

## **BGer 2C\_81/2010 vom 7. Dezember 2010**

Bundesgericht, 2010-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_81\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_81_2010)

FR: TF 2C\_81/2010 du 7 décembre 2010

IT: TF 2C\_81/2010 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 Beschwerdeführerin in der Sache als nicht mehr aktuell. Überdies besteht kein Bedarf an einem ausnahmsweisen Verzicht auf das aktuelle praktische Interesse. Sollte die umstrittene Kautionspflicht wieder eingeführt werden bzw. würde eine neue Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern mit entsprechender Bestimmung allgemeinverbindlich erklärt, könnte dies wiederum angefochten und rechtzeitig einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden. Der Bundesrat hat denn auch mit Beschluss vom 22. September 2010 und mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2010 einen neuen überregionalen Gesamtarbeitsvertrag für die Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn allgemeinverbindlich erklärt. Eine Kautionspflicht ist darin nach der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin allerdings noch nicht vorgesehen. Sie macht dazu jedoch geltend, die Einführung einer solchen stehe kurz bevor. Diesfalls wird es ihr frei stehen, die entsprechende Ausdehnung anzufechten. Dazu wäre sie grundsätzlich auch legitimiert. Im Unterschied zu anderen Regelungen des Gesamtarbeitsvertrags wirkt sich eine Kautionspflicht nämlich auf ausländische Unternehmen aus. 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 Kautions durch den Arbeitgeber auch für solche ausländischen Betriebe, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Das würde auch die Beschwerdeführerin treffen, womit sie eine solche Kautionspflicht im gegebenen Zeitpunkt zeitgerecht anfechten könnte. Damit rechtfertigt es sich nicht, im vorliegenden Fall vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen. In der Hauptsache ist das vorliegende Verfahren damit als erledigt abzuschreiben.

### **E. 1.3**

Das gilt insoweit grundsätzlich auch für den prozessualen Streitpunkt, ob die Vorinstanz zu Recht das bei ihr hängige Verfahren abgeschrieben hat, als damit die Hauptsache in Frage steht. Das Kantonsgericht hat die Beschwerdeführerin indessen aus diesem Grunde als unterlegene Partei erachtet und ihr Verfahrenskosten auferlegt. In diesem Punkt ist die Beschwerdeführerin weiterhin beschwert, und sie hat insofern ein bleibendes aktuelles Interesse an der Überprüfung des angefochtenen Entscheids. Zwangsläufig ist dabei vorfrageweise zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Verfahren als gegenstandslos abschreiben durfte, ohne dadurch Bundesrecht zu verletzen.

### **E. 1.4**

Zu jenem grösseren Teil, in dem der vorliegende Rechtsstreit wegen Wegfalls des rechtlichen Interesses als erledigt erklärt wird, ist über die Prozesskosten mit summarischer Begründung aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes zu entscheiden ( Art. 72 BZP in Verbindung mit Art. 71 BGG ). Insofern ist also ebenfalls vorfrageweise zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Verfahren als gegenstandslos abschreiben durfte, ohne dadurch Bundesrecht zu verletzen.

### **E. 2.1**

Prozessual ist es unzulässig, eine Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, weil der damit angefochtene Entscheid wegen Gutheissung einer anderen, parallel erhobenen Beschwerde aufgehoben wird. Jedenfalls solange die Gutheissung nicht in Rechtskraft erwachsen ist, läuft dies auf eine formelle Rechtsverweigerung (nach Art. 29 Abs. 1 BV ) hinaus. Vielmehr ist die Beschwerdeführerin, deren Legitimation nicht bestritten war, vor der Vorinstanz grundsätzlich ebenfalls als obsiegend zu betrachten, soweit sie mit ihren Begehren, die hier ebenfalls auf Aufhebung der Allgemeinverbindlicherklärung lauteten, im Ergebnis durchgedrungen ist. Auf welcher Begründung diese Aufhebung beruhte, ist unmassgeblich, von hier nicht vorliegenden besonderen Konstellationen abgesehen, die allenfalls eine andere Einschätzung rechtfertigen würden. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz die beschwerdeführende deutsche Unternehmung auch nicht als unterliegend ansehen und ihr deswegen Verfahrenskosten, selbst nicht in reduziertem Umfang, auferlegen. Die Beschwerdeführerin beanstandet hingegen nicht die Wettschlagung der Parteikosten für das vorinstanzliche Verfahren im angefochtenen Entscheid.

### **E. 2.2**

Im Übrigen erweist sich der angefochtene Entscheid im Parallelverfahren, der die Grundlage für die Gegenstandsloserklärung durch die Vorinstanz bildete, als inhaltlich unzutreffend. Das Kantonsgericht verneinte die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung nach Art. 2 Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR

221.215.311). Es mag zutreffen, 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 sie 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 im Übrigen anerkannt. Art. 2 Ziff. 1 AVEG stünde demnach der Allgemeinverbindlicherklärung der hier fraglichen Kautionspflicht nicht entgegen.

### **E. 2.3**

Allerdings hätte dies nicht direkt zur Bestätigung der umstrittenen Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 18a GAV geführt. Vielmehr wäre noch die Frage der Übereinstimmung dieser Bestimmung 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 ausserkantonalen 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. Jedenfalls hätte das Kantonsgericht die Beschwerde der Beschwerdeführerin auch deshalb nicht als gegenstandslos erklären dürfen, weil sich seine rechtliche Beurteilung des dafür als Grundlage angerufenen Parallelentscheids als unzutreffend erweist.

### **E. 3.1**

Damit ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der Beschwerdeführerin im angefochtenen Entscheid Kosten auferlegt werden. Im Übrigen muss die Beschwerde wegen nachträglichen Wegfalls des schutzwürdigen Interesses als erledigt abgeschrieben werden.

### **E. 3.2**

Aufgrund der teilweisen Gutheissung und des mutmasslichen Prozessausgangs gehen die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens vollumfänglich zu Lasten der Beschwerdegegnerin ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Da die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten ist, steht ihr praxisgemäss keine Parteientschädigung zu (vgl. BGE 133 III 439 E. 4 S. 446).

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