

gesetzt und diese per 1. April 2008 rückwirkend aufgehoben wurde, als rechters und die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Januar 2011

S 2010 62

Bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 15. Juli 2011 (9C_226/2011)

Art. 2 Abs. 4 lit. a des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (BRB AVE GAV FAR): Bei Erdwärmesondenbohrungen handelt es sich nicht um Tiefbauarbeiten im Sinne dieser Bestimmung.

Aus dem Sachverhalt (Auszug):

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die Gewerkschaften GBI bzw. UNIA und SYNA schlossen am 12. November 2002 – im Bestreben, der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung zu tragen, die damit verbundenen Beschwerden im Alter zu lindern und dem Baustellenpersonal eine finanziell tragbare Frühpensionierung zu ermöglichen – den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) ab. Mit Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 (BRB AVE GAV FAR) wurde dieser teilweise allgemeinverbindlich erklärt und trat am 1. Juli 2003 in Rechtskraft. Für die gemeinsame Durchführung des GAV FAR im Sinne des Art. 357b OR haben die Vertragsparteien die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend: Stiftung FAR) gegründet. Diese ist für den gesamten Vollzug des GAV zuständig und ist insbesondere berechtigt, die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertragsunterworfenen durchzuführen und namens der Vertragsparteien Betreibungen und Klagen zu erheben.

(...)

Am 15. Februar 2007 reichte die Stiftung FAR Klage gegen die C. AG ein und beantragte, diese habe für jeden unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fallenden Mitarbeiter Beiträge zu entrichten. Die Beklagte liess demgegenüber die Abweisung der Klage beantragen, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Beim GAV FAR handelt es sich um einen Branchenvertrag. Bei einem Branchen- bzw. Industrievertrag unterstehen diejenigen Arbeitnehmer dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), die in einem bestimmten Wirtschaftszweig tätig sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2002, 4C.45/2002, Erw. 2.1.1). Die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen ist, beantwortet sich nach der Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt; entscheidend ist nicht der Handelsregistereintrag, sondern die tatsächliche Tätigkeit (BGE 134 III 13 Erw. 2.1 mit Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts vom 17. August 2006, 4C.191/2006, Erw. 2.2; vom 15. Mai 1996, 4C.409/1995, Erw. 2b). 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 (4C_45/2002, Erw. 2.1.1; vgl. zum Ganzen: BGE 134 III 13 Erw. 2.1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 28. September 1956 kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Für die Auslegung von Bestimmungen über die Allgemeinverbindlicherklärung (nachfolgend: AVE) von GAV gelten die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung. Es besteht weder ein Grund für eine besonders restriktive noch für eine besonders weite Auslegung. Besondere Bedeutung kommt jedoch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu. Wenn der GAV seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht (4C_45/2002, Erw. 2.1.2 mit Hinweisen). Der Begriff des Wirtschaftszweiges lässt sich nicht ein für allemal in einem bestimmten Sinne definieren. Er kann je nach den Umständen des Einzelfalles ein weiteres oder ein engeres Spektrum von Betrieben umfassen. Ausgangspunkt ist das betriebliche Spektrum, das die Mitglieder der als Vertragsparteien auftretenden Arbeitgeberverbände verkörpern. Dieses Spektrum bildet den von den GAV-Parteien gewollten natürlichen Anwendungsbereich des GAV, den die AVE nicht erweitern kann. Wünschbar ist, dass alle Teile einer Branche von einem GAV abgedeckt werden. Trotzdem soll mit der AVE der Anwendungsbereich des GAV innerhalb einer Branche bzw. jenes Teils einer Branche flächendeckend nur dort ausgeweitet werden, wo die von der AVE betroffenen Betriebe in direkter Konkurrenz zu den Arbeitgebern stehen, die den GAV geschlossen haben. Das Bundesgericht hat sich der bundesrätlichen Praxis zur AVE angeschlossen,

wonach Betriebe, für die ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wird, Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten müssen wie Betriebe, die vertraglich am GAV beteiligt sind. Es muss mithin ein direktes Konkurrenzverhältnis zu solchen Betrieben vorliegen (4C_45/2002, Erw. 2.1.2 mit Verweis). Bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Art neuer Betriebe einem bestehenden Wirtschaftszweig zugeordnet werden kann, rechtfertigt es sich, jeweils die branchenmässige Herkunft dieser Betriebe mitzuberücksichtigen, wie sie sich aus der historischen Entwicklung ergibt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die branchenweise AVE von GAV auf den historisch gewachsenen Strukturen der Wirtschaft aufbaut, sich jedoch im modernen Wirtschaftsleben innerhalb der einzelnen Branchen infolge des technischen Fortschritts laufend Veränderungen ergeben. Die AVE 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. Bei der AVE ist in verfassungskonformer Auslegung von Art. 1 Abs. 1 AVEG darauf zu achten, dass direkte Konkurrenten in ihrer Wirtschaftsfreiheit gleichmässig eingeschränkt werden und im wirtschaftlichen Wettbewerb gleich lange Spiesse erhalten (Art. 27 und Art. 94 Abs. 4 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV; 4C_45/2002, Erw. 2.1.2).

3. Die Beklagte ist nicht Mitglied der vertragsschliessenden Parteien des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) und somit eine sogenannte Aussenseiterin, weshalb für sie – wenn überhaupt – nur diejenigen Bestimmungen des GAV FAR gelten, welche vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt wurden. Umstritten und zu prüfen ist vorliegend, ob die Beklagte respektive die ehemalige C. AG als Aussenseiterinnen in betrieblicher Hinsicht ab 19. April 2004 den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellt ist.

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Bohrungen für Erdwärmesonden dem Betrieb der Beklagten bzw. dem Betrieb der ehemaligen C. AG für die gesamte vorliegend massgebende Zeit, d.h. seit 19. April 2004 (Zeitpunkt der Handelsregistereintragung der ehemaligen C. AG), das Gepräge gaben und noch immer geben. Im Wesentlichen bleibt im vorliegenden Verfahren zu prüfen, ob Tätigkeiten im Erdwärmesondenbohrbereich den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellt sind. Dieser Ansicht ist die Klägerin. Zur Begründung weist sie darauf hin, dass es sich bei den Erdwärmesondenbohrungen um Tiefbauarbeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (nachfolgend:

BRB AVE GAV FAR) handle. Demgegenüber verweist die Beklagte unter anderem auf das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug vom 31. August 2009 und auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 23. November 2010. Diese beiden Zivilgerichte hätten zu beurteilen gehabt, ob die Beklagte den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des Landesmantelvertrages (LMV) für das Bauhauptgewerbe unterstehe. In diesem Zusammenhang hätten sie zu Recht festgestellt, dass Erdwärmesondenbohrungen nicht zum Bauhauptgewerbe gehörten. Auf diese Beurteilung sei auch in casu abzustellen. Weder die Beklagte noch die ehemalige C. AG seien im Bauhauptgewerbe tätig bzw. tätig gewesen und daher nicht dem GAV FAR unterstellt.

4. In seinem den vorliegenden Fall betreffenden Urteil vom 7. Mai 2008 wies das Bundesgericht darauf hin, die Frage, ob ein bestimmtes Unternehmen einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehe, sei im Streitfall grundsätzlich durch die Ziviljustiz zu beurteilen (9C_211/2008, Erw. 4.4; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2002, 4C.45/2002, Erw. 1). Sofern die an sich zuständigen Zivilgerichte noch keinen entsprechenden Entscheid gefällt hätten, sei jedoch auch das in der Hauptsache zuständige Verwaltungsgericht zur vorfrageweisen Beantwortung dieser zivilrechtlichen Frage befugt. Das Zuger Kantonsgericht entschied, dass die Tätigkeit der Beklagten (Erdwärmesondenbohrungen) dem Bauneben- und nicht dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen sei (Urteil vom 31. August 2009, Erw. 4.2.3). Mit Urteil vom 23. November 2010 stützte das Zuger Obergericht diese Beurteilung. Nach der Ansicht der örtlich und sachlich zuständigen Zuger Zivilgerichte ist die Beklagte somit nicht im Bauhauptgewerbe tätig. Daraus ist abzuleiten, dass sie in betrieblicher Hinsicht nicht den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR bzw. dem BRB AVE GAV FAR unterstellt ist, da dieser nur für das Bauhauptgewerbe gilt. Unter diesen Umständen ist fraglich, ob das Verwaltungsgericht überhaupt legitimiert bzw. sachlich zuständig ist, die von den – ordentlicherweise zuständigen – Zuger Zivilgerichten bereits rechtskräftig entschiedene zivilrechtliche Rechtsfrage noch einmal eigenständig zu beurteilen. Da das Verwaltungsgericht der Beurteilung der Zuger Zivilgerichte – zumindest soweit diese für den vorliegenden Fall massgebend ist – vollumfänglich zustimmt (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann diese Frage jedoch offen bleiben. (...)

5. An dieser Stelle ist vorab darauf einzugehen, was unter dem Begriff «Bauhauptgewerbe» zu verstehen ist. In rechtlicher Hinsicht werden die Begriffe «Bauhaupt- und Baunebengewerbe» vor allem im Vergaberecht verwendet, wo sie einen Einfluss auf die – die jeweiligen Verfahrensarten bestimmenden – Schwellenwerte haben (vgl. Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffent-

liche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, IVöB). In diesem Zusammenhang ist die – für das Verwaltungsgericht verbindliche – Submissionsverordnung (SubV) des Kantons Zug vom 20. September 2005 zu beachten. Aus § 3 Abs. 2 geht hervor, dass unter das Bauhauptgewerbe alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks fallen. Die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe. Der Umstand, dass die Erdwärmesondenbohrungen nicht zu den Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerkes zu zählen sind (vgl. Erw. 6.4.3 nachfolgend), ist somit als wichtiges Indiz dafür zu sehen, dass sie nicht zum Bauhauptgewerbe gehören.

6. Im Wesentlichen ist im vorliegenden Verfahren umstritten und zu prüfen, ob Tätigkeiten im Erdwärmesondenbohrbereich den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellt sind. Die Klägerin bejaht dies. Sie stellt sich nämlich auf den Standpunkt, bei Erdwärmesondenbohrungen handle es sich um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden und zwar aus folgenden Gründen:

6.1 Der Bundesrat legte den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR für Aussenseiter unter anderem wie Folgt fest: «Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des im Anhang wiedergegebenen Gesamtarbeitsvertrages über den flexiblen Altersrücktritt (GAV FAR) gelten für die Betriebe, Betriebsteile und selbständigen Akkordanten der folgenden Bereiche: Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbau (einschliesslich Belagseinbau, Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR). Ob Erdwärmesondenbohrungen zum Tiefbau im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR zu zählen sind, lässt sich jedoch weder dem Wortlaut des GAV FAR noch demjenigen des BRB AVE GAV FAR entnehmen. Des Weiteren werden in Art. 2 Abs. 4 AVE BRB GAV FAR die den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellten Tätigkeiten detailliert aufgeführt. Der Umstand, dass Erdwärmesondenbohrungen nicht erwähnt werden, ist als Indiz für die Nichtunterstellung zu werten. Es ist nämlich davon auszugehen, dass diese angesichts ihrer grossen Bedeutung besonders erwähnt worden wären, wenn sie dem GAV FAR hätten unterstellt werden sollen (vgl. in diesem Zusammenhang für Plattenlegerbetriebe: Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2010, 9C_1033/2009, Erw. 2.5). (...)

(...)

6.4 Das Zuger Kantonsgericht hielt in seinem Urteil vom 31. August 2009 fest, dass Erdwärmesondenbohrungen nichts mit den im Bauhauptgewerbe anzutreffenden klassischen Bohrtätigkeiten zu tun hätten (Erw. 4.2.2). Die Klägerin macht

demgegenüber geltend, die Erdwärmesondenbohrungen würden sich nicht von den anderen – dem Tiefbau bzw. dem Bauhauptgewerbe angehörenden – Bohrarbeiten (beispielsweise Ankerbohrungen oder Mikropfähombohrungen) unterscheiden. Ausserdem sei das massgebende Zuordnungskriterium die Bohrtätigkeit an sich. (...)

(...)

6.4.3 Es ist mithin festzuhalten, dass Erdwärmesondenbohrungen dazu dienen, Sonden für die Gewinnung von Erdwärme in den Boden zu legen und nicht dem Rohbau zuzuordnen sind. Es ist nämlich zu beachten, dass sie vor Beginn der Rohbauarbeiten ausgeführt werden können. Des Weiteren werden Erdwärmesonden oft erst im Rahmen – einer Jahre nach der Erstellung des Rohbaus notwendigen – Sanierung einer bestehenden Heizungsanlage verlegt. Der Umstand, dass sie in zeitlicher Hinsicht auch während derselben Bauphase wie der Rohbau und gleichzeitig mit den Foundationen vorgenommen werden können, vermag daran nichts zu ändern, dass sie nicht dem Rohbau zuzuordnen sind. Sodann ist zu beachten, dass Erdwärmesonden funktional mit dem Rohbau nichts zu tun haben. Ausserdem haben Erdwärmesondenbohrungen weder mit der Sicherung der Baugrube noch mit der Statik oder der Erkundung des Baugrundes zu tun. Demgegenüber dienen die klassischen Bohrungen des Bauhauptgewerbes in erster Linie der Sicherung der Baugrube und der Statik, der Verstärkung des Baufundamentes, der Erstellung des Rohbaus und der Erkundung des Baugrundes. Erdwärmesondenbohrungen und die klassischen Bohrtätigkeiten des Bauhauptgewerbes dienen somit völlig unterschiedlichen Zwecken und sind nicht miteinander vergleichbar. Daraus ist abzuleiten, dass Erdwärmesondenbohrungen nicht zu den Bohrtätigkeiten des Tiefbaus bzw. des Bauhauptgewerbes zu zählen sind. Der Umstand, dass es sich bei beiden Tätigkeiten um «Bohrungen» handelt, vermag zu keiner anderen Beurteilung zu führen. Gleicher Ansicht ist das Kantonsgericht, wonach Erdwärmesondenbohrungen mit den im Bauhauptgewerbe anzutreffenden klassischen Bohrtätigkeiten nichts zu tun hätten (Urteil vom 31. Dezember 2009, Erw. 4.2.2). Die Nutzung der Erdwärme und die damit einhergehenden Bohrungen sind somit nicht dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen.

(...)

6.12 Zusammenfassend bleibt mithin festzuhalten, dass es sich bei Erdwärmesondenbohrungen nicht um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR handelt. Die Beklagte und die ehemalige C. AG unterstehen als Aussen-seiterinnen, welche hauptsächlich Erdwärmesondenbohrungen ausführen bzw. ausgeführt haben, nicht unter den vom Bundesrat umschriebenen allgemeinver-

bindlich erklärten betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR. Bereits diese Beurteilung führt zur Abweisung der Klage.

(...)

9. Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass die Bohrungen für Erdwärmesonden dem Betrieb der Beklagten bzw. dem Betrieb der ehemaligen C AG für die gesamte vorliegend massgebende Zeit, d.h. seit 19. April 2004, das Gepräge gaben. Bei Erdwärmesondenbohrungen handelt es sich nicht um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR, was zur Abweisung der Klage führt. (...)

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2011

S 2007 51

Art. 34 Abs. 2 KVG, Art. 36 Abs. 1 und 2 KVV: Kostenübernahme von medizinischen Behandlungen im Ausland. Wenn sich ein Versicherter im Wissen um eine baldige Behandlungsbedürftigkeit ins Ausland begibt, darf die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Übernahme der Kosten von im Ausland erbrachten Leistungen verweigern.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Bei E., geboren 1974, ergaben ärztliche Untersuchungen im Oktober 2009 Hinweise auf einen dysembryoplastischen neuroepithelialen Tumor, mithin auf einen gutartigen Tumor. Nach neu auftretenden Doppelbildern beim Sehen ergaben weitere Untersuchungen den Verdacht auf ein höhergradiges Astrozytom (Grad 3) sowie auf eine Zunahme der Ödemzone im rechtsseitigen Hippokampus. Das Kantonsspital Zug nahm in der Folge Kontakt auf mit der Neurochirurgie des Universitätsospitals Zürich, wo man zusicherte, den Versicherten baldmöglichst aufzubieten. Am 2. Oktober 2010 reiste der Versicherte «ferienhalber» nach Istanbul. Dort erlitt er nach eigenen Angaben am 8. Oktober 2010 epileptische Krämpfe und er wurde umgehend ins Memorial Hospital in Istanbul eingeliefert. Die Ärzte vom Memorial Hospital diagnostizierten bei E. einen Hirntumor im Hippokampus-Temporallappen rechts sowie den Verdacht auf einen dysembryoplastischen neuroepithelialen Tumor. Telefonisch ersuchte nun der Bruder des Versicherten den Krankenversicherer, für die Operation vom 9. Oktober Kostengutsprache zu gewähren. Trotz Ablehnung der Kostenübernahme ist der Versicherte am 9. Oktober 2010 im Me-