

Christoph Senti

Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften als Compliance-Risiko

Lohnbuchkontrollen: Geltungsbereich und Einhaltung von Gesamtarbeitsverträgen

Compliance Management hat zum Ziel, Gesetzesverstöße zu vermeiden. Nicht selten scheitert diese Absicht im Bereich der Einhaltung (allgemeinverbindlicher) Gesamtarbeitsverträge häufig an der Vielfalt und Komplexität alltäglicher Sachverhaltskonstellationen. Dies gilt insbesondere bei Lohnbuchkontrollen, bei der sich diverse Rechtsfragen kumulieren, sei dies im Bereich des betrieblichen oder örtlichen Geltungsbereiches eines GAV, der Einhaltung von Mindestvorschriften oder Verfahrensfragen. Vorliegende Publikation versucht, gestützt auf Lehre und Rechtsprechung, einige dieser aktuellen Rechtsprobleme zu klären.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Christoph Senti, Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften als Compliance-Risiko, in: Jusletter 6. September 2021

Inhaltsübersicht

1. Compliance und Lohnbuchkontrollen
 - 1.1. Compliance Management im betrieblichen Alltag
 - 1.2. Lohnbuchkontrollen
 - 1.2.1. Lohnbuch- und andere Kontrollen
 - 1.2.2. Praktische Probleme im Zusammenhang mit Lohnbuchkontrollen
 - 1.3. Compliance und Lohnbuchkontrollen anhand ausgewählter GAV
2. Lohnbuchkontrollen: Ausgewählte Fragestellungen
 - 2.1. Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen
 - 2.1.1. Allgemeines
 - 2.1.2. Unternehmen oder Betrieb?
 - 2.2. Räumlicher Geltungsbereich eines GAV
 - 2.2.1. Räumlicher Geltungsbereich gemäss GAV
 - 2.2.2. Kollisionsregeln zum räumlichen Geltungsbereich
 - 2.2.3. Lohnbuchkontrolle und Compliance
 - 2.3. Betrieblicher Geltungsbereich
 - 2.3.1. Allgemeines
 - 2.3.2. GAV-Kollision beim betrieblichen Geltungsbereich
 - 2.3.3. Kollektivvertragliche Kollisionsregeln zum betrieblichen Geltungsbereich
 - 2.3.4. Lohnbuchkontrollen und Compliance
 - 2.4. Die Einhaltung eines ave GAV
 - 2.4.1. Problemstellung und Methodik
 - 2.4.2. Gruppenvergleich bei dauerhaft anwendbaren GAV
 - 2.4.3. Allgemeine Grundsätze
 - 2.4.4. Gruppenvergleiche aus der Praxis
3. Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Lohnbuchkontrollen
 - 3.1. Paritätische Kommission als private Partei
 - 3.2. Gerichtliche Zuständigkeit zur Durchsetzung einer Kontrolle
 - 3.3. Unabhängiges Kontrollorgan nach Art. 6 AVEG
4. Zusammenfassung

1. Compliance und Lohnbuchkontrollen

1.1. Compliance Management im betrieblichen Alltag

[1] «Unternehmen müssen so organisiert und beaufsichtigt sein, dass keine Gesetzesverstösse erfolgen.»¹ Diese Binsenwahrheit ist Ausgangspunkt und Grundlage des Compliance Managements. «Comply» lässt sich mit «erfüllen» oder «einhalten» übersetzen, woraus sich auch die Bedeutung des Begriffes «Compliance» ergibt. Dieser Zweig der Betriebswirtschaftslehre befasst sich auf operativer oder strategischer Ebene mit dem Thema Legitimität, sei dies «post festum» oder proaktiv im Hinblick auf zukünftiges Verhalten². «Compliance dient primär der Prävention. Es soll sichergestellt werden, dass alle Mitarbeitenden und das Unternehmen selbst gesetzes- und regelkonform und im Einklang mit ethischen Grundsätzen handeln.»³ Compliance Management soll also dazu dienen, rechtswidriges Verhalten zu erkennen und vor allem proaktiv zu verhindern.

¹ MONIKA ROTH, Compliance in a nutshell, 4. Auflage, St. Gallen, 2020, S. 1.

² ROTH, (FN 1), S. 3.

³ ROTH, (FN 1), S. 3.

[2] Wer im Arbeitsrecht tätig ist, weiss nur zu gut, wie gross die Unsicherheiten sind, wenn es darum geht, die Zulässigkeit einer betrieblichen Übung, einer nicht alltäglichen Vertragsvereinbarung oder die Lösung eines konkreten Rechtsproblems zu beurteilen. Uneinheitliche Rechtsprechung, Praxisänderungen der Gerichte und vor allem die häufige Unkenntnis des im Einzelfall konkreten Sachverhaltes erschweren die Absicht des regelkonformen Verhaltens enorm. Häufig befindet sich ein Unternehmer im Spannungsfeld zwischen betriebs- oder kostenoptimiertem Verhalten einerseits und rechtlichen Rahmenbedingungen und Ansprüchen des Arbeitnehmerschutzes andererseits.

1.2. Lohnbuchkontrollen

1.2.1. Lohnbuch- und andere Kontrollen

[3] Lohnbuchkontrollen dienen zur Überprüfung der Einhaltung eines allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrags (ave GAV) und schlussendlich zur Gewährleistung eines lautereren, unverzerrten Wettbewerbs⁴. Angeordnet werden Lohnbuchkontrollen regelmässig durch die Vollzugsorgane eines ave GAV⁵.

[4] Neben Lohnbuchkontrollen haben sich in der Praxis diverse weitere Arten von Kontrollen etabliert. Dies macht eine Klärung des Begriffs notwendig. Bei Lohnbuchkontrollen im vorliegend verstandenen Sinn wird die Einhaltung eines ave GAV im Ganzen oder für einen (bestimmten) Teil des Betriebes kontrolliert. Eine solche Kontrolle geschieht regelmässig für eine bestimmte Periode⁶ und betrifft diejenigen Mitarbeitenden der Unternehmung oder des Betriebes, welche unter den persönlichen Geltungsbereich des betreffenden GAV fallen⁷. Von der Lohnbuchkontrolle zu unterscheiden sind Baustellenkontrollen, bei welchen auf einer konkreten Baustelle die Arbeitsbedingungen sämtlicher dort tätiger Arbeitnehmenden kontrolliert werden. Im Unterschied zu einer Lohnbuchkontrolle betrifft die Baustellenkontrolle nicht nur ein, sondern mehrere (dort tätige) Unternehmen, dafür aber nicht sämtliche, einem ave GAV unterstellten Mitarbeitenden der kontrollierten Unternehmung. Ergibt eine Baustellenkontrolle, dass die Mindestbestimmungen eines ave GAV verletzt wurden, resultiert daraus häufig eine Lohnbuchkontrolle beim betreffenden Betrieb.

[5] Ebenfalls von einer Lohnbuchkontrolle zu unterscheiden sind sogenannte Unterstellungsabklärungen. Hierbei geht es um die Frage, ob ein Unternehmen, ein Betrieb oder ein Betriebsteil einem bestimmten GAV unterstellt ist, d.h. um die Klärung des betrieblichen Geltungsbereichs eines GAV. Die Einhaltung der normativen (Mindest-)Bestimmungen eines GAV ist in einem zweiten Schritt zu klären, wenn die Unterstellungsabklärung die Anwendbarkeit des betreffenden ave GAV bestätigt.

⁴ BGer 4A_408/2017 vom 31. Januar 2018, E. 2.1.

⁵ Art. 35 lit. d Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes, Stand 1. Januar 2017 (nachfolgend «LMV Gastro»); Art. 10.2 lit. e Landesgesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landtechnik, Schmiede- und Stahlbaugewerbe vom 1. Januar 2019 (nachfolgend «LMV Metall»); Art. 35 GAVP; Art. 76 Abs. 3 lit. b Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe, Stand 1. Mai 2019 (nachfolgend «LMV Bau»).

⁶ Bspw. eine Kontrolle für ein oder mehrere Kalenderjahre.

⁷ Vgl. bspw. Art. 3.3 f. LMV Metall, Art. 4 GAVP.

1.2.2. Praktische Probleme im Zusammenhang mit Lohnbuchkontrollen

[6] Im Zusammenhang mit Lohnbuchkontrollen stellen sich nicht nur Fragen zum Anwendungsbereich oder dem Verfahren. Viel häufiger ist streitig, ob ein GAV materiellrechtlich verletzt wurde und damit Mindestbestimmungen des betreffenden GAV missachtet wurden. Obwohl ein GAV konkrete Arbeitsverhältnisse sehr engmaschig reguliert, lassen sich letztere Fragen häufig alles andere als eindeutig beantworten, weshalb den Kontrollinstanzen wie auch den Gerichten bei der Beurteilung ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Ursache solcher Rechtsunsicherheiten sind häufig komplexe Sachverhalte, wie sie im betrieblichen Alltag auftreten. Die Vielfalt der arbeitsrechtlichen Wirklichkeit bedingt differenzierte Lösungen im GAV, was die Komplexität weiter erhöht.

[7] Aufgabe einer Unternehmung im Rahmen ihres Compliance Managements ist nicht, die Kenntnis der ganzen Vielfalt und Komplexität der gesamten GAV-Praxis. Vielmehr kann sie sich für die Einhaltung von Gesetzen und Verträgen auf die für sie gültigen, branchenspezifischen Rechtsgrundlagen und die eigenen betrieblichen Eigenheiten beschränken. Aber auch nur schon diese Aufgabe ist in vielen Fällen eine echte Herausforderung für Juristen und Unternehmer.

1.3. Compliance und Lohnbuchkontrollen anhand ausgewählter GAV

[8] Vorliegendes Papier geht schwerpunktmässig auf einige Themen ein, die sich bei Lohnbuchkontrollen regelmässig stellen. Es versteht sich von selbst, dass nicht alle in der Schweiz gültigen GAV berücksichtigt werden können⁸. Im Sinne einer willkürlichen Auswahl beschränken sich die nachfolgenden Betrachtungen weitgehend auf die (Landes-)Gesamtarbeitsverträge des Bauhaupt-⁹, Metall-¹⁰ und Gastronomiegewerbes¹¹.

[9] Zudem sei darauf hingewiesen, dass sich die jeweiligen Ausführungen im Wesentlichen auf die Betrachtung von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen im Verhältnis zu Aussenstern beschränken. *Nicht* Thema sind daher die GAV-internen Streitschlichtungsmechanismen und Zuständigkeiten von Unternehmen, welche (Verbands)mitglieder eines am GAV beteiligten Arbeitgeberverbandes sind¹².

[10] Die Einhaltung eines GAV und damit auch die Thematik der Lohnbuchkontrollen ist für die Compliance einer Unternehmung ein durchaus relevantes Thema. Dies nicht nur wegen der Gefahr von zivilrechtlichen Forderungsklagen¹³ oder der Pflicht zur Übernahme von Kontrollkosten

⁸ Vgl. dazu die Übersicht des SECO auf: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege/Gesamtarbeitsvertraege_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsvertraege.html.

⁹ Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe, Stand 1. Mai 2019 (nachfolgend «LMV Bau»).

¹⁰ Landesgesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landtechnik-, Schmiede- und Stahlbau-gewerbes, vom 1. Januar 2019 (nachfolgend «LMV Metall»).

¹¹ Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes, Stand 1. Januar 2017 (nachfolgend «LMV Gastro»).

¹² Vgl. dazu bspw. BGer 4A_61/2018 vom 30. April 2018, in welchem das Bundesgericht eine Konventionalstrafe gegen einen Arbeitgeber von CHF 12'000 bestätigte, die durch ein Schiedsgericht wegen fehlender Mitwirkung und Verletzung des GAV verhängt worden war. Vgl. zur Schiedsgerichtsbarkeit: CHRISTOPH HÄBERLI, Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen, ArbR 2007, S. 35 ff.S. 47 f. und S. 60.

¹³ Art. 357b Abs. 1 lit. a OR, welcher bei systematischer Missachtung von Mindestbestimmungen eine Flut von Leistungsklagen der betroffenen Mitarbeitenden nach sich ziehen kann.

oder Konventionalstrafen¹⁴. Vielmehr bergen Verletzungen von verbindlichen Mindestvorschriften auch ein erhebliches Reputationsrisiko¹⁵ und können für die verantwortlichen Personen zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen.¹⁶

2. Lohnbuchkontrollen: Ausgewählte Fragestellungen

2.1. Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen

2.1.1. Allgemeines

[11] Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Lohnbuchkontrolle ist, dass die zu kontrollierende Unternehmung oder der zu kontrollierende Betrieb ganz oder teilweise unter den zeitlichen, örtlichen und sachlichen (betrieblichen) Geltungsbereich des betreffenden GAV fällt.

[12] Der zeitliche wird im Unterschied zum örtlichen und betrieblichen Geltungsbereich eines GAV in der Regel wohl keine besonderen Probleme aufwerfen und richtet sich bei einem GAV nach dem Beginn und Ende der Allgemeinverbindlicherklärung¹⁷.

2.1.2. Unternehmen oder Betrieb?

[13] «Als massgebliches Zuordnungskriterium ist die Tätigkeit anzusehen, die dem Betrieb, nicht aber dem Unternehmen als Träger allenfalls mehrerer Betriebe, das Gepräge gibt.»¹⁸ Anknüpfungspunkt ist also der Betrieb im Sinne einer abgrenzbaren, organisatorischen Einheit. Hierbei muss es sich nicht um eine Unternehmung oder gar eine juristische Person handeln. Ein Unternehmen kann in mehrere selbständige oder unselbständige Betriebe gegliedert sein, und ein Betrieb kann aus mehreren selbständigen oder unselbständigen Betriebsteilen bestehen¹⁹.

2.2. Räumlicher Geltungsbereich eines GAV

2.2.1. Räumlicher Geltungsbereich gemäss GAV

[14] Zum örtlichen bzw. räumlichen Geltungsbereich eines GAV findet sich in den jeweiligen Kollektivverträgen keine allzu differenzierte Lösung. Meistens beschränkt sich die Regelung bspw. auf den Hinweis, dass der GAV für das ganze Gebiet der Schweiz gelte, womöglich unter Aus-

¹⁴ Art. 13.1 LMV Metall; Art. 79 LMV Bau; Art. 35 lit. e und f LMV Gastro.

¹⁵ Vgl. Bspw. St. Galler Tagblatt, 14. November 2019: «Lohndumping, Scheinsanierungen und Schmiergelder»: <https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/sri-baumanagement-ag-vorwuerfe-an-die-ostschweizer-baufirma-ld.1168345> (abgerufen am 19. April 2021).

¹⁶ Vgl. Art. 9 und 12 EntsG; Art. 159 StGB.

¹⁷ Vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 3. Abschnitt, Art. 356–360 OR, Bern 1999, Art. 356 N 66; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, St. Gallen, 2013, Rz 1202.

¹⁸ BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 53, im Original z.T. Fettschrift.

¹⁹ FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Zürich 2006, Art. 356, N 136.

nahme bestimmter Kantone²⁰ und/oder Branchen²¹. Bei schweizweit gültigen ave GAV richtet sich der örtliche Geltungsbereich nach dem jeweiligen Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung²², welcher jedoch nicht über den räumlichen Anwendungsbereich des zwischen den Tarifparteien abgeschlossenen nicht-ave GAV hinausgehen darf²³.

2.2.2. Kollisionsregeln zum räumlichen Geltungsbereich

[15] Als Anknüpfungspunkt für den räumlichen Geltungsbereich gilt der Ort, wo sich die Betriebsstätte befindet²⁴, was sich häufig mit dem Erfüllungsort der Arbeitsleistung deckt. Probleme ergeben sich dabei, wenn Arbeitnehmende ausserhalb der Betriebsstätte tätig sind und dies womöglich in einem Gebiet, wo ein ave oder nicht ave GAV anwendbar ist, welcher am Betriebsort nicht gilt.

[16] In solchen Fällen ist vorweg zu klären, ob tatsächlich ein Konkurrenzproblem vorliegt. Dies ist nämlich nicht der Fall, wenn sich die beiden GAV ergänzen oder wenn die betreffenden GAV selbst Kollisionsregeln enthalten²⁵.

[17] Für die Fälle einer echten Konkurrenz vertreten VISCHER/ALBRECHT folgende Auffassung²⁶: Grundsätzlich gilt der Betriebsort als Anknüpfungspunkt, womit dieser im räumlichen Geltungsbereich des GAV liegen muss. Der Einsatzort der Arbeitnehmenden im Einzelfall ist insofern nicht von Bedeutung, als diese dem GAV des Betriebsortes unterstellt bleiben, auch wenn sie ihre Arbeit ausserhalb jenes Geltungsbereiches verrichten (Herkunftsortprinzip nach BGBM²⁷)²⁸. Ob am Einsatzort ein nicht ave oder überhaupt kein GAV gültig ist, spielt keine Rolle²⁹. Davon ausgenommen sind nach Auffassung von VISCHER/ALBRECHT die Fälle, in welchen am Einsatzort ein ave GAV gilt. In diesem Fall gilt das sog. Leistungsortprinzip³⁰: Es soll gewährleistet sein, dass am Arbeitsort sämtliche Arbeitnehmenden zu denselben Minimalbedingungen ihre Arbeit verrichten. Aus diesem Grund gelten die Minimalbedingungen am Einsatzort auch für Unternehmen, deren Betriebsstätte und/oder die sonstigen Arbeitsorte ausserhalb jenes lokalen ave GAV liegen³¹. Diese Meinung scheint auch das Bundesgericht zu vertreten³² und dasselbe Prinzip ergibt sich aus den Vorschriften des Entsendegesetzes in Bezug auf Einsätze ausländischer Arbeitnehmenden.

²⁰ Art. 3 LMV Metall; Ziff. II 3 lit. a, LMV Bau; Art. 1 Abs. 2 LMV Gastro; Art. 1 GAVP.

²¹ Art. 1 Abs. 2 LMV Bau.

²² Vgl. bspw. Ziff. II, Art. 2 Abs. 1 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, Verlängerung und Änderung vom 29. März 2016.

²³ BK-Stöckli, (FN 17), Art. 356 N 51.

²⁴ BK-Stöckli, (FN 17), Art. 356 N 50 OR; PORTMANN/Stöckli, (FN 17), Rz 1203; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbem. zu Art. 356–358 N 117.

²⁵ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 356 N 4 Ziff. 1 und 2; PORTMANN/Stöckli, (FN 17), Rz 1210; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356 N 131; BK-Stöckli, (FN 17), Art. 356 N 67.

²⁶ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbem. zu Art. 356–358 N 117.

²⁷ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02).

²⁸ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbem. zu Art. 356–358 N 117.

²⁹ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbem. zu Art. 356–358 N 117.

³⁰ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbem. zu Art. 356–358 N 119.

³¹ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbem. zu Art. 356–358 N 119.

³² Vgl. Pra 91 (2002) Nr. 162, S. 871 E. 5 b aa) = BGE 128 II 20, E. 5 b aa).

den in der Schweiz³³. Die Anwendbarkeit zwei verschiedener GAV, je nach Arbeitsort, verletzt weder die Vorschriften des BGBM, BoeB³⁴ oder AVEG³⁵ noch das Verhältnismässigkeitsprinzip, wie das Bundesgericht in einem Entscheid feststellte³⁶. Dieser Auffassung ist nach der vorliegend vertretenen Meinung nicht unbeschränkt zuzustimmen:

a. nicht ave GAV am Betriebsort vs. ave GAV am Einsatzort

Eine Kollision bei der Anwendbarkeit eines GAV kann daraus entstehen, dass am Betriebsort ein nicht ave GAV anwendbar ist, am Arbeitsort jedoch ein ave GAV. Für diese Fälle findet sich in Art. 4 Abs. 2 AVEG folgende gesetzliche Regelung: Die Bestimmungen des ave GAV gehen vor, jedoch mit Ausnahme abweichender Bestimmungen zugunsten der Arbeitnehmenden.

b. ave GAV am Betriebsort vs. nicht ave GAV am Einsatzort

Wie sieht es aus, wenn am Betriebsort ein ave GAV zur Anwendung kommt, am Einsatzort jedoch ein nicht ave GAV gültig wäre, welcher womöglich für die Arbeitnehmenden günstigere Bedingungen bietet? Nicht ave GAV sind nur für die Mitglieder der betreffenden Tarifparteien verbindlich. Insofern wäre meines Erachtens die korrekte Antwort, dass der nicht ave GAV am Einsatzort nicht zum Tragen kommt, solange sich der betreffende (auswärtige) Arbeitgeber nicht via Verbandsmitgliedschaft zu dessen Einhaltung verpflichtet hat. Wäre der nicht ave GAV am Einsatzort verbindlich, hätte dies meines Erachtens eine unzulässige Drittwirkung zur Folge. Insofern ist für diesen Fall dem Ansatz von VISCHER/ALBRECHT zuzustimmen, und es ist auch klar, dass für diesen Fall Art. 4 Abs. 2 AVEG nicht gelten kann. Andernfalls müssten die für den Arbeitnehmenden günstigeren Bedingungen des nicht ave GAV am Einsatzort eingehalten werden, obwohl dieser an eben jenem Einsatzort selbst für lokal ansässige Aussenseiter nicht gültig wäre.

Entscheidend ist meines Erachtens aber zudem die Frage, ob sich der räumliche Geltungsbereich des ave GAV auch auf den Einsatzort erstreckt. Ist dies der Fall, so gilt der ave GAV nicht nur am Betriebs-, sondern auch am Einsatzort. Beschränkt sich der räumliche Geltungsbereich des ave GAV jedoch auf den Betriebsort und liegt der Einsatzort ausserhalb dieses räumlichen Geltungsbereiches, hat der Betrieb den ave GAV bei Tätigkeiten am Einsatzort meines Erachtens nicht einzuhalten. Zur diesbezüglichen Begründung kann auf die Konstellation gemäss lit. c) nachfolgend verwiesen werden, da es meines Erachtens keinen Unterschied macht, ob am Einsatzort ein nicht ave GAV oder überhaupt kein GAV anwendbar ist.

c. ave oder nicht ave GAV am Betriebsort vs. kein GAV am Einsatzort

Für diesen Fall vertreten VISCHER/ALBRECHT die Auffassung, dass der Arbeitgeber nach dem Herkunftsortprinzip den eigenen (nicht) ave GAV am Betriebsort auch dann einzuhalten hat, wenn die Arbeitnehmenden am Einsatzort keinem GAV unterstünden. Ob dies eine adäquate Lösung sein soll, ist meines Erachtens zu bezweifeln, und zwar deshalb, weil auf

³³ Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20), vgl. dort, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 EntsG.

³⁴ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1).

³⁵ Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 21. Juni 2019 (SR 221.2215.311).

³⁶ Pra 91 (2002) Nr. 162 = BGE 128 II 13 ff. (Regeste).

diese Weise der räumliche Geltungsbereich eines GAV über das im GAV vertraglich oder via Bundesratsbeschluss definierte Gebiet hinaus ausgedehnt würde. Dies kann zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen, da am Einsatzort unterschiedliche minimale Arbeitsbedingungen zum Tragen kommen. Dazu zwei Fallkonstellationen: Erstens hätte diese Lösung – an sich – zur Folge, dass eine Firma, welche Bauarbeiten im Ausland ausführt, die Bestimmungen des Schweizer LMV Bau auch vor Ort irgendwo im Ausland einzuhalten hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall, geht man doch davon aus, dass sich die Anwendbarkeit auf «in der Schweiz tätige Arbeitnehmer beschränkt»³⁷.

Zweitens übersteuert ein solcher Ansatz die räumlichen Grenzen, welche in verschiedenen LGAV zu Gunsten weitergehender kantonaler GAV gesetzt werden: Diverse nationale GAV machen beim räumlichen Geltungsbereich Ausnahmen, in der Absicht, dem dort gültigen kantonalen GAV den Vortritt zu lassen³⁸. Zwar geniesst auch nach Ansicht von VISCHER/ALBRECHT ein lokal gültiger ave GAV am Einsatzort Vorrang gegenüber dem (ave) GAV am Betriebsort. Der Unterschied tritt jedoch dann zutage, wenn ein lokal gültiger ave GAV ausläuft und nicht verlängert wird: Für Unternehmen mit Sitz im betreffenden Gebiet gilt dann ein vertragsloser Zustand, während die auswärtigen Unternehmen den an ihrem Betriebsort gültigen ave GAV auch am Einsatzort einzuhalten hätten, was zu einem empfindlichen Wettbewerbsnachteil führen kann³⁹. STÖCKLI rechtfertigt für eben diese Konstellation die Regel, dass für eine Betriebsstätte an einem solchen Einsatzort der (ave) GAV am Hauptsitz der Unternehmung nicht gelten soll, um jener Betriebsstätte gegenüber den anderen, lokal ansässigen Unternehmen keinen Wettbewerbsnachteil anzulasten⁴⁰. Weshalb es dazu eine Betriebsstätte braucht, ist meines Erachtens nicht einzusehen. Ein solcher Wettbewerbsnachteil kann sich auch für eine Unternehmung ergeben, die im räumlichen Geltungsbereich ihren Sitz hat, am vertragslosen Einsatzort aber als Mitbewerber gegenüber lokalen Unternehmen auftritt.

d. ave GAV am Betriebsort vs. ave GAV am Einsatzort

In Bezug auf diese Fallkonstellation ist dem Leistungsortprinzip nach VISCHER/ALBRECHT zuzustimmen: Grundsätzlich gilt der ave GAV am Betriebsort, für die Einsätze im räumlichen Geltungsbereich des anderen ave GAV sind jedoch die Bedingungen des letzteren einzuhalten. Meines Erachtens darf dabei jedoch nicht auf das Günstigkeitsprinzip abgestellt werden, wonach für den Arbeitnehmer einfach die in einem der beiden Verträge jeweils günstigere Lösung gilt, da dies für auswärtige Anbieter zu einem Wettbewerbsnachteil führen kann⁴¹.

³⁷ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Vorbemerkungen zu Art. 356–358, N 121 mit Verweis auf BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 72.

³⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 2 LMV Bau; Art. 3.1.2 LMV Metall.

³⁹ Beispiel: Firma X mit Sitz in St Gallen untersteht dem GAV für das Plattenleger- und Ofenbaugewerbe. Firma Y mit Sitz in Kanton Freiburg untersteht dem dort gültigen, lokalen ave GAV. Wird nun der lokale GAV nicht verlängert, untersteht die Firma Y auf ihrem Gebiet keinem ave GAV mehr, während sich die Firma X weiterhin an den, an ihrem Betriebsort gültigen GAV zu halten hat, und zwar auch dann, wenn sie im Kanton Freiburg Arbeiten ausführt.

⁴⁰ BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 50.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 4, Ziff. 6; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 69; a.M.: wohl ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356 N 141; GIACOMO RONCORONI, in: Arthur Andermatt et. al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel, 2009, Q Art. 1–21 AVEG Rz 287.

2.2.3. Lohnbuchkontrolle und Compliance

[18] Was haben diese Überlegungen zum räumlichen Geltungsbereich und dem Kollisionsrecht mit Compliance und Lohnbuchkontrolle zu tun? Einiges!

[19] Erstens hat sich die Unternehmung darüber zu informieren, in welchem Gebiet welche Gesamtarbeitsverträge gelten. Führt eine Bauunternehmung einen auswärtigen Auftrag in einem Kanton aus, in welchem ein (besserer) lokaler ave GAV gilt, kann dies zu Nachforderungen der Mitarbeitenden, Auferlegung der Kontrollkosten und einer Konventionalstrafe führen. Hinzu kommt, dass solche GAV-Verletzungen bei Submissionsverfahren zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen können⁴². Auch ein womöglich kleiner Auftrag kann dazu führen, dass sich eine Unternehmung die Verletzung des (lokal gültigen) GAV vorwerfen lassen und die damit einhergehenden Umtriebe und Kosten tragen muss sowie von Submissionsverfahren ausgeschlossen werden kann und womöglich gar einen öffentlich publizierten Imageschaden erleidet.

[20] Zweitens ist die Überprüfung eines nur lokal anwendbaren ave GAV nach einem völlig anderen Prüfverfahren vorzunehmen, wenn ein auswärtiges Unternehmen für einen spezifischen, lokalen Auftrag auf die Einhaltung dieses GAV kontrolliert werden soll: Diesfalls hat nämlich keine herkömmliche Baustellen- oder Lohnbuchkontrolle stattzufinden, sondern eine Prüfung nach der Methodik gemäss Entsendegesetz⁴³: Gleich wie für ausländische Unternehmen stellt sich auch hier regelmässig das Problem, wie die Einhaltung eines GAV kontrolliert werden soll, wenn der Betriebsort ausserhalb des räumlichen Geltungsbereiches liegt, der Betrieb aber Arbeitnehmende an einem Einsatzort mit einem lokal gültigen ave GAV beschäftigt. Aus Sicht der Kontrollorgane des lokal gültigen ave GAV liegt ein Entsendungstatbestand vor, weshalb sich bspw. in der Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates zum lokal gültigen GAV für das Plattenlegergewerbe folgende Bestimmung findet:

«Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV über die Arbeits- und Lohnbedingungen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Artikel 1 und 2 der dazugehörigen Verordnung gelten auch für Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz, aber ausserhalb des räumlichen Geltungsbereichs nach Absatz 1, sowie ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sofern sie in diesem Geltungsbereich Arbeiten ausführen. Bezüglich der Kontrolle über die Einhaltung dieser GAV-Bestimmungen sind die paritätischen Kommissionen des GAV zuständig.»⁴⁴

[21] In seiner für Kontrollorgane verbindlichen Weisung vom 23. März 2020⁴⁵ erklärt das SECO, wie Kontrollen durchzuführen sind, wenn die Einhaltung der Vorschriften des EntsG zu prüfen sind. Die in dieser Weisung festgelegten Grundsätze und Verfahrensvorschriften gelten also nicht nur für ausländische Unternehmen, sondern auch für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

⁴² Art. 44 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 3 lit. d BÖB; Vgl. auch VerwGer GR, U 17 66, vom 27. September 2017 betreffend Rückzug eines bereits erteilten Zuschlages wegen Nichteinhaltung eines GAV.

⁴³ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20).

⁴⁴ Art. 2 Abs. 4 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau vom 20. November 2009.

⁴⁵ Vgl. SECO, Weisung «Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich» vom 23. März 2020.

im Falle einer Entsendung ihrer Arbeitnehmenden in den Geltungsbereich eines lokal gültigen ave GAV. Dieses Prüfverfahren weicht wesentlich von der allgemeinen Art und Weise ab, wie Baustellen- oder Lohnbuchkontrollen durchgeführt werden⁴⁶.

[22] Drittens gilt zu beachten, dass im Unterschied zu einer «normalen» Lohnbuchkontrolle andere, nämlich die lokal für jenen ave GAV zuständige Paritätische Kommission die Prüfung durchführt, was weiteren Koordinationsbedarf und womöglich auch sprachliche Probleme verursachen kann.

2.3. Betrieblicher Geltungsbereich

2.3.1. Allgemeines

[23] Der betriebliche Geltungsbereich eines GAV beantwortet die Frage, ob ein Betrieb aufgrund seiner Tätigkeit unter den Geltungsbereich eines bestimmten GAV fällt. Dabei ist der Firmenzweck gemäss Handelsregister nur von relativer Bedeutung, zentral ist die effektiv ausgeübte Tätigkeit, welche dem Betrieb das Gepräge gibt⁴⁷. Idee eines GAV ist, für denselben Wirtschaftszweig einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen, um so einen Konkurrenzkampf zwischen den Unternehmen zulasten der Arbeitsbedingungen⁴⁸ zu vermeiden. Ob ein Betrieb vom betrieblichen Geltungsbereich erfasst wird, beurteilt sich daher im Wesentlichen gestützt auf die Frage, ob ein Konkurrenzverhältnis zu anderen, dem betreffenden GAV unterstellten Betriebe besteht⁴⁹.

[24] Beim betrieblichen Geltungsbereich sind zwei Fragestellungen von Interesse: Erstens, ob ein bestimmter GAV für einen Betrieb anwendbar ist oder nicht. Diese Frage stellt sich immer wieder, weshalb auf diverse Gerichtsurteile verwiesen werden kann⁵⁰. Zweitens interessiert auch hier, wie beim räumlichen Geltungsbereich, das Kollisionsrecht: Welcher oder welche GAV sind anwendbar, wenn der Betrieb verschiedenen Tätigkeiten nachgeht, die sich dem betrieblichen Geltungsbereich zwei verschiedener GAV zuordnen lassen? Dazu nachfolgend eine nähere Betrachtung.

2.3.2. GAV-Kollision beim betrieblichen Geltungsbereich

[25] Lassen sich eine oder mehrere Tätigkeiten eines Betriebes mehreren GAV zuordnen, kann dies zu kniffligen Abgrenzungsproblemen führen. Auch im betrieblichen Geltungsbereich kann sich eine Kollision mehrerer GAV ergeben. Dabei ist als erstes, wie beim räumlichen Geltungsbe-

⁴⁶ Die Einhaltung eines GAV erfolgt im Wesentlichen anhand eines Vergleiches der Bruttostundenlöhne unter Aufaddierung von Auslagen, Ferien etc. (vgl. SECO, (FN 45), Ziff. 3, S. 5 ff.).

⁴⁷ RONCORONI, (FN 41), Q Art. 121 AVEG Rz 290; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 13; BK-STRÖCKLI, (FN 17), Art 356 N 53; BGE 142 III 758 E. 2.2 S. 760; BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13.

⁴⁸ Insbesondere natürlich Löhne und Arbeitszeit.

⁴⁹ Dies kann zur – an sich absurden – Lösung führen, dass ein Hersteller von Kunststoffen dem GAV des Schreinergerberes unterstellt wird (vgl. BK-STRÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 52).

⁵⁰ BGer 4A_597/2017 vom 23. April 2018 (Anwendbarkeit des LMV Bau); BGE 142 III 758 (Anwendbarkeit des GAV FAR); BGer 4A_377/2009 vom 25. November 2009 (Anwendbarkeit des LMV Bau); BGer 4A_296/2017 vom 30. November 2017 (GAV Schreinergerber); BGE 141 V 657 (GAV FAR) etc.

reich, zu prüfen, ob überhaupt eine wirkliche Kollision vorliegt⁵¹, oder sich der Widerspruch auf eine andere Art lösen lässt⁵².

[26] Bei einer echten Vertragskonkurrenz, namentlich wenn sich zwei ave GAV gegenüberstehen, soll nach Auffassung des Bundesgerichts keine starre Kollisionsregel zum Tragen kommen, was aber STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH und auch andere Autoren ablehnen⁵³. Vielmehr wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass nach dem Spezialitätenprinzip auf denjenigen GAV abgestellt werden soll, «(...) welcher der Eigenart des Betriebes und den besonderen Bedürfnissen der Arbeitnehmer im Blick auf die tatsächliche Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse am besten Rechnung trägt.»⁵⁴

[27] Keine GAV-Konkurrenz liegt vor, wenn ein Unternehmen über mehrere Betriebe verfügt, die unterschiedlichen GAV zugeordnet werden können. In diesem Fall gilt der jeweilige GAV je vollumfänglich für den betreffenden Betrieb. Dasselbe gilt bei Betrieben oder Unternehmen, die mehrere selbständige Betriebsteile aufweisen (sog. echte Mischbetriebe). Auch in diesen Fällen greift der jeweils spezifische GAV und die beiden Verträge sind nebeneinander anwendbar⁵⁵. Bei unechten Mischbetrieben, d.h. Betrieben, bei welchen einer der beiden Tätigkeitsbereiche eine untergeordnete Bedeutung hat und nach aussen keine erkennbare Selbständigkeit aufweist, gilt der Grundsatz der Tarifeinheit: Aus Gründen der Rechtssicherheit und Vertragskohärenz soll nur ein GAV zur Anwendung kommen⁵⁶. In diesem Sinne auch das Bundesgericht in BGE 141 V 657, E. 4.5.2.1:

«Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt ein Gesamtarbeitsvertrag für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche 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 ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil – und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe – das Gepräge gibt (BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit zahlreichen Hinweisen).»

[28] Für die Anwendbarkeit des Prinzips der Tarifeinheit ist damit natürlich die entscheidende Frage, ob eine Unternehmung oder ein Betrieb als unechter Mischbetrieb organisiert ist oder nicht. Diesbezüglich ein meines Erachtens leider erwähnenswerter Entscheid ist BGE 141 V 657,

⁵¹ Vgl. oben, Ziff. 2.2.2 FN 25.

⁵² Bspw. nach der Regelung in Art. 4 Abs. 2 AVEG bei Konkurrenz zwischen einem ave GAV und einem nicht ave GAV.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 4 Ziff. 5; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 69; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356 N 140 f.

⁵⁴ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356 N 140; ebenso: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 4 Ziff. 5; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 70.

⁵⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 4, mit diversen Verweisen; RONCORONI, (FN 41), Q Art. 1–21 AVEG Rz 296; PORTMANN/STÖCKLI, (FN 17), Rz 1207.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 4; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356 N 139; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 356 N 53 f.; RONCORONI, (FN 41), Q Art. 1–21 AVEG, Rz 295.

in welchem das Bundesgericht von seiner bisherigen Rechtsprechung⁵⁷ abwich und eine Unternehmung als echten Mischbetrieb qualifizierte, obwohl der fragliche Betriebsteil mit der untergeordneten Tätigkeit gar nicht auf dem betreffenden Markt in Erscheinung trat, mithin also keine Konkurrenzsituation zu anderen Unternehmen bestand⁵⁸. Feststellen lässt sich daher, dass auch in dieser Frage eine höchstrichterliche, offenbar inkonsistente Rechtsprechung zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.

[29] Die Tarifeinheit erstreckt sich nur auf einen einzelnen Betrieb oder einen einzelnen, selbständigen Betriebsteil⁵⁹. Welcher Betriebsteil bzw. Tätigkeitsbereich für die Anwendbarkeit eines GAV der Prägende ist, gilt es im konkreten Einzelfall zu klären⁶⁰.

2.3.3. Kollektivvertragliche Kollisionsregeln zum betrieblichen Geltungsbereich

[30] Im LMV Bau finden sich zum Geltungsbereich diverse Bestimmungen, wie echte und unechte Mischbetriebe einzuordnen sind⁶¹. Da bei der Allgemeinverbindlicherklärung des LMV Bau die Kompetenz zur Festlegung des (betrieblichen) Geltungsbereiches beim Bundesrat liegt, werden diese Bestimmungen von der Allgemeinverbindlicherklärung nicht erfasst⁶². Auch wenn sich Art. 2^{bis} LMV Bau auf die Regelung beschränkt, wann ein (un)echter Mischbetrieb unter den Geltungsbereich des LMV Bau fällt⁶³, findet sich dort ein meines Erachtens erwähnenswerter Ansatz, wie zu bestimmen ist, welche Tätigkeit dem Betrieb das Gepräge gibt⁶⁴. Ebenso findet sich ein Katalog von Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung zwischen echten und unechten Mischbetrieben⁶⁵.

2.3.4. Lohnbuchkontrollen und Compliance

[31] Ob ein Betrieb unter einen ave GAV fällt, entscheidet allein das Gericht, nicht die Paritätische Kommission⁶⁶. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Einschätzung der Paritätischen Kommission, womöglich gar gestützt auf eine Unterstellungsabklärung, als eine private (arbiträre) Meinung des Vollzugsorgans zu qualifizieren ist, welche durch das zuständige Gericht frei überprüft werden kann und wird. Möglich ist dies vorfrageweise im Zusammenhang mit einem

⁵⁷ Vgl. dort, E. 4.5.2.2.

⁵⁸ Vgl. die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gemäss BGE 141 V 657 E. 4.3 und die gegenteilige Darstellung in E. 4.7 sowie die diesbezügliche Kritik von JÜRIG BRÜHWILER, Unterstellung von Aussenseiter-Mischbetrieben unter allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge; in: ARV 2016, S. 69 ff.; S. 77, Ziff. 3.

⁵⁹ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356, N 136, d.h. es liegt ein echter Mischbetrieb vor.

⁶⁰ Zum Umsatz- bzw. Geschäftsvolumen als (nicht) entscheidendes Kriterium, vgl. BGER 4A_296/2017 vom 30. November 2017, E. 1.4.3 ff.

⁶¹ Vgl. dort, Art. 2^{bis} LMV Bau.

⁶² Vgl. LMV Bau, FN 1 zu «1. Geltungsbereich».

⁶³ Art. 2^{bis} LMV Bau schweigt jedoch konsequent zur Frage, ob bzw. wann der LMV Bau (nicht) anwendbar ist, wenn die prägende Tätigkeit *nicht* unter das Bauhauptgewerbe fällt.

⁶⁴ Vgl. Art. 2^{bis} Abs. 3 und 7 LMV Bau (primär Arbeitsstunden, subsidiär Stellenprozente, Umsatz, Gewinn, Handelsregistereintrag, Verbandsmitgliedschaft).

⁶⁵ Art. 2^{bis} Abs. 4 und 5 LMV Bau.

⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 356 N 13, mit Verweisen.

geltend gemachten Anspruch⁶⁷ oder im Rahmen eines Feststellungsurteils. Ebenso kann die Anwendbarkeit eines GAV im Rahmen einer einzelarbeitsvertraglichen Auseinandersetzung mit einem ehemaligen Arbeitnehmenden zu klären sein⁶⁸.

[32] Die Frage, ob ein Betrieb oder Betriebsteil vom betrieblichen Geltungsbereich eines (ave) GAV erfasst wird, ist in zweifacher Hinsicht von grosser Bedeutung: Erstens klärt dies, ob eine Unternehmung bzw. ein Betrieb oder Betriebsteil die normativen Mindestbestimmungen⁶⁹ eines GAV einzuhalten hat oder nicht. Für allfällige Lohnbuchkontrollen entscheidet der betriebliche Geltungsbereich aber zweitens auch darüber, ob eine bestimmte Paritätische Kommission überhaupt zur Lohnbuchkontrolle legitimiert ist. Eine solche Kompetenz besteht nämlich nur für solche Unternehmen, deren Betriebe oder Betriebsteile vom GAV erfasst werden⁷⁰.

[33] Wie eine Paritätische Kommission vorzugehen hat, wenn die Anwendbarkeit eines GAV für eine Unternehmung oder deren Betrieb oder Betriebsteile zu klären ist, ist unterschiedlich: Möglich ist die Anordnung einer sog. Unterstellungsabklärung. Im Unterschied zur Lohnbuchkontrolle geht es hier nur um die Frage, ob eine Unternehmung, ein Betrieb oder ein Betriebsteil vom Geltungsbereich eines bestimmten GAV erfasst wird oder nicht. Die Unterstellungsabklärung klärt sowohl die Frage der Anwendbarkeit eines GAV an sich als auch allfällige Kollisionsfragen, insbesondere bei echten oder unechten Mischbetrieben⁷¹.

2.4. Die Einhaltung eines ave GAV

2.4.1. Problemstellung und Methodik

[34] In den meisten Fällen wird die individuelle Vertragsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht exakt den Bestimmungen des zu prüfenden GAV entsprechen. Dies ist insofern zulässig, als zu Gunsten des Arbeitnehmers von einem ave GAV abgewichen werden darf⁷². «Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist (...) ein so genannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht.»⁷³

[35] Ob eine vertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist, beurteilt sich nicht anhand einer Analyse jeder einzelnen Leistung an den Arbeitnehmer im Vergleich zu der jeweils

⁶⁷ Vgl. bspw. BGer 4A_296/2017 vom 30. November 2017: Anwendbarkeit des GAV für das Schreinerhandwerk auf ein Unternehmen, welches mit Särgen handelt und diese auch herstellt im Zusammenhang mit der Frage, ob dieses Unternehmen eine Lohnbuchkontrolle zu dulden hat.

⁶⁸ Vgl. bspw. BGer 4A_351/2014 vom 9. September 2014.

⁶⁹ Mindestlohn, maximale Arbeitszeiten, Ferienansprüche etc.

⁷⁰ Da sich die Kompetenz zur Kontrolle aus dem GAV selbst ergibt (vgl. Art. 357b Abs. 1 lit. c OR), muss der GAV auch anwendbar sein.

⁷¹ Bei der Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans nach Art. 6 AVEG (vgl. unten Ziff. 3.3) hat die zuständige Behörde keine Kompetenz zum Entscheid, ob ein Kontrollanspruch besteht oder nicht (BGE 118 II 528 E. 3). Da mit einer Unterstellungsabklärung aber eben diese Streitfrage geklärt würde, ist Art. 6 AVEG meines Erachtens nicht anwendbar, da die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans voraussetzt, dass der zu prüfende Betrieb vom betrieblichen Geltungsbereich des ave GAV erfasst wird.

⁷² Art. 357 Abs. 2 OR.

⁷³ BGE 134 III 402, E. 3.2.4.3, m. V. a. BK-Stöckli, Art. 357 N 37.

gesamtarbeitsvertraglichen Vorschrift (Einzelvergleich)⁷⁴. Vielmehr gilt nach herrschender Lehre das Prinzip des Gruppenvergleiches⁷⁵, wonach die nach ihrem rechtlichen und sachlichen Sinn zusammenhängenden Regelungen mit einzubeziehen sind. Damit steht dem Arbeitgeber in einem gewissen Umfang die Möglichkeit offen, zu tiefe Mindestleistungen mit anderen rechtlich und sachlich eng zusammenhängenden Mehrleistungen zu kompensieren⁷⁶. Nach Ansicht diverser Autoren und des Bundesgerichts dürfen dabei nur *eng* zusammenhängende Regelungen miteinander verglichen werden⁷⁷. Auch das SECO stützt sich in seiner Weisung vom 23. März 2020 auf den Gruppenvergleich ab. Indem es für den Lohnvergleich auf den Bruttostundenlohn abstellt⁷⁸, vergleicht es das Lohnniveau immer unter Miteinbezug der dazu geschuldeten Arbeitszeit.

2.4.2. Gruppenvergleich bei dauerhaft anwendbaren GAV

[36] Befinden sich sowohl Betriebs- als auch Einsatzort der Arbeitgeberin im räumlichen Geltungsbereich eines schweizweit oder lokal gültigen GAV, betreffen praktische Probleme häufig den Gruppenvergleich: Welche Leistungen dürfen miteinander verglichen bzw. kompensiert werden?

[37] Auch wenn das Grundprinzip des Gruppenvergleiches durch das Bundesgericht bestätigt wird⁷⁹, stellen sich im Einzelfall diverse Abgrenzungsfragen. «Generell unzulässig ist es, untertarifliche Ansprüche auf einem Feld durch übertarifliche auf einem anderen Feld zu kompensieren. Die Kunst der Rechtsanwendung liegt offensichtlich darin, diese Felder sachgerecht abzugrenzen.»⁸⁰

2.4.3. Allgemeine Grundsätze

[38] Trotz der Schwierigkeit, die bekannten Anwendungsfälle zu systematisieren und der schwankenden Rechtsprechung⁸¹ lassen sich drei Grundsätze erkennen:

[39] Erstens betrachtet VON KAENEL die Anknüpfung an den einer bestimmten GAV-Norm zugrunde liegenden Schutzgedanken als eine Konstante in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, allerdings macht das Bundesgericht «(...) konstant dort eine Ausnahme, wo es um die Höhe des Lohnes und die Dauer der Arbeitszeit geht.»⁸².

⁷⁴ ADRIAN VON KAENEL; Gleichwertigkeitsvergleich zwischen zwei Gesamtarbeitsverträgen; in: Eva-Maria Bani/ Angela Obrist (Hrsg.): FS zur Erinnerung von Jean-Fritz Stöckli, St. Gallen 2014, S. 697 ff., S. 701 mit diversen Verweisen; PETER SCHMID; in: Arthur Andermatt et. al. (Hrsg.); Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel, 2009; J Art. 357 Rz 27; A.M.: WOLFGANG PORTMANN; Einzelvergleich oder Gruppenvergleich? ARV 2009, S. 187.

⁷⁵ BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 25; SCHMID, (FN 74), J Art. 357 Rz 28; STREIFF/VON KAENEL, (FN 25), Art. 357 N 3; BGE 134 III 399.

⁷⁶ Bspw. die Kompensation einer zu tiefen Überstundenentschädigung mit einem höheren Mindestlohn (vgl. BGE 4C.67/2005, vom 4. Mai 2005, E. 4.1).

⁷⁷ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 24; SCHMID, (FN 74), J Art. 357 Rz 27; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39; BGE 134 III 403.

⁷⁸ Vgl. SECO, (FN 45), Ziff. 3.1.

⁷⁹ BGer 4A_629/2011 vom 6. Juni 2012, E. 5.2.2; BGE 134 III 399, E. 3.2.4.3.

⁸⁰ BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39.

⁸¹ VON KAENEL, (FN 74), S. 703.

⁸² VON KAENEL, (FN 74), S. 705.

[40] Zweitens hat der Vergleich nach einer objektiven Beurteilung zu erfolgen: Es geht nicht um die im konkreten Einzelfall für den Arbeitnehmer bessere Lösung, sondern die Bewertung hat anhand eines durchschnittlichen Arbeitnehmenden unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung zu erfolgen⁸³. Eine kürzere als die im GAV vorgesehene Kündigungsfrist kann im konkreten Einzelfall für den Angestellten zwar vorteilhaft sein, nach objektiver Betrachtung ist aber zu vermuten, dass diese ungünstiger und damit unzulässig ist⁸⁴.

[41] Drittens ist bei der für den Lohnvergleich relevanten Periode auf eine Zeitspanne von einem Monat abzustellen⁸⁵. Ein Gruppenvergleich basierend auf einer Jahresgesamtlohnsumme erachtet das Bundesgericht als unbillig⁸⁶, nach Auffassung von VON KAENEL kann jedoch bei anderen Regelungen wie bspw. der Arbeitszeit oder einer Jahresendzulage je nach Schutzzweck von dieser Monatsperiode abgewichen werden⁸⁷.

2.4.4. Gruppenvergleiche aus der Praxis

[42] Die Frage, welche Leistungen, oder «Felder»⁸⁸ miteinander verglichen werden dürfen, lässt sich wohl nicht generell abstrakt beantworten. Dienlich ist jedoch nachfolgende Übersicht⁸⁹:

- a. «Zutreffend wurden im Rahmen des Gruppenvergleichs die Bestimmungen zu Arbeitszeit, Überzeit und Mindestlohn berücksichtigt.»⁹⁰ In diesem Urteil bestätigte das Bundesgericht einen vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Mindestvorschriften eines ave GAV eingehalten wurden. Zwar lag die wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden über dem zulässigen Niveau von 41.5 Stunden gemäss GAV. Der im konkreten Einzelfall bezahlte monatliche Fixlohn⁹¹ war jedoch höher als der Mindestlohn gemäss GAV bei einer Arbeitszeit von täglich 9 Stunden⁹² inklusive Überstundenentschädigung⁹³ sowie Fahrt- und Wartezeitentschädigung⁹⁴. Diesem Urteil folgend bilden also Mindestlohn, Arbeitszeit und Überzeitentschädigung sowie Fahrt- und Wartezeitentschädigung eine Gruppe⁹⁵.
- b. In BGE 116 II 153 ff. hatte das Bundesgericht darüber zu urteilen, ob der monatliche Mindestlohn gemäss ave GAV unterschritten werden darf, wenn diese Differenz mit dem variablen Lohnanteil (in casu Umsatzbeteiligung) wieder wettgemacht wird: «Es ist allgemein üblich, dass der Lohn als Gesamtlohn betrachtet und dieser in verschiedene Lohnbestand-

⁸³ BGE 134 III 402, E. 3.2.4.3; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 23; SCHMID, (FN 74), J Art. 357 Rz 30; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39.

⁸⁴ Vgl. SCHMID, (FN 74), J Art. 357 Rz 30; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 26.

⁸⁵ BGE 116 II 156 E. 2a bb; BGE 134 III 403; BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 40; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 357 N 3; VON KAENEL, (FN 74), S. 701.

⁸⁶ BGE 116 II 156 E. 2a bb; BGE 134 III 403, E. 3.2.4.3; Dazu kritisch mit stichhaltiger Begründung: VON KAENEL, (FN 74), S. 702 f.

⁸⁷ VON KAENEL, (FN 74), S. 702.

⁸⁸ BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39.

⁸⁹ Vgl. auch die Übersicht in VON KAENEL, (FN 74), S. 703 f.

⁹⁰ BGE 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005, E. 4.3; VON KAENEL, (FN 74), S. 703 f.; ähnlich: BGer 4A_629/2011, E. 5.2.2.

⁹¹ CHF 4'800.

⁹² CHF 3'946.40.

⁹³ CHF 76.73.

⁹⁴ CHF 657.75.

⁹⁵ Vgl. dazu kritisch: SCHMID, (FN 74), J Art. 357 Rz 28.

teile aufgegliedert wird. (...) Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (...) hat die Klägerin den jeweiligen gesamtarbeitsvertraglichen Minimallohn jederzeit erreicht, was sie auch nicht bestreitet.»⁹⁶ Die Zulässigkeit einer vom GAV abweichenden Vereinbarung hinsichtlich des Festlohnanteils ist also anhand einer Gegenüberstellung des monatlichen Gesamtlohnes gemäss GAV einerseits mit dem monatlichen Gesamtlohn gemäss Einzelabrede andererseits zu vergleichen⁹⁷.

- c. Nach Auffassung von SCHMID⁹⁸ verschärfte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Gruppenvergleich in BGE 134 III 399 ff.: Darin rechtfertigte die Arbeitgeberin einen zu tiefen Ferienzuschlag⁹⁹ mit einem höheren Minimallohn. Da der Ferienlohn als Zuschlag ausbezahlt wurde, stellte die Vorinstanz auf die Höhe des Gesamtlohnes ab. Das Bundesgericht erklärte, dass ein solcher Vergleich den Rahmen des Gruppenvergleichs sprengt¹⁰⁰. Begründet wird diese Auffassung meines Erachtens jedoch nicht mit Berufung auf zwei nicht vergleichbare Leistungen¹⁰¹. Vielmehr geht es dem Bundesgericht um die Sicherstellung des Gesetzeszwecks, wonach sowohl der GAV als auch die gesetzliche Regelung¹⁰² beabsichtigen, dass dem Arbeitnehmer während der Ferienzeit derjenige Lohn zur Verfügung steht, «(...) den er gemäss Lohnabrechnung für diese Periode erhalten würde, wenn er arbeiten würde. Nach der vorliegenden einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung erhält er in dieser Zeit aber weniger ausbezahlt, als er (abzüglich des für die Ferien bestimmten Teils des Lohnes) erhalten würde, wenn er nicht in den Ferien wäre.»¹⁰³ Weiter erklärte das Bundesgericht den für einen Vergleich zulässigen Maximalzeitraum von einem Monat als verletzt¹⁰⁴. Die Auszahlung des Ferienlohnes in Form eines Zuschlages (in der richtigen Höhe) ist mindestens bei sehr unregelmässiger Arbeitsleistung oder sehr kurzen Arbeitseinsätzen zulässig¹⁰⁵ und, soweit ersichtlich, wurde dies in BGE 134 III 399 durch das Bundesgericht auch nicht in Abrede gestellt, zumal der ave GAV selbst offenbar den Zuschlag zuliess¹⁰⁶. Wenn der Ferienlohn aber – grundsätzlich – als Zuschlag ausbezahlt werden darf, führt dies zwingend zu einer Verschiebung von Leistungen, die über die durch das Bundesgericht festgesetzte Betrachtungsperiode von einem Monat hinaus geht¹⁰⁷. Die Notwendigkeit eines mehrmonatigen Vergleiches ergibt sich also aus dem Zuschlag selbst und nicht dessen Höhe. Aus diesem Grund ist meines Erachtens der Hinweis in jenem Urteil, wonach der im Einzelarbeitsvertrag zu tiefe Ferienzuschlag auch dem vom

⁹⁶ BGE 116 II 157 E. 2 b.

⁹⁷ BGE 116 II 153 (Regeste); weitere Urteile bei VON KAENEL, (FN 74), S. 703, FN 20.

⁹⁸ Vgl. SCHMID, (FN 74), J Art. 357 Rz 28.

⁹⁹ Ferienzuschlag von 7.7 % gemäss Einzelarbeitsvertrag, gemäss ave GAV war ein solcher von 10.6 bzw. 13 % geschuldet (BGE 134 III 403 f.).

¹⁰⁰ BGE 134 III 404.

¹⁰¹ Also «Felder» im Sinne von STÖCKLI (vgl. BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39).

¹⁰² Art. 329d OR.

¹⁰³ BGE 134 III 404.

¹⁰⁴ BGE 134 III 404.

¹⁰⁵ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 329d N 8, m. V. a. diverse Urteile.

¹⁰⁶ Andernfalls wäre der durch das Bundesgericht angestellte Vergleich (vgl. oben, FN 99, S. 16) per se nicht zu prüfen gewesen.

¹⁰⁷ Wie dies bspw. auch bei der Kompensation von Überstundenarbeit regelmässig der Fall sein dürfte.

- Bundesgericht für den Vergleich von Lohnsystemen aufgestellten zeitlichen Rahmen von einem Monat widerspreche¹⁰⁸, unzutreffend.
- d. Unzulässig ist die Kompensation eines zu tiefen GAV-Minimallohnes mit einer höheren Lohnfortzahlung bei Krankheit, Gratis-Skiferien, einem günstigen Wohnungsmietzins und einer grosszügige Arbeitszeitkontrolle¹⁰⁹.
Dieses Urteil ist meines Erachtens nur mit Einschränkungen korrekt: Unbestritten ist, dass bei der Prüfung des Minimallohnes auf die Gesamtlohnsumme abgestellt werden darf¹¹⁰. Ein Lohn kann aber sowohl in Form von Geld als auch Naturallohn geleistet werden¹¹¹. Meines Erachtens dürfen daher Naturalleistungen, wie bspw. eine zur Verfügung gestellte Dienstwohnung, als Lohn angerechnet werden, sofern nachgewiesen ist, dass diese Leistung als Lohnbestandteil vereinbart wurde¹¹² und – was selbstverständlich sein dürfte – eine solche Regelung nicht gegen das Truckverbot¹¹³ verstösst.
- e. Unzulässig ist nach Ansicht des Kantonsgerichts Freiburg die Kompensation eines nicht gewährten wöchentlichen freien Halbtages mit der Bezahlung der Zimmermiete durch den Arbeitgeber¹¹⁴.
- f. Unzulässig ist nach Ansicht von VISCHER/ALBRECHT die Kompensation von kürzeren Ferien mit einem höheren Lohn¹¹⁵, weil damit der Schutzzweck des GAV und der Ferienbestimmungen beeinträchtigt würde.
- g. Unzulässig ist nach deren Ansicht auch die Kompensation einer ungünstigen Arbeitszeitregelung mit einer vorteilhaften Ferienregelung¹¹⁶.
- h. Ebenso unzulässig ist umgekehrt die Kompensation eines zu tiefen GAV-Lohnes und zu wenig Ferien mit einer das GAV-Maximum unterschreitenden Arbeitszeit von 25 %¹¹⁷.
- i. Durch STÖCKLI kritisiert wird das Urteil des Schiedsgerichts Bau- und Holzgewerbe Basel-Stadt vom 14. September 1995, wonach ein zu tiefer Lohn nicht mit freiwillig durch den Arbeitgeber übernommenen Sozialabzügen (Nichtberufsunfall- und Krankentaggeldversicherung sowie Pensionskassenbeiträge) verglichen werden dürfe: «Damit wird der Gruppenvergleich dem Einzelvergleich m.E. allerdings sehr stark angenähert.»¹¹⁸
- j. Meines Erachtens erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Weisung des SECO vom 23. März 2020: Gemäss jenen verbindlichen Vorschriften ist bei entsandten Arbeitnehmenden die Einhaltung der Minimalvorschriften durch Vergleich des bezahlten und

¹⁰⁸ BGE 134 III 404, m.V.a. BGE 116 II 156 f. E. 2 a bb.

¹⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 357 N 3, m.V.a. Schiedsgericht Bau- und Holzgewerbe BS in BJM 1997, S. 5.

¹¹⁰ BGE 116 II 153 ff.

¹¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 322 N 2; Vgl. auch Art. 324a Abs. 1 OR.

¹¹² Dies bedingt, dass ein klagbarer Anspruch besteht, eine regelmässige Abrechnung erfolgt, die dafür geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet werden und die Vereinbarung nicht gegen das Truckverbot (Art. 323b Abs. 2 OR) verstösst.

¹¹³ Art. 323b Abs. 3 OR.

¹¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (FN 25), Art. 357 N 3, m.V.a. TC FR in JAR 1999, S. 365.

¹¹⁵ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 24.

¹¹⁶ Vgl. ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 357 N 24, m.V.a. Bezirksgericht Oberrheintal, Urteil vom 4. Dezember 1990, in: JAR 1991, S. 371 ff. E. 4b.

¹¹⁷ STREIFF/VON KAENEL, (FN 25), Art. 357 N 3, m.V.a. TA TI in JAR 1993, S. 126.

¹¹⁸ Vgl. BK-STÖCKLI, (FN 17), Art. 357 N 39, m. w. V.

geschuldeten Bruttostundenlohnes vorzunehmen. Dabei werden jedoch sämtliche Ferien-, Feiertags-, Weg-, Schicht-, Nacht- und anderen Zulagen, 13. Monatslohn und anderen finanziellen Leistungen¹¹⁹ auf den Stundenlohn heruntergebrochen und die Gesamtlohnsumme pro Stunde verglichen. Im Ergebnis stimmt dieses Vorgehen wohl mit der Auffassung in BGE 116 II 153 ff. (Gesamtlohnvergleich) und Urteil des Bundesgerichts 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005 (Lohnvergleich im Verhältnis zu der zu leistenden Arbeitszeit) überein, widerspricht jedoch dem BGE 134 III 399 ff. (Verrechnung eines zu tiefen Ferienzuschlages mit einem höheren Grundlohn).

Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Berechnungsmethode weitgehend aus dem Wortlaut von Art. 1 EntsV ableiten lässt, bei dem ausdrücklich vom Mindestlohn ihm Verhältnis zur üblichen Arbeitszeit¹²⁰ bzw. dem anteilmässigen Ferienlohn¹²¹ die Rede ist.

[43] Meines Erachtens zeigt sich aus den oben zitierten Urteilen und Meinungen die Tendenz, dass eine zu hohe (wöchentliche) Arbeitszeit zwar mit Hilfe eines höheren Monatslohnes aufgefangen werden kann¹²². Ausgeschlossen scheint jedoch die Möglichkeit, den minimalen Anspruch auf Ferien¹²³ oder freie Tage¹²⁴ mit höherem Lohn oder Naturalleistungen zu kompensieren.

[44] Ob und wieweit mit Hilfe dieser Fallbeispiele in der Praxis auftretende Fragen geklärt werden können, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Fakt ist jedoch, dass hier bei den prüfenden Organen (Paritätische Kommission, Lohnbuchkontrolleur oder allenfalls Gericht) ein sehr grosser Ermessensspielraum besteht, was für Unternehmen die Rechtsunsicherheit deutlich erhöht und im Extremfall dazu führen kann, dass Entscheidungen getroffen werden (müssen) die zugunsten der Rechtssicherheit auch zulasten der Arbeitnehmenden ausfallen können¹²⁵

3. Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Lohnbuchkontrollen

3.1. Paritätische Kommission als private Partei

[45] Gemeinsame Durchführungsgorgane (Paritätische Kommissionen) konstituieren sich häufig in Form eines Vereins¹²⁶ und sind damit als juristische Person partei- und prozessfähig¹²⁷. Ob ein paritätisches Organ ohne Rechtspersönlichkeit partei- und prozessfähig ist und ob es Ansprüche aus dem GAV als originär Berechtigter, Zessionar, Prozessstandschafter oder nur als Stellvertreter

¹¹⁹ Bspw. Weihnachtsgeld, Entsendezulage etc. (vgl. SECO, (FN 45), Ziff. 3.3 ff.).

¹²⁰ Art. 1 lit. a EntsV.

¹²¹ Art. 1 lit. d EntsV.

¹²² Vgl. oben, lit. a).

¹²³ Vgl. oben, lit. f).

¹²⁴ Vgl. oben lit. e).

¹²⁵ Zum Beispiel gemäss lit. a oben: Um sicher zu gehen, würde jener Unternehmer die betriebliche Arbeitszeit von 45 auf 41.5 Stunden reduzieren, die Löhne senken und die Mehrarbeit als Überstunden auszahlen. Dies führte neben einem administrativen Mehraufwand bei den Arbeitnehmenden zu einem tieferen versicherten Verdienst (BVG, Lohnfortzahlung bei Krankheit etc.) und auch einem tieferen Ferienlohn.

¹²⁶ Arthur Andermatt et. al. (Hrsg.); Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel, 2009; L Art. 357b Rz 40.

¹²⁷ PORTMANN/STRÖCKLI, (FN 17), Rz 1142 mit Verweis auf BGE 134 III 546.

der GAV-Parteien geltend machen kann, ist oft unklar und in einem Gerichtsverfahren vorgängig zu klären¹²⁸.

[46] Bezüglich der Durchsetzung des GAV von zentraler Bedeutung ist die Tatsache, dass Paritätischen Kommissionen keine hoheitlichen Befugnisse zustehen. Auch wenn gewisse Autoren dem Urteil oder Bericht einer Paritätischen Kommission einen «erhöhten Beweiswert» zuschreiben möchten¹²⁹, ist dem nicht so. Urteile, «Rekurs-»Entscheide oder Kontrollberichte gelten in Gerichtsverfahren als Parteibehauptung¹³⁰. Dies hat verschiedene Konsequenzen:

- a. Paritätische Kommissionen haben für die Durchführung von Kontrollen keine hoheitlichen Kompetenzen, also keinen gesetzlichen Anspruch auf Zutritt zum Betriebsgelände gegen den Willen der Berechtigten und nur privatrechtlich begründete Einsichts- und Auskunftsrechte nach Massgabe des betreffenden GAV, sofern denn dieser anwendbar ist.
- b. Entscheidungen oder Befunde einer Paritätischen Kommission oder deren Rekursinstanz haben keinen hoheitlichen Charakter, sondern haben die Qualität einer privaten Meinungsäusserung. Entsprechend vergibt sich ein Unternehmen nichts, wenn es gegen den Befund einer Unterstellungsabklärung oder einer Lohnbuchkontrolle auf den häufig darin erwähnten «Rekurs» verzichtet und die diesbezügliche Frist unbenutzt verstreichen lässt.
- c. Beschlüsse, Mitteilungen oder die Ergebnisse einer Lohnbuchkontrolle gelten nicht als provisorischer oder gar definitiver Rechtsöffnungstitel¹³¹.
- d. In Gerichtsverfahren tritt eine Paritätische Kommission als «normaler» Kläger auf und hat die geltend gemachten Ansprüche nach Massgabe des anwendbaren Prozessrechts zu substantiieren, zu begründen und zu beweisen.

3.2. Gerichtliche Zuständigkeit zur Durchsetzung einer Kontrolle

[47] Verweigert eine Unternehmung ihre Mitwirkung, ist auf dem Rechtsweg zu klären, ob sie selbst oder deren Betriebs(teil) einem oder mehreren ave GAV untersteht. In diesem Fall hat die Paritätische Kommission den Gerichtsweg zu beschreiten und ein (Feststellungs-)urteil zu erwirken¹³². Dem Kontrollorgan des betreffenden GAV steht nämlich nicht das Recht zu, selber über die Kontrollkompetenz zu entscheiden¹³³. Sachlich zuständig können dabei sowohl die Zivil- als auch die Sozialversicherungsgerichte sein, je nach Art des geltend gemachten Anspruches¹³⁴.

¹²⁸ PORTMANN/STÖCKLI, (FN 17), Rz 1142; HÄBERLI, (FN 12), S. 56.

¹²⁹ PORTMANN/STÖCKLI, (FN 17), Rz 1165.

¹³⁰ Andermatt et al., (FN 126), L Art. 357b Rz 49; HÄBERLI, (FN 12), Ziff. 4.2 und 4.3.

¹³¹ BezGer ZH, Urteil vom 29. Mai 2018, EB180753-L/U.

¹³² Dies gilt grundsätzlich für Aussenseiter. Bei Unternehmen, welche Mitglied eines (Arbeitgeber)Verbands sind, besteht die Möglichkeit, dass für solche Streitigkeiten eine schiedsrichterliche Zuständigkeit vereinbart wurde.

¹³³ ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356b N 167; RONCORONI, (FN 41), Q Art. 1–21 AVEG Rz 213.

¹³⁴ Letztere sind zuständig, wenn auf Zahlung von Sozialbeiträgen geklagt wird, bspw. den Versicherungsbeiträgen für den GAV FAR. In solchen Fällen ist vorfrageweise der Geltungsbereich des ave GAV zu klären (vgl. bspw. BGer 9C_229/2015 vom 6. Oktober 2015 oder BGer 9C_453/2016 vom 21. November 2016).

3.3. Unabhängiges Kontrollorgan nach Art. 6 AVEG

[48] Ein ave GAV gilt auch für Unternehmen, welche nicht Mitglied eines an diesem GAV beteiligten Verbandes sind. Um deren Position als Aussenseiter zu stärken, sieht Art. 6 AVEG vor, dass solche Unternehmen bei der zuständigen Behörde jederzeit die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien des GAV unabhängigen Kontrollorgans verlangen. Die dafür zuständige Behörde richtet sich nach der Zuständigkeit für die Allgemeinverbindlichkeit eines GAV: Beschränkt sich der Geltungsbereich des GAV auf einen Kanton oder einen Teil desselben, ist für die Allgemeinverbindlicherklärung das betreffende kantonale Organ zuständig¹³⁵ und entsprechend richtet sich die Zuständigkeit zur Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans ebenfalls nach kantonalem Recht. Erstreckt sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet mehrerer Kantone, liegt diese Zuständigkeit beim Bundesrat¹³⁶ und für die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans ist das SECO zuständig¹³⁷.

[49] Bestreitet eine Unternehmung den Anspruch einer Paritätischen Kommission zur Anordnung einer solchen Unterstellungsabklärung *per se*, so greift Art. 6 AVEG nicht, und die Frage der Anwendbarkeit bzw. des Geltungsbereiches des betreffenden ave GAV ist durch den Zivilrichter zu klären¹³⁸. Art. 6 AVEG kommt nur zum Tragen, wenn der Kontrollanspruch und damit die Anwendbarkeit des ave GAV unbestritten ist, die Arbeitgeberin aber die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans verlangt¹³⁹.

4. Zusammenfassung

[50] Obige Ausführungen zeigen anschaulich, dass die sich im Vorfeld einer Lohnbuchkontrolle oder die damit zusammenhängenden Fragen unter Umständen sehr komplex sein können. Selbstverständlich obliegt es nicht einem (nicht juristisch ausgebildeten) Unternehmer oder einer Unternehmensführung, alle Stolpersteine solcher Verfahren zu kennen. Dies gehört vielmehr zum Metier spezialisierter Rechtsanwälte oder Rechtsberater.

[51] Leider aber hat dies folgenden Haken: Nicht selten werden Rechtsanwälte oder Rechtsberater erst dann eingeschaltet, wenn es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt. Bei Lohnbuchkontrollen ist dies dann der Fall, wenn die Unterstellungsabklärung oder gar die Lohnbuchkontrolle selbst bereits erstellt wurde und sich die Paritätische Kommission bemüht, ihre Ansprüche auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Zu diesem Zeitpunkt hat die kontrollierte Unternehmung womöglich aber schon einige Chancen zur Wahrung ihrer Interessen vertan, da sie

¹³⁵ Art. 7 Abs. 2 AVEG.

¹³⁶ Art. 7 Abs 1 AVEG.

¹³⁷ Art. 20 Abs. 2 AVEG, RONCORONI, (FN 41), Q Art. 1–21 AVEG Rz 212.

¹³⁸ RONCORONI, (FN 41), Q Art. 1–21 AVEG, Rz 213; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356b N 167, mit Verweis auf BGE 118 II 528; Vgl. auch VerwGer SG, BS.2014.7, Urteil vom 13. Oktober 2014, E. 2. b. bb): «(...) verweigert sich der Arbeitgeber der Lohnbuchkontrolle überhaupt, so obliegt es den Vertragsparteien des GAV, die Einsetzung dieses Kontrollorgans anzubegehren (...). Voraussetzung hierfür ist indessen, dass der grundsätzliche Kontrollanspruch nicht bestritten ist – ist er dies, so ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, die Vertragsparteien resp. die vollziehende paritätische Berufskommission an den Zivilrichter zu verweisen (BGE 118 II 528 E. 3). Der Kontrollanspruch an sich wird durch den Zivilrichter entschieden (...); zumindest die Kommentatoren des Zürcher Kommentars (...) und ihnen folgend SENTI (...) folgern daraus, dass vorgängig ein Feststellungsurteil zu erwirken sei, in welchem die Kontrollkompetenz bestätigt wird.»

¹³⁹ RONCORONI, (FN 41), Q Art. 1–21 AVEG Rz 213; ZK-VISCHER/ALBRECHT, (FN 19), Art. 356b N 167, mit Verweis auf BGE 118 II 528.

mangels Kenntnis ihrer Rechte ihre eigene Position womöglich nicht in optimaler Weise wahren konnte. Aus diesem Grund ist es meines Erachtens auch bei fehlender Kenntnis aller rechtlichen Details unabdingbar, dass man sich über seine Rechte und Handlungsoptionen bereits zu Beginn solcher Verfahren im Klaren ist.

Dr. iur. CHRISTOPH SENTI, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner Advokaturbüro Frei Steger Senti, Altstätten. Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen und der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften.

Vorliegende Publikation ist die bereinigte Fassung der an der 5. Basler Arbeitsrechtstagung vom 23. April 2021 abgegebenen Version. Sie enthält aktualisierte Textauszüge aus der früheren Publikation: CHRISTOPH SENTI, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, AJP 1/2010, S. 14 ff.

Altstätten/Gais, 11. August 2021