

Die paritätische Kommission: Funktion, Kompetenzen und Verfahren

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht,
Partner Advokaturbüro Frei Steger Senti, Altstätten

St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2021

Dienstag, 7. September 2021, Grand Casino Luzern

Inhaltsverzeichnis

1	Zum Thema	2
2	Durchführung und Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen	2
3	Paritätische Kommission und deren Vollzugsaufgaben	3
3.1	Allgemeine Bemerkungen	3
3.2	Beitragswesen	3
3.3	Kontrollen	4
4	Organisation und Funktion paritätischer Kommissionen	4
4.1	Rechtsgrundlagen	4
4.1.1	Obligationenrecht	4
4.1.2	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV	5
4.1.3	GAV, Reglemente und Statuten	5
4.2	Ausgestaltung und Funktion	7
5	Vollzugsaufgaben im Einzelnen	7
5.1	Rechtsgrundlagen	7
5.1.1	Bundesrecht	7
5.1.2	GAV, Reglemente und Statuten	8
5.2	Paritätische Kommissionen als private Parteien	8
5.3	Neutrales Kontrollorgan nach Art. 6 AVEG	10
5.3.1	Art. 6 AVEG	10
5.3.2	Anwendungsbereich und Abgrenzungen	10
5.3.2.1	Jederzeitiges Recht	14
5.3.2.2	Kontrollkosten	14
5.4	Klage vor dem Zivilgericht	14
5.4.1	Verfahrensart	14
5.4.2	Aktivlegitimation von Vollzugsorganen	15
5.4.3	Klagen nach Art. 357b Abs. 1 OR	15
6	Zusammenfassung	17
	Literaturverzeichnis	18

1 Zum Thema

Gesamtarbeitsverträge (GAV) geniessen im Schweizer Arbeitsrecht eine grosse Bedeutung. Gemäss dem Bundesamt für Statistik erfassten die in der Schweiz gültigen Verbands-GAV¹ insgesamt 1.777 Mio Arbeitnehmende (Stand 1. März 2018)². Ein zentraler Regelungsbereich von (nicht) allgemeinverbindlichen GAV ist der gemeinsame Vollzug³, wofür regelmässig gemeinsame Vollzugsorgane geschaffen und die Aufgaben an diese delegiert werden. Vorliegender Aufsatz setzt sich näher mit aktuellen Fragen rund um paritätische Kommissionen als Vollzugsorgane von GAV auseinander.

2 Durchführung und Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen

«Die Vertragsparteien sind verpflichtet, für die Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrages zu sorgen; zu diesem Zweck haben Verbände auf ihre Mitglieder einzuwirken und nötigenfalls die statutarischen und gesetzlichen Mittel einzusetzen.»⁴. Die Pflicht, bei Arbeitgebern und -nehmenden für die Durchführung und Einhaltung eines GAV zu sorgen, liegt im Grundsatz bei den jeweiligen Verbänden⁵. Als Vertragspartei eines GAV haben diese so auf ihre Mitglieder einzuwirken, dass letztere insbesondere die normativen Bestimmungen eines GAV einhalten. Das dafür zur Verfügung stehende rechtliche Instrumentarium reicht von Leistungs- (Schadenersatz-) über Feststellungs- oder Unterlassungsklagen bis hin zu Konventionalstrafen, Kautionen und anderen Mitteln⁶.

Anstelle der Einwirkung durch den betreffenden Verband alleine können die Parteien eines GAV vereinbaren, den Durchführungs-, Einhaltungs- und Einwirkungspflichten *gemeinsam* nachzukommen⁷. Als Kläger tritt im Gerichtsverfahren somit nicht derjenige Verband auf, dessen Mitglied eine Vertragsverletzung vorgeworfen wird, sondern die Vertragsparteien eines GAV zusammen. Diese Art von Durchführung und Einwirkung erfolgt entweder durch alle Vertragsparteien gemeinsam⁸, oder sie schaffen dazu ein Vollzugsorgan, an welches diese Kompetenzen übertragen wird. Bei diesen Vollzugsorganen handelt es sich regelmässig um paritätisch besetzte Kommissionen.

¹ Als Gegenstück zu den Firmen-GAV.

² <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/12947849/master>.

³ Vgl. bspw. Art. 12 ff. oder Art. 75 ff. Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (2019 - 2022), nachfolgend «LMV Bau»; Art. 35 Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (1. Januar 2017), nachfolgend «LGAV Gastro»; Art. 10 und 11 Landesgesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landtechnik-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe (1. Januar 2019), nachfolgend «LGAV Metall»; Art. 3 Landes-Gesamtarbeitsvertrag für das Plattenleger- und Ofenbaugewerbe (1. Juli 2018), nachfolgend «LGAV Plattenleger».

⁴ Art. 357a Abs. 1 OR.

⁵ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 5; BK-STÖCKLI, Art. 357a N 1 ff.

⁶ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 81 ff.; Vgl. auch BK-STÖCKLI, Art. 357a N 69 ff., welcher zudem auf die Möglichkeit der Urteils publikation, Strafanzeige oder allenfalls auch die Berufung auf Art. 7 UWG wegen Nichteinhaltung berufs- oder ortsüblicher Arbeitsbedingungen verweist (vgl. dazu BK-STÖCKLI, Art. 357a N 18).

⁷ Art. 357b OR.

⁸ In diesem Fall bilden die Vertragsparteien eine einfache Gesellschaft, sofern sie keine abweichende Regelung treffen (Art. 357b Abs. 3 OR, vgl. unten, Ziff. 4.1.1); Vgl. dazu HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 38.

3 Paritätische Kommission und deren Vollzugsaufgaben

3.1 Allgemeine Bemerkungen

Vollzugsaufgaben erledigt vielfach ein von den GAV-Parteien gemeinsam geschaffenes, paritätisch besetztes Gremium, welches je nach GAV durch zusätzliche lokale Vollzugsorgane⁹ oder weitere Gremien¹⁰ unterstützt wird.

Zudem werden im Zusammenhang mit der Durchführung eines GAV regelmässig weitere Gremien geschaffen. Zu deren Aufgaben gehören nicht nur «interne» Vollzugsaufgaben¹¹, sondern auch diverse Dienstleistungen wie die Durchführung von Weiterbildungen¹² oder das Führen von Ausgleichskassen¹³. Auch diese Gremien sind regelmässig paritätisch besetzt. Zu ihnen gehören bspw. die Schweizerische Paritätische Vollzugskommission (SVK), welche gemäss LMV Bau für den Erlass allgemeiner Weisungen, die Koordination und Unterstützung der paritätischen Berufskommissionen oder auch für die Auslegung des LMV Bau zuständig ist¹⁴, ebenso Schiedsgerichte¹⁵, Bildungsfonds, Ausgleichskassen, Revisions- oder Kontrollstellen etc.¹⁶.

Bei den Vollzugsaufgaben eines GAV stehen aus Sicht der Rechtsprechung Vollzugsaufgaben Beitragsinkasso, Kontrollen und Sanktionierung sicherlich im Vordergrund. Solche Vollzugsaufgaben werden den schuldrechtlichen Bestimmungen eines GAV zugeordnet¹⁷, sind aber im Gegensatz zu den übrigen schuldrechtlichen Bestimmungen einer Allgemeinverbindlicherklärung zugänglich¹⁸.

3.2 Beitragswesen

GAV sehen regelmässig die Erhebung von Beiträgen vor, welche aus verschiedenen Gründen erhoben und sowohl von Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberseite zu bezahlen sind. Deren Verwendungszweck ist vielfältig und stützt sich auf Art. 357b Abs. 1 lit. b OR bzw. Art. 1 Abs. 2 AVEG im Falle einer Allgemeinverbindlicherklärung.

In der Praxis finden sich viele verschiedene Arten von Beiträgen¹⁹, wozu insbesondere auch solche zur Deckung der Kosten für die Durchführung eines (ave) GAV²⁰ erhoben werden. Die ave solcher Bestimmungen setzt eine ordnungsgemässe Organisation und eine geordnete Anwendung bei der Durchführung voraus²¹. Wie sich das SECO die praktische Umsetzung dieser

⁹ Bspw. die lokalen paritätischen Berufskommissionen nach Art. 75 ff. LMV Bau, Art. 10 LGAV Metall oder Art. 3.1.2 LGAV Plattenleger.

¹⁰ Vgl. bspw. Art. 78^{bis} LMV Bau (Informationssystem Allianz Bau) oder die Baustellenkontrollvereine (vgl. <https://www.svk-bau.ch/lmv-vollzugsorgane/baustellenkontrollvereine>).

¹¹ Administrative Aufgaben, welche durch ein (General-)Sekretariat erledigt werden oder bspw. Gremien für interne Meinungsbildung, Streiterledigung, Information oder Kommunikation.

¹² Bspw. «temptraining» für Weiterbildungen von Temporärmitarbeitenden (<https://www.tempservice.ch/de/temptraining/index.php>).

¹³ Vgl. Art. 357b Abs. 1 lit. b OR.

¹⁴ Art. 13 f. LMV Bau.

¹⁵ Art. 14 LMV Bau; Art. 34 LGAV Gastro; Art. 12 LGAV Metall.

¹⁶ Weitere Beispiele bei HÄBERLI, ArbR 2007, S.42 f.

¹⁷ BK-STÖCKLI, Art. 356 N 96 ff. (sog. vertragliche Selbstpflichten); ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356 N 67; BRUCHEZ, Handbuch, F Art. 356 N 63 f.

¹⁸ BK-STÖCKLI, Art. 356b N 77, 82 und 85.

¹⁹ Vgl. dazu eine wertvolle, wenn auch leider nicht mehr ganz aktuelle Übersicht in STÖCKLI, JEAN-FRITZ; Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages; Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, SSA, Heft 32; Bern 1990, passim.

²⁰ Vollzugskosten (vgl. Art. 8 LMV Bau; Art. 35 lit. h LGAV Gastro; Art. 19 LGAV Metall).

²¹ Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a AVEG.

gesetzlichen Rahmenbedingungen vorstellt, regelt es in einer Weisung vom November 2014²². Darin finden sich insbesondere auch Bemerkungen zur Problematik der Rückvergütung von Vollzugsbeiträgen an die organisierten Arbeitgeber und -nehmenden, was gegen die Koalitionsfreiheit nach 28 BV verstossen kann²³.

3.3 Kontrollen

Die Vollzugspraxis von GAV kennt verschiedene Arten von Kontrollen. In Art. 5 Verfahrensreglement der SVK des LMV Bau²⁴ findet sich eine anschauliche, meines Erachtens allgemeingültige Übersicht:

- a. Lohnkontrolle und Untersuchung der Arbeitsverhältnisse:
Bei dieser Verfahrensart führt die zuständige PBK Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Einhaltung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV inkl. deren Anhänge und Zusatzvereinbarungen im Betrieb durch. Eine solche Kontrolle erfolgt entweder auf Einzelanzeige hin oder systematisch (vgl. Art. 76 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 LMV).
- b. Unterstellungskontrolle:
Bei einer Unterstellungskontrolle prüft die zuständige PBK, ob ein bestimmter Betrieb und/oder ein Betriebsteil in den Geltungsbereich des LMV fällt und dementsprechend die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV inkl. deren Anhänge und Zusatzvereinbarungen eingehalten werden müssen. Eine solche Kontrolle erfolgt entweder auf Ersuchen des zu prüfenden Betriebes, auf Einzelanzeige hin, aus Auftrag der Stiftung FAR und des Parifonds oder systematisch.
- c. Baustellenkontrolle:
Bei dieser Verfahrensart führt die zuständige PBK Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Einhaltung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV inkl. deren Anhänge und Zusatzvereinbarungen auf einer bestimmten, sich im Vertragsgebiet der PBK befindenden, Baustelle durch. Eine solche Kontrolle erfolgt entweder auf Einzelanzeige hin oder systematisch (vgl. Art. 76 Abs. 4 lit. a LMV).

Ebenso finden sich in diesem Reglement diverse Verfahrensbestimmungen²⁵. Andere GAV regeln die Grundzüge des Verfahrens im GAV selbst²⁶.

4 Organisation und Funktion paritätischer Kommissionen

4.1 Rechtsgrundlagen

4.1.1 Obligationenrecht

Zentrale Rechtsgrundlage für die Schaffung und den Betrieb von Paritätischen Kommissionen ist neben der Generalklausel in Art. 356 Abs. 3 OR sicherlich Art. 357b OR²⁷: «In einem zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag können die Vertragsparteien

²² SECO, Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen: Weisungen über Beiträge (November 2014).

²³ SECO, Weisungen, Ziff. 3.4; BGE 75 II 318 E. 7c/cc f.

²⁴ Verfahrensreglement der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission SVK Bauhauptgewerbe (SVK-Verfahrensreglement), vom 1. Dezember 2010.

²⁵ Vgl. dort Ziff. 6 ff.

²⁶ Vgl. Art. 35 lit. d LGAV Gastro; Art. 13, insbes. Art. 13.8 LGAV Metall.

²⁷ HÄBERLI, ArbR 2007, S. 41.

vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht, (...)».

Gestützt auf diese Bestimmungen sehen GAV paritätische Vollzugsorgane vor, die mit Kontrolle, Um- und Durchsetzung des GAV betraut sind. Rechtlich konstituieren sich diese regelmässig in Form von Vereinen²⁸, wobei auch die Rechtsform der Stiftungen möglich ist²⁹.

Von den Vertragsparteien geschaffene paritätische Kommissionen sind nicht zu verwechseln mit der Vertragsgemeinschaft selbst, d.h. der Summe aller Vertragsparteien eines GAV. Das Gesetz³⁰ qualifiziert letztere als einfache Gesellschaft, sofern der GAV nichts anderes bestimmt³¹. Nach Auffassung von VISCHER/ALBRECHT sind der Vertragsautonomie in diesem Punkt jedoch enge Grenzen gesetzt: «Die Organisation der Vertragsgemeinschaft im Innenverhältnis als Personengesellschaft oder als juristische Person ist aber nicht denkbar.»³² Demgegenüber können sich paritätische Kommissionen, quasi die «Geschäftsleitung» eines GAV³³, wie bereits erwähnt durchaus als juristische Person (Verein oder Stiftung) konstituieren.

4.1.2 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV

Die Allgemeinverbindlicherklärung (ave) eines GAV richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen³⁴. Auch in diesem Gesetz finden sich Vorgaben zum gemeinsamen Vollzug eines allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrages (ave GAV), nämlich:

- a) Art. 1 Abs. 2 AVEG: Vereinbarungen gemäss Art. 357b OR können für allgemeinverbindlich erklärt werden;
- b) Art. 3 Abs. 1 AVEG: Voraussetzungen für die ave von Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Art. 357b OR;
- c) Art. 3 Abs. 2 AVEG: Voraussetzungen für die ave von Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen;
- d) Art. 4 Abs. 1 AVEG: Vorgabe, dass unter anderem die Pflichten von Arbeitgeber und -nehmern gegenüber den gemeinsamen Einrichtungen auch für Aussenseiter gelten;
- e) Art 5 Abs. 2 AVEG: Die Ausgleichskassen und Einrichtungen eines ave GAV unterstehen der zuständigen Behörde und sind dieser gegenüber auskunftspflichtig.

4.1.3 GAV, Reglemente und Statuten

«Stellung und Kompetenzen des paritätischen Organs ergeben sich aus dem GAV und allfälligen Sondervereinbarungen»³⁵. In der Tat ergibt sich der grösste Anteil von Rechtsgrundlagen für Konstituierung und Organisation von paritätischen Organen aus den jeweiligen GAV selbst³⁶.

²⁸ HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 40; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 5.

²⁹ Vgl. die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewebe (Stiftung FAR) welche gestützt auf den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) gegründet wurde. Zur Genossenschaft als wohl unzulässige Rechtsform vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 2 oder HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 41.

³⁰ Art. 357b Abs. 3 OR.

³¹ HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 38.

³² Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 10 mit ausführlicher Begründung.

³³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 4; HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 39.

³⁴ Vom 28. September 1956, AVEG.

³⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 5, mit Verweis auf OGer ZH in ZR 1982 Nr. 53.

³⁶ Art. 76 LMV Bau; Art. 35 LGAV Gastro; Art. 10 und 11 LGAV Metall.

Die konkrete Ausgestaltung ist je nach GAV unterschiedlich und kann ein- oder zweistufige Gremien vorsehen³⁷. Regelmässig werden diesen Kommissionen die Durchführung des GAV mit den dazugehörigen Kompetenzen ausdrücklich übertragen, inkl. des Rechts zur klageweisen Durchsetzung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Einhaltung des GAV³⁸. Eine solche Ermächtigung zur gemeinsamen Durchführung, erteilt durch das oberste Verbandsorgan, ist eine zwingende Voraussetzung³⁹, ohne die einer paritätischen Kommission jegliche Legitimation fehlen würde.

Art. 3 Abs. 1 AVEG sieht vor, dass Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen nur allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, «(...)», wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht.». Dieselben Anforderungen gelten für Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen⁴⁰. Insbesondere im Falle einer ave muss das im GAV vorgesehene Regelwerk entsprechend ausführlich sein. Gegenstand der ave ist wohl ausschliesslich der Gesamtarbeitsvertrag selbst. Nicht vom Bundesratsbeschluss zur ave erfasst werden jeweils die (Verbands-)Statuten der paritätischen Organe⁴¹ oder die diversen, auch im GAV selbst erwähnten Reglemente⁴². Auch wenn Statuten und Reglemente in der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht erwähnt werden, ist meines Erachtens klar, dass sich paritätische Kommissionen nicht nur gegenüber Verbandsmitgliedern, sondern auch Aussenseitern an dieselben Rechtsgrundlagen und damit auch die Statuten und Reglemente zu halten haben. Dies ergibt sich meines Erachtens aus den Grundsätzen der Gleichbehandlungspflicht⁴³ und der, gemäss HÄBERLI in gewissen GAV deklarierten Pflicht zum Handeln nach rechtsstaatlichen Grundsätzen⁴⁴.

Ob einzelne Bestimmungen eines GAV mit dem zwingenden Bundesrecht vereinbar sind⁴⁵, kann das zuständige Gericht selbst dann prüfen, wenn die der betreffende GAV für allgemeinverbindlich erklärt wurde⁴⁶. Umso mehr muss dies auch für die Statuten der paritätischen Vollzugsorgane und die im Zusammenhang mit dem ave GAV erlassenen Reglemente der Tarifparteien gelten, welche nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurden.

³⁷ Zweistufig bspw. der LGAV Metall mit der paritätischen Berufskommission (Art. 10 LGAV Metall) und der paritätischen Landeskommission (Art. 11 LGAV Metall).

³⁸ Art. 76 Abs. 1 und 2 LMV Bau; Art. 35 lit. a Abs. 1 LGAV Gastro; Art. 4.13, Art. 11.1 LGAV Metall.

³⁹ BK-STÖCKLI, Art. 357b N 5; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 7.

⁴⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. a AVEG.

⁴¹ Vgl. bspw. Art. 76 Abs. 1 LMV Bau, wonach die Vereinsstatuten der lokalen paritätischen Berufskommission durch die Vertragsparteien des LMV zu genehmigen sind.

⁴² Vgl. bspw. Art. 76 Abs. 4 LMV Bau, wo lediglich der Hinweis auf die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens für allgemeinverbindlich erklärt wird, nicht aber der Hinweis auf das von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission für die lokalen paritätischen Berufskommissionen erlassene Reglement.

⁴³ Art. 5 Abs. 1 AVEG; BK-STÖCKLI, Art. 356b N 65.

⁴⁴ HÄBERLI, ArbR 2007, S. 49, wenn auch ohne Nachweise. Vgl. Art. 76 Abs. 4 LMV Bau.

⁴⁵ Art. 358 OR.

⁴⁶ HGer ZH, HG180205-O, Urteil vom 10. Dezember 2020, E. II. 1.3.2, mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeitserklärung (29. Januar 1954), BBl 1954 I 125 ff., S. 154: «Der Aussenseiter soll sein Recht vor dem ordentlichen Richter geltend machen können.» (Urteil aktuell noch nicht rechtskräftig).

4.2 Ausgestaltung und Funktion

Die Grundzüge der Organisation einer paritätischen Kommission sind jeweils im betreffenden GAV selbst geregelt⁴⁷, während die detaillierte Ausgestaltung in den Statuten und Reglementen zu finden sind⁴⁸. Deren Erlass oder Genehmigung erfolgt jeweils durch die Vertragsparteien des GAV selbst⁴⁹ oder eine (interne) höhere Stelle⁵⁰. Die Besetzung solcher Kommissionen ist jeweils paritätisch⁵¹, wobei der Vorsitz durch eine neutrale Person⁵² oder alternierend durch die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite besetzt wird⁵³.

Die konkreten Aufgaben und Kompetenzen der paritätischen Kommissionen sind unterschiedlich geregelt und ergeben sich aus dem jeweiligen GAV. Dasselbe gilt für die internen Verfahren und Entscheidungsprozesse, welche insbesondere davon abhängig sind, ob eine ein- oder mehrstufige Organisation geschaffen wurde⁵⁴.

Die Konstituierung paritätischer (Vollzugs-)Organe in Form einer juristischen Person hat den Vorteil, dass diese nicht von Bestand oder Dauer des (ave) GAV abhängig ist und auch über dessen Beendigung oder dessen Auslaufen hinaus Vollzugsaufgaben erfüllen kann⁵⁵. Zudem lassen sich Organisation und Stimmrechtsverhältnisse differenziert ausgestalten und es können Institutionen geschaffen werden, welche über den Geltungsbereich mehrerer GAV hinweg funktionieren⁵⁶.

5 Vollzugsaufgaben im Einzelnen

5.1 Rechtsgrundlagen

5.1.1 Bundesrecht

Neben den bereits erwähnten Rechtsgrundlagen wie OR⁵⁷ oder AVEG⁵⁸ finden sich in weiteren Erlassen punktuelle Bestimmungen zum Vollzug eines (allgemeinverbindlichen) GAV. Zu erwähnen sind namentlich Art. 2 Entsendegesetz⁵⁹ oder Art. 17 Abs. 3 Arbeitsvermittlungsgesetz⁶⁰. Ebenso zu beachten sind selbstredend die auch für paritätische Kommissionen ohnehin

⁴⁷ Art. 76 LMV Bau; Art. 35 LGAV Gastro; Art. 10, Art. 11 und Anhang 1 LGAV Metall.

⁴⁸ Vgl. bspw. Verfahrensreglement SVK Bauhauptgewerbe (www.svk-bau.ch/lmv-vollzugsorgane).

⁴⁹ Art. 76 Abs. 1 LMV Bau; Art. 11.2 in Verbindung mit Anhang 1 LGAV Metall.

⁵⁰ Art. 76 Abs. 4 LMV Bau; Art. 35 Abs. 3 LGAV Gastro.

⁵¹ Vgl. Art. 11.3 LGAV Metall.

⁵² Art. 35 Abs. 2 LGAV Gastro, zur Zusammensetzung der Aufsichtskommission im Detail vgl. den jeweiligen Geschäftsbericht unter <https://l-gav.ch/downloads-1/geschaeftsberichte>.

⁵³ Art. 6.1 Reglement der Paritätischen Landeskommission im Metallgewerbe (Anhang 1 LGAV Metall).

⁵⁴ Mehrstufig ist bspw. die Organisation beim LMV Bau (SVK nach Art. 13 und PBK nach Art. 76 LMV Bau) oder beim LGAV Metall (PLKM nach Art. 11 und PBK nach Art. 10 LMV Metall).

⁵⁵ HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 42.

⁵⁶ HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 42

⁵⁷ Vgl. oben, Ziff. 4.1.1: Art. 356 OR, Art. 357b OR etc.

⁵⁸ Vgl. oben, Ziff. 4.1.2: Art. 1 AVEG, Art. 3 AVEG etc.

⁵⁹ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG), vom 8. Oktober 1999, SR 823.30.

⁶⁰ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG), vom 6. Oktober 1989, SR 823.11.

gültigen (bundesrechtlichen) Vorschriften wie bspw. das Datenschutzgesetz⁶¹ oder strafrechtliche Bestimmungen⁶².

5.1.2 GAV, Reglemente und Statuten

Die wesentlichsten Rechtsgrundlagen für den Vollzug bzw. die Durchführung eines GAV finden sich im GAV selbst und den durch die betreffenden Organe erlassenen Reglementen. Bestimmungen über Beiträge und deren Inkasso⁶³ die Kontrolle⁶⁴ und Sanktionierung fehlbarer Arbeitgeber und -nehmende⁶⁵ sind jeweils detailliert geregelt.

5.2 Paritätische Kommissionen als private Parteien

Ein meines Erachtens wesentlicher Aspekt im Vollzugssystem des kollektiven Arbeitsrechts ist die privatrechtliche Stellung paritätischer Kommissionen, und zwar sowohl bei allgemeinverbindlichen als auch anderen GAV. Selbst wenn also ein GAV für allgemeinverbindlich erklärt wurde, agieren paritätische Kommissionen als Privatparteien. Dies hat diverse Konsequenzen:

- a) Paritätische Kommissionen haben nur diejenigen Aufgaben und Kompetenzen, welche Ihnen das Bundesrecht oder allgemeinverbindliche GAV zugestehen. Ebenso gelten für paritätische Kommissionen die allgemeinen Normen, welche für alle privaten (juristischen oder natürlichen) Personen gelten. Paritätische Kommissionen haben also keine hoheitliche Stellung und können auch keinerlei Zwangsmassnahmen anordnen⁶⁶;
- b) Zusätzlich zu den allgemeinen Rechtsgrundlagen sind die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen⁶⁷ zu beachten. Hinzu kommen allfällige, im GAV vorgesehene Anforderungen und Vorgaben, welche wohl der Qualität des Verfahrens dienen⁶⁸. Auch wenn diese Anforderungen an die Pflichten öffentlich-rechtlichen Institutionen erinnern, ändert dies nichts am privatrechtlichen Charakter paritätischer Kommissionen und deren Entscheidungen⁶⁹;

⁶¹ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), vom 19. Juni 1992, SR 235.1; Vgl. dazu HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b OR N 43 ff.

⁶² Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁶³ Art. 8 Abs. 4 LMV Bau; Art. 35 lit. h LGAV Gastro; Art. 11.5 lit. j, Art. 19 oder Anhang 2 und 3 LGAV Metall.

⁶⁴ Art. 76 Abs. 4 lit. b LMV Bau; Art. 35 lit. d LGAV Gastro; Art. 11.6 und 11.7 LGAV Metall.

⁶⁵ Art. 79 LMV Bau; Art. 35 lit. f und g LGAV Gastro; Art. 11.5 lit. j, Art. 13 LGAV Metall.

⁶⁶ Wohl aus diesem Grund empfiehlt RONCORONI bei der Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans nach Art. 6 AVEG die Einsetzung eines staatlichen Organs (z.B. ein kantonales Einigungsamt) anstelle einer privaten Person, weil letztere zur Ausübung von Verwaltungszwang weniger geeignet sei als eine staatliche Stelle (RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG, N 211 m. V. a. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167). Vgl. aber auch VISCHER/ALBRECHT (ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167, m. V. a. VerwGer BE 2.5.1994 in JAR 1994, S. 27), wonach auch Privatpersonen Beweismassnahmen verfügen können, auch wenn nicht klar sei, wie diese durchzusetzen sind.

⁶⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 AVEG oder bspw. die Weisung über Beiträge für ave GAV vom November 2014.

⁶⁸ Bspw. Art. 76 Abs. 4 LMV Bau: «Die lokale paritätische Berufskommission führt ihre Verfahren nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durch.», was nach Auffassung von HÄBERLI die Erfolgchancen im (zivilrechtlichen) Klageverfahren erhöht. Oder Art. 35 lit. f Abs. 1 GAV Gastro, wonach vor einer allfälligen Sanktion das «rechtliche Gehör» zu gewähren ist.

⁶⁹ Man kann sich aber fragen, ob die Anforderungen an ein «rechtsstaatliches Verfahren» (Art. 76 Abs. 4 LMV Bau) soweit gehen, dass auch verfassungsmässige Rechte zu beachten sind. Dies ginge wohl über die Thematik der Gleichbehandlungspflicht (Art. 8 BV), welche bereits im GAV-Recht verankert

- c) Bei nicht allgemeinverbindlichen GAV haben weder die Vertragsparteien eines GAV noch deren paritätische Kommission(en) irgendwelche besonderen Rechte gegenüber Aussen-
seitern. Dies auch dann nicht, wenn der GAV eine Ausdehnungsklausel enthält und der
Aussenseiter zu den gleichen Vertragsbedingungen angestellt wird wie die Verbandsmit-
glieder⁷⁰;
- d) Entscheide paritätischer Kommissionen oder sogenannten «Rekurs»instanzen haben kei-
nerlei hoheitlichen Charakter. Sie sind und bleiben privatrechtliche Willenserklärungen⁷¹.
Entscheidungen gestützt auf einen für allgemeinverbindlich erklärten GAV stellen daher
auch keinen Rechtsöffnungstitel dar⁷². Wehrt sich ein Arbeitgeber mittels Einreichung eines
«Rechtsmittels» gegen den Entscheid einer Vollzugskommission, kann man sich fragen, ob
dieser Akt als Einlassung auf ein schiedsgerichtliches Verfahren betrachtet werden kann.
Mit dieser Frage beschäftigte sich das Bezirksgericht Zürich in einem jüngeren Urteil und
stellte fest, dass ein Schiedsgericht unparteiisch und unabhängig zu sein hat⁷³, was in casu
nicht ansatzweise gewährleistet war⁷⁴. Angesichts des Verbotes der *ave* von Schiedsge-
richtsklauseln⁷⁵ wäre meines Erachtens aber genauer zu prüfen, ob sich ein Aussenseiter
überhaupt auf ein solches Schiedsverfahren einlassen könnte, selbst wenn denn die übrige
Anforderungen an ein solches Schiedsgericht erfüllt wären⁷⁶.
- e) Entscheidungen, Berichten oder Befunden paritätischer Kommissionen kommt im Gerichts-
verfahren auch kein höherer Beweiswert zu, wie HÄBERLI richtig vermerkt, mit Hinweis auf
«(...) das immer wieder unvollständig zitierte Urteil des Kantonsgerichts Graubünden in
JAR 1990, S. 443 ff.»⁷⁷
- f) In gewissen GAV wird einem Vollzugs- oder Aufsichtsorgan die Aufgabe zugewiesen, im
Streitfalle über die Auslegung des GAV (verbindlich) zu entscheiden⁷⁸. Dass die Vertrags-
parteien eines GAV ein gemeinsames Gremium bestimmen, welches für Fragen der Ausle-
gung des GAV verbindlich zuständig erklärt wird, ist im Sinne einer einheitlichen und
rechtsgleichen Anwendung des GAV zu begrüßen. In (gerichtlichen) Streitfällen hat ein
solcher Entscheid aber auch «nur» den Charakter einer Parteiaussage ohne höheren

ist (Art. 2 Ziff. 4 und Art. 5 Abs. 1 AVEG, vgl. auch Art. 110 Abs. 2 BV). Zu denken ist bspw. an das
Willkürverbot (Art. 9 BV) oder die allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV.

⁷⁰ BK-STÖCKLI, Art. 357a N 17.

⁷¹ HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b OR N 49.

⁷² BezGer ZH, EB180753, Urteil vom 29. Mai 2018, E. 2.3 mit Verweis auf STREIFF/VON KAENEL/RU-
DOLPH, Art. 357b N 5; HÄBERLI, ArbR 2007, S. 50; Senti, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindli-
chen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen; AJP 2010, S. 28.

⁷³ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 107 mit Verweis auf BGE 125 I 389 E 4a und 4b.

⁷⁴ BezGer ZH, EB180753, Urteil vom 29. Mai 2018, E. 2.4 ff.

⁷⁵ Art. 1 Abs. 3 AVEG; Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 108.

⁷⁶ Eher ablehnend: RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG, N 52 am Ende.

⁷⁷ HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b OR N 49 FN 63; In diesem Sinne abzulehnen daher die Meinung von
BK-STÖCKLI, Art. 357a N 6.

⁷⁸ Vgl. bspw. Art. 13^{bis} LMV Bau: Die Schweizerische Paritätische Vollzugskommission (SVK) entschei-
det über generelle Auslegungsfragen des LMV; Art. 35 lit. b LGAV Gastro: die Aufsichtskommission
befindet über die Auslegung des GAV Gastro; Art. 11.5 lit. o LGAV Metall: Die Paritätische Landes-
kommission befasst sich mit der Auslegung des LGAV.

Beweiswert⁷⁹. «Streitigkeiten über Auslegung und Anwendung eines allgemeinverbindlich erklärten GAV entscheidet der Zivilrichter»⁸⁰.

5.3 Neutrales Kontrollorgan nach Art. 6 AVEG

5.3.1 Art. 6 AVEG

Bei ave GAV findet sich für Aussenseiter in Art. 6 AVEG eine wichtige Bestimmung:

«Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt wird, können jederzeit bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans an Stelle der im Vertrag vorgesehenen Kontrollorgane verlangen. Dieses Kontrollorgan kann auch auf Antrag der Vertragsparteien eingesetzt werden, wenn sich ein am Vertrag nicht beteiligter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer weigert, sich einer Kontrolle des paritätischen Organs zu unterziehen.»⁸¹

Diese Bestimmung gibt Aussenseitern eines ave GAV das Recht, die Kontrolle durch eine paritätische Kommission oder ein von ihr beauftragtes Unternehmen zu verweigern und zu verlangen, dass ein von den GAV-Parteien unabhängiges Kontrollorgan die Kontrolle durchführt. Art. 6 AVEG wurde mit der Einführung des Entsendegesetzes⁸² angepasst, und die Zuständigkeiten neu geregelt⁸³. Seit 1. Juni 2004 richtet sich diese nach Art. 20 AVEG, welcher sich wiederum an die diejenige nach Art. 7 AVEG anlehnt: Wurde der GAV durch den Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt, so ist die Bundesbehörde zuständig, bei einer ave durch den Kanton, ist das Gesuch an die zuständige kantonale Behörde zu richten⁸⁴. Trotz dieser Gesetzesrevision hat Art. 6 AVEG in der Praxis einige Tücken, die es zu beachten, bzw. vorgängig zu klären gilt.

5.3.2 Anwendungsbereich und Abgrenzungen

Art. 6 AVEG ist nicht anwendbar, wenn der betroffene Arbeitgeber den Kontrollanspruch der paritätischen Kommission bestreitet. Noch zur alten Fassung von Art. 6 AVEG erklärte das Bundesgericht, dass die zuständige (kantonale) Behörde nicht kompetent sei, den Bestand eines im Grundsatz bestrittenen Kontrollanspruches festzustellen⁸⁵. Streitigkeiten über den Kontrollanspruch an sich sind daher durch das Zivilgericht zu entscheiden⁸⁶. Dies ist meines Erachtens konsequent, wenn man berücksichtigt, dass Streitigkeiten über den betrieblichen

⁷⁹ RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG N 51; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 108.

⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356b N 11, m. V. a. BK-STÖCKLI, Art. 356b N 88, ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 140 und diverse Gerichtsentscheide.

⁸¹ Art. 6 Abs. 1 AVEG.

⁸² Vgl. Ziff. 3 Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG, vom 8. Okt. 1999, SR 823.20, AS 2003 1370; BBI 1999 6128). Die Änderung trat per 1. Juni 2004 in Kraft.

⁸³ Vgl. dazu RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG, Rz. 212; BK-STÖCKLI (Art. 356b N 97 m. V.) spricht von der Schliessung einer Gesetzeslücke.

⁸⁴ Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 AVEG, bzw. Art. 7 Abs. 2 AVEG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 AVEG.

⁸⁵ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167, m. V. a. BGE 118 II 528 E. 3.

⁸⁶ BK-STÖCKLI, Art. 356b N 93, ebenfalls m. V. a. BGE 118 II 528 E. 3; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356b N 11; Bestätigt durch das Kantonsgericht St. Gallen in JAR 2015, S. 532.

Geltungsbereich eines GAV durch den Zivilrichter zu entscheiden sind⁸⁷, was die Frage eines Kontrollanspruches ja mitumfasst.

Knifflig ist nach VISCHER/ALBRECHT die Situation, wenn nicht nur der *Kontrollanspruch* selbst, sondern auch die inhaltliche Konkretisierung der Kontrolle selbst streitig ist. Einerseits sieht Art. 6 Abs. 2 AVEG vor, dass die zuständige Behörde nach Anhörung der Parteien Gegenstand und Umfang der Kontrolle bestimmt. Demgegenüber weisen VISCHER/ALBRECHT darauf hin, dass bei Uneinigkeit über den Kontrollanspruch das zuständige Zivilgericht nicht nur über Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches selbst zu entscheiden hat, sondern das Urteil notwendigerweise mit einer gewissen inhaltlichen Umschreibung dieses Anspruches verbunden sein muss, andernfalls das Urteil eine nichtssagende Floskel wäre⁸⁸.

Seit dem 1. Januar 2004 steht auch den Vertragsparteien eines ave GAV das Recht zu, die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans zu verlangen, «(...) wenn sich ein am Vertrag nicht beteiligter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer weigert, sich einer Kontrolle des paritätischen Organs zu unterziehen.»⁸⁹ Diese Ergänzung wurde eingeführt, weil Aussenseiter die Möglichkeit hatten, zwar auf Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans zu verzichten, trotzdem aber die Durchführung der Kontrolle durch die paritätische Kommission zu verweigern. In solchen Fällen mussten die paritätischen Kommissionen ihren Kontrollanspruch, d.h. die Duldung und Mitwirkung des betroffenen Aussenseiters, klageweise vor dem zuständigen Zivilgericht durchsetzen⁹⁰. Im Verhältnis zu den Fällen, wo Anspruch oder Inhalt einer Kontrolle bestritten wird, kann die paritätische Kommission also ebenfalls Art. 6 AVEG anrufen.

Diese differenzierten Abgrenzungen führen meines Erachtens zu einem recht komplexen Vorgehen, je nach Verhalten des renitenten Arbeitgebers:

- a) Streitig: Arbeitgeber verlangt neutrales Kontrollorgan
Unstreitig: Kontrollanspruch (d.h. betrieblicher Geltungsbereich des GAV);
Gegenstand und Umfang der Kontrolle
Vorgehen: Gesuch nach Art. 6 AVEG durch den Arbeitgeber. Zuständige Behörde bestimmt Kontrollorgan sowie Gegenstand und Umfang der Kontrolle.
- b) Streitig: Arbeitgeber verweigert Kontrolle und verlangt die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans, stellt aber kein Gesuch
Unstreitig: Kontrollanspruch (d.h. betrieblicher Geltungsbereich des GAV)
Vorgehen: Gesuch nach Art. 6 AVEG durch die paritätische Kommission. Zuständige Behörde bestimmt Kontrollorgan sowie Gegenstand und Umfang der Kontrolle
- c) Streitig: Arbeitgeber verweigert Kontrolle, äussert sich jedoch nicht weiter
Unstreitig: Unklar
Vorgehen: Gesuch nach Art. 6 AVEG durch die paritätische Kommission; Zuständige Behörde bestimmt, Kontrollorgan sowie Gegenstand und Umfang der Kontrolle. Wird der Kontrollanspruch durch den Arbeitgeber in diesem Verfahren jedoch bestritten, hat die zuständige Behörde die paritätische Kommission an den Zivilrichter zu verweisen.
Meines Erachtens ebenfalls möglich: Vorgängige Klage durch die paritätische Kommission beim zuständigen Zivilgericht, wonach der Arbeitgeber unter Strafandrohung zur Duldung und Mitwirkung einer Kontrolle verpflichtet sowie Gegenstand und Umfang der Kontrolle

⁸⁷ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 140; BK-STÖCKLI, Art. 356b N 88 und 104; STREIFF/VON KANENEL/RUDOLPH, Art. 356b N 11.

⁸⁸ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167.

⁸⁹ Art. 6 Abs. 1 AVEG.

⁹⁰ RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG, N 208.

definiert werden. Verlangt der Arbeitgeber im Gerichtsverfahren jedoch die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans nach Art. 6 AVEG⁹¹, hat sich das Gericht meines Erachtens auf die Festlegung von Gegenstand und Umfang der Kontrolle zu beschränken und die Kläger sind für die Bezeichnung eines neutralen Kontrollorgans an die zuständige Behörde nach Art. 6 AVEG zu verweisen.

- d) Streitig: Kontrollanspruch, Gegenstand und Umfang der Kontrolle
Unstreitig: Anerkennung des Kontrollorgans gemäss GAV
Vorgehen: Klage auf dem Zivilweg durch die paritätische Kommission betreffend Feststellung des Kontrollanspruches sowie Gegenstand und Umfang der Kontrolle⁹².
- e) Streitig: Alles
Unstreitig: -
Vorgehen: Klage auf dem Zivilweg durch die paritätische Kommission betreffend Feststellung des Kontrollanspruches sowie Gegenstand und Umfang der Kontrolle. Anschliessendes Gesuch an die zuständige Behörde nach Art. 6 AVEG⁹³.

Art. 6 Abs. 1 AVEG sieht vor, dass diejenigen Arbeitgeber und -nehmenden die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans verlangen können, «(...) auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt wird, (...)». Analog ist dieses Recht für die paritätischen Kommissionen vorgesehen, «(...) wenn sich ein am Vertrag nicht beteiligter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer weigert, (...)». Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheint sich der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 AVEG also auf Aussenseiter zu beschränken. Verweigert sich ein Arbeitgeber, welcher Mitglied einer GAV-Partei ist, käme Art. 6 Abs. 1 AVEG somit nicht zum Tragen und die Vollzugsorgane müssten die Kontrolle gestützt auf die im (nicht allgemeinverbindlichen) GAV oder allenfalls den Verbandsstatuten vorgesehenen Zwangsmassnahmen durchsetzen. Ob diese Unterscheidung in der Praxis derart scharf gemacht wird, wäre zu prüfen. Spannend ist insofern das Verfahrensreglement der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission, welches in Art. 10 Abs. 1 LMV Bau vorsieht: «Dieses unabhängige Kontrollorgan kann auch auf Antrag der LMV-Vertragsparteien sowohl bei SBV-Verbandsmitgliedern als auch bei Nicht-Verbandsmitgliedern eingesetzt werden, wenn sich ein Arbeitgeber oder Arbeitnehmer weigert, sich einer Kontrolle zu unterziehen.». Bei Kontrollen gestützt auf den LMV Bau scheint also der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 AVEG nicht im (engen) Sinne des Gesetzes praktiziert zu werden.

Ein weiteres Problemfeld ist die Frage, für welche Art von Kontrollen Art. 6 AVEG angerufen werden kann⁹⁴.

- a) Bei der Unterstellungskontrolle ist zu prüfen, ob ein bestimmter Betrieb oder Betriebsteil in den Geltungsbereich eines GAV fällt⁹⁵. Wenn der betriebliche Geltungsbereich zu klären ist, ist meines Erachtens auch offenbar, dass nicht gestützt auf eben diesen GAV ein neutrales Kontrollorgan eingesetzt werden kann. Die Anwendbarkeit des betreffenden allgemeinverbindlichen GAV im konkreten Fall ist Voraussetzung für Art. 6 AVEG⁹⁶. Wie bereits erwähnt, hat die zuständige Behörde nach Art. 6 AVEG keine Kompetenz, darüber zu entscheiden,

⁹¹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 AVEG: «jederzeit».

⁹² ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167, m. V. a. BGE 118 II 528 E. 3.

⁹³ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 167, m. V. a. BGE 118 II 528 E. 3.

⁹⁴ Vgl. zu den verschiedenen Arten von Kontrollen oben, Ziff. 3.3.

⁹⁵ Vgl. bspw. Art. 5 lit. b Verfahrensreglement SVK des LMV Bau.

⁹⁶ «(...) auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt wird, (...)».

ob ein Kontrollanspruch besteht oder nicht⁹⁷. Fällt der Betrieb oder Betriebsteil nicht in den Anwendungsbereich des GAV, besteht keine Kontrollkompetenz. Entsprechend kann die Zuständige Behörde meines Erachtens auch nicht ein neutrales Kontrollorgan bestimmen, welches eben diese Frage klären soll.

Dies gilt in jedem Fall, wenn der Anwendungsbereich des allgemeinverbindlichen GAV und damit auch die Zuständigkeit streitig ist. Lässt sich ein Arbeitgeber auf eine solche Kontrolle bzw. ein Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 AVEG ein, wäre die Konstellation neu zu prüfen⁹⁸.

- b) Der klassische Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 AVEG ist das Gesuch um die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans zur Durchführung einer Lohn- bzw. Lohnbuchkontrolle⁹⁹ für einen bestimmten Betrieb oder Betriebsteil und eine bestimmte Abrechnungsperiode. Für solche Arten von Kontrollen kann jede Partei die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans verlangen.
- c) Baustellenkontrollen¹⁰⁰ betreffen die gesamte Baustelle und sind daher quasi arbeitgeberübergreifend. Die Kontrolle auf der Baustelle selbst beschränkt sich wohl in den meisten Fällen auf die Aufnahme des Tatbestandes bzw. Sachverhaltes¹⁰¹. Für diese Handlungen wird es wohl gar nicht möglich sein, ein neutrales Kontrollorgan zu verlangen, insbesondere da die Baustellenkontrolle bereits erfolgt ist, bis der Arbeitgeber davon erfährt und ein entsprechendes Gesuch stellen könnte. Etwas anderes ist meines Erachtens jedoch die darauffolgende (rechtliche) Auswertung bzw. Prüfung, welche häufig dazu führt, dass die betreffenden Arbeitgeber weitere Unterlagen an die betreffenden paritätischen Kommissionen einzureichen haben und anschliessend eine materielle Prüfung betreffend die Einhaltung eines GAV erfolgt. Diese Prüfungsarbeit ist meines Erachtens mit der Lohn- bzw. Lohnbuchkontrolle vergleichbar und es ist nicht einzusehen, weshalb diese Arbeiten nicht auch einem neutralen Kontrollorgan übergeben werden können.

Die Verzögerungstaktik eines renitenten Aussenseiters ist mühselig und ärgerlich. Trotz der Revision von Art. 6 AVEG, ist es auch im Rahmen der derzeit gültigen Rechtsordnung möglich, mit taktischen Spielereien und langwierigen Gerichtsverfahren die Durchführung von Lohnbuchkontrollen und damit die Prüfung über die Einhaltung eines allgemeinverbindlichen GAV empfindlich zu verzögern. Paritätische Kommissionen sind daher gut beraten, die drohende Verjährung allfälliger Ansprüche mit den geeigneten Mitteln zu verhindern. Dies ist allerdings nicht ganz einfach in Bezug auf Forderungen von Arbeitnehmenden, weil solche Forderungen vor der Kontrolle in der Regel (noch) nicht bekannt sind und der Paritätischen Kommission nach Art. 357b Abs. 1 lit. a OR nur ein Feststellungs- nicht aber Forderungsanspruch zusteht. Die

⁹⁷ Vgl. oben, FN 85, bzw. BGE 118 II 528 E. 3.

⁹⁸ Für die Entscheidungskompetenz spricht, dass sich ein Arbeitgeber auf das Verfahren einlässt, sich also bereit erklärt, die Frage der Unterstellung durch ein neutrales Kontrollorgan klären zu lassen. Ob eine solche Einlassung aber möglich ist, nachdem eine Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen klären muss (vgl. bspw. Art. 7 VwVG), wäre zu klären.

⁹⁹ Vgl. bspw. Art. 5 lit. a Verfahrensreglement SVK des LMV Bau; Art. 35 lit. d LGAV Gastro.

¹⁰⁰ Vgl. bspw. Art. 5 lit. c Verfahrensreglement SVK des LMV Bau.

¹⁰¹ Personalien der anwesenden Personen, Zuweisung des betreffenden GAV, Kontrollieren von Ausweisen etc.

Feststellungsklage durch Vollzugsorgane eines GAV vermag die Verjährung der Ansprüche von Arbeitnehmenden nämlich nicht zu unterbrechen¹⁰².

5.3.2.1 Jederzeitiges Recht

Dem Aussenseiter steht *jederzeit* das Recht zu, ein unabhängiges Kontrollorgan zu verlangen¹⁰³. Dies kann die zeitnahe Kontrolle eines Arbeitgebers erheblich verzögern, wenn sich die paritätische Kommission zuerst darum bemüht, eine Kontrolle durchzuführen und sich nach langem Hin und Her mit der Forderung um Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans konfrontiert sieht. Das Kantonsgericht St. Gallen äusserte sich in einem älteren Entscheid zur Frage, wann die Berufung auf Art. 6 AVEG durch den betroffenen Aussenseiter als rechtsmissbräuchlich einzustufen ist¹⁰⁴.

5.3.2.2 Kontrollkosten

Art. 6 Abs. 3 AVEG sieht vor, dass der Arbeitgeber, welcher die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans verlangt hat, auch die Kontrollkosten zu tragen hat. Dieser Automatismus wird in der Literatur meines Erachtens zu Recht kritisiert¹⁰⁵. Dies umso mehr, als seit der Revision von Art. 6 Abs. 1 AVEG auf den 1. Juni 2004¹⁰⁶ auch die paritätischen Kommissionen die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans verlangen können, die diesbezügliche Kostenregelung in Art. 6 Abs. 3 AVEG wurde jedoch nicht angepasst. Diesbezüglich ist die Kostenregelung meines Erachtens lückenhaft¹⁰⁷. Eine Kostenregelung, welche beide Parteien gleichberechtigt behandelt, müsste daher sein, dass - analog zum Wortlaut nach Art. 6 Abs. 3 AVEG - die Kontrollkosten der paritätischen Kommission aufzuerlegen sind, wenn sie als Gesuchstellerin auftrat. Und dies, in Übereinstimmung mit der Kostenverlegung zulasten der Arbeitgeber, unabhängig vom Verfahrensausgang.

5.4 Klage vor dem Zivilgericht

5.4.1 Verfahrensart

Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber einerseits und paritätischen Kommissionen andererseits gelten selbst für allgemeinverbindlichen GAV als privatrechtliche Streitigkeit¹⁰⁸. Es handelt sich hierbei aber nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, soweit es um die Durchsetzung von Ansprüchen nach Art. 357b Abs. 1 lit. b und c OR geht¹⁰⁹. Die Verfahrensart wie auch der Rechtsmittelweg richtet sich nach dem Streitwert im konkreten Fall¹¹⁰.

¹⁰² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 7, m. V. a. BGE 111 II 358 E. 4a.

¹⁰³ Vgl. den Wortlaut in Art. 6 Abs. 1 AVEG.

¹⁰⁴ Vgl. dazu, RONCORONI, Handbuch, Q Art. 1-21 AVEG, N 207, m. V. a. KGer SG, Urteil vom 28. August 1989, in JAR 1990, S. 422 f. E. 2c.

¹⁰⁵ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356b N 168.

¹⁰⁶ Vgl. Ziff. 3 Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG, vom 8. Okt. 1999, SR 823.20, AS 2003 1370; BBI 1999 6128).

¹⁰⁷ Art. 6 Abs. 3 AVEG sieht zwar vor, dass die Kontrollkosten derjenigen Partei aufzuerlegen sind, welche die Kontrolle verlangte, erwähnt aber lediglich den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer.

¹⁰⁸ BGE 118 II 531 E. 2 a.

¹⁰⁹ Vgl. dazu SENTI/WAGNER, Dike-Komm-ZPO, Art. 34 N 20 ff., insbes. N 24 mit diversen Verweisen. Zu Klagen nach Art. 357b Abs. 1 lit. a OR vgl. dort, N 24; Vgl. auch BezGer ZH, FV180201-L/U, Urteil vom 24. April 2020, E. 1 m. V. a. § 20 GOG ZH.

¹¹⁰ Art. 243 ff. ZPO; Art. 308 ff. ZPO.

5.4.2 Aktivlegitimation von Vollzugsorganen

Häufig diskutiert, aber noch nicht vollends geklärt ist die Frage der Aktivlegitimation zur klageweisen Durchsetzung von Vertragsansprüchen durch die Vollzugsorgane eines GAV¹¹¹. «Da bei gemeinsamer Durchführung keine juristische Person entsteht und deshalb die Vertragsparteien ein Gesamthandverhältnis bilden, ist es zur Prozessführung erforderlich, dass eine paritätische Kommission bevollmächtigt wird»¹¹².

Hat sich die paritätische Kommission in Form einer juristischen Person konstituiert, wird die Aktivlegitimation zu bejahen sein¹¹³, sofern die allgemeinen Voraussetzungen für eine gemeinsame Durchsetzung vorliegen¹¹⁴. Eine kurze Übersicht zu dieser Thematik findet sich in BGE 140 III 396 E. 2, wo das Bundesgericht die Aktivlegitimation der Zentralen Paritätischen Berufskommission Plattenleger, welche als Verein organisiert ist, bejaht¹¹⁵. Zur offenbar nach wie vor unklaren Aktivlegitimation von paritätischen Kommissionen, die nicht als juristische Person ausgestaltet sind, sei auf die einschlägige Literatur verwiesen¹¹⁶.

5.4.3 Klagen nach Art. 357b Abs. 1 OR

Art. 357b Abs. 1 lit. a bis c OR betrifft drei Arten von Ansprüchen, die durch das Vollzugsorgan eines GAV gerichtlich geltend gemacht werden können:

- a) Klagen auf Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wobei der Anspruch nur auf Feststellung geht.

Art. 357b Abs. 1 lit. a betrifft Ansprüche der einem GAV unterstellten Arbeitnehmenden. Entsprechend besitzt die paritätische Kommission keinen eigenen Anspruch, womit es für eine Leistungsklage an der dafür nötigen Obligation fehlt. Für eine Feststellungsklage bedarf es aber keines (zusätzlichen) besonderen Feststellungsinteresses, welches nachgewiesen werden müsste¹¹⁷. Umstritten ist, ob sich ein Vollzugsorgan durch die GAV-Vertragsparteien zur Erhebung einer Leistungsklage ermächtigen lassen kann¹¹⁸. Die Beschränkung auf den Feststellungsanspruch wird damit begründet, dass die persönliche Freiheit der/des einzelnen Arbeitnehmenden, Ansprüche klageweise geltend zu machen, nicht beeinträchtigt werden soll¹¹⁹. Da die/der anspruchsberechtigte Arbeitnehmer(in) am betreffenden Gerichtsverfahren nicht beteiligt ist und die Durchsetzung der Ansprüche mittels Leistungsklage womöglich vor einem anderen Gericht und in einem anderen Verfahren stattfindet, reduziert sich die Wirkung eines Feststellungsurteils nach Ansicht von

¹¹¹ Art. 357b Abs. 1 OR.

¹¹² BK-STÖCKLI, Art. 357b N 14, u. a. m. V. auf ein unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil vom 17. Dezember 1976.

¹¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 5; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 13 und 16; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 14.

¹¹⁴ Wille zur gemeinsamen Durchsetzung (Art. 356 Abs. 3 OR, Art. 357a OR, Art. 357b OR) oder die Bevollmächtigung der Vollzugsorgane; Vgl. dazu BK-STÖCKLI, Art. 357b N 4 ff.

¹¹⁵ BGE 140 II 388 E. 2.3 f.

¹¹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 5; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 13; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 14; HÄBERLI, Handbuch, L Art. 357b N 50 ff. oder HÄBERLI, ArbR 2007, S. 52 ff.

¹¹⁷ BGE 111 II 358.

¹¹⁸ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 15; Dafür: BK-STÖCKLI, Art. 357b N 9, m. V.

¹¹⁹ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 15.

VISCHER/ALBRECHT auf eine «faktische» Präjudizwirkung¹²⁰.

- b) Klagen auf Zahlung von Beiträgen an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen, Vertretung der Arbeitnehmer in den Betrieben und Wahrung des Arbeitsfriedens.

Art. 357b Abs. 1 lit. b OR betrifft indirekt schuldrechtliche Bestimmungen, welche die Vollzugsorgane, sofern die nötigen Voraussetzungen erfüllt sind¹²¹, mittels Leistungsklage geltend machen können. Ob eine paritätische Kommission die Klage in eigenem Namen oder als Vertreter der Vertragsgemeinschaft einzureichen hat, ist im Einzelfall gestützt auf die Kompetenzen gemäss GAV und Reglementen zu prüfen.

- c) Klagen auf Zulassung von Kontrollen, die Leistung von Kauttionen und Konventionalstrafen in Bezug auf Bestimmungen gemäss Buchstaben a und b.

Art. 357b Abs. 1 lit. c OR thematisiert die wohl häufigsten Gerichtsfälle: Leistungsklagen auf Zahlung von Konventionalstrafen und/oder Kontrollkosten. In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist das Urteil des BezGer ZH vom 24. April 2020 (FV180201-L/U)¹²²: Art. 357b Abs. 1 lit. c OR sieht vor, dass der Anspruch auf Zahlung von Kontrollkosten und/oder Konventionalstrafen *in Bezug auf Bestimmungen gemäss Art 357b Abs. 1 lit. a und b* OR eingeklagt werden kann. In casu fand vorgängig eine Lohnbuchkontrolle statt, welche GAV-Verletzungen in erheblichem Umfang feststellte, insbesondere die Verletzung von Mindestlohnvorschriften¹²³. Die paritätische Kommission verzichtete jedoch auf die Einreichung einer Feststellungsklage nach Art. 357b Abs. 1 lit. a OR und beschränkte sich auf die Einforderung von Kontrollkosten und Konventionalstrafe. Die Beklagte rügte, dass sich die paritätische Kommission nicht auf die Einreichung einer Leistungsklage nach Art. 357b Abs. 1 lit. c OR hätte beschränken dürfen¹²⁴:

«Sie [die Beklagte] bringt vor, dass die Feststellungsklage eine zwingende und notwendige Grundlage der nun erhobenen Forderungsklage sei, weil die eingeklagte Forderung nur bei einer Verletzung des GAV geschuldet sei. Art. 357b Abs. 1 lit. c OR nehme ausdrücklich Bezug auf die Feststellungsklage gemäss lit. a dieser Bestimmung. Die Klägerin dürfe deshalb nicht auf eine Feststellungsklage verzichten. Ein solcher Verzicht verstosse auch gegen Treu und Glauben, werde doch die zentrale Frage der materiellen Verletzung von GAV-Vorschriften zum prozessualen Nebenschauplatz, um das Kostenrisiko tief zu halten. Die Ansprüche auf Feststellung und auf Leistung müssten gemeinsam eingeklagt werden, weil es wirtschaftlich dasselbe sei (...).»

Dieser, nach Ansicht der Beklagten zwingende Zusammenhang von Feststellungs- und Leistungsklage lehnte das BezGer ZH jedoch mit folgender Begründung ab¹²⁵:

«Der Beklagten ist uneingeschränkt darin beizupflichten, dass die Frage der Verletzung von GAV-Bestimmungen vorliegend im Vordergrund des Interesses steht. Entgegen ihrem Dafürhalten lässt sich daraus jedoch keineswegs ableiten, dass

¹²⁰ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 15.

¹²¹ Vgl. dazu oben, Ziff. 5.4.2.

¹²² Das Urteil wurde im Entscheid des OGer ZH vom 18. September 2020 (NP200016-O/U) vollumfänglich bestätigt.

¹²³ BezGer ZH, FV180201-L/U, E. D, c), 1.1.

¹²⁴ BezGer ZH, FV180201-L/U, E. C, 3.1.

¹²⁵ BezGer ZH, FV180201-L/U, E. C, 3.2.

diese Thematik im Gewand einer Feststellungsklage hätte zum selbstständigen Prozessgegenstand gemacht werden müssen. Eine solche Schlussfolgerung kann weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aufgrund der zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode gezogen werden. Weder aus den einzelnen Bestimmungen von Art. 357b OR noch aus ihrem gegenseitigen Bezug ergibt sich, dass die klageweise Geltendmachung von Kontrollkosten und Konventionalstrafen zwangsläufig mit einer Feststellungsklage verbunden werden müsste. Der Verweis in lit. c von Art. 357b Abs. 1 OR auf lit. a in derselben Norm ist gegenständlich gemeint und bezieht sich auf die dort erwähnten Bestimmungen über den "Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses". Art. 357b Abs. 1 lit. a und c OR regeln damit zwei unterschiedliche Anspruchsgrundlagen, nämlich einerseits einen Feststellungsanspruch in Bezug auf die Verletzung von GAV-Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses (lit. a) und andererseits einen Leistungsanspruch bezüglich Kontrollkosten, Kautionen und Konventionalstrafen, die als Folge von Verletzungen gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden (lit. c). Dass diese beide Ansprüche nur in Kombination eingeklagt werden könnten, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.»

Folgt man dieser Meinung, ist die paritätische Kommission in der Lage, durch Verzicht auf eine Feststellungsklage nach Art. 357b Abs. 1 lit. a OR den Streitwert und damit das Kostenrisiko klein zu halten, obwohl die Frage der Verletzung normativer Vorschriften eines GAV für die Beurteilung der Leistungsklage auf Zahlung von Kontrollkosten und Konventionalstrafe materiell geprüft werden muss.

6 Zusammenfassung

Die Thematik des Vollzuges von (allgemeinverbindlichen) Gesamtarbeitsverträgen ist meines Erachtens komplex. Ein Grund dafür ist sicherlich das Vorliegen verschiedenster Rechtsverhältnisse zwischen unterschiedlichen Parteien, für welche der Gesetzgeber in Art. 356 ff. OR und mit Erlass des AVEG versuchte, eine praktikable Rechtsgrundlage zu schaffen. Ebenso zur Komplexität beitragen dürfte wohl aber auch die Tatsache, dass eben diesen Parteien eines GAV in Bezug auf Organisation und Konstituierung ihrer selbst und den Vollzugsorganen eine weitgehende Freiheit zusteht. Es wird wohl am Bundesgericht liegen, diverse gewichtige Fragen im Rahmen seiner höchstrichterlichen Rechtsprechung zu klären.

Altstätten/Gais, 30.08.2021

Dr. Christoph Senti

Literaturverzeichnis

AUTOR (zit.: AUTOR, Handbuch):

ANDERMATT, ARTHUR; ET. AL. (Hrsg.); Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel, 2009.

HÄBERLI, CHRISTOPH:

Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen, ArbR 2007, S. 35 ff.

SECO (zit. SECO, Weisungen):

Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen: Weisungen über Beiträge (November 2014).

SENTI, CHRISTOPH; WAGNER REMO (zit: SENTI/WAGNER, DIKE-Komm-ZPO):

BRUNNER ALEXANDER; GASSER DOMINIK; SCHWANDER IVO (Hrsg); Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung; 2. Auflage, St. Gallen, 2016-

STÖCKLI, JEAN-FRITZ (zit. BK-BEARBEITER):

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2 Teilband, 3. Abschnitt, Art. 356-360 OR, Bern 1999.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN; RUDOLPH ROGER:

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar; 7. Auflage, Zürich 2012.

VISCHER FRANK; ALBRECHT ANDREAS C. (zit.: ZK-VISCHER/ALBRECHT):

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR, 4. Auflage, Zürich 2006.