

Münsterplatz 3a  
3011 Bern  
Telefon 031 633 48 45  
Telefax 031 633 48 52

I2013-018NU

DER  
VOLKSWIRTSCHAFTSDIREKTOR

hat in der Beschwerdesache



XXX

vertreten durch Rechtsanwalt XXX

Beschwerdeführerin

gegen

beco Berner Wirtschaft (beco), Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih, Laupenstrasse 22, 3011 Bern

betreffend Lohnbuchkontrolle (Verfügung des beco vom 8. Juli 2013)

**den Akten entnommen:**

- A.** Mit Verfügung vom 8. Juli 2013 setzte das beco für eine Lohnbuchkontrolle bei der XXX für die Periode vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2011 ein unabhängiges Kontrollorgan ein (Ziffer 1 der Verfügung). Die Kosten der Lohnbuchkontrolle wurden gestützt auf Art. 6 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) unabhängig vom Kontrollresultat der XXX überbunden (Ziffer 2).
- B.** Mit Eingabe vom 9. August 2013 führte die XXX bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (VOL) Beschwerde gegen die genannte Verfügung und stellte folgende Anträge:
- Ziffer 2 der Verfügung des beco, Berner Wirtschaft, vom 8. Juli 2013 sei aufzuheben und es sei die Kostenverteilung für die unabhängige Lohnbuchkontrolle in Abhängigkeit des Kontrollresultats vorzunehmen.
- Eventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung des beco, Berner Wirtschaft, vom 8. Juli 2013 aufzuheben und mit der Kostenverteilung sei bis zum Vorliegen des Kontrollresultats der unabhängigen Lohnbuchkontrolle zuzuwarten.
- C.** In seiner Beschwerdevernehmlassung vom 11. September 2013 beantragte das beco die Abweisung der Beschwerde. In ihrer Eingabe vom 14. Oktober 2013 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.
- D.** Mit Eingabe vom 16. Oktober 2013 beantragte die Paritätische Berufskommission des Maler- und Gipsergewerbes Bern Mittelland (PBK), die Beschwerde sei abzuweisen. Zudem liess sie der VOL am 5. November 2013 per E-Mail ein Merkblatt zur Auslegung von Art. 6 Abs. 3 AVEG zukommen.
- E.** In ihren Schlussbemerkungen vom 7. Januar 2014 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Das beco und die PBK verzichteten auf die Einreichung von Schlussbemerkungen.
- F.** Auf die Begründungen der angefochtenen Verfügung und der verschiedenen Eingaben wird, soweit sie für das vorliegende Verfahren von massgebender Bedeutung sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Der Volkswirtschaftsdirektor zieht

**in Erwägung:**

1.
  - a) Gemäss Art. 2 und 12 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11) bedürfen private Arbeitsvermittlung und Personalverleih einer Bewilligung des kantonalen Arbeitsamtes und stehen unter dessen Aufsicht (Art. 32 Abs. 1 AVG). Bewilligungs- und Aufsichtsbehörde im Kanton Bern ist gemäss Art. 16 Abs. 2 des Arbeitsmarktgesetzes vom 23. Juni 2003 (AMG; BSG 836.11) das beco. Gegen dessen Verfügungen kann gemäss Art. 35 Abs. 4 AMG in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) bei der VOL Beschwerde geführt werden. Die VOL übt volle Rechts- und Ermessenskontrolle aus (Art. 66 Abs. 1 VRPG) und stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 18 Abs. 1 VRPG).
  - b) Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung beschwert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
2.
  - a) Gemäss Art. 1 Abs. 1 AVEG kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrags (GAV) auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind (Allgemeinverbindlicherklärung). Der GAV für das Maler- und Gipsergewerbe ist seit den frühen 90er-Jahren (mit einem Unterbruch im Zeitraum 2004/2005) allgemeinverbindlich, aktuell mit Beschluss vom 13. Dezember 2012 für die Dauer bis 31. Dezember 2016.
  - b) Nach Art. 20 Abs. 1 AVG muss ein Personalverleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV einhalten, wenn ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten GAV untersteht. Das im allgemein verbindlich erklärten GAV zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organ ist zur Kontrolle des Verleihers berechtigt (Art. 20 Abs. 2 AVG). Im Rahmen der Kontrolle des allgemein verbindlichen GAV bestimmt demnach die PBK, wer die Kontrollen durchführt. Der Gesetzgeber hat aber in Art. 6 Abs. 1 AVEG für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt wird, die Möglichkeit geschaffen, ein von den Vertragsparteien unabhängiges Kontrollorgan anstelle der im Vertrag vorge-

sehenen Kontrollorgane zu verlangen. Die Kontrollkosten gehen dabei zu Lasten des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, der eine besondere Kontrolle verlangt hat. Sie können jedoch von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise den Vertragsparteien auferlegt werden, wenn *besondere Umstände* dies rechtfertigen (Art. 6 Abs. 3 AVEG). Das Recht, jederzeit bei der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen kantonalen Behörde die Kontrolle durch ein besonderes, von den Vertragsparteien unabhängiges Kontrollorgan zu verlangen, steht auch Personalverleihern explizit zu. Dabei gilt Art. 6 AVEG sinngemäss (Art. 48d der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [AVV; SR 823.111]).

**c)** Die XXX ist eine Personalverleihfirma. Die Einsatzbetriebe des verliehenen Personals sind mindestens teilweise im Maler- und Gipsergewerbe tätig. Unbestrittenermassen muss die XXX für diesen Bereich ihrer Tätigkeit die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV Maler- und Gipsergewerbe einhalten. Vorliegend ordnete die PBK eine Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen an und erteilte einen entsprechenden Kontrollauftrag. Die XXX widersetzte sich der Kontrolle nicht, lehnte aber die damit beauftragte Firma als Kontrollorgan ab und verlangte stattdessen die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans. Mit der Verfügung des beco vom 8. Juli 2013 wurde ein solches eingesetzt. Gleichzeitig verfügte das beco, dass die XXX die Kosten dieser Kontrolle unabhängig vom Resultat der Kontrolle zu tragen habe. Umstritten ist nur dieser Teil der angefochtenen Verfügung.

- 3. a)** In ihrer Beschwerde vom 9. August 2013 macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, dass ihr die Kosten eines unabhängigen Kontrollorgans nicht von vornherein und unabhängig vom Resultat der erst noch durchzuführenden Lohnbuchkontrolle auferlegt werden dürften. Vielmehr müsse das Resultat der Kontrolle bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden, wie dies der GAV für das Maler- und Gipsergewerbe vorsehe. Dem stehe Art. 6 Abs. 3 AVEG nicht entgegen, da die kantonale Behörde im Sinne von *besonderen Umständen* die Kontrollkosten den Vertragsparteien auferlegen könne, wenn keine oder nur unwesentliche Verletzungen des GAV festgestellt werden. Eine enge Auslegung der besonderen Umstände in dem Sinne, als deren Vorhandensein nur ausnahmsweise und unabhängig vom Kontrollresultat bejaht werden könne, lehnt die Beschwerdeführerin ab. Sie widerspricht in diesem Punkt dem beco und weist darauf hin, dass dessen Auslegung der besonderen Umstände auch in der Lehre kritisiert werde. Zudem stelle Art. 6 Abs. 3 AVEG, der eine Ausdehnung von Rechtswirkungen eines Vertrages auf Dritte vorsehe, im schweizerischen Recht eine systemfremde Norm dar, da sie der Privatautonomie widerspreche. Aus diesem Grund

sei die Norm restriktiv auszulegen. Das Kontrollresultat sei bei der Kostenverteilung zwingend zu berücksichtigen, weshalb eine Kostenverteilung auch erst dann vorzunehmen sei (vgl. Eventualantrag).

**b)** Demgegenüber hält das beco fest, der Gesetzgeber sehe vor, dass die Kosten eines unabhängigen Kontrollorgans durch die Partei zu tragen seien, welche die unabhängige Kontrolle verlangt habe. Die *besonderen Umstände* nach Art. 6 Abs. 3 AVEG, die eine Abkehr von dieser Regelung rechtfertigen könnten, hätten nichts mit dem Resultat der Kontrolle zu tun, sondern kämen nur bei ganz gravierenden Umständen zum Tragen. Würden die besonderen Umstände wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht ausgelegt, so würden diese stets dann vorliegen, wenn eine Kontrolle keine Verstösse gegen den GAV zutage fördert. Dies sei aber zweifelsohne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen. Zudem würde allenfalls das vom Gesetzgeber vorgesehene System der Lohnbuchkontrolle durch die Paritätische Berufskommission ausgehöhlt, da alle Parteien ohne finanzielles Risiko ein unabhängiges Kontrollorgan beantragen könnten.

**c)** Die PBK schliesst sich inhaltlich im Wesentlichen den Ausführungen des beco an. Zudem weist sie darauf hin, dass wenn der Gesetzgeber die Kostentragung vom Ergebnis des Kontrollresultats hätte abhängig machen wollen, er dies ins Gesetz aufgenommen hätte. Das von der PBK zusätzlich eingereichte Merkblatt zur Auslegung von Art. 6 Abs. 3 AVEG deckt sich inhaltlich im Wesentlichen mit ihrer Eingabe.

- 4. a)** Was unter *besonderen Umständen* zu verstehen ist, ist auszulegen. Die Auslegung einer Rechtsnorm dient dem Vorhaben, den Rechtssinn der Vorschrift zu ermitteln (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, dritte Auflage, Bern 2009, §25 N. 2). Dabei gelten für die Normen des Verwaltungsrechts die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegungsmethode. Heute wird in Lehre und Rechtsprechung keiner Methode Vorrang zuerkannt (Methodenpluralismus), auch wenn gemäss der bundesgerichtlichen Praxis die teleologische Auslegungsmethode etwas im Vordergrund steht (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N. 216 ff.). Zudem fliessen die verschiedenen Methoden in der praktischen Anwendung oftmals ineinander über. Erst wenn der Sinn der in Frage stehenden Norm nicht mittels Auslegung ermittelt werden kann, handelt es sich um eine Lücke, die gefüllt werden muss, wobei Auslegung und Lückenfüllung oftmals ineinander über gehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 234, 236).

**b) aa)** Die grammatikalische Auslegung der *besonderen Umstände* lässt darauf schliessen, dass solche gemeint sind, die abseits des Normalfalls liegen. Wenn hingegen die Kostentragung durch die Vertragsparteien des GAV immer dann geboten sein würde, wenn das unabhängige Kontrollorgan beim Aussenseiter keine oder nur eine geringfügige Verletzung des GAV zu Tage fördert, würde der Gesetzgeber kaum von *besonderen Umständen* sprechen. Sonst würde er damit implizit zum Ausdruck bringen, dass ein Verstoß gegen die anwendbaren Bestimmungen des GAV der Normalfall wäre, ein in diesem Sinne korrektes Verhalten hingegen die Ausnahme bilden würde. Die verwendete Wortwahl spricht daher dafür, dass mit den besonderen Umständen nicht eine Verlegung der Kosten in Abhängigkeit des Kontrollresultats gemeint ist.

**bb)** Im Sinne der historischen Auslegung hält die Botschaft zum entsprechenden Artikel (damals noch Art. 14 AVEG) fest, dass die Kontrollkosten „in der Regel“ zu Lasten des betroffenen Aussenseiters gehen, sprich den am GAV nicht beteiligten Arbeitnehmer oder -geber, auf den der Geltungsbereich ausgedehnt wird (BBl 1954 I 125 ff.). Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Kosten vom Resultat der Kontrolle abhängig zu machen, hätte er kaum von „in der Regel“ gesprochen, da er sonst mit der gewählten Formulierung suggerieren würde, dass es die Regel sei, dass Aussenseiter die Bestimmungen des GAV nicht einhalten. Vielmehr muss der Gesetzgeber bei der Kostenverlegung einen anderen Anknüpfungspunkt als das Resultat der Kontrolle gemeint haben. Auch dies spricht für eine Auslegung im Sinne des beco resp. der PBK.

**cc)** Die Auslegung, wie sie das beco in der angefochtenen Verfügung vorgenommen hat, wird in der Lehre teilweise kritisiert. Einige Autoren befürworten eine Auslegung der besonderen Umstände im gleichen Sinne wie die Beschwerdeführerin (Christoph Senti, Lohnbuchkontrolle bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen in AJP/PJA 1/2010, S. 19). Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, dass die Norm heute grundsätzlich anders verstanden werden kann als zum Zeitpunkt ihres Erlasses (zeitgemäss Auslegung).

**dd)** Ebenfalls gegen eine Interpretation der besonderen Umstände im Sinne der Beschwerdeführerin spricht die systematische Auslegung. Bei dieser Auslegungsmethode wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert. Massgebliche Elemente sind daher einerseits der systematische Aufbau eines Gesetzes aber auch das Verhältnis einer Norm zu Vorschriften in anderen Erlas-

sen (Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012, N. 97 f.). Vorliegend lassen sich aus dem systematischen Aufbau des AVEG keine konkreten Anhaltspunkte für die Auslegung der *besonderen Umstände* entnehmen. Im Verhältnis zu anderen Rechtsnormen jedoch kann festgehalten werden, dass das Gesetzmässigkeitsprinzip im Abgaberecht verlangt, dass nebst dem Kreis der Abgabepflichtigen und der Höhe der Abgabe in den Grundzügen auch mindestens der Gegenstand der Abgabe, wozu der abgabebegründende Tatbestand gehört, im formellen Gesetz umschrieben wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 2695). Die gleichen Grundsätze müssen auch bei der Auslegung der *besonderen Umstände* gelten: Auch wenn es sich um keine öffentliche Abgabe im eigentlichen Sinn handelt, so kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber regelmässig auftretende Kostenfolgen für Private, sei dies für den Aussenseiter oder die PBK, stets möglichst genau und umfassend regelt. Wenn er hingegen bei den Kostenfolgen von besonderen Umständen spricht, kann er nur unregelmässig auftretende meinen, die entweder zu selten, um sie im formellen Gesetz mindestens in den Grundzügen aufzuführen, oder im Zeitpunkt des Erlasses gar unbekannt sind. Eine Auslegung der Norm, wie sie die Beschwerdeführerin vornimmt, würde bedeuten, dass der Gesetzgeber regelmässig auftretende Kostenfolgen nicht mindestens in den Grundzügen regelt, was eine Besonderheit in der Gesetzessystematik wäre.

**ee)** Schliesslich spricht auch Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung) dafür, die Kosten grundsätzlich dem Aussenseiter aufzuerlegen, wenn er die Einsetzung eines besonderen Kontrollorgans verlangt: Dieser kann sich der Kontrolle durch ein Kontrollorgan der PBK unterziehen und trägt ein Kostenrisiko in Abhängigkeit des Kontrollresultats gemäss den Bestimmungen des GAV. Will er hingegen ein unabhängiges Kontrollorgan, so hat er den Vorteil, dass eine von der PBK (wirtschaftlich) unabhängige Person die Kontrolle durchführt. Als Nachteil muss er allerdings in Kauf nehmen, dass er die verursachten Kosten selber tragen muss (vgl. auch Christoph Senti, a.a.O., S. 14 ff). Könnte der Aussenseiter hingegen ohne finanzielles Risiko stets die Kontrolle durch ein unabhängiges Kontrollorgan verlangen, so würden Sinn und Zweck der Norm ausgehöhlt, bei welcher der Gesetzgeber bewusst eine Kontrolle durch die PBK als Grundsatz vorsieht. Im Übrigen würde dies auch zu nicht unerheblichen Mehrkosten führen, da die von der PBK eingesetzten Kontrollorgane erfahrungsgemäss Kontrollaufträge speditiver und damit kostengünstiger erfüllen können als höchstens unregelmässig damit beauftragte unabhängige Kontrollorgane. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Gesetzgeber durch die Ausdehnung von GAV auf Aussenseiter bewusst einen Eingriff in die Privatautonomie vornimmt, indem er Aussenseiter der PBK unterstellt. Die Regelung der Kosten im Sinne von Art. 6 Abs.

3 AVEG ist nichts anderes als die konsequente Fortführung des Gedankens, Aussen-seiter möglichst in die Kontrolle nach GAV einzubinden.

c) Aus dem vorstehend Ausgeführten erhellt, dass Art. 6 Abs. 3 AVEG so auszulegen ist, dass das Nichtauffinden von GAV-Verstössen anlässlich einer Kontrolle keinen besonderen Umstand darstellt. Ob es sich bei Art. 6 Abs. 3 AVEG tatsächlich um eine im schweizerischen Recht systemfremde Norm handelt, wie es die Beschwerdeführerin vorbringt, kann offen bleiben, da keine gewichtigen Zweifel daran bestehen, dass die vorliegend verfügte Kostenfolge vom Gesetzgeber bewusst so gewollt worden ist. Die Verfügung des beco ist daher in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

5. Die Beschwerdeführerin stellt den Eventualantrag, die Kosten seien erst in Kenntnis des Kontrollresultats zu verlegen. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist auch dieser Antrag abzuweisen: Es ist nicht ersichtlich, welche Erkenntnisse die eigentliche Kontrolle in Bezug auf die Kostenverlegung zutage fördern soll. Wie ausgeführt erfolgt die Kostenverlegung unabhängig vom Kontrollresultat. Daher müssten anlässlich der Kontrolle andere Gründe auftreten, die im Sinne von besonderen Umständen zu einer anderen Kostenverteilung führen könnten. Diesbezüglich bringt die Beschwerdeführerin nichts vor und es ist für die VOL auch nicht ersichtlich, um welche besonderen Umstände es sich dabei handeln sollte. Aus diesen Gründen ist auch der Eventualantrag abzuweisen.
6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten. Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs.1 und 3 VRPG).

Aus diesen Gründen wird

**erkannt:**

1. Die Beschwerde der XXX vom 9. August 2013 wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von **Fr. 1'000.--**, werden der Beschwerdeführerin auf-erlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids.



3. Parteikosten werden keine gesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, geführt werden. Die Beschwerde ist schriftlich und mindestens dreifach einzureichen. Sie hat einen Antrag, eine Begründung und eine Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid sowie weitere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Bern, 3. April 2014