMV in den letzten beiden Jahrzehnten zeigt folgendes Bild: Am

13. Februar 1998 schlossen der SBV und die beiden Gewerkschaften Unia und SYNA den LMV 1998 - 2000 (LMV 2000) ab. In dessen Art. 2 Abs. 2 lit. f waren der "Transport von und zu Baustellen" sowie die "Herstellung und Transport von lagerfähigen Baustoffen" im betrieblichen Geltungsbereich des LMV aufgeführt. Der LMV 2000 wurde mit BRB vom 10. November 1998 (Inkrafttreten 1. Januar 1999) teilweise allgemeinverbindlich erklärt. Wie dem Schreiben vom 2. Mai 2011 zu entnehmen ist, empfahl das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) damals, den "Transport von und zu Baustellen" von der AVE auszunehmen. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass die Unterstellung von Transportbetrieben unter den Geltungsbereich des LMV sich lediglich auf Chauffeure von Baubetrieben und von gemischten Betrieben beschränke. Reine Transportbetriebe, die fremde Waren von und zu Baustellen transportierten, fielen nicht darunter. Dieser Auffassung muss auch der Bundesrat gefolgt sein, schloss er doch Art. 2 Abs. 2 lit. f LMV 2000 von der AVE des LMV aus.

Die Fassung des Art. 2 Abs. 2 lit. f LMV 2000 wurde inhaltlich bis zum am 14. April 2008 vereinbarten LMV 2008 - 2010 (LMV 2008) nicht verändert; diese Bestimmung wurde auch nie vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt. Im LMV 2008 waren der "Transport von und zu Baustellen" in Art. 2 Abs. 1 lit. k und die "Herstellung und Transport von lagerfähigen Baustoffen" in Art. 2 Abs. 1 lit. l vom betrieblichen Geltungsbereich des LMV verankert. Der Bundesrat erklärte auch hier diese beiden Bestimmungen nicht allgemeinverbindlich.

Am 28. März 2012 wurde der LMV 2013 - 2015 (LMV 2015) unterzeichnet, der vom 1. Februar 2013 bis 31. Dezember 2015 in Kraft war. Art. 2 Abs. 1 lit. k LMV 2008 wurde dahingehend geändert, dass "Transporte von und zu Baustellen" weiterhin in den betrieblichen Geltungsbereich des LMV fielen, jedoch Anlieferungen von industriell hergestellten Baumaterialien (z. B. Backsteine, Betonwaren, Armierungseisen, Transportbeton und Strassenbeläge usw.) davon ausgenommen wurden (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. k LMV 2015). Der bisherige Art. 2 Abs. 1 lit. l LMV 2008 ("Herstellung und Transport von lagerfähigen Baustoffen") wurde ersatzlos aufgehoben. Die Vertragsparteien ersuchten am 26. April 2012 den Bundesrat um die AVE des LMV 2015. Insbesondere beantragten sie eine Anpassung des Geltungsbereichs des AVE, wonach "Transporte von und zu Baustellen" ausdrücklich im BRB aufzuführen seien. In seinem Beschluss vom 15. Januar 2013 nahm der Bundesrat auf Einsprache verschiedener Verbände und einem betroffenen Unternehmen hin, den "Transport von und zu Baustellen" nicht in die übrigen von ihm allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV auf.

4.3 In seinem Beschluss vom 15. Januar 2013 setzte sich der Bundesrat unter anderem mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2009 (4A_377/2009) auseinander. Er stellte fest, dass in jenem Fall ein Mischbetrieb Ausgangspunkt gewesen sei, der nebst Transporten auch "klassische" Bautätigkeiten ausgeführt habe. In Auslegung des LMV sei das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass Chauffeure von (unechten) Mischbetrieben dem LMV unterstellt seien, sofern sie Baumaterialien für das eigene Unternehmen oder für Dritte transportieren würden. Nicht eindeutig geklärt sei aber, ob das Bundesgericht seine in diesem Entscheid festgehaltenen Grundsätze auch auf reine Transportbetriebe, die keinen Zusammenhang mit einem Baubetrieb hätten, haben anwenden wollen. Der Bundesrat bezeichnete eine Unterstellung von solchen reinen Transportunternehmen unter den LMV als problematisch, weil "je nach

Art der transportierten Güter jeweils auch ein anderer GAV zur Anwendung gelangen würde, was für einen Arbeitgeber mit grossem Aufwand verbunden und zudem der Rechtssicherheit abträglich wäre". Wenn er Art. 2 Abs. 1 lit. k LMV allgemeinverbindlich erkläre, würde dies dazu führen, dass die Dienstleistung "Transporte von und zu Baustellen" zu einem "selbständigen Merkmal für die Definierung des Baugewerbes würde, ohne dass zusätzlich eine der spezifischen Bautätigkeiten vorliegen müsste". Eine solche "Neuerung" bedeute, dass den Transportdienstleistungen gleiche Bedeutung zukomme, wie den Bereichen "Hoch- und Tiefbau" sowie "Strassenbau" etc. Eine neue "Definierung des Geltungsbereichs eines GAV" sei aber keine Frage der Rechtsanwendung. Die Frage, ob baugewerbliche Transportdienstleistungen von reinen Transportunternehmen dem Bauhauptgewerbe unterständen, sei noch vom Bundesgericht zu beurteilen. Erst wenn diese Frage vom Bundesgericht bejaht würde, rechtfertige es sich, die Bautransporte mit der AVE des Art. 2 Abs. 1 lit. k LMV neu in den betrieblichen Geltungsbereich des LMV aufzunehmen. Der Bundesrat stellt sich somit klar auf den Standpunkt, dass das Bundesgericht die Frage, ob reine Transportbetriebe, die keine baugewerbliche Grundleistungen erbringen, in den betrieblichen Geltungsbereich der LMV fallen, (noch) nicht entschieden hat. Gleichzeitig bringt er zum Ausdruck, dass er eine solche Unterstellung nicht befürwortet.

4.4 Bei der Beurteilung der Frage, ob reine Transportbetriebe gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2009 (4A_377/2009) vom betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR erfasst werden, kommt das Gericht zum Schluss, dass bei einem reinen Transportunternehmen die Art des Gütertransports für die Zuordnung zu einer Branche nicht ausschlaggebend sein kann. Andernfalls würde jedes Transportunternehmen - sofern es für mehr als eine Branche Transporte durchführt - zu einem Mischbetrieb. Wie die Beklagte hierzu zutreffend bemerkt, würde das Transportwesen nur noch Betriebe umfassen, die lediglich für eine bestimmte Branche Transportdienstleistungen durchführen. Das war aber nicht die Absicht der Vertragsparteien des LMV (vgl. BRB vom 15. Januar 2013). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass gerade dem Bedürfnis der Rechtssicherheit bei der Auslegung eines GAV besondere Bedeutung zukommt. Wenn der GAV seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht (BGE 136 V 84; THOMAS GEISER, Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz, ARV 2004, S. 139). Diesbezüglich weist der Bundesrat darauf hin, dass mit der Unterstellung von reinen Transportunternehmen unter den betrieblichen Geltungsbereich des LMV die leichte Erkennbarkeit nicht mehr gegeben wäre und dadurch Rechtsunsicherheiten geschaffen würden. Dass der Bundesrat bereits vor Erlass des bundesgerichtlichen Urteils vom 25. November 2009 den in seinem BRB vom 15. Januar 2013 vertretenen Standpunkt einnahm, geht aus Seite 8 dieses BRB hervor. Er betrachtet es als "Neuerung", wenn der betriebliche Geltungsbereich des LMV mittels AVE auf reine Transportbetriebe ausgedehnt würde. Da das seco im Jahre 1998 von einer AVE der im LMV aufgeführten "Transporte von und zu Baustellen" abriet und der Bundesrat in der Folge diese Bestimmung nie allgemeinverbindlich erklärte, ist davon auszugehen, dieser ist bis heute der Auffassung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die AVE des Art. 2 Abs. 1 lit k LMV 2008 nicht erfüllt sind.

4.5 Aufgrund dieser Ausführungen kann es nicht die Meinung des Bundesgerichts gewesen sein, reine Transportbetriebe mit Bautransporten dem Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV zu unterstellen, andernfalls es sich mit der Tatsache, dass der Bundesrat "Transporte von und zu Baustellen" stets von der AVE ausnahm, auseinandergesetzt hätte. Demzufolge ist davon auszugehen, dass das Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2009 (4A_377/2009) für reine Transportbetriebe nicht massgebend ist und diese somit nicht vom allgemeinverbindlich erklärten Geltungsbereich des LMV erfasst sind.

4.6 Nichts anderes kann für den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR gelten. Die Parteien sind sich einig, dass der GAV FAR den LMV in einem Teilbereich (flexible Frühpensionierung von Baustellenpersonal) ergänzt und die Feststellungen zum betrieblichen Geltungsbereich des LMV grundsätzlich auf denjenigen des GAV FAR übertragen werden können. Dies umso mehr, als der GAV FAR im Gegensatz zum LMV "Transporte von und zu Baustellen" nicht im betrieblichen Geltungsbereich aufführt. Es ist somit festzustellen, dass die Beklagte nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR fällt und dementsprechend nicht verpflichtet ist, FAR-Beiträge zu leisten. Die Klage ist demgemäss abzuweisen.

5.1 Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG ist das Klageverfahren kostenlos. Es sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Im Bereich der beruflichen Vorsorge ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Partei im erstinstanzlichen Verfahren Anspruch auf Ersatz der Kosten für Prozessführung und Vertretung hat, im Bundesrecht nicht geregelt. Die Verlegung der Parteikosten hat deshalb grundsätzlich nach dem massgebenden kantonalen Prozessrecht (§ 21 VPO) zu erfolgen. Gemäss § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwaltes oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Die Beklagte ist mit ihrem Rechtsbegehren vollständig durchgedrungen und hat deshalb Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Der Rechtsvertreter der Beklagten wies in seiner Honorarnote vom 23. Dezember 2015 für das vorliegende Klageverfahren einen Zeitaufwand von 65,25 Stunden und Auslagen von Fr. 310.-- aus. Angesichts der sich stellenden Rechtsfragen erweist sich diese Anzahl Stunden als zu hoch. Allein für die Ausfertigung der Klageantwort weist der Rechtsvertreter 36,75 Stunden aus. Auch wenn die Frage der Unterstellung von reinen Transportbetrieben unter den allgemeinverbindlich erklärten LMV bzw. den allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR aus politischer Sicht von grosser Bedeutung ist, handelt es sich bei den zu stellenden Rechtsfragen nicht um eine derart komplexe Angelegenheit, welche den geltend gemachten Stundenaufwand rechtfertigen würde. Allfällige Bemühungen bei der Koordination von Verbandsinteressen können nicht entschädigt werden. Der Aufwand für die Ausfertigung der Klageantwort wird deshalb auf angemessene 25 Stunden reduziert. Somit verbleibt ein zu entschädigender Aufwand von 53,5 Stunden. Die vom Rechtsvertreter in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer von 8 % ist nicht zu berücksichtigen, weil die Beklagte mehrwertsteuerpflichtig ist. Sie kann dadurch die an ihren für geschäftlich begründete Zwecke beauftragten Rechtsvertreter geleisteten Mehrwertsteuern als Vorsteuern von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung abziehen (vgl. BJM 2012 S. 235 f. mit Hinweisen). Die Klägerin

hat demnach bei einem praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 250.-- eine Parteientschädigung von Fr. 13'685.-- (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In Abweisung der Klage wird festgestellt, dass die Beklagte nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV FAR fällt und dementsprechend keine FAR-Beiträge zu entrichten hat.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die Klägerin hat der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 13'685.-- (inkl. Auslagen und 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen

Gegen diesen Entscheid wurde von der Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR) am 27. Juni 2016 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahren-Nr. [9C 453/2016](#)) erhoben.