

Allgemeinverbindlicherklärung von Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags; Verfahren, Prüfungsbefugnis der kantonalen Genehmigungsbehörde, Prinzip der offen Tür – Art. 44 Abs. 1 lit. a JG; Art. 2 Ziff. 6 AVEG.

Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschluss über die Genehmigung des Entwurfs eines Beschlusses betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung von Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags (E. 2.1).

Die kantonale Genehmigungsbehörde hat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen, ob einem Aussenseiterverband der Beitritt zum GAV zu Unrecht verweigert wird. Die Prüfung hat lediglich dann zu unterbleiben, wenn ein Zivilgericht über den Beitrittsanspruch eines Aussenseiterverbands bereits rechtskräftig entschieden hat (E. 5.2.1–5.3).

OGE 60/2018/22 vom 27. September 2019

(Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil 2C_910/2019 vom 11. Mai 2020 ab, soweit es darauf eintrat.)

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Mit Beschluss vom 5. Juni 2018 genehmigte der Regierungsrat den Entwurf eines Beschlusses betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags (GAV). Die Genehmigung erfolgte unter der Voraussetzung, dass die antragstellenden Vertragsparteien einen Aussenseiterverband spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten der AVE als vollwertige Vertragspartei mit allen Rechten und Pflichten aufnehme. Gegen diesen Beschluss erhob eine der antragstellenden Vertragsparteien Verwaltungsgerichtsbeschwerde und ersuchte um Allgemeinverbindlicherklärung des GAV ohne die Voraussetzung, den Aussenseiterverband als vollwertige Vertragspartei aufnehmen zu müssen. Das Obergericht wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

Aus den Erwägungen

2. Das Obergericht behandelt u.a. Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen letztinstanzliche Entscheide kantonalen Verwaltungsbehörden (Art. 44 Abs. 1 lit. a des Justizgesetzes vom 9. November 2009 [JG, SHR 173.200]).

Zu prüfen ist zunächst, ob der angefochtene Beschluss überhaupt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann.

2.1. Der rechtliche Charakter der AVE ist umstritten und bereitet insbesondere deshalb Schwierigkeiten, weil sie sowohl Elemente einer Verfügung als auch einer Rechtsverordnung aufweist. Das erforderliche Zusammenspiel von Sozialpartnern und Behörde verleiht der AVE eine Doppelnatur, die keine eindeutige Zuordnung zum Legislativ- oder zum Verwaltungshandeln zulässt (vgl. Arie Joehro, Der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih, ArbR 2013 111). Gemäss Bundesgericht handelt es sich um eine besondere Art der Rechtsetzung, durch die von den Beteiligten selbst geschaffenes Berufsrecht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf alle Angehörigen einer Berufsgruppe oder eines Gewerbes ausgedehnt wird (BGE 98 II 205 E. 1 S. 209 mit Hinweis). Gemäss herrschender Lehre stellt die AVE gegenüber den Antragsstellern einen Verwaltungsakt und gegenüber den Aussenseitern eine Rechtsverordnung dar (vgl. Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, Rz. 558, S. 256; Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019, Rz. 847, S. 357; Portmann/Rudolph, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015, Art. 357 N. 21, S. 2223). Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass sich die AVE gegenüber Aussenstehenden nicht wie eine Verfügungsverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), sondern wie ein Akt der Rechtsetzung auswirke, weshalb Aussenstehenden nicht die Beschwerde, wohl aber der Rechtsmittelweg der abstrakten Normenkontrolle offenstehe. Den vertragsschliessenden Verbänden dagegen stehe die sog. egoistische Verbandsbeschwerde zu (vgl. BGE 128 II 13 = Pra 2002 Nr. 162 E. 1d; BGer 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.2).

Im vorliegenden Fall hat sich eine der vertragsschliessenden Parteien gegen die AVE beschwert. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht ihr nach dem Gesagten hierfür grundsätzlich offen.

[...]

4.1. Nach Art. 2 Ziff. 6 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (AVEG, SR 221.215.311) muss nicht beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden der Beitritt zum Gesamtarbeitsvertrag zu gleichen Rechten und Pflichten offenstehen, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen und ausreichende Gewähr für die Einhaltung des Vertrags bieten. Andernfalls darf die Allgemeinverbindlichkeit nicht angeordnet werden.

[...]

5.1. [...]

Streitigkeiten betreffend den Beitritt eines Aussenseiterversbands zu einem allgemeinverbindlich erklärten GAV fallen grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Zivilgerichte (vgl. BGer 4C.391/2001 vom 30. April 2002 E. 1.1). Es fragt sich indes, ob dies auch dann gilt, wenn der Beitrittsstreit nicht einen bereits zuvor für allgemeinverbindlich erklärten GAV betrifft, sondern im AVE-Verfahren auftritt. Der Bundesrat hatte es in früheren Entscheiden noch abgelehnt, in solchen Konstellationen die AVE zu erteilen. Mittlerweile ist er dazu übergegangen, die AVE mit der Auflage zu erteilen, dass die Vertragsparteien den Aussenseiterversband innert einer bestimmten Frist zu gleichen Rechten und Pflichten dem GAV beitreten lassen (vgl. Entscheid des Bundesrats vom 6. Februar 1948, Mitteilungsblatt des Bundesamts für Industrie, Gewerbe und Arbeit 1953, Rz. 39 S. 39; Beschlüsse des Bundesrats vom 20. August 2018 und 5. Juni 2003). Demnach entspricht es der Vollzugspraxis des Bundesrats, auf Einsprache eines Aussenseiterversbands im AVE-Verfahren hin zu überprüfen, ob dem in Frage stehenden Aussenseiterversband der Beitritt unrechtmässig verweigert wird, ohne die entsprechende Frage auf den Zivilweg zu verweisen. Der Regierungsrat ging im vorliegenden Fall ebenso vor. Auch in der Literatur wird die Kompetenz der Genehmigungsbehörden befürwortet, im Rahmen der AVE zu prüfen, ob ein Beitritt eines Verbands zu Unrecht verweigert wird (vgl. Frank Vischer, Zur Stellung der Mehrheits- und der Minderheitsgewerkschaften, in: Widmer/Lüchinger/Geiser/Sutter-Somm [Hrsg.], Ausgewählte Schriften von Frank Vischer zu seinem 90. Geburtstag, Zürich 2013, S. 290; Friederich Bigler, Die Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, Berner Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Bern 1956, S. 57).

5.2. Es fragt sich, ob dieses Vorgehen vom Gesetzestext gedeckt ist.

5.2.1. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes (*grammatikalisches Element*). Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (*pragmatischer Methodenpluralismus*) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (*historisches Element*), auf den Zweck der Norm (*teleologisches Element*), auf die ihr zugrunde liegenden Wertungen und auf ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (*systematisches Element*) abzustellen (vgl. statt vieler BGer 1C_297/2018 vom 28. März 2019 E. 3.1 mit Hinweis).

5.2.2. Der Gesetzeswortlaut (*grammatikalische Auslegung*) von Art. 2 Ziff. 6 AVEG (deutsch: "muss offen stehen"; französisch: "doivent pouvoir y adhérer"; italienisch: "devono potervi aderire") spricht zwar eher dafür, dass bereits die

Genehmigungsbehörde zu prüfen hat, ob keinem Aussenseiterverband der Beitritt zum GAV grundlos verweigert wird, zumal bei einer Verletzung des Prinzips der offenen Tür die Allgemeinverbindlichkeit gar nicht angeordnet werden darf. Eine klare Antwort lässt sich dem Gesetzeswortlaut indes nicht entnehmen.

5.2.3. Aufschlussreicher als die Gesetzesauslegung nach dem Wortlaut ist die Auslegung von Art. 2 Ziff. 6 AVEG nach dem Willen des Gesetzgebers (*historische Auslegung*). Bereits der Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit des Bundesamts für Industrie, Gewerbe und Arbeit sah das *Prinzip der offenen Tür* im Hinblick auf den Beitritt vor. Im Unterschied zum gewöhnlichen GAV, wo es den Parteien unbenommen sei, den Beitritt weiterer Verbände zuzulassen oder nicht, müsse im Verfahren der AVE verlangt werden, dass der Beitritt *tatsächlich* möglich sei (Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, Bericht und Gesetzesentwurf, Dezember 1950, S. 23; vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit vom 29. Januar 1954 [Botschaft AVEG], BBI 1954 147).

Dem historischen Gesetzgeber ging es darum, die bisherige Praxis des Bundesrats, wonach die vertragsschliessenden Verbände Aussenseiterverbände als Vertragsparteien dem GAV beitreten lassen *müssen*, näher zu umschreiben und erstmals gesetzlich zu verankern (vgl. Botschaft AVEG, BBI 1954 173; vgl. Entscheid des Bundesrates vom 6. Februar 1948, Mitteilungsblatt des Bundesamts für Industrie, Gewerbe und Arbeit 1953, S. 39). Begründet wurde dies damit, dass es nicht zu verantworten wäre, solche Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich von sich aus dem Gesamtarbeitsvertrag anschliessen wollen, von den Vertragsparteien aber nicht oder zu unangemessenen Bedingungen zugelassen werden, nachträglich mit Hilfe von staatlichem Zwang dem GAV zu unterstellen (vgl. Botschaft AVEG, BBI 1954 147). Die Beweggründe des historischen Gesetzgebers legen somit den Schluss nahe, dass im Rahmen der AVE bereits die Genehmigungsbehörde und nicht erst nachträglich das Zivilgericht zu prüfen hat, ob einem Aussenseiterverband der Beitritt zum GAV unzulässigerweise verweigert wird.

5.2.4. Zum gleichen Ergebnis führt eine Auslegung von Art. 2 Ziff. 6 AVEG nach ihrem Sinn und Zweck (*teleologische Auslegung*). Wie soeben erwähnt, ging es dem Gesetzgeber mit der Schaffung von Art. 2 Ziff. 6 AVEG darum, sicherzustellen, dass die Vertragsparteien gewillt sind, den Beitritt von Aussenseiterverbänden zum GAV zuzulassen (vgl. Botschaft AVEG, BBI 1954 147). Der Beitritt muss, nachdem der GAV abgeschlossen ist und damit inhaltlich feststeht, bei im Übrigen

erfüllten Voraussetzungen faktisch jederzeit und tatsächlich möglich sein (vgl. Peter Kreis, Der Anschluss eines Aussenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag: Untersuchung zum Art. 356b OR, Diss. Zürich 1973, S. 111 mit Hinweis; vgl. auch Kurt Meier, Beitritts- und Verhandlungsanspruch im Gesamtarbeitsvertragsrecht, in: Verband Schweizerischer Angestelltenvereine der Maschinen- und Elektroindustrie und Verwandter Industrien [Hrsg.], Festschrift zum 75-jährigen Bestehen des VSAM, Bern 1993, S. 96 mit Hinweisen). Das unrechtmässige Fernhalten eines Aussenseiterverbands verletzt nicht nur die Persönlichkeit des Aussenseiterverbands, sondern steht auch im Widerspruch zur Zielsetzung eines GAV, die Arbeitsbedingungen zu vereinheitlichen (vgl. Botschaft AVEG, BBl 1954 144). Demnach muss es der Genehmigungsbehörde obliegen, sicherzustellen, dass sie mit der Gutheissung eines Antrags auf AVE nicht unzulässigerweise in die Koalitionsfreiheit eines Aussenseiterverbands eingreift (vgl. Art. 28 Abs. 1 BV). Das bedeutet, dass sie vorfrageweise darüber zu befinden hat, ob ein Aussenseiterverband unrechtmässigerweise von einem GAV ferngehalten wird (vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1750, S. 385 mit Hinweisen). Der Entscheid über die Vorfrage kann lediglich dann unterbleiben, wenn der Aussenseiterverband zu seinem Schutz gegen diejenigen Vertragsparteien, die an der Verletzung mitwirken, bereits das Zivilgericht angerufen und dieses bereits rechtskräftig über den Feststellungsanspruch entschieden hat (vgl. BGE 113 II 37 = Pra 1988 Nr. 83 E. 4c a.E.). Diesfalls ist die Genehmigungsbehörde an den Entscheid des Zivilgerichts gebunden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1760, S. 387 mit Hinweisen).

5.3. Nachdem [der Aussenseiterverband] kein Zivilgericht angerufen hatte, ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass der Regierungsrat zu Recht prüfte, ob mit Bezug auf [den Aussenseiterverband] das Prinzip der offenen Tür gemäss Art. 2 Ziff. 6 AVEG verletzt wird.