

## **BGer 2C\_111/2010 vom 7. Dezember 2010**

Bundesgericht, 2010-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_111\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_111_2010)

FR: TF 2C\_111/2010 du 7 décembre 2010

IT: TF 2C\_111/2010 del 7 dicembre 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Fällt das schutzwürdige Interesse an einer Beschwerde im Laufe des Verfahrens dahin, so wird die Sache als erledigt erklärt ( Art. 72 BZP in Verbindung mit Art. 71 BGG ; BGE 118 Ib 1 E. 2 S. 7). Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt ( BGE 135 I 79 E. 1.1 S. 81).

#### **E. 1.2**

Mit Beschluss vom 21. September 2010 setzte der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft die strittige Allgemeinverbindlicherklärung auf den 30. September 2010 ausser Kraft. Damit erweist sich das Interesse der Beschwerdeführer als nicht mehr aktuell. Die Beschwerdegegnerinnen sind vom angefochtenen Entscheid nicht beschwert und haben ihn auch gar nicht angefochten. Sie sind überdies nicht legitimiert, an der von der Gegenseite eingereichten Beschwerde festzuhalten. Im Übrigen besteht kein Bedarf an einem ausnahmsweisen Verzicht auf das aktuelle praktische Interesse. Sollte die umstrittene Kautionspflicht wieder eingeführt werden bzw. würde ein neuer Gesamtarbeitsvertrag mit entsprechender Bestimmung allgemeinverbindlich erklärt, könnte dies wiederum angefochten und rechtzeitig einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden. Das vorliegende Verfahren ist damit als erledigt abzuschreiben.

#### **E. 2.1**

Wird ein Rechtsstreit wegen Wegfalls des rechtlichen Interesses als erledigt erklärt, wird über die Prozesskosten mit summarischer Begründung aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes entschieden ( Art. 72 BZP in Verbindung mit Art. 71 BGG ).

#### **E. 2.2**

Streitgegenstand bildet die Frage der Rechtmässigkeit der strittigen Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 18a GAV. Vor der Vorinstanz angefochten wurde der Regierungsratsbeschluss von Aussenseitern, die durch die Ausdehnung des Gesamtarbeitsvertrags von dessen Geltung erfasst werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wirkt sich die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gegenüber Aussenstehenden wie ein Akt der Rechtsetzung aus, weshalb dafür der Rechtsmittelweg der abstrakten Normenkontrolle offen steht ( BGE 128 II 13 E. 1 und 2 S. 16 ff. ). Den beschwerdeführenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen sowie der als Verein konstituierten Zentralen Paritätischen Kontrollstelle, deren Mitgliedschaft sich aus denselben beschwerdeberechtigten Verbänden zusammensetzt, wäre das Beschwerderecht im Sinne der sog. egoistischen Verbandsbeschwerde zugestanden (vgl.

BGE 131 I 198 E. 2.1 S. 200; 130 II 514 E. 2.3.3 S. 519 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Nach Art. 110 Abs. 1 lit. d BV kann der Bund Vorschriften erlassen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen. Damit wird der Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt, die am Vertrag nicht beteiligt sind (Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, AVEG; SR 221.215.311). Eine Allgemeinverbindlicherklärung darf nur dann ausgesprochen werden, wenn sie begründeten Minderheitsinteressen und regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung trägt und die Rechtsgleichheit sowie die Koalitionsfreiheit nicht beeinträchtigt ( Art. 110 Abs. 2 BV ). Nach Art. 2 AVEG setzt die Allgemeinverbindlicherklärung insbesondere voraus, dass sie sich wegen der für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer andernfalls zu erwartenden erheblichen Nachteile als notwendig erweist (Ziff. 1); sie darf überdies dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen, und sie muss den betroffenen Minderheitsinteressen angemessen Rechnung tragen (Ziff. 2).

### **E. 2.4**

Zur Abfederung der Auswirkungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) auf den Arbeitsmarkt erliess der schweizerische Gesetzgeber so genannte flankierende Massnahmen. Diese bezwecken namentlich den Schutz vor Sozial- und Lohndumping, wobei vom Gesetzgeber gerade das Bau- und Ausbaugewerbe als besonders gefährdet erachtet wurde, und sollen für die hiesigen Anbieter und diejenigen der EU/EFTA-Staaten, die von der beschränkten Dienstleistungsfreiheit des Freizügigkeitsrechts profitieren, gleiche Bedingungen ("gleich lange Spiesse") schaffen. Nach Art. 2 Abs. 2ter des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20) gelten insbesondere die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages über die Hinterlegung einer Kautionspflicht durch den Arbeitgeber auch für solche ausländischen Betriebe, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden.

### **E. 2.5**

Für die Vorinstanz fehlt es an der Notwendigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 18a GAV für die hiesigen Unternehmen. Dieser Ansatz mag an sich für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, die rein inländisch von Bedeutung sind, richtig sein. Zutreffend ist insbesondere, dass im interkantonalen Verhältnis grundsätzlich das so genannte Herkunftsprinzip nach Art. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) gilt. Ausserkantonale schweizerische Anbieter können daher nicht der Kautionspflicht unterstellt werden, solange die Ausdehnung von Art. 18a GAV nicht zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig erscheint (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM ; BGE 128 I 92 ; 125 I 276 ). Im vorliegenden Zusammenhang kommt jedoch eine grenzüberschreitende Aussenwirkung hinzu. Indem die Vorinstanz davon ausgeht, dass die

Allgemeinverbindlicherklärung einer Kautionspflicht zunächst für die schweizerischen Arbeitgeber im rein inländischen Wettbewerb erforderlich sein muss, bevor sie über den gesetzlichen Mechanismus von Art. 2 Abs. 2ter EntsG auf die ausländische Konkurrenz ausgedehnt wird, vermag sie nur eine mögliche und wohl eher seltene Konstellation ungleicher Marktbedingungen abzudecken. Damit entzieht die Vorinstanz der gesetzlichen Regelung den hauptsächlichen Anwendungsbereich und macht sie weitgehend obsolet. Das kann nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen bzw. nicht der Sinn der im Entsendegesetz vorgesehenen Ausdehnung einer allfälligen Kautionspflicht auf ausländische Arbeitgeber sein. Im vorliegenden Zusammenhang ist eine erhebliche Vollzugsproblematik für im Ausland ansässige Anbieter anerkannt. Art. 2 Ziff. 1 AVEG stünde demnach der Allgemeinverbindlicherklärung der hier fraglichen Kautionspflicht nicht entgegen.

#### **E. 2.6**

Nachdem die Vorinstanz die Bedeutung von Art. 2 Ziff. 1 AVEG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 AVEG und Art. 2 Abs. 2ter EntsG verkannt hat, erwies sich das angefochtene Urteil schon aus diesem Grunde als bundesrechtswidrig. Allerdings hätte dies nicht direkt zur Bestätigung der umstrittenen Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 18a GAV geführt, wie die Beschwerdeführer beantragten. Die Sache hätte vielmehr an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müssen zu neuem Entscheid. Dabei wäre vor allem die Frage der Übereinstimmung von Art. 18a GAV mit dem Rechtsgleichheitsgebot ( Art. 8 BV ) bzw. dem Diskriminierungsverbot (insbes. gemäss Art. 2 FZA sowie Art. 19 Anhang I FZA ) zu prüfen gewesen. Während nämlich die Bevorzugung ausserkantonaler Anbieter im Vergleich zu innerkantonalen Konkurrenten vorwiegend anhand der Vorgaben des Binnenmarktgesetzes zu beurteilen ist, erscheint die Benachteiligung der Betriebe mit Sitz in den EU/EFTA-Mitgliedstaaten im Vergleich zu ausserkantonalen, aber eben doch schweizerischen Arbeitgebern aufgrund des Freizügigkeitsrechts heikler. Weitere Erwägungen dazu erübrigen sich hier jedoch.

#### **E. 2.7**

Demnach wäre die Beschwerde aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes teilweise gutzuheissen gewesen und die Sache hätte zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müssen. Im Übrigen wäre die Beschwerde abzuweisen gewesen.

#### **E. 2.8**

Die Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerinnen hätten zu gleichen Teilen obsiegt bzw. wären entsprechend unterlegen. Damit sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens je hälftig jeweils unter Solidarhaft den Beschwerdeführern und den Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen (vgl. Art. 66 Abs. 1 und 5, Art. 65 BGG ). Parteienschädigungen sind bei diesem mutmasslichen Verfahrensausgang nicht geschuldet (vgl. Art. 68 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.