Geltung allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge und Zulässigkeit der Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Basel-Landschaft im Zeitraum 2010 - 2017

Gutachten

von

Jean-Fritz Stöckli

Prof. Dr. iur., lic. oec. HSG
em. Ordinarius an der Universität Basel

Inhalt

A) Grundlagen 4
1. AVE GAV Gipsergewerbe im Kanton Baselland 4
2. AVE GAV Malergewerbe im Kanton Baselland 4
3. Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe 4
4. Weitere Dokumente 5
B) Fragestellung 5
C) Stellungnahme 6
1. Geltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland aus dem Jahr 2002 im Zeitraum 2010 – 2017 6
1.1. Voraussetzungen der Geltung im Allgemeinen 6
1.2. Grundlagen der Geltung im vorliegenden Fall 6
1.2.1. Zustandekommen des Gesamtarbeitsvertrages 6
1.2.2. Weitergeltung im Zeitraum 2010 bis 2017 6
1.2.3. Mögliche Einschränkungen der Geltung 7
1.3. Ergebnis 7
2. Geltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Malergewerbe im Kanton Baselland aus dem Jahr 2004 im Zeitraum 2010 – 2017 8
2.1. Voraussetzungen der Geltung im Allgemeinen 8
2.2. Grundlagen der Geltung im vorliegenden Fall 8
2.2.1. Zustandekommen des Gesamtarbeitsvertrages 8
2.2.2. Weitergeltung im Zeitraum 2010 bis 2017 8
2.2.3. Mögliche Einschränkungen der Geltung 9
2.3. Ergebnis 9
3. Auswirkungen von Art. 19.1 des GAV für das Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland vom 1. Januar 2010 auf die Einschätzungen gemäss Frage 1 und Frage 2 9
3.1. Zustandekommen des gemeinsamen GAV 2010 9
3.2. Allgemeinverbindlichkeit des GAV 2010 9
3.3. Allgemeinverbindlichkeit des GAV Gipser 2002 und des GAV Maler 2004 10
3.4. Auswirkungen des GAV 2010 auf die Geltung des GAV Gipser vom 01.04.2002 und auf die Geltung des GAV Maler vom 01.04.2004 10
3.4.1. Grundsätze für die Weitergeltung der Allgemeinverbindlichkeit von GAV-Normen bei Kündigung des GAV 10
3.4.2. Weitergeltung der Allgemeinverbindlichkeit der Normen der GAV Gipser 2002 und Maler 2004 10
3.4.3. Bedeutung von Art. 19.1 GAV 2010 11

3.4.4. Geltung der Gesamtarbeitsverträge bei Vertragskonkurrenz ... 12
3.4.5. Normwirkung bei Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen im Grundsatz ... 12
3.4.6. Konkurrenz im vorliegenden Fall ... 12
3.4.7. Wirkung des GAV 2010 auf die Arbeitsverhältnisse von Nichtvertragsgebundenen ... 13
3.5. Ergebnis ... 13
4. Wirkung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des GAV Gipser 2002 und des GAV Maler 2004 im Kanton Baselland im Zeitraum 2010 bis 2017 ... 13
4.1. Formen der Wirkung arbeitsvertraglicher GAV-Bestimmungen ... 13
4.1.1. Unmittelbare Wirkung (Normativwirkung) ... 13
4.1.2. Indirekte (nichtnormative) Wirkung ... 14
4.2. Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung im vorliegenden Fall ... 14
4.2.1. GAV Gipser 2002 ... 14
4.2.2. GAV Maler 2004 ... 15
4.2.3. Zwischenergebnis ... 15
4.3. Normwirkung ausserhalb der Allgemeinverbindlichkeit ... 15
4.4. Ergebnis ... 16
5. «Vertragsloser Zustand» im Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland für nicht verbandsrechtlich organisierte Betriebe im Zeitraum 2010 bis 2017 ... 16
5.1. Vertragsloser Zustand für nichtorganisierte Betriebe generell ... 16
5.2. Vertragsloser Zustand im vorliegenden Fall ... 17
5.3. Nichtorganisierte Arbeitnehmer in organisierten Betrieben ... 17
5.4. Ergebnis ... 17
6. Zulässigkeit der Erhebung von Lohnbeiträgen von Aussenseiterbetrieben im Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland im Zeitraum 2010 bis 2017 ... 18
6.1. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im Allgemeinen ... 18
6.2. Zulässigkeit der Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im vorliegenden Fall 18
6.2.1. Regelung der AVE im GAV ... 18
6.2.2. Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen ... 18
6.2.3. Geltung des GAV für die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ... 18
6.3. Ergebnis ... 19
D) Zusammenfassung ... 19

A) Grundlagen

1. AVE GAV Gipsergewerbe im Kanton Baselland

1.1. GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland Beschluss AVE 03.02.2004 (02.04.2008) Inkrafttreten der AVE: 01.04.2004, Vertragsabschluss 01.04.2002, Ergänzungen 29.10.2003 und 13.11.2003 (zit. GAV Gipser 2002)

1.2. GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 23.08.2016 (07.11.2016) Inkrafttreten der AVE: 01.11.2016

1.3. GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 02.12.2014 (06.01.2015) Inkrafttreten der AVE: 01.01.2015

1.4. GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland Wiederinkraftsetzung Änderung 30.04.2013 (04.07.2013) Inkrafttreten der AVE: 01.07.2013

1.5. GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 22.12.2009 (05.03.2010) Inkrafttreten der AVE: 01.03.2010

1.6. GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 11.11.2008 (26.03.2009) Inkrafttreten der AVE: 01.01.2009

2. AVE GAV Malergewerbe im Kanton Baselland

2.1. GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland Beschluss 22.11.2005 (02.04.2008) Inkrafttreten der AVE: 01.02.2005, Vertragsabschluss 01.04.2004 (zit. GAV Maler 2004)

2.2. GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 23.08.2016 (07.11.2016) Inkrafttreten der AVE: 01.11.2016

2.3. GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 02.12.2014 (06.01.2015) Inkrafttreten der AVE: 01.01.2015

2.4. GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland Wiederinkraftsetzung Änderung 30.04.2013 (04.07.2013) Inkrafttreten der AVE: 01.07.2013

2.5. GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 22.12.2009 (05.03.2010) Inkrafttreten der AVE: 01.03.2010

2.6. GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland Verlängerung Änderung 11.11.2008 (26.03.2009) Inkrafttreten der AVE: 01.01.2009

3. Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe

Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland vom 1. März 2010, abgeschlossen zwischen dem Maler- und Gipserunternehmer-Verband Baselland einerseits und der Gewerkschaft Unia und der Gewerkschaft Syna anderseits, in Kraft seit 01.01.2010 (zit. GAV 2010)

4. Weitere Dokumente

   4.1. Schreiben vom 28.09.2009 Maler- und Gipser-Unternehmerverband Baselland an Unia Nordwestschweiz (gleichlautend auch an Syna): Vorsorgliche Kündigung des GAV Malergewerbe BL vom 01.04.2004

   4.2. Schreiben vom 01.10.2009 Unia an Maler- und Gipser-Unternehmerverband Baselland: Bestätigung des Zugangs der Kündigung des GAV Malergewerbe BL vom 01.04.2004 (in gleichem Sinn Schreiben der Syna vom 02.10.2009)

   4.3. Vereinbarung vom 15.12.2009 zu den Gesamtarbeitsverträgen (a) für das Malergewerbe im Kanton Baselland, abgeschlossen am 1. April 2004 und (b) für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland, abgeschlossen am 1. April 2002: u.a. Lohnanpassung, Vertragsdauer der laufenden GAV

   4.4. Zusatzvereinbarung 2013 vom 05.03.2012 zum GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland, abgeschlossen am 01.04.2002, 29.10.2003 und 13.11.2003 (Inkrafttreten 01.01.2013)

B) Fragestellung

1. Gab es von 2010 bis 2017 irgendeinen Zeitpunkt, in welchem der GAV für das Gipsergewerbe aus dem Jahr 2002 im Kanton Baselland nicht rechtsverbindlich war?
2. Gab es von 2010 bis 2017 irgendeinen Zeitpunkt, in welchem der GAV für das Malergewerbe aus dem Jahr 2004 im Kanton Baselland nicht rechtsverbindlich war?
3. Welche Auswirkungen hat Art. 19.1 des GAV für das Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland vom 1. Januar 2010 auf die Einschätzungen gemäss Frage 1 und Frage 2?
4. Trifft es zu, dass im Gipser- und Malergewerbe im Kanton Baselland im Zeitraum 2010 bis 2017 die allgemeinverbindlicherklärten Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge aus den Jahren 2002 und 2004 galten?
5. Trifft es zu, dass im Gipser- und Malergewerbe im Kanton Baselland für nicht verbandsrechtlich organisierte Betriebe im Zeitraum 2010 – 2017 ein «vertragsloser Zustand» herrschte, das heisst überhaupt kein Gesamtarbeitsvertrag für sie galt?
6. War die Erhebung von Lohnbeiträgen von Aussenseiterbetrieben im Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland im Zeitraum 2010 – 2017 zulässig?

C) Stellungnahme

1. *Geltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland aus dem Jahr 2002 im Zeitraum 2010 – 2017*

1.1. Voraussetzungen der Geltung im Allgemeinen

Ein GAV erlangt generell Geltung, wenn er von tariffähigen Vertragsparteien (Arbeitnehmerverbände und Arbeitgeberverbände, OR 356 I) durch Konsens (OR 1 ff.) schriftlich (OR 356c) abgeschlossen worden ist.

Tariffähig sind Verbände, die rechtsfähig, gegnerunabhängig, unabhängig von dritter Seite, freiwillige Vereinigungen und demokratisch organisiert sind. Zudem müssen sie die Gestaltung der Arbeitsbedingungen als Ziel haben.

1.2. Grundlagen der Geltung im vorliegenden Fall

1.2.1. Zustandekommen des Gesamtarbeitsvertrages

Der GAV Gipser 2002 ist am 1. April 2002 unterzeichnet worden. Die Unterzeichnung ist rechtsgültig von zuständigen Organen der beteiligten Verbände (Gipsermeisterverband Baselland sowie Gewerkschaft Bau und Industrie) erfolgt.

An der Qualifikation der beteiligten Verbände im Sinne von OR 356 I und damit an ihrer Tariffähigkeit ist nicht zu zweifeln.

Somit ist der GAV gültig zustandegekommen.

1.2.2. Weitergeltung im Zeitraum 2010 bis 2017

Gemäss Art. 21.3 GAV Gipser 2002 wird der Vertrag jeweils automatisch um ein weiteres Jahr verlängert, wenn er nicht 3 Monate vor dem Ablauf der jeweiligen Vertragsperiode gekündigt wird. Seit dem Jahr 2002 ist der GAV Gipser 2002 mehrmals erneuert und veränderten Umständen angepasst worden, ohne dass eine Kündigung erklärt worden wäre.

Erst im September 2009 kündigte der Arbeitgeberverband den GAV «vorsorglich» per 31. März 2010 (Schreiben vom 28. September 2009 an Syna, Schreiben mit gleichem Datum an Unia). Die Verbände Syna (Schreiben vom 2. Oktober 2009) wie Unia (Schreiben vom 1. Oktober 2009) haben den Zugang der Kündigungserklärung bestätigt.

Bevor die Wirkung dieser Kündigungserklärungen eintrat, haben die beteiligten Verbände am 15. Dezember 2009 indessen folgendes vereinbart:

«Kommt bis zum 31. März 2010 zwischen den Vertragsparteien keine (Hervorhebung durch den Verf.) Einigung für einen neuen gemeinsamen «Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland» zustande, so endet

a) in Anwendung von Art. 20 des GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland, abgeschlossen am 1. April 2004, das Vertragsverhältnis

dieses in Kraft stehenden GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland

b) *in Anwendung von Art. 21 des GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland, abgeschlossen am 1. April 2002, das Vertragsverhältnis dieses in Kraft stehenden GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland*

per 1. März 2010, ohne dass es für diese beiden GAV einer speziellen Kündigung bedarf.»

Grundsätzlich sind Kündigungen zwar unwiderruflich und bedingungsfeindlich. Indessen steht es den Vertragsparteien frei, auch nach wirksam erklärter und der Gegenpartei rechtswirksam zugegangener Kündigung durch Konsens eine einvernehmliche Fortsetzung des Vertragsverhältnisses über den Kündigungstermin hinaus zu vereinbaren. Damit entfällt im Ergebnis die Wirkung der Kündigung.

Eine solche Weitergeltung ist bezüglich des GAV Gipser 2002 über den 31. März 2010 hinaus gestützt auf die Vereinbarung vom 15. Dezember 2009 zu prüfen. Die beteiligten Verbände haben am 1. März 2010 den Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe (GAV 2010) wirksam unterzeichnet. Somit ist die gemäss Vereinbarung vom 15. Dezember 2009 statuierte einvernehmliche Beendigung des GAV Gipser 2002 nicht wirksam geworden. Daher ist die Weitergeltung des GAV Gipser 2002 über den 31. März 2010 hinaus zweifelsfrei anzunehmen.

Seither ist keine Willenserklärung der Parteien hinsichtlich einer Beendigung des GAV Gipser 2002 erkennbar. Vielmehr wurde der GAV wiederholt verlängert und geändert. Daraus folgt, dass im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 der GAV Gipser Baselland dauernd in Geltung war (zur Bedeutung von Art. 19.1 GAV 2010 vgl. Abschnitt 3).

1.2.3. Mögliche Einschränkungen der Geltung

Die Geltung der Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland könnte eingeschränkt sein, wenn diese Bestimmungen zwingendem Gesetzesrecht widersprächen. Ein solcher Widerspruch ist indessen nicht erkennbar.

Die Bestimmungen dieses Gesamtarbeitsvertrags könnten zudem unter Umständen durch Bestimmungen eines anderen GAV verdrängt worden sein (zur Vertragskonkurrenz s. unten Abschnitte 3.4.4, 3.4.5 und 3.4.6). Dies betrifft aber nicht die Geltung der GAV-Bestimmungen an sich, sondern nur die Normwirkung im Einzelfall, also bezogen auf ein einzelnes Arbeitsverhältnis. Die Geltung als objektives Recht wird dadurch nicht gehindert.

1.3. Ergebnis

Als Ergebnis ergibt sich, dass der GAV Gipser 2002 im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 dauernd in Geltung war.

2. *Geltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Malergewerbe im Kanton Baselland aus dem Jahr 2004 im Zeitraum 2010 – 2017*

2.1. Voraussetzungen der Geltung im Allgemeinen

Die Voraussetzungen für die Geltung sind dieselben wie für den GAV Gipser (s. oben Abschnitt 1.1).

2.2. Grundlagen der Geltung im vorliegenden Fall

2.2.1. Zustandekommen des Gesamtarbeitsvertrages

Der GAV Maler 2004 ist am 1. April 2004 unterzeichnet worden. Die Unterzeichnung ist rechtsgültig von zuständigen Organen der beteiligten Verbände (Malermeisterverband Baselland, Gewerkschaft Syna sowie Gewerkschaft Bau und Industrie) erfolgt.

An der Qualifikation der beteiligten Verbände im Sinne von OR 356 I und damit an ihrer Tariffähigkeit ist nicht zu zweifeln.

Somit ist der GAV rechtsgültig zustandegekommen.

2.2.2. Weitergeltung im Zeitraum 2010 bis 2017

Gemäss Art. 20.3 GAV Gipser 2004 wird der Vertrag jeweils automatisch um ein weiteres Jahr verlängert, wenn er nicht 6 Monate vor dem Ablauf der jeweiligen Vertragsperiode gekündigt wird. Seit dem Jahr 2004 ist der GAV Maler 2004 mehrmals erneuert und veränderten Umständen angepasst worden, ohne dass eine Kündigung erklärt worden wäre.

Erst im September 2009 kündigte der Arbeitgeberverband den GAV (zusammen mit dem GAV Gipser 2002, s. oben Abschnitt 1.2.2) «vorsorglich» per 31. März 2010 (Schreiben vom 28. September 2009 an Syna, Schreiben mit gleichem Datum an Unia).

Die Verbände Syna (Schreiben vom 2. Oktober 2009) wie Unia (Schreiben vom 1. Oktober 2009) haben den Zugang der Kündigungserklärung bestätigt.

Bevor die Wirkung dieser Kündigungserklärungen eintrat, haben die beteiligten Verbände am 15. Dezember 2009 eine Vereinbarung abgeschlossen, wonach der GAV Maler 2004 nur dann enden sollte, wenn bis am 31. März 2010 nicht ein GAV für das Maler- und Gipsergewerbe zustandegekommen wäre (zum Wortlaut dieser Vereinbarung s. oben Abschnitt 1.2.2).

Indessen haben die beteiligten Verbände am 1. März 2010 den Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe (GAV 2010) unterzeichnet und damit wirksam abgeschlossen. Somit ist die gemäss Vereinbarung vom 15. Dezember 2009 statuierte einvernehmliche Beendigung des GAV Maler 2004 nicht wirksam geworden (zur Bedeutung von Art. 19.1 GAV 2010 vgl. Abschnitt 3).

Daher ist die Weitergeltung des GAV Maler 2004 über den 31. März 2010 hinaus zweifelsfrei anzunehmen.

2.2.3. Mögliche Einschränkungen der Geltung

Das für den GAV Gipser Erwähnte gilt auch für den GAV Maler (s. oben Abschnitt 1.2.3.) Somit bestehen keine Einschränkungen der Geltung des GAV Maler 2004.

2.3. Ergebnis

Als Ergebnis ergibt sich, dass der GAV Maler 2004 im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 dauernd in Geltung war.

3. *Auswirkungen von Art. 19.1 des GAV für das Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland vom 1. Januar 2010 auf die Einschätzungen gemäss Frage 1 und Frage 2*

3.1. Zustandekommen des gemeinsamen GAV 2010

Die Voraussetzungen für das wirksame Zustandekommen des GAV, nämlich Tariffähigkeit der Vertragsparteien, Konsens und Schriftform des GAV (s. oben Abschnitt 1.1) sind wiederum zweifelsfrei gegeben. Vertragsparteien sind der Maler- und Gipserunternehmer-Verband Baselland (Rechtsnachfolger des Gipsermeisterverbandes Baselland und des Malermeisterverbandes Baselland), die Gewerkschaft Syna und die Gewerkschat Unia (Rechtsnachfolgerin der Gewerkschaft Bau und Industrie).

Eine Besonderheit besteht beim GAV 2010 insofern, als er am 1. März 2010 von den Vertragsparteien wirksam unterzeichnet wurde und daher zu diesem Zeitpunkt zustande kam, das Inkrafttreten des GAV indessen auf den 1. Januar 2010 zurückdatiert wurde.

Fraglich ist, ob die normativen Bestimmungen rückwirkend Geltung erlangten. Dies ist generell nur unter einschränkenden Voraussetzungen anzunehmen. Insbesondere die rückwirkende Einschränkung gesamtarbeitsvertraglicher Ansprüche der Arbeitnehmer durch einen neuen GAV ist nur dann rechtswirksam, wenn der frühere GAV einen entsprechenden Vorbehalt enthielt. Gemäss diesem Grundsatz erscheint insbesondere die rückwirkende Normierung der Verpflichtung zur Leistung von Vollzugskostenbeiträgen indessen kaum problematisch. Denn die bisherigen GAV enthielten schon immer solche Beitragspflichten; eine Einschränkung von Ansprüchen ist daher im vorliegenden Fall nicht anzunehmen.

3.2. Allgemeinverbindlichkeit des GAV 2010

Gemäss Art. 6a GAV 2010 haben die GAV-Parteien die Absicht bekundet, die AVE des GAV anzustreben. Eine solche ist vom Kanton aber nicht beschlossen worden. Der Bund hat auch nie eine solche genehmigt. Daher waren die Bestimmungen des GAV 2010 nie allgemeinverbindlich. Dieser GAV hat daher für Nichtvertragsgebundene, also für Nichtorganisierte und Andersorganisierte (sog. Aussenseiter), im massgeblichen Zeitraum keine normative Wirkung entfaltet.

3.3. Allgemeinverbindlichkeit des GAV Gipser 2002 und des GAV Maler 2004

Im Gegensatz zum GAV 2010 waren der Gesamtarbeitsvertrag Gipser 2002 und der Gesamtarbeitsvertrag Maler 2004 seit Jahren allgemeinverbindlich erklärt (GAV Gipser durch Beschluss der zuständigen Behörde vom 03.02.2004, der GAV Maler durch Beschluss vom 22.11.2005).

3.4. Auswirkungen des GAV 2010 auf die Geltung des GAV Gipser vom 01.04.2002 und auf die Geltung des GAV Maler vom 01.04.2004

3.4.1. Grundsätze für die Weitergeltung der Allgemeinverbindlichkeit von GAV-Normen bei Kündigung des GAV

Grundsätzlich besteht das Erfordernis der Rechtssicherheit bezüglich der Geltung allgemeinverbindlich erklärter Vertragsnormen (normative Bestimmungen gemäss OR 356 I und 357 I sowie indirekt-schuldrechtliche gemäss OR 356 II). Denn solche Normen wirken wie Verordnungsrecht. Die Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines Wirtschaftszweiges müssen daher jederzeit Gewissheit über deren Geltung haben.

Selbst bei wirksamer Kündigung des GAV durch eine oder mehrere Vertragsparteien und versäumter Benachrichtigung der zuständigen Behörde endet die Wirkung der Allgemeinverbindlichkeit und daher die Geltung der Vertragsnormen für die Arbeitgeber und Arbeitnehmer erst bei Widerruf der AVE durch die zuständige Behörde (AVEG 17 II).

3.4.2. Weitergeltung der Allgemeinverbindlichkeit der Normen der GAV Gipser 2002 und Maler 2004

Im vorliegenden Fall haben die Parteien der Gesamtarbeitsverträge Gipser 2002 und Maler 2004 einen neuen GAV abgeschlossen (GAV 2010). Zuvor hatte der Arbeitgeberverband die beiden seit Jahren geltenden und allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge (GAV Gipser 2002 und GAV Maler 2004) «vorsorglich» per 31. März 2010 gekündigt (s. oben Abschnitte 1.2.2 und 2.2.2). Die Verbände Syna und Unia haben den Zugang der Kündigungserklärungen bestätigt.

Bevor die Wirkung dieser Kündigungserklärungen eintrat, haben die beteiligten Verbände indessen am 15. Dezember 2009 vereinbart, dass der GAV Gipser 2002 und der GAV Maler 2004 nur dann enden sollen, wenn bis zum 31. März 2010 keine Einigung für einen neuen gemeinsamen GAV für das Maler- und Gipsergewerbe zustande käme. Ein solcher GAV kam indessen zustande (Unterzeichnung am 1. März 2010, s. oben Abschnitt 3.1), weshalb die Beendigung der beiden allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge trotz wirksam erklärter und der Gegenpartei zugegangener Kündigung nicht eintrat. Vielmehr wurde durch Konsens eine einvernehmliche Fortsetzung des Vertragsverhältnisses über den Kündigungstermin hinaus vereinbart (s. oben Abschnitt 1.2.2. und 2.2.2.).

3.4.3. Bedeutung von Art. 19.1 GAV 2010

Art. 19.1 GAV 2010 lautet wie folgt:

«Der vorliegende Vertrag ... ersetzt vollumfänglich den GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Baselland vom 1. April 2002 inklusive aller bisherigen Zusatzprotokolle, Zusatzvereinbarungen und Reglemente sowie den GAV für das Malergewerbe im Kanton Baselland vom 1. April 2004 inklusive aller bisherigen Zusatzprotokolle, Zusatzvereinbarungen und Reglemente.»

Gemäss dieser Bestimmung wollten die Vertragsparteien sowohl den GAV Gipser 2002 als auch den GAV Maler 2004 durch den neu abgeschlossenen gemeinsamen GAV 2010 ersetzen.

Dieser Vertragswille wurde indessen offensichtlich nicht rechtswirksam umgesetzt. Denn gemäss amtlichen Publikationen wurden sowohl der GAV Gipser 2002 wie auch der GAV Maler 2004 mit Inkrafttreten per 1. März 2010 erneut allgemeinverbindlich erklärt. Unerfüllt blieb demgegenüber die Absicht der Vertragsparteien, für den GAV 2010 die Allgemeinverbindlichkeit zu erlangen (Art. 6a GAV 2010). Der GAV 2010 trat zwar rückwirkend per 1. Januar 2010 in Kraft, erlangte jedoch nur für vertragsgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer normative Wirkung. Normativ gebunden waren also nur Verbandsmitglieder und Angeschlossene (OR 356b), nicht aber Andersorganisierte und Nichtorganisierte (Aussenseiter).

Indem die – identischen – Vertragsparteien nicht den gemeinsamen GAV 2010 zur AVE beantragten (AVEG 8), sondern die bisherigen GAV Gipser 2002 und Maler 2004, haben sie durch *actus contrarius* (gegenteilige Rechtshandlung) die Bestimmung von Art. 19.1 GAV 2010 wieder aufgehoben oder zumindest ihre Umsetzung sistiert. Demzufolge trat der GAV 2010 als zusätzlicher GAV neben die bisherigen, weiterhin gültigen GAV Gipser 2002 und Maler 2004 hinzu.

Der sofortigen Umsetzung von Art. 19.1 GAV 2010 standen zudem die Zeitverhältnisse entgegen. Als der GAV 2010 unterzeichnet wurde (am 1. März 2010), trat gleichentags die erneute AVE der bisherigen Gesamtarbeitsverträge in Kraft. Daher wäre Art. 19.1 GAV 2010 erstmals zu Beginn der nächstfolgenden Vertragsperiode der bisherigen Gesamtarbeitsverträge, also ein Jahr später, umsetzbar gewesen. Der Umstand, dass auch anlässlich der folgenden Vertragserneuerungen nicht der GAV 2010, sondern die bisher allgemeinverbindlichen GAV erneut zur AVE beantragt wurden, bewirkt die endgültige Aufhebung von Art. 19.1 GAV 2010 durch die Vertragsparteien mittels *actus contrarius*.

Jedenfalls haben die kantonalen Behörden nachweislich die AVE der beiden bisherigen, weiterhin von den Vertragsparteien aufrechterhaltenen und damit rechtsgültig in Kraft stehenden Gesamtarbeitsverträge (Gipser 2002 und Maler 2004) erneuert. Aufgrund des Beschlusses der zuständigen kantonalen Behörde und aufgrund der Genehmigung durch

den Bund ist die AVE für alle Beteiligten per 1. März 2010 zweifelsfrei erneut rechtswirksam geworden.

Aufgrund des Bedürfnisses der Beteiligten nach Rechtssicherheit kann die Normwirkung dieser allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge nicht in Frage gestellt werden.

3.4.4. Geltung der Gesamtarbeitsverträge bei Vertragskonkurrenz

Während mehreren Jahren standen in Baselland jeweils zwei GAV für die gleichen Kategorien von Arbeitgebern und Arbeitnehmern desselben Wirtschaftszweiges in Kraft, nämlich der allgemeinverbindliche GAV Gipser 2002 sowie der allgemeinverbindliche GAV Maler 2004 einerseits und der gemeinsame GAV 2010 anderseits. Damit bestand die Situation der Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen.

Dabei ist jedenfalls auszuschliessen, dass allein infolge des Nebeneinanderbestehens von zwei rechtswirksam geltenden Gesamtarbeitsverträgen mit dem gleichen betrieblichen, sachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereich der eine Vertrag das rechtsgültige Bestehen des anderen Vertrages beeinträchtigte.

Hingegen stellt sich bei Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen die Frage, welcher der beiden Verträge für die den beiden Verträgen unterstehenden Einzelarbeitsverhältnisse Anwendung gefunden, also Normwirkung entfaltet hat.

3.4.5. Normwirkung bei Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen im Grundsatz

Nach herrschender Auffassung ist bei Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen in erster Linie auf vertragliche Kollisionsregelungen abzustellen. Liegen keine solchen vor, so ist auf das Gesetz abzustellen, das die Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen wie folgt regelt (AVEG 4 II): Die Bestimmungen eines allgemeinverbindlichen GAV gehen den Normen eines nicht allgemeinverbindlichen GAV vor mit Ausnahme abweichender Bestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer. Massgebend ist in solchen Fällen somit das Günstigkeitsprinzip.

3.4.6. Konkurrenz im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall enthält der GAV 2010 eine vertragliche Regelung (Art. 1.2.4). Allerdings hat diese keine bindende Wirkung. Bei Konkurrenz zu einem allgemeinverbindlichen GAV sind die Vertragsparteien gemäss Art. 1.2.4 lit. b GAV 2010 nämlich einzig dazu verpflichtet, zu versuchen, eine Abgrenzung zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich.

Anderseits enthalten auch die allgemeinverbindlichen GAV Gipser 2002 und Maler 2004 eine vertragliche Regelung. Soweit diese Verträge mit einem nicht allgemeinverbindlichen GAV in Konkurrenz stehen, beanspruchen sie Vorrang (Art. 1.2.1 lit. a GAV Gipser 2002, Art. 1.2.2 lit. a

GAV Maler 2004). Daraus lässt sich der Vorrang dieser beiden Gesamtarbeitsverträge gegenüber dem GAV 2010 ableiten.

Indessen besteht im vorliegenden Fall Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen nur bezüglich Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die an den GAV 2010 gebunden sind. Vertragsgebunden sind Mitglieder der vertragschliessenden Verbände und Angeschlossene gemäss OR 356b. Auf diese bezieht sich die vorliegende Fragestellung indessen nicht, die Fragestellung ist vielmehr allein auf Nichtvertragsgebundene bezogen.

3.4.7. Wirkung des GAV 2010 auf die Arbeitsverhältnisse von Nichtvertragsgebundenen

Bezüglich Nichtvertragsgebundenen (sog. Aussenseitern), also Nichtorganisierten und Andersorganisierten, die zudem nicht den Anschluss an den GAV (OR 356b) erklärt haben, besteht keine GAV-Konkurrenz. Denn auf ihre Arbeitsverhältnisse hat der GAV 2010 keinen Einfluss. Diese unterstehen einzig der Normwirkung des allgemeinverbindlich erklärten GAV Gipser 2002 oder der Normwirkung des allgemeinverbindlich erklärten GAV Maler 2004.

3.5. Ergebnis

Der GAV 2010 hat keinen Einfluss auf die Geltung des GAV Gipser 2002 und des GAV Maler 2004. Massgebend ist die von den zuständigen kantonalen Behörden beschlossene Allgemeinverbindlichkeit und deren Genehmigung durch den Bund.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht an den GAV 2010 gebunden sind, unterstehen einzig der Normwirkung der allgemeinverbindlichen GAV Gipser 2002 oder Maler 2004.

4. *Wirkung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des GAV Gipser 2002 und des GAV Maler 2004 im Kanton Baselland im Zeitraum 2010 bis 2017*

4.1. Formen der Wirkung arbeitsvertraglicher GAV-Bestimmungen

4.1.1. Unmittelbare Wirkung (Normativwirkung)

Gemäss OR 357 I wirken die arbeitsvertraglichen Bestimmungen eines GAV (Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse) *unmittelbar* für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Unmittelbare Wirkung (auch Normativwirkung genannt) bedeutet, dass es keiner einzelvertraglichen Einbeziehung der GAV-Bestimmungen in die einzelnen Arbeitsverhältnisse bedarf.

Beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind die Mitglieder der vertragschliessenden Verbände (OR 356 I) und die Angeschlossenen gemäss OR 356b.

Im Weiteren entsteht die Normativwirkung durch Allgemeinverbindlicherklärung des GAV. Hiermit werden die Nichtbeteiligten erfasst, also Nichtmitglieder und Nichtangeschlossene (sog. Aussenseiter).

4.1.2. Indirekte (nichtnormative) Wirkung

Besteht keine AVE, sind Nichtbeteiligte grundsätzlich nicht vertragsgebunden, für sie gelten die arbeitsvertraglichen Bestimmungen eines GAV also nicht. Selbst wenn der Arbeitgeber am GAV beteiligt ist, hat der GAV für nichtbeteiligte Arbeitnehmer dieses Betriebes keine normative Wirkung. Denn im schweizerischen Recht gibt es die sog. Fernwirkung des GAV im Sinne der umfassenden Geltung des GAV im Betrieb nicht.

Um die nichtbeteiligten Arbeitnehmer eines beteiligten Arbeitgebers gleichwohl in den GAV einzubeziehen, sind die GAV-Parteien häufig bestrebt, dem GAV-Inhalt soweit möglich wenigstens individualrechtliche Geltung zu verschaffen. Zu diesem Zweck werden sog. Ausdehnungsklauseln (auch Gleichstellungsklauseln genannt) in den GAV aufgenommen. Hiermit werden die Arbeitgeber indirekt-schuldrechtlich dazu verpflichtet, den Inhalt des GAV durch einzelvertraglichen Konsens in die Einzelarbeitsverhältnisse der nichtorganisierten Arbeitnehmer einzubeziehen.

Im vorliegenden Fall kann aus Art. 1.3.1 GAV 2010 eine diesbezügliche implizite Verpflichtung der vertragsgebundenen Arbeitgeber hergeleitet werden. Denn gemäss Art. 1.3.1 GAV 2010 gilt der GAV «für sämtliche Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden der in Art. 1.2.1 GAV aufgeführten Betriebe...». Ähnlich lautende Bestimmungen enthalten auch der GAV Gipser 2002 und der GAV Maler 2004.

Ob im Ergebnis eine solche Einbeziehung besteht, ist im Einzelfall durch Auslegung der vertraglichen Reglung der Einzelarbeitsverhältnisse zu ermitteln.

4.2. Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung im vorliegenden Fall

4.2.1. GAV Gipser 2002

Gemäss den amtlichen Publikationen wurde der am 01.04.2002 abgeschlossene GAV für das Gipsergewerbe vom Kanton Baselland allgemeinverbindlich erklärt (Grundbeschluss). Die kantonale AVE wurde vom Bund genehmigt (03.02.2004). Die AVE trat am 01.04.2004 in Kraft.

Seither wurde der GAV wiederholt verlängert und geändert. Die Bestimmungen des verlängerten und geänderten GAV wurden jeweils vom Kanton Baselland allgemeinverbindlich erklärt, und die kantonale Allgemeinverbindlicherklärung wurde jeweils vom Bund genehmigt.

Dabei wurde durchwegs auf den Grundbeschluss vom 03.02.2004 Bezug genommen. Für den hier zu beurteilenden Zeitraum 2010 bis 2017 traten die Verlängerungen und Änderungen wie folgt in Kraft: Am 01.01.2009 (Geltung bis 31.12.2009), am 01.03.2010 (Geltung bis

31.12.2012), am 01.07.2013 (Geltung bis 31.12.2014), am 01.01.2015 (Geltung bis 31.12.2016) und am 01.11.2016 (Geltung bis 31.12.2017).

Daraus folgt, dass im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 der GAV Gipser Baselland allgemeinverbindlich in Geltung war. Ausgenommen sind zwei Zeitabschnitte ohne allgemeinverbindliche Geltung, nämlich vom 01.01.2010 bis am 28.02.2010 und vom 01.01.2013 bis am 30.06.2013.

4.2.2. GAV Maler 2004

In gleicher Weise war der GAV Maler 2004 allgemeinverbindlich erklärt: Der am 01.04.2004 abgeschlossene GAV für das Malergewerbe wurde vom Kanton Baselland allgemeinverbindlich erklärt (Grundbeschluss). Die kantonale Allgemeinverbindlicherklärung wurde vom Bund genehmigt. Die AVE trat am 01.02.2005 in Kraft.

Seither wurde auch dieser GAV wiederholt verlängert und geändert. Die Bestimmungen des verlängerten und geänderten GAV wurden jeweils vom Kanton Baselland allgemeinverbindlich erklärt, und die kantonale AVE wurde jeweils vom Bund genehmigt. Dabei wurde durchwegs auf den Grundbeschluss vom Bezug genommen.

Für den hier zu beurteilenden Zeitraum 2010 bis 2017 traten die Verlängerungen und Änderungen wie folgt in Kraft: Am 01.01.2009 (Geltung bis 31.12.2009), am 01.03.2010 (Geltung bis 31.12.2012), am 01.07.2013 (Geltung bis 31.12.2014), am 01.01.2015 (Geltung bis 31.12.2016) und am 01.11.2016 (Geltung bis 31.12.2017).

4.2.3. Zwischenergebnis

Daraus folgt, dass wie der GAV Gipser auch der GAV Maler Baselland im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 allgemeinverbindlich in Geltung war, ausgenommen sind zwei Zeitabschnitte ohne allgemeinverbindliche Geltung, nämlich vom 01.01.2010 bis am 28.02.2010 und vom 01.01.2013 bis am 30.06.2013.

4.3. Normwirkung ausserhalb der Allgemeinverbindlichkeit

Für die relativ kurzen Zeitabschnitte ohne Normativwirkung infolge AVE ist zu fragen, ob die nichtbeteiligten Arbeitnehmer in beteiligten Betrieben gestützt auf Art. 1.3.1 der Gesamtarbeitsverträge durch einzelvertragliche Einbeziehung des GAV-Inhalts in die Einzelarbeitsverhältnisse erfasst wurden.

Dies kann indessen nicht generell beurteilt werden. Vielmehr wäre in den Betrieben zu eruieren, ob die Arbeitgeber ihrer indirekt-schuldrechtlichen Pflicht nachgekommen sind, dem GAV für sämtliche Arbeitnehmer Geltung zu verschaffen.

Diese Sachverhaltsfrage muss hier offen bleiben, da ihre Beantwortung aufwändiger Erhebungen bedürfte. Immerhin lassen Erfahrungen aus zahlreichen Branchen darauf schliessen, dass die Arbeitgeber innerhalb

des Betriebes generell einheitliche Arbeitsbedingungen anstreben (Vermeidung der sog. Zweiklassengesellschaft innerhalb des Betriebes) und daher den Inhalt des GAV jeweils unbesehen der Beteiligung des einzelnen Arbeitnehmers (Mitgliedschaft in einer vertragschliessenden Gewerkschaft) generell für alle Arbeitnehmer zur Anwendung bringen.

Anzunehmen ist im Weiteren, dass es im Geltungsbereich der massgeblichen GAV eher wenige Aussenseiterbetriebe gibt und gab (also Betriebe, die weder durch Verbandsmitgliedschaft noch durch Anschluss an den GAV gebunden sind). Denn um den submissionsrechtlichen Anforderungen ihrer Geschäftstätigkeit zu genügen, müssen die Betriebe am GAV beteiligt sein (s. u. a. § 5.1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen Baselland, SGS 420, vom 03.06.1999; § 5.1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen Basel-Stadt BeG, SG 914.100, vom 20.05.1999). Gerade im Baunebengewerbe kommen Unternehmer erfahrungsgemäss häufig nicht darum herum, sich dem massgeblichen GAV ihrer Branche auch dann zu unterstellen, wenn keine formell wirksame AVE besteht, um zu öffentlichen Beschaffungsverfahren zugelassen zu werden. Neben öffentlich-rechtlichen Bestellern verlangen erfahrungsgemäss zunehmend auch Public Private Partnerships und auf CSR *(Corporate Social Responsibility)* achtende private Besteller die Einhaltung der Normen der Gesamtarbeitsverträge oder gar die Rechtsstellung als Beteiligter des GAV (entsprechend den staatlichen Submissionsordnungen).

4.4. Ergebnis

Sowohl der GAV Gipser auch der GAV Maler Baselland waren im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 allgemeinverbindlich in Geltung.

Während zwei kurzen Zeitabschnitten ohne allgemeinverbindliche Geltung, nämlich vom 01.01.2010 bis am 28.02.2010 und vom 01.01.2013 bis am 30.06.2013, kann für Nichtbeteiligte die GAV-Wirkung indirekt herbeigeführt worden sein. Diese Wirkung ist in massgeblichem Umfang auch zu vermuten, ohne detaillierte Sachverhaltsermittlung aber nicht zuverlässig abzuschätzen.

Der Anteil der Aussenseiterbetriebe ohne jegliche Bindung an einen GAV im Gipser- und Malergewerbe Baselland dürfte aus submissionsrechtlichen Gründen eher gering gewesen sein.

5. *«Vertragsloser Zustand» im Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland für nicht verbandsrechtlich organisierte Betriebe im Zeitraum 2010 bis 2017*

5.1. Vertragsloser Zustand für nichtorganisierte Betriebe generell

Ein vertragsloser Zustand für nichtorganisierte Betriebe ist generell gegeben, wenn kein GAV im massgeblichen Wirtschaftszweig allgemeinverbindlich wirkt.

5.2. Vertragsloser Zustand im vorliegenden Fall

Im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 waren die GAV Gipser 2002 und Maler 2004 Baselland dauernd allgemeinverbindlich in Geltung, ausgenommen während zwei Zeitabschnitten, nämlich vom 01.01.2010 bis am 28.02.2010 und vom 01.01.2013 bis am 30.06.2013.

Nur für diese beiden Zeitabschnitte von 2 Monaten bzw. 6 Monaten Dauer bestand ein vertragsloser Zustand für nichtorganisierte Betriebe, während für 7 Jahre und 4 Monate, entsprechend 11/12 des zu überprüfenden Zeitraums, die Normwirkung der beiden allgemeinverbindlichen GAV bestand und daher kein vertragsloser Zustand gegeben war.

5.3. Nichtorganisierte Arbeitnehmer in organisierten Betrieben

In Ergänzung zur Fragestellung im engeren Sinn (vertragsloser Zustand für *nichtorganisierte Betriebe)* kann angefügt werden, dass der vertragslose Zustand auch *nichtorganisierte Arbeitnehmer* betreffen kann, die im Arbeitsverhältnis mit *organisierten Betrieben* stehen.

Auf diese Arbeitsverhältnisse könnte unter gewissen Voraussetzungen ein GAV indirekt Anwendung gefunden haben in den zwei Zeitabschnitten ohne allgemeinverbindliche Geltung der GAV Gipser 2002 und Maler 2004, also vom 01.01.2010 bis am 28.02.2010 und vom 01.01.2013 bis am 30.06.2013.

Voraussetzung dafür wäre die individualrechtliche Einbeziehung des GAV in die Einzelarbeitsverhältnisse der nichtorganisierten Arbeitnehmer durch sog. Ausdehnungsklauseln (s. oben Abschnitte 4.1.2. und 4.3.). Der Umfang dieser möglicherweise und vermutungsweise bestehenden indirekten Vertragswirkung wäre durch detaillierte Sachverhaltsermittlung zu eruieren.

Anzunehmen ist im Weiteren, dass im Geltungsbereich der massgeblichen Gesamtarbeitsverträge der Anteil der Aussenseiterbetriebe (also der Betriebe, die weder durch Verbandsmitgliedschaft noch durch Anschluss an den GAV gebunden sind) eher gering ist. Denn um den submissionsrechtlichen Anforderungen ihrer Geschäftstätigkeit zu genügen, müssen die Betriebe am GAV beteiligt sein (s. dazu Abschnitt 4.3 mit Hinweis auf § 5.1 Beschaffungsgesetz BL, SGS 420; § 5.1 Beschaffungsgesetz BS, SG 914.100).

5.4. Ergebnis

Innerhalb des gemäss Fragestellung massgeblichen Zeitraums vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 bestand im Gipser- und im Malergewerbe Baselland im Wesentlichen, d.h. mit Ausnahme zweier geringfügiger Zeitabschnitte im Umfang von 1/12 des massgeblichen Zeitraumes, kein vertragsloser Zustand für nichtorganisierte Betriebe.

Für nichtorganisierte Arbeitnehmer in organisierten Betrieben kann während dieser geringfügigen Zeitabschnitte der Inhalt des GAV durch individualrechtliche Einbeziehung in den Einzelarbeitsvertrag zur Geltungs-

grundlage einzelvertraglicher Ansprüche geworden sein. Der Umfang dieser möglicherweise bestehenden indirekten Vertragswirkung wäre durch detaillierte Sachverhaltsermittlung zu eruieren.

Anzunehmen ist schliesslich, dass im Gipser- und Malergewerbe Baselland der Anteil der Aussenseiterbetriebe ohne jegliche Bindung an einen GAV unterdurchschnittlich ist. Denn um den submissionsrechtlichen Anforderungen ihrer Geschäftstätigkeit zu genügen, müssen die Betriebe am GAV beteiligt sein.

6. *Zulässigkeit der Erhebung von Lohnbeiträgen von Aussenseiterbetrieben im Maler- und Gipsergewerbe im Kanton Baselland im Zeitraum 2010 bis 2017*

6.1. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im Allgemeinen

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen von nichtvertragsgebundenen Arbeitgebern (wie auch Arbeitnehmern) ist die rechtsbeständige Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV für den massgeblichen Bezugszeitraum. Dieser GAV muss allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen über Vollzugskostenbeiträge enthalten. Dabei hat die für die AVE zuständige Behörde zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen (insbesondere AVEG 3 II lit. a und lit. b) gegeben sind.

6.2. Zulässigkeit der Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im vorliegenden Fall

6.2.1. Regelung der AVE im GAV

Die Beitragspflicht ist sowohl im GAV Gipser 2002 wie auch im GAV Maler 2004 ausdrücklich geregelt. Die Allgemeinverbindlicherklärung dieser beiden GAV erfasst daher alle Aussenseiterbetriebe und alle Aussenseiter-Arbeitnehmer im Gipsergewerbe Baselland und im Malergewerbe Baselland.

6.2.2. Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen

Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass im vorliegenden Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Bestimmungen über die Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen (insbesondere AVEG 3 II lit. a und lit. b) nicht erfüllt waren.

6.2.3. Geltung des GAV für die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Die Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen war im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 grundsätzlich zulässig, denn in diesem Zeitraum waren die GAV Maler und Gipser Baselland während 7 Jahren und 4 Monaten allgemeinverbindlich in Geltung.

Während zwei relativ kurzen Zeitabschnitten, nämlich vom 01.01.2010 bis am 28.02.2010 und vom 01.01.2013 bis am 30.06.2013, kann die Beitragspflicht nichtorganisierter Arbeitnehmer in organisierten Betrieben allenfalls auf individualrechtlicher Geltung des GAV beruhen. Anzunehmen ist schliesslich, dass im Geltungsbereich der massgeblichen GAV eher wenige Aussenseiterbetriebe von der Beitragspflicht ausgenommen waren. Denn um den submissionsrechtlichen Anforderungen ihrer Geschäftstätigkeit zu genügen, müssen die Betriebe am GAV beteiligt sein (s. oben Abschnitte 4.3 und 5.3).

6.3. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass im Gipser- und im Malergewerbe Baselland die Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 aufgrund allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge zumeist auf eine rechtsbeständige Allgemeinverbindlicherklärung abgestützt war.

Während zwei relativ kurzen Zeitabschnitten (1/12 der Gesamtdauer) kann sich die Beitragspflicht nichtorganisierter Arbeitnehmer in organisierten Betrieben allenfalls aus individualrechtlicher Geltung des GAV ergeben.

Aufgrund submissionsrechtlicher Vorgaben dürfte der Anteil der von der Beitragspflicht befreiten Aussenseiterbetriebe innerhalb der massgeblichen Branchen nicht sehr gross gewesen sein.

D) Zusammenfassung

1. Der GAV Gipser 2002 Baselland war im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 dauernd in Geltung.
2. Auch der GAV Maler 2004 Baselland war im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 dauernd in Geltung.
3. Der GAV 2010 hat keinen Einfluss auf die Geltung des GAV Gipser 2002 und des GAV Maler 2004. Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Malergewerbe und im Gipsergewerbe Baselland, die nicht als Beteiligte an den GAV 2010 gebunden sind, unterstehen einzig der Normwirkung des allgemeinverbindlichen GAV Gipser 2002 oder der Normwirkung des allgemeinverbindlichen GAV Maler 2004.
4. Sowohl der GAV Gipser auch der GAV Maler Baselland waren im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 grösstenteils allgemeinverbindlich in Geltung. Während zwei kurzen Zeitabschnitten ohne allgemeinverbindliche Geltung kann für Nichtbeteiligte die Vertragswirkung des GAV indirekt herbeigeführt worden sein. Der Anteil der Aussenseiterbetriebe ohne jegliche Bindung an

einen GAV dürfte im Gipser- und Malergewerbe Baselland aus submissionsrechtlichen Gründen eher gering gewesen sein.

5. Für nichtorganisierte Betriebe im Gipser- und im Malergewerbe Baselland bestand innerhalb des gemäss Fragestellung massgeblichen Zeitraums vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 zumeist kein vertragsloser Zustand. Während zwei relativ kurzen Zeitabschnitten entsprechend 1/12 des massgeblichen Zeitraums kann für nichtorganisierte Arbeitnehmer in organisierten Betrieben der Inhalt des GAV durch individualrechtliche Einbeziehung in den Einzelarbeitsvertrag zur Geltungsgrundlage einzelvertraglicher Ansprüche geworden sein. Auch ist anzunehmen, dass aus submissionsrechtlichen Gründen der Anteil der Aussenseiterbetriebe im Gipser- und Malergewerbe Baselland eher gering war.

6. Die Erhebung von Vollzugskostenbeiträgen im Gipser- und im Malergewerbe Baselland im Zeitraum vom 01.01.2010 bis am 31.12.2017 war grundsätzlich zulässig. Während zwei relativ kurzen Zeitabschnitten konnte die Beitragspflicht nichtorganisierter Arbeitnehmer in organisierten Betrieben allenfalls auf die individualrechtliche Geltung des GAV gestützt werden. Auch ist anzunehmen, dass im Gipser- und Malergewerbe Baselland aus submissionsrechtlichen Gründen der Anteil der nichtbeitragspflichtigen Betriebe eher gering war.

Mollis, 03. August 2018

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli