

Memorandum

Datum Zürich, 6. Juli 2015 ROD | VBJ
322951|3567202_v1

An UNIA

Von Werner Stieger, Homburger
David Rosenthal, Homburger
Roger Zuber, Homburger

Betrifft GAV Bauhauptgewerbe | Fachstelle Risikoanalyse der Unia Region Zürich-Schaffhausen

Rechtliche Beurteilung der "Fachstelle Risikoanalyse"

I. Zusammenfassung

Die Fachstelle Risikoanalyse erstellt nach einem vordefinierten Raster eine Einschätzung, wie wahrscheinlich es ist, dass ein bestimmtes Unternehmen im Falle der Vergabe eines bestimmten Auftrags die darauf anwendbaren gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalten wird.

Die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse verstösst weder gegen gesamtarbeitsvertragliche Verpflichtungen noch gegen sonstige rechtliche Bestimmungen.

Die Erstellung der Risikoanalyse erfolgt innerhalb von zwei Arbeitstagen gestützt auf der Fachstelle übergebene, zugängliche und vorliegende Informationen sowie die besondere Fachkunde der Fachstelle. Im Rahmen der Erstellung einer Risikoanalyse nimmt die Fachstelle keine eigenen Kontrollen vor. Eine Einschätzung unterbleibt, d.h. die Ampel bleibt weiss, wenn für eine Beurteilung gemäss den vorgegebenen Kriterien nicht genügend Informationen vorliegen. Die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse unterscheidet sich folglich entscheidend von der der paritätischen Berufskommissionen, welche Kontrollen vornehmen und Sanktionen aussprechen.

Die gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages durch paritätische Berufskommissionen ist denn auch nur eine von mehreren Massnahmen zur Durchsetzung eines Gesamtarbeitsvertrages und Erreichung seiner Ziele. Die paritätischen Kommissionen ergänzen diese anderen Formen, ersetzen sie aber nicht. So bieten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände traditionell auch Informations- und Beratungsdienstleistungen für ihre Mitglieder und teils auch für Dritte bezüglich der Anwendbarkeit und der Einhaltung von Gesamtarbeitsverträgen an. Bei der Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse handelt es sich im weitesten Sinne ebenfalls um eine Informationsdienstleistung für Dritte. Dementsprechend dürften beispielsweise auch die Arbeitgeberverbände eine entsprechende Dienstleistung wie jene der Fachstelle anbieten, ebenso wie im Übrigen auch Drittfirmen.

II. Sachverhalt

Der Schweizerische Baumeisterverband einerseits sowie die Gewerkschaften Unia und Syna haben als Sozialpartner den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (**LMV**). Dieser wurde per 1. Februar 2013 allgemeinverbindlich erklärt.

Für die gemeinsame Durchführung des Gesamtarbeitsvertrages gemäss Art. 357b OR haben die Parteien eine Schweizerische Paritätische Vollzugskommission (Art. 13 LMV) sowie lokale paritätische Berufskommissionen (**PBK**; Art. 76 LMV) in der Rechtsform von Vereinen bestellt.

Die PBK führen unter anderen Lohn- und Baustellenkontrollen durch (vgl. Art. 76 Abs. 3 und 4 LMV). Zu kontrollierende Unternehmen werden durch das Los bestimmt; teils erfolgen auch Kontrollen auf Anzeige hin. Die PBK verfügen oftmals über kein eigenes Personal zur Durchführung der Kontrollen. Entsprechend werden Lohnkontrollen i.d.R. an spezialisierte Gesellschaften (Treuhandgesellschaften, Buchprüfungsgesellschaften) delegiert. Die Führung des Sekretariats erfolgt meist durch eine Vertragspartei im Auftrag einer PBK.

Die Unia Region Zürich-Schaffhausen betreibt eine Fachstelle, die im Auftrag von Generalunternehmern oder Bauherren sog. Risikoanalysen durchführt. Die "**Risikoanalyse**" ist vorliegend eine nach einem vordefinierten Raster erstellte Einschätzung, wie wahrscheinlich es ist, dass ein bestimmtes Unternehmen im Falle der Vergabe eines bestimmten Auftrags die darauf anwendbaren gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalten wird.

Die Fachstelle führt Risikoanalysen nur für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz aus. Die Fachstelle beurteilt nicht, ob eine Firma die gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen tatsächlich einhält oder dies in einem bestimmten Fall getan hat. Verstösse finden nur und erst Eingang in die Risikoabschätzung, wenn sie bereits anderweitig dokumentiert worden sind. Dabei stellt die Risikoanalyse unter anderem auf die Informationen der paritätischen Kommissionen ab. Es werden keine eigenen Kontrolltätigkeiten (Lohnbuchkontrollen, Baustellenkontrollen, usw.) wahrgenommen oder in Auftrag gegeben. Die Risikoanalyse bezieht allerdings nicht nur Informationen der paritätischen Kommissionen über Verstösse eines Gesamtarbeitsvertrages (**GAV**) mit ein, sondern berücksichtigt auch diverse andere Risikofaktoren (wie z.B. der Einsatz von Subunternehmen, Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Gerichtsverfahren oder Konkurse).

Eine Risikoanalyse wird für jede Vergabe und für jedes Unternehmen individuell und von neuem erstellt. Einerseits gibt eine Risikoanalyse nur jeweils die Einschätzung zum Zeitpunkt der ihr zugrundeliegende Recherche wieder und andererseits hängt sie inhaltlich von der Vergabesituation ab: Je nachdem, um welche Art von Auftrag es sich handelt, gilt ein anderer GAV und je nachdem, ob Subunternehmer zur Erfüllung beigezogen werden, müssen auch diese weiteren Unternehmen in die Risikobeurteilung einbezogen werden (durch eine gesonderte Risikoanalyse, oder, wo nicht gewünscht oder nicht möglich, als entsprechender Risikofaktor).

Das Ergebnis der Risikoanalyse erfolgt analog einer Bonitätsprüfung durch eine Ampelstellung: Eine grüne Ampel bedeutet kein oder geringes Risiko für Verstösse, eine gelbe Ampel ein erhöhtes und rote Ampel ein erhebliches Risiko. Liegen nicht genügend Informationen vor, bleibt die Ampel weiss. Bei der Mehrheit der bisher durchgeführten Analysen lagen nicht genügend Informationen für eine Risikobeurteilung vor, was insbesondere auf die geringe Dichte von Lohnbuchkontrollen der paritätischen Kommissionen zurückzuführen ist. Das Resultat wird nur dem Auftraggeber und der beurteilten Firma mitgeteilt. Welche Schlüsse der Auftraggeber aus der Ampelstellung für seine Vergabe zieht, liegt in dessen Verantwortung. Zur Unterstützung seiner Entscheidungsfindung wird im Falle einer gelben oder roten Ampel zusätzlich kurz mitgeteilt, warum es zu dieser Einschätzung gekommen ist.

Will derselbe oder ein anderer Auftraggeber dem Unternehmen einen neuen Auftrag erteilen, muss eine neue Risikoanalyse durchgeführt werden, da sich die Risikofaktoren zwischenzeitlich geändert haben können. Wurde z.B. eine Firma wegen in der Vergangenheit festgestellten Unregelmässigkeiten der Lohnbuchhaltung auf rot gesetzt und ergab eine zwischenzeitlich auf Eigeninitiative oder Anordnung hin durchgeführte Lohnbuchkontrolle keine Beanstandungen mehr, wird dies bei einer erneuten Risikoanalyse berücksichtigt.

Zur Erstellung einer Risikoanalyse laden der Bauherr oder die Generalunternehmung die zu prüfende Firma ein, auf einem Formular verschiedene Fragen zu beantworten (zur Firma, zu ihren Tätigkeiten, welchem GAV sie unterstellt ist, mit welchem Personal die Firma den Auftrag ausführen will, also ob mit eigenem Personal, Subunternehmen, Personalverleihern oder Selbstständigen) und eine Vollmacht unterzeichnen. Der Bauherr oder die Generalunternehmung leiten anschliessend das vom zu prüfenden Unternehmen ausgefüllte Formular bzw. die unterzeichnete Vollmacht an die Fachstelle Risikoanalyse weiter.

Nach Eingang der Dokumente bei der Fachstelle erfolgt die Risikoanalyse innert zweier Werktagen auf Basis einer standardisierten Recherche durch das Einholen von Auskünften über die zu prüfende Firma bei einer vordefinierten Liste von verschiedenen Stellen, die durch eine Internet- und Medienrecherche ergänzt wird:

- a. In einem ersten Schritt schätzt die Fachstelle ein, welche GAV aufgrund der zu vergebenen Arbeiten vorliegend zur Anwendung gelangen könnten und plausibilisiert die Angaben der Firma zur Unterstellung. Falls nötig werden Abklärungen bei der paritätischen Kommission gemacht;
- b. In einem zweiten Schritt holt die Fachstelle bei den paritätischen Kommissionen der zur Anwendung gelangenden GAV, den Arbeitsmarktbehörden, den Sozialversicherungen, dem Handelsregister, dem Konkursamt und ggf. weiteren privaten und behördlichen Stellen Auskünfte darüber ein, was eine Firma tut und ob und wie sie die gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen einhält. Diese Auskünfte werden ergänzt durch Recherchen in Datenbanken und im Internet auf Hinweise auf Gesetzes- oder Vertragsverstösse (z.B. hängige oder abgeschlossene Rechtsfälle, Vergleiche, Medienberichte) und andere, für die Analyse relevante Risikofaktoren. Die Fachstelle stützt sich ausschliesslich auf ihr zum Zeitpunkt der Analyse zugängliche Unterlagen und Auskünfte ab. Sie nimmt insbesondere keine Vor-Ort-Kontrollen, Lohnbuchprüfungen, Untersuchungen oder Befragun-

gen betroffener Mitarbeiter vor, gibt solche nicht in Auftrag und verlangt sie auch nicht. Es werden im Zusammenhang mit Anfragen bei paritätischen Kommissionen oder Sozialversicherungen auch keine Angaben zu Arbeitnehmenden der Firma erfragt oder abgespeichert;

- c. Die so zusammengetragenen Unterlagen werden nach einem vordefinierten Raster bewertet. Das Raster hält für die einzelnen Themenbereiche fest, bei welchen etwaigen Vorkommnissen (Risikofaktoren) welche Ampel zu setzen bzw. in welchen Fällen mangels hinreichender Informationen keine Ampelsetzung möglich ist.

Die Themenbereiche sind:

- GAV-Unterstellung,
- Einhaltung von Arbeitsbedingungen,
- Einsatz Subunternehmen, Personalverleiher oder Selbstständige,
- Umfeld und Personen der Firma,
- Möglichkeit eines Augenscheins vor Ort durch die zuständigen Stellen;

- d. Die erfolgte Ampelstellung wird innerhalb der Fachstelle von einer zweiten Person anhand der ihr zugrundeliegenden Dokumentation überprüft (Vier-Augen-Prinzip).

Die Prozesse für die Durchführung der Risikoanalyse sind definiert, und es bestehen Regelungen zur Arbeitsweise sowie ein Datenschutzreglement.

Die Fachstelle tritt als privater Auftragnehmer des jeweiligen Bauherrn oder Generalunternehmers auf. Öffentlich nicht zugängliche Informationen werden bei Dritten nur eingeholt, soweit eine entsprechende Vollmacht der zu prüfenden Firma vorliegt. Die Kosten der Risikoanalyse trägt der Auftraggeber.

Zur Ausarbeitung dieses Gutachtens stützen wir uns auf die Instruktionsgespräche sowie unter anderem auf die nachfolgenden Dokumente:

- Dienstleistungsvertrag "Risikoanalyse Lohndumping" vom 30. September 2014
- Beschreibung "Wie funktioniert die Risikoanalyse Lohndumping?"
- Kriterien Risikoanalyse "Lohndumping" vom 1. Februar 2015
- Verschiedene Merkblätter der Fachstelle Risikoanalyse bezüglich der Durchführung, der Prozesse, der Aktenablage, Firmenanfragen, Spezialfälle usw.

- Reglement über die Datenbearbeitung im Rahmen der Risikoanalyse "Lohndumping" vom 1. Oktober 2014
- Von der Fachstelle Risikoanalysen verwendete Vorlagen (Vollmacht, Fragebogen, Anfragen an paritätische Kommissionen, Ergebnisübersicht)
- Gutachten Herr RA Prof. Dr. Urs Saxer | Frau RA Sophie Arnold vom 3.|17. März 2015
- Korrespondenz zwischen der Unia und Herrn Rupli vom 20.|22. Mai 2015 bzw. zwischen der Unia und Herrn Prof. Dr. Saxer vom 8.|12. Juni 2015

Weiter haben wir bei unserem Gutachten vorab die Bestimmungen des LMV berücksichtigt, auch wenn sich im Anwendungsbereich anderer GAV grundsätzlich ähnliche Fragen stellen.

III. Fragestellung

Ist die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse zulässig, insbesondere unter Berücksichtigung:

- a. der Bestimmungen des LMV;
- b. einer allfälligen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Unia als Sozialpartnerin;
- c. einer allfälligen vereinsrechtlichen Treuepflicht der Unia Zürich-Schaffhausen als Mitglied der PBK des Kantons Zürich;
- d. eines allfälligen Verstosses gegen die richterliche Unabhängigkeit als Mitglied der PBK des Kantons Zürich.

IV. Ergebnis

Die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse steht im Einklang mit den gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Vorschriften, insbesondere:

- a. enthält der LMV weder ausdrücklich noch sinngemäss ein Verbot einer derartigen Tätigkeit;
- b. ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht – soweit bestehend – nicht verletzt, da der Zweck der gemeinsamen Durchführung, die Einhaltung des LMV zu gewährleisten, durch die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse nicht beeinträchtigt oder vereitelt wird;
- c. liegt keine Verletzung der vereinsrechtlichen Treuepflicht vor, da die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse dem Zweck der PBK (Kontrolle und Durchsetzung des LMV) nicht zuwiderläuft;

- d. handelt es sich bei der PBK weder um ein Gericht noch eine Behörde; ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit kann bereits aus diesem Grunde nicht vorliegen.

V. Erläuterungen

A. Keine Verletzung des LMV

Der LMV enthält kein ausdrückliches Verbot der Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse.

In den Diskussionen über die Zulässigkeit der Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse wird teils suggeriert, die Durchsetzung bzw. der Vollzug des LMV obliege ausschliesslich der PBK. Dies trifft nicht zu. Wie nachfolgend dargelegt wird, werden Bestimmungen eines GAV unterschiedlich durchgesetzt (unten Ziff. 1). Dies gilt auch im Bereich des LMV; entsprechend schliesst der LMV die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse auch nicht implizit aus (unten Ziff. 2).

1. Die Durchsetzung der Bestimmungen eines GAV

Die Durchsetzung von Bestimmungen eines GAV erfolgt auf unterschiedliche Art und Weise. Dabei ist vorab zu beachten, dass GAV verschiedene Arten von Bestimmungen kennt:

Die **schuldrechtlichen** Bestimmungen regeln die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien, d.h. der vertragsschliessenden Verbänden oder Arbeitgeber (STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 356 OR N.10).

Normative Bestimmungen in GAV betreffen den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der Arbeitsverhältnisse. Sie gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 357 Abs. 1 OR; vgl. ZK-VISCHER|ALBRECHT, Art. 356 OR N. 68 ff.).

Als sog. **indirekt-schuldrechtliche** Bestimmungen werden Regelungen bezeichnet, die sich zwar auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auswirken, die jedoch nicht Regelungsgegenstand eines Einzelarbeitsvertrages sein können und deshalb zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages keine direkten Rechte verschaffen. Es handelt sich um Rechte und Pflichten der beteiligten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, Gegenpartei ist jedoch der Verband, dem sie angehören, allenfalls auch die Parteien des GAV gemeinsam oder Dritte (ZK-VISCHER|ALBRECHT, Art. 356 OR N. 91 ff.). Beispiele von indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen sind etwa Beiträge an Ausgleichskassen, Vertretung der Arbeitnehmer im Betrieb, Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen, Solidarbeiträge an die Vertragsgemeinschaft oder den Betrieb von Freizeitanlagen (STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 356 OR N.10).

Entsprechend der Art der Bestimmung unterscheidet sich deren Durchsetzung. Soweit sich die Streitigkeiten auf schuldrechtliche Beziehungen zwischen den GAV-Parteien beziehen, ist zur Beurteilung der Zivilrichter zuständig, sofern die Parteien keine schiedsgerichtliche Zuständigkeit vereinbart haben.

Die normativen Bestimmungen eines GAV gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die einem GAV unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 357 Abs. 1 OR). Die Durchsetzung dieser Bestimmungen erfolgt in erster Linie durch den anspruchsberechtigten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer durch Zivilklage im Rahmen einer arbeitsvertraglichen Auseinandersetzung (ZK-VISCHER|ALBRECHT, Art. 357 OR N. 15).

Gemäss Art. 357a Abs. 1 OR sind die Vertragsparteien verpflichtet, für die Einhaltung des GAV zu sorgen. Zu diesem Zweck haben Verbände auf ihre Mitglieder einzuwirken und nötigenfalls die statutarischen und gesetzlichen Mittel einzusetzen. Gewisse GAV halten ausdrücklich fest, dass die Vertragsparteien für die Durchsetzung des GAV zu sorgen haben (so z.B. der GAV des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes, Art. 3.5.2: *"Diese Bestimmungen sind für alle gemäss Art. 3 GAV unterstellten Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich. Gegen Widerhandlungen ist von den Vertragsparteien mit allen geeigneten Mitteln vorzugehen."*).

Art 357b Abs. 1 OR sieht weiter vor, dass in einem zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV die Vertragsparteien vereinbaren können, dass ihnen der Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam zusteht und entsprechend gemeinsam durchgesetzt werden muss. Eine solche Vereinbarung ist möglich, soweit es sich um folgende Gegenstände handelt: Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wobei der Anspruch nur auf Feststellung geht (lit. a); Beiträge an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen, Vertretungen der Arbeitnehmer in den Betrieben und Wahrung des Arbeitsfriedens (lit. b) sowie Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen in Bezug auf Bestimmungen gemäss lit. a und b (lit. c). Mit der Vornahme dieser Handlungen betrauen die Parteien in der Regel paritätische Kommissionen.

Die gemeinsame Durchführung verstärkt die Stellung der vertragsschliessenden Verbände, da die beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber gegenüber den Verbänden auch für **indirekt-schuldrechtliche** Verpflichtungen (im Rahmen von Art. 357b Abs. 1 lit. a–c OR) verpflichtet werden. Damit wird das teils bestehende Ungenügen der Einwirkung der Einzelverbände auf ihre Mitglieder gemäss Art. 357a Abs. 1 OR korrigiert und bei einer Allgemeinverbindlicherklärung des GAV ist eine Durchsetzung der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen auch gegenüber Aussenseitern möglich (Art. 4 Abs. 1 AVEG; vgl. STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 357b OR N.3). Ohne gemeinsame Durchführung gemäss Art. 357b OR könnten indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen gegenüber Verbandsmitgliedern nur erschwert und gegenüber Aussenseitern gar nicht durchgesetzt werden. Nach der Praxis des SECO ist die gemeinsame Durchführung Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV; die Allgemeinverbindlicherklärung von indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen ist beim Fehlen der gemeinsamen Durchführung gar gesetzlich ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 2 AVIG; vgl. zum Ganzen: STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 357b OR N. 6).

Letztendlich dienen auch verschiedene Tätigkeiten der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände mindestens indirekt der (nicht gemeinsamen) Durchführung (sprich: Durchsetzung) von GAV: Durch Merkblätter und Beratung werden Mitglieder und/oder Dritte über die Rechtslage informiert. Arbeitnehmerverbände unterstützen die Arbeitnehmer bei der Wahrnehmung von Mitwirkungsrechten und bieten für ihre Mitglieder zudem oft auch Rechtsschutzdienstleistungen zur

Durchsetzung von individuellen (gesamtarbeitsvertraglichen und gesetzlichen) Rechten an: mindestens intern bieten Arbeitgeberverbände für ihre Mitglieder oftmals analoge Leistungen an. Je nach Branche und Umständen erfolgt diese Information und Unterstützung unterschiedlich, teils auch vor Ort (Betriebs- oder Baustellenbesuche). Hinweise von Mitgliedern der Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerverbände können zudem zur Aufdeckung von Verstössen von GAV dienen.

2. Die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse verstösst nicht gegen den LMV

Die Vertragsparteien haben zur gemeinsamen Durchführung des LMV i.S. von Art. 357b OR lokale PBK geschaffen (Art. 75 ff. LMV). Die PBK kontrollieren die Einhaltung der Bestimmungen gemäss Art. 357b Abs. 1 lit. a und b OR (z.B. durch Lohnkontrollen oder Kontrollen von Baustellen), verfassen einen Bericht über das Ergebnis der Kontrolle und sprechen – sofern ein Verstoß gegen den LMV festgestellt wurde – gegebenenfalls eine Sanktion aus (Art. 76 und 79 LMV).

Ohne die in den Art. 75 ff. LMV vereinbarte gemeinsame Durchführung wären die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen des LMV nicht allgemeinverbindlich erklärt worden; möglicherweise wäre die Allgemeinverbindlicherklärung des LMV als Ganzes unterblieben (Art. 1 Abs. 2 AVIG; vgl. zum Ganzen: STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 357b OR N. 6). Nur die gemeinsame Durchführung erlaubt letztendlich eine effiziente Durchsetzung von indirekt-schuldrechtlichen Verpflichtungen; gegenüber Aussenseiter wäre eine Durchsetzung derartiger Bestimmungen durch die Verbände ganz ausgeschlossen.

Die Sozialpartner haben folglich ein naheliegendes Interesse an der Vereinbarung einer gemeinsamen Durchführung. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass die Parteien damit alle anderen Möglichkeiten und Varianten der Durchsetzung des LMV und Förderung dessen Ziele ausschliessen wollten. Die gemeinsame Durchführung gemäss Art. 357b OR bzw. Art. 75 ff. LMV soll die übrigen Formen der Durchsetzung des GAV ergänzen, nicht aber ersetzen (STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 357b OR N.2; ZK-VISCHER|ALBRECHT, Art. 357b OR N. 2). So bleiben Verbandsmitglieder beispielsweise gegenüber ihren Verbänden - im Rahmen der verbandsinternen Regularien – zur Einhaltung des GAV verpflichtet (ZK-VISCHER|ALBRECHT, Art. 357b OR N. 2), und Leistungsklagen aus den normativen Bestimmungen sind den Arbeitnehmern bzw. Arbeitgebern vorbehalten (STREIFF|VON KAENEL|RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 357b OR N.2). Die gemeinsame Durchführung schliesst folglich nicht aus, dass sich die Verbände auch anderweitig für die Einhaltung des GAV (z.B. durch Beratung oder Rechtsschutz für Mitglieder, Öffentlichkeitsarbeit) einsetzen.

Eine eigentliche "Parallelaktivität" eines Arbeitnehmerverbandes zur Kontrolltätigkeit der PBK ist aus rechtlichen Gründen ohnehin ausgeschlossen. So hätte etwa ein Arbeitnehmerverband keine rechtlichen Möglichkeiten, gegenüber einem Arbeitgeber Lohnbuchkontrollen oder Sanktionen durchzusetzen.

Die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse unterscheidet sich bezüglich Zweck wie Mittel deutlich von den Aufgaben der PBK. Die Fachstelle Risikoanalyse nimmt weder eigene Kontrollen vor noch werden Sanktionen ausgesprochen. Gestützt auf Angaben des Unternehmens sowie

eingeholten Auskünften von Dritten bzw. Behörden (vgl. oben Ziff. II) erstellt die Fachstelle Risikoanalyse vielmehr eine Prognose, ob in der Zukunft mit arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Ungereimtheiten zu rechnen ist. Über Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten verfügt sie keine. Selbst wenn die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse mittelbar auch die Folge hätte, dass sich Unternehmen vermehrt an den LMV halten, wäre dies wie oben dargelegt unproblematisch. Während die PBK gestützt auf eine Kontrolle eine Beurteilung *ex post* vornimmt, gibt die Fachstelle eine nach definierten Kriterien erstellte Einschätzung des Risikos eines Gesetzes- oder Vertragsverstosses *ex ante* ab und tut im Grunde das, was jedes Unternehmen, das das betreffende (Sub-)Unternehmen einsetzen möchte, aus Gründen der Sorgfalt tun müsste, aber hierzu meist nicht über die nötige Fachkunde verfügt.

Im weitesten Sinne handelt es sich um eine Informationsdienstleistung, bei der die Fachstelle mit ihrem Fachwissen die Angaben des Unternehmens zum anwendbaren GAV plausibilisiert, bestehende Informationen sammelt und nach einem vorbestehenden Raster (ähnlich wie bei einer Bonitätsprüfung) in einem Ampelsystem beurteilt. Sowohl Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerverbände bieten traditionell Beratungs- und Informationsdienstleistungen für ihre Mitglieder, teils aber auch für Dritte (z.B. Medien) an. Mitglieder und Dritte erhalten regelmässig kostenlos Informationen zum GAV (vgl. z.B. <http://www.baumeister.ch/rechtsdienst/merkblaetter/>). Mitglieder erhalten zudem oftmals eine individuelle rechtliche Beratung bezüglich der Anwendbarkeit und der Einhaltung eines GAV; soweit notwendig werden sie auch bei der Durchsetzung ihrer Rechte unterstützt (vgl. z.B. <http://www.unia.ch/de/mitglieder-service/ihr-nutzen/beratung/>). Diese Informations- und Beratungsleistungen sind unstrittig zulässig. Es wäre kaum nachvollziehbar, weshalb nicht auch Dritten (z.B. Generalunternehmungen, Bauherren) Informationsdienstleistungen im Zusammenhang der Anwendbarkeit eines GAV erbracht werden dürften, jedenfalls wenn dies den Zielen des GAV dient.

B. Keine Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

Gemäss Art. 357b Abs. 3 OR finden auf das Verhältnis der Vertragsparteien unter sich die Vorschriften über die einfache Gesellschaft sinngemäss Anwendung, soweit der GAV nichts anderes bestimmt. Auf Grund der Systematik sowie Sinn und Zweck der Norm kann es sich dabei nur um das Verhältnis der Vertragsparteien in Bezug auf die gemeinsame Durchführung des GAV (d.h. in Bezug auf Art. 357b Abs. 1 OR) handeln. Die Aufzählung der Bestimmungen, die Gegenstand der gemeinsamen Durchführung sein können, ist abschliessend (ZK-VISCHER|ALBRECHT, Art. 357b OR N. 9).

Zur gemeinsamen Durchführung des LMV haben die Parteien die Bestellung von PBK in der Rechtsform von Vereinen bestimmt (Art. 76 Abs. 1 LMV). Es ist fraglich, ob diesfalls noch Raum für die Anwendung der Bestimmungen der einfachen Gesellschaft besteht.

Selbst wenn die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft anwendbar wären, wären diese durch die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse nicht verletzt. Gemäss Art. 536 OR darf kein Gesellschafter zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde. Gemäss Wortlaut und h.L. schliesst die Bestimmung selbst eine konkurrenzierende Tätigkeit nur dann aus, wenn diese den Geschäfts-

zweck tatsächlich beeinträchtigt oder vereitelt (ZK-HANDSCHIN|VONZUN, Art. 536 OR N. 17 m.w.Verw.).

Mit der gemeinsamen Durchführung bzw. den vorgesehenen Kontrollen und Sanktionsmöglichkeiten bezwecken die Parteien, die Einhaltung des LMV zu gewährleisten. Dies folgt aus den obigen Ausführungen, jedoch beispielsweise auch aus der Zweckbestimmung der PBK des Kantons Zürich (siehe unten Ziff. C). Es ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser Zweck durch die Fachstelle Risikoanalyse beeinträchtigt oder vereitelt würde. Wie oben ausgeführt, schliesst die gemeinsame Durchführung nicht aus, dass die Verbände auch anderweitig für die Einhaltung des GAV besorgt sind.

Weiter unterscheidet sich die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse entscheidend von dieser der PBK. Die einseitige Ausübung der Aufgaben gemäss Art. 357b OR bzw. Art. 75 ff. LMV durch die Unia wäre denn rechtlich auch gar nicht möglich, weil die Kompetenzen zur einseitigen Durchführung von Kontrollen und der Geltendmachung von Konventionalstrafen fehlen. Die Fachstelle Risikoanalyse nimmt denn auch keine eigenen Kontrollen vor und sie spricht keine Sanktionen aus. Soweit sie bei der Beurteilung die Einhaltung der Arbeitsbedingungen berücksichtigt, stützt sie sich mitunter auf die Erkenntnisse der Kontrollen der PBK ab. Es handelt sich somit nicht um eine "Parallelaktivität", sondern wie oben bereits ausgeführt um eine komplementäre Tätigkeit.

C. Keine Verletzung einer vereinsrechtlichen Treuepflicht

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Verein sehen keine allgemeine Treuepflicht vor. Entsprechende Handlungs- oder Unterlassungspflichten können jedoch in den Statuten vorgesehen werden. In der Lehre und Rechtsprechung wird jedoch auch eine ungeschriebene Treuepflicht bejaht (vgl. BK-RIEMER Art. 70 ZGB N. 189 m.w.Verw.). Ohne statutarische Grundlage kann jedoch nur eine offensichtliche Verletzung der Treuepflicht in Betracht fallen; so etwa Handlungen die dem Vereinszweck offensichtlich zuwiderlaufen (vgl. BK-RIEMER Art. 70 ZGB N. 195 f.).

Gemäss Art. 2 der Statuten der PBK des Kantons Zürich bezweckt der Verein die Kontrolle und Durchsetzung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV inklusive dessen Anhänge und Zusatzvereinbarungen. Weiter nimmt der Verein die den paritätischen Kommissionen übertragenen Aufgaben wahr.

Die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse läuft dem Vereinszweck nicht zuwider. Es kann auf die obigen Ausführungen betr. der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verwiesen werden.

D. Keine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit und Ausstandspflicht

Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt wird, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der verfassungsrechtliche Anspruch wird durch die jeweiligen Verfahrensrechte (z.B. ZPO; StPO) konkretisiert (STEINMANN, St. Galler-Kommentar zur BV, Art. 30 BV N. 4).

In Zivilverfahren konkretisieren Art. 47 ff. ZPO den Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Art. 47 Abs. 1 ZPO umschreibt die Umstände, unter welchen ein Richter in den Ausstand zu treten hat. Art. 47 Abs. 2 ZPO hält demgegenüber fest, dass eine vorgängige Mitwirkung des Richters in folgenden Verfahren für sich allein kein Ausstandsgrund darstellen: a) beim Entscheid über unentgeltliche Rechtspflege; b) beim Schlichtungsverfahren; c) bei der Rechtsöffnung; d) bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen; e) beim Eheschutzverfahren.

Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, wenn eine Person prozessarm ist und wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Der Richter hat bei einem entsprechenden Gesuch folglich unter anderem die Gewinnchancen und die Verlustrisiken eines angestrebten Prozesses abzuwägen (BK-BÜHLER, Art. 117 ZPO N. 228 ff.). Diese Prognose über den Prozessausgang ist – nebst dem Kriterium der Mittellosigkeit – entscheidend für die Beurteilung des Armenrechtsgesuchs. Auch in vorsorglichen Massnahmeverfahren hat der Richter den Hauptsachenanspruch einer ersten Beurteilung zu unterziehen und eine sog. Hauptsachenprognose zu treffen (ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N. 13; KUKO ZPO-KOFMEHL EHRENZELLER, Art. 261 N. 6; BK-GÜNGERICH, Art. 261 ZPO N. 16).

Selbst in gerichtlichen Verfahren darf ein Richter folglich mitwirken und ein Urteil in der Sache fällen, obwohl er vorgängig bereits – im Rahmen eines Gesuches um vorsorgliche Massnahmen oder um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege – in einem Entscheid eine Prognose über den Prozessausgang abgegeben hat. Dem Richter wird somit zugetraut, dass er nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens auch entgegen der vorgängig getroffenen Hauptsachenprognose entscheiden kann.

Die vorgängige Erstellung einer Prognose über den Verfahrensausgang schliesst mithin die gerichtliche Unabhängigkeit nicht aus. Im vorliegenden Fall gibt die Fachstelle Risikoanalyse zudem keine Prognose über den Ausgang einer allfälligen zukünftigen Kontrolle oder hinsichtlich zukünftiger Sanktionen einer PBK ab; die Fachstelle beschäftigt sich nur mit jenen Vorfällen, die von der PBK bereits entschieden wurden oder anderweitig aktenkundig sind. Sie verwendet die Existenz von Vorfällen lediglich als Indikator zur Einschätzung der Wahrscheinlichkeit weiterer Fälle beim betreffenden Arbeitgeber. Gestützt auf verschiedene beigezogene Daten gibt sie nach einem vorgegebenen und transparenten Raster einzig eine Prognose ab, ob bei einem Unternehmen erhöhte Risiken bezüglich arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Unregelmässigkeiten bestehen. Diese gestützt auf verschiedene definierte Unterlagen erstellte Prognose (Ergebnisse früherer Lohnbuchkontrollen, Konkurse, Unregelmässigkeiten beim Bezug von Subunternehmern usw.) präjudiziert das Ergebnis einer zukünftigen Lohnbuchkontrolle durch eine PBK in keiner Weise. Wird etwa (unter anderem) gestützt auf systematische Verstösse bei früheren Lohnbuchkontrollen durch die Fachstelle Risikoanalyse eine negative Prognose abgegeben, bleibt das Ergebnis einer zukünftigen Lohnbuchkontrolle völlig offen. Gleiches gilt, wenn eine positive Prognose abgegeben wurde.

Bei paritätischen Kommissionen liegt es in der Natur der Sache, dass den Mitgliedern die zu kontrollierenden Parteien teils aus ihrer Tätigkeit bereits bekannt sind. So sind die Arbeitgebervertreter in der Regel entweder Konkurrenten oder Geschäftspartner (z.B. bei Subunternehmern) der zu kontrollierenden Unternehmen. Arbeitnehmervertreter erhalten demgegenüber von

ihren Mitgliedern, sei es im Rahmen der Rechtsberatung oder bei anderer gewerkschaftlicher Tätigkeit, Hinweise zu den Verhältnissen bei einzelnen Unternehmen.

Ohnehin ist vorliegend nicht relevant, ob die PBK den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV entspricht. Diese Bestimmung gilt nur für gerichtliche Verfahren. Ausserhalb von gerichtlichen Verfahren verlangt Art. 29 Abs. 1 BV auch von Verwaltungsbehörden ein bestimmtes Mass an Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, und selbst eine solche sind die PBK nicht. Die Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV können jedenfalls nicht unbesehen übernommen werden (STEINMANN, St. Galler-Kommentar zur BV, Art. 29 BV N. 35). Bei Behörden gilt der Anspruch auf richterliche Unabhängigkeit folglich nur eingeschränkt; bei privaten Gremien (wie hier) gibt es keine verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Ein GAV kann die Gründung von Vereinen vorsehen, denen die gemeinsame Durchführung nach Art. 357b OR übertragen wird (BGE 134 III 541 E. 4). Diesfalls ist der privatrechtlich organisierte Verein für entsprechende Klagen aktivlegitimiert. Der Umfang der Aktivlegitimation richtet sich – im Rahmen von Art. 357b OR – nach den der paritätischen Kommission im GAV zugewiesenen Kompetenzen (BGE 140 III 391 E. 2; 137 III 556 E. 4.5).

Durch die Einsetzung einer PBK in der Form eines Vereins können die an einem GAV beteiligten Verbände somit die Aktivlegitimation für gewisse (privatrechtliche) Ansprüche auf diese übertragen. Die paritätischen Kommissionen verfügen mithin einzig über Ansprüche, welche – sofern keine Übertragung erfolgt wäre – den beteiligten Verbänden zustehen würden.

Hoheitliche bzw. richterliche Funktionen nehmen die paritätischen Kommissionen im Rahmen der gemeinsamen Durchführung von GAV keine wahr. Dies gilt auch, wenn ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wurde (vgl. zum Ganzen: RONCORONI, Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Art. 1 – 21 AVEG, N. 163 ff.). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV wird einzig der Anwendungsbereich eines GAV auch auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt, die nicht am Vertrag beteiligt sind (Art. 1 Abs. 1 AVGE), nicht aber zusätzliche Kompetenzen für die paritätische Kommission geschaffen. So entscheidet einzig der Zivilrichter, und nicht die paritätische Kommission, ob ein Betrieb unter einen allgemeinverbindlichen GAV fällt (Urteil 4A_351/2014 des Bundesgerichts vom 9. September 2014, E. 5.2). Weiter müssen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber, auf welche der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt wurde, nicht einer Kontrolle durch die paritätische Kommission unterziehen. Diese können jederzeit bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans verlangen (Art. 5 Abs. 1 AVEG).

Letztendlich haben die paritätischen Kommissionen – unabhängig davon ob es sich bei den Arbeitnehmern oder Arbeitgebern um Verbandsmitglieder handelt – keinerlei hoheitliche oder gar richterliche Kompetenz. Paritätische Kommissionen können einzig (soweit ihnen die entsprechende Aktivlegitimation von den Verbänden übertragen wurde) Ansprüche geltend machen, nicht jedoch verfügen oder urteilen. Werden diese Ansprüche bestritten, so muss die paritätische Kommission an den Zivilrichter gelangen, welcher Bestand und Umfang der geltend gemachten Ansprüche frei prüft (BGE 140 III 391). Dies gilt nicht nur für Sanktionen, sondern auch für die Durchführung von Kontrollen (Urteil 4C_60/2007 des Bundesgerichts vom 28. Juni

2007, E. 2 ff.). Da den paritätischen Kommissionen in Erfüllung ihrer Aufgaben nicht verfügen können, fehlt ihnen das entscheidende Merkmal, um als Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung als Behörde zu gelten (Art. 1 Abs. 1 lit. e VwVG).

Bei den paritätischen Kommissionen handelt es sich folglich weder um Gerichte noch um Behörden, sondern um privatrechtlich organisierte Vereine. Entsprechend finden Art. 29 und 30 BV keine Anwendung. Daran vermag nichts zu ändern, dass auch im Verfahren vor den paritätischen Kommissionen im Einzelnen umschriebene rechtsstaatliche Grundsätze gelten (Art. 76 Abs. 4 LMV). Diese Grundsätze gelten auf Grund vertraglicher Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien, machen die paritätischen Kommissionen jedoch weder zu Gerichten noch zu Behörden.

E. Weitere Aspekte

Gemäss dem Gutachten von Herr RA Prof. Dr. Urs Saxer und Frau RA Sophie Arnold vom 3. März 2015 (S. 11–17) lassen Kartellgesetz und Datenschutzgesetz die Tätigkeit der Fachstelle derzeit nicht als rechtswidrig erscheinen. Wir verzichten deshalb einstweilen auf eine Diskussion dieser Themen. In aller Kürze nur dies:

Die Ausführungen im Gutachten Saxer|Arnold zu den Themen **Datenschutz** und **UWG** (S. 11–15) basieren auf der Vermutung, dass Prognosen der Fachstelle Risikoanalyse weder auf klaren, transparenten Kriterien, noch auf umfassenden Informationen erstellt werden (Rz. 44) bzw. das bei Unklarheiten tendenziell die Ampel auf rot geschaltet werde (Rz. 38). Beides trifft nicht zu. Wie oben ausgeführt (vgl. Ziff. II) erfolgt die Beurteilung der Fachstelle durch ein vorgegebenes Raster. Zudem bleibt die Ampel weiss, sofern nicht genügend Informationen für eine Beurteilung vorliegen. Dies war bei einer Mehrheit der bisher durchgeführten Analysen offenbar auch der Fall. Entsprechend haben wir nicht weiter geprüft, ob die im Gutachten Saxer|Arnold angesprochenen Risiken bestehen würden, sofern die Fachstelle ihre Prognosen gestützt auf Mutmassungen erstellen würde.

Bezüglich **wettbewerbsrechtlicher Aspekte** teilen wir die Auffassung von Saxer|Arnold (S. 15–17), wonach *nicht* von einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten auszugehen ist und sich derzeit keine entsprechenden Bedenken stellen. Auf weitergehenden Abklärungen, insbesondere für den hypothetischen Fall einer marktbeherrschenden Stellung, haben wir verzichtet.

F. Keine Handlungspflicht des Seco

Wie oben ausgeführt, steht die Tätigkeit der Fachstelle Risikoanalyse im Einklang mit den gesetzlichen und gesamtvertraglichen Vorschriften. Eine Handlungspflicht des Seco fällt deshalb ausser Betracht.

Ohnehin enthält das **AVEG** nach unserer Auffassung keine rechtliche Grundlage für den Erlass von Weisungen an paritätische Kommissionen durch das Seco. Gemäss Art. 5 Abs. 2 AVEG unterstehen einzig Ausgleichskassen oder andere Einrichtungen im Sinne von Art. 357b Abs. 1 lit. b OR der Aufsicht des Seco. Diese müssen nicht nur im Zeitpunkt der Allgemeinverbindlich-

erklärung, sondern andauernd Gewähr für eine geordnete Verwaltung bieten. Zur Erreichung dieses Ziels reichte dem Gesetzgeber die Möglichkeit einer Zivilklage nicht aus. Deshalb steht der zuständigen Behörde das Recht zu, von den Trägern der Kasse oder der Einrichtung jederzeit die notwendigen Auskünfte zu verlangen (vgl. zum Ganzen: RONCORONI, Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Art. 1 – 21 AVEG, N. 200 ff.). Ein Weisungsrecht der Behörde gegenüber den Kassen oder Einrichtungen wurde vom Parlament abgelehnt; bei nicht ordnungsgemässer Führung ist jedoch die Ausserkraftsetzung der Allgemeinverbindlicherklärung möglich (RONCORONI, Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Art. 1 – 21 AVEG, N. 203 f.).

Da ein Aufsichtsrecht der Behörde ausdrücklich einzig für Ausgleichskassen oder andere Einrichtungen im Sinne von Art. 357b Abs. 1 lit. b OR vorgesehen wurde, ist im Umkehrschluss davon auszugehen, dass die übrigen Bereiche nicht der Aufsicht unterstehen. Die Unterscheidung ist sachlich auch gerechtfertigt, da Aussenseiter gestützt auf Art. 6 AVEG jederzeit Kontrollen durch paritätische Kommissionen ablehnen können, während dem sie zwingend der Beitragspflicht an Kassen oder anderen Einrichtungen unterliegen.

Im Bereich des **Entsendegesetzes** nehmen die paritätischen Kommissionen Kontrollfunktionen wahr (Art. 7 Abs. 1 lit. a EntsG). Stellen sie dabei Verstösse fest, melden sie diese der zuständigen kantonalen Behörde, welche eine allfällige Sanktion ausspricht (Art. 9 EntsG). Die paritätischen Kommissionen haben mithin keine solche Sanktionskompetenz gestützt auf das EntsG. Sie können auch nicht verfügen, entsprechend handelt es sich nicht um eine Behörde (Art. 1 Abs. 1 lit. e VwVG). Da zudem gestützt auf das Entsendegesetz Arbeitgeber mit Sitz im Ausland kontrolliert werden, die Fachstelle jedoch Risikoanalysen ausschliesslich für Unternehmen mit Sitz im Inland erstellt, gibt es bezüglich den Tätigkeiten keine Überlappungen. Ob und inwieweit des Seco gestützt auf Art. 14 EntsG paritätischen Kommissionen grundsätzlich Weisungen erteilen kann, haben wir deshalb nicht weiter geprüft.