

Le **but de la déclaration d'extension** – empêcher les distorsions de concurrence – ne peut être atteint que si les règles de la convention collective sont respectées par tous les offreurs de biens et services sur un marché déterminé (cons. 2.1).

Bien que les travailleurs concernés par la CCT location de services ne travaillent pas dans la branche de la location de services mais dans différentes branches, en fonction des entreprises où ils sont affectés, la déclaration d'extension est valable (cons. 2.3).

Une **branche économique se définit** fondamentalement en fonction des entreprises qui se trouvent en concurrence directe. Les entreprises concernées doivent fournir des biens et des services de même sorte. En l'espèce, les **entreprises de location de services** se trouvent bien en concurrence entre elles et non avec les entreprises utilisatrices. Elles forment donc une branche (cons. 2.3).

L'association paritaire pour l'exécution, la formation continue et le fonds de prévoyance sociale, en tant qu'organe d'exécution commune de la CCT location de services au sens de l'art. 357b CO, était donc **légitimée à réclamer** à la société demanderesse de s'acquitter des montants dus au titre de ladite CCT.

Besetzung

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Hohl,
Gerichtsschreiberin Marti-Schreier.

Verfahrensbeteiligte

A. AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Raphael Spring,
Beschwerdeführerin,

gegen

Verein Paritätischer Vollzug,
Weiterbildung und Sozialfonds
für den Personalverleih,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Senti,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Gesamtarbeitsvertrag; Allgemeinverbindlicherklärung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 17. Juni 2017
(HG 16 64 und HG 16 88).

Sachverhalt:

A.

A.a. Der Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (Beklagter, Widerkläger, Beschwerdegegner) ist das paritätische Vollzugsorgan des Gesamtarbeitsvertrags für den Personalverleih (nachfolgend: GAV Personalverleih) i.S.v. Art. 357b OR. Vertragsparteien des GAV sind der Arbeitgeberverband swisstaffing und die Arbeitnehmerverbände Unia, Syna, Angestellte Schweiz und KV Schweiz. Mit Bundesratsbeschluss vom 13. Dezember 2011 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih (BBl 2011 9223 f.) erklärte der Bundesrat diverse Bestimmungen des GAV allgemeinverbindlich; er verlängerte den Beschluss - teilweise in abgeänderter Form - mehrmals, zuletzt bis zum 31. Dezember 2018 (BBl 2016 3435 ff.).

Die A. AG (Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdeführerin) bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Personalsektor, insbesondere die Anwerbung, die Zurverfügungstellung, den Verleih und die Vermittlung von Personal aus allen Berufszweigen gegen Entgelt. Sie ist weder Vertragspartei des GAV Personalverleih noch Mitglied von swisstaffing oder einer anderen Vertragspartei des GAV.

A.b. Gemäss den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen Art. 7 und 8 des GAV Personalverleih ist der Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih, u.a. für den Vollzug und die Förderung der Weiterbildung sowie das Inkasso der Berufsbeiträge zuständig. Gestützt darauf machte er bei der A. AG Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträge geltend und setzte diese sodann in Betreuung.

A.c. Die A. AG bestreitet die in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 45'642.20 nebst Zins nicht und gesteht zu, dass sie in den Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV Personalverleih fallen würde. Sie bestreitet jedoch ihre Leistungspflicht mit der Begründung, die Allgemeinverbindlicherklärung habe gegen Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) verstossen und sei damit ohne ausreichende gesetzliche Grundlage erfolgt.

B.

B.a. Am 21. Juni 2016 reichte die A. AG gegen den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih, Klage beim Handelsgericht des Kantons Bern ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin nicht Schuldnerin der mit Betreuung Nr. xxxx des Betreibungsamtes Uster (Zahlungsbefehl vom 07.10.2014) betriebenen Forderung im Umfange von CHF 45'642.20 nebst Zinsen und Kosten ist.

2. Es sei sodann festzustellen, dass das Betreibungsverfahren ungerechtfertigterweise eingeleitet worden ist, weshalb Nichtigkeit besteht bzw. die Aufhebung desselben zu erklären ist.

3. Das Betreibungsamt Uster sei anzuweisen, den Registereintrag zu löschen resp. diesen keinem Dritten mitzuteilen.

4. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)."

B.b. Der Beklagte reichte mit seiner Klageantwort Widerklage ein und beantragte, die Klägerin sei zur Zahlung von Fr. 45'642.20 nebst Zins zu verpflichten.

B.c. Mit Entscheid vom 17. Juni 2017 wies das Handelsgericht die Klage ab, hiess die Widerklage gut und verurteilte die Klägerin zur Zahlung von Fr. 45'642.20 nebst Zins an den Beklagten und Widerkläger.

Das Handelsgericht prüfte im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle die von der Klägerin bestrittene Rechtmässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung und bejahte diese.

C.

Am 22. Juli 2017 erhob die Klägerin beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Sie wiederholte ihre Klagebegehren und beantragte die Abweisung der Widerklage.

Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG; vgl. BGE 137 III 556 E. 3 S. 557 f.) und richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG) entschieden hat. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 Abs. 1 BGG) und die Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG) ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist somit - unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

1.2. An der Beantwortung abstrakter Rechtsfragen besteht kein schutzwürdiges Interesse der Rechtssuchenden (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 137 III 153 E. 5 S. 158; 135 III 513 E. 7.2 S. 525 mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin lediglich allgemeine Ausführungen zur Terminologie und zur Auslegung des Begriffs Wirtschaftszweig macht, ohne aufzuzeigen, inwiefern sich eine angeblich unpräzise Wortwahl oder Begriffsdefinition der Vorinstanz konkret auf das Ergebnis ausgewirkt hätte, ist darauf nicht einzugehen.

2.

Zwischen den Parteien umstritten ist einzig die Frage, ob die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih gegen Art. 1 Abs. 1 AVEG verstossen hat.

2.1. Nach Art. 1 Abs. 1 AVEG kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrags auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Erstreckt sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet mehrerer Kantone, so wird sie vom Bundesrat angeordnet (Art. 7 Abs. 1 AVEG).

Die Allgemeinverbindlicherklärung will einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf demselben Markt tätigen Unternehmen schaffen und damit verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gilt. Zum selben Wirtschaftszweig gehören Betriebe, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 665; 139 III 165 E. 4.3.3.2 S. 174; 134 III 11 E. 2.2 S. 13 f.). Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, unlautere Wettbewerbsvorteile zu verhindern, kann nur erreicht werden, wenn die Regeln des entsprechenden GAV grundsätzlich von sämtlichen Anbietern auf einem bestimmten Markt eingehalten werden müssen. Es ist bei der Allgemeinverbindlicherklärung mithin in verfassungskonformer Auslegung von Art. 1 Abs. 1 AVEG darauf zu achten, dass direkte Konkurrenten in ihrer Wirtschaftsfreiheit gleichmässig eingeschränkt werden und im wirtschaftlichen Wettbewerb gleich lange Spiesse erhalten (vgl. Art. 28 und Art. 94 Abs. 4 BV). Sobald ein Betrieb in nicht offensichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt, für den ein allgemeinverbindlich erklärter GAV gilt, kommen die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung zur Anwendung (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 666; 134 III 11 E. 2.2 S. 14 und E. 2.4 S. 15).

Danach gilt ein GAV nach dem Grundsatz der Tarifeinheit für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium ist die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil - und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe - das Gepräge gibt (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1 S. 665; 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit Hinweisen).

2.2. Der GAV Personalverleih gilt nach Art. 2 Abs. 2 und 4 des Bundesratsbeschlusses vom 13. Dezember 2011 (vgl. oben A.a) für alle Betriebe, die Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Arbeitsverleihbewilligung nach Arbeitsvermittlungsgesetz sind (Abs. 2 lit. a), gemäss Art. 66 des Unfallversicherungsgesetzes in der Klasse 70C SUVA-versichert sind (Abs. 2 lit. b) und bezüglich der verliehenen Arbeitnehmenden pro Kalenderjahr eine Lohnsumme von mindestens 1'200'000.- Franken aufweisen (Abs. 2 lit. c); zudem gilt der GAV - mit wenigen hier nicht relevanten Ausnahmen - für alle Arbeitnehmenden, die von solchen Betrieben verliehen werden (Abs. 4).

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Unternehmen, die im Bereich des Personalverleihs tätig sind, einen Wirtschaftszweig bilden. Die Anstellung als verliehener Mitarbeiter sei jedoch weder ein Wirtschaftszweig noch ein Beruf. Diese Arbeitnehmer würden den Personalbestand des Kunden (in einem anderen Wirtschaftszweig) aufstocken oder vorübergehend verstärken. Der GAV Personalverleih reguliere mithin lediglich eine Beschäftigungsform. Die Arbeitnehmer, welche von Personalverleihern an Einsatzbetriebe verliehen würden, seien nicht im Wirtschaftszweig des Personalverleihs tätig, sondern in nahezu allen Wirtschaftszweigen, Branchen und Berufen. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih habe der Bundesrat folglich einen GAV allgemeinverbindlich erklärt, der nahezu alle Wirtschaftsbereiche, Branchen und Berufe betreffe. Zu dieser Allgemeinverbindlicherklärung habe dem Bundesrat die gesetzliche Grundlage gefehlt, weshalb sie keine zivilrechtlichen Rechte und Pflichten (Leistung von Beiträgen) zu Lasten der Beschwerdeführerin zu begründen vermöge.

2.3. Die Vorinstanz hat ausgeführt, **beim Personalverleih seien drei Rechtssubjekte beteiligt: Der Arbeitnehmer, der Personalverleiher und der Einsatzbetrieb. Zwischen dem Personalverleiher und dem Arbeitnehmer bestehe ein Einzelarbeitsvertrag, zwischen dem Personalverleiher und dem Einsatzbetrieb ein Verleihvertrag. Der Arbeitnehmer selbst stehe in keiner unmittelbaren vertraglichen Beziehung zum Einsatzbetrieb. Es treffe zwar zu, dass die verliehenen Mitarbeiter in der Regel nicht im Wirtschaftszweig der Personalverleihunternehmen eingesetzt würden. Sie seien aber weiterhin beim Personalverleiher angestellt und erzielten durch ihren Einsatz auch im Bereich des Personalverleihs eine Wertschöpfung.** Wie der Bundesrat in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2011 festhalte, liege die Gemeinsamkeit der Leiharbeitsverhältnisse in der besonderen Art der Anstellung. Die Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs des GAV Personalverleih erfolge bezüglich der Arbeitnehmenden nicht nach deren Tätigkeit, sondern nach der Art ihrer Anstellung. **Bei einem Branchenvertrag, wie er hier vorliege, sei nach dem Grundsatz der Tarifeinheit der ganze Betrieb dem GAV des Wirtschaftszweigs zu unterstellen, dem er nach der ihn prägenden Tätigkeit angehöre, ohne dass nach einzelnen Berufsgruppen zu unterscheiden sei. Der Wirtschaftszweig sei im Bereich des Branchenvertrags somit primär von der Struktur und dem Angebot des Arbeitgebers und weniger von der Tätigkeit oder Persönlichkeit des Arbeitnehmers abhängig. Ob ein Betrieb zum gleichen Wirtschaftszweig gehöre, beurteile sich in erster Linie anhand der Tätigkeit im Betrieb (vorliegend Personalverleih) und nicht anhand der spezifischen Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers im Einsatzbetrieb. So sei ein Hersteller von Kunststofffenstern denn auch dem GAV Schreinergerwerb unterstellt worden, obwohl in dem**

Betrieb keine Schreiner tätig gewesen seien (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C_391/2001 vom 30. April 2002). **Die Tätigkeit, die einem Personalverleihunternehmen das Gepräge gebe, sei demzufolge diejenige der Entleihung von Personal. Die Tätigkeit im Einsatzbetrieb stehe nicht im Vordergrund, da es auf die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb das Gepräge gebe, ankomme.**

Wesentlich sei weiter, was unter einem Wirtschaftszweig bzw. einer Branche zu verstehen sei. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Allgemeinverbindlicherklärung und in verfassungskonformer Auslegung von Art. 1 Abs. 1 AVEG definiere sich eine Branche grundsätzlich dadurch, wer in direkter Konkurrenz zueinander stehe. Die unterstellten Betriebe müssten Erzeugnisse und Dienstleistungen gleicher Art anbieten wie die Erzeugnisse und Dienstleistungen, die von vertraglich am GAV beteiligten Betrieben angeboten würden. Es müsse mithin ein direktes Konkurrenzverhältnis zu solchen Betrieben vorliegen. Die Verleihunternehmen würden die Dienstleistung des Personalverleihs anbieten; sie stünden zueinander und nicht zu den Einsatzbetrieben in Konkurrenz. Dies führe zwischen den Verleihbetrieben zu einer unmittelbaren Konkurrenzsituation, so dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin von einem eigenen Wirtschaftszweig i.S.v. Art. 1 Abs. 1 AVEG ausgegangen werden könne.

2.4. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, als Zuordnungskriterium für die Unterstellung unter einen GAV sei nicht die Tätigkeit des Unternehmens als wirtschaftlichem Träger relevant, sondern die Tätigkeit des jeweiligen Betriebs. Auf verschiedene Betriebe desselben Unternehmens könnten unterschiedliche GAV zur Anwendung gelangen. Mithin stelle sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen sei, sondern welchem Wirtschaftszweig ein Betrieb zuzurechnen sei. Die verliehenen Mitarbeiter seien nun aber nicht Teil des Betriebes, d.h. der organisatorischen Einheit des Personalverleihers. Vielmehr seien sie in Betrieben ausserhalb des Personalverleihs tätig, nämlich in den jeweiligen Einsatzbetrieben. Die rechtliche Bindung der verliehenen Arbeitnehmer an den Personalverleiher als Arbeitgeber sei dabei nicht entscheidend. Dies zeigten z.B. die NOGA-Codes des Bundesamtes für Statistik deutlich. Ebenso wenig sei entscheidend, ob die verliehenen Arbeitnehmer auch im Bereich des Personalverleihs eine Wertschöpfung erzielen würden. Für die Zuordnung zu einem Wirtschaftszweig sei vielmehr stets die Haupttätigkeit entscheidend, d.h. die Tätigkeit, die den grössten Beitrag zur Wertschöpfung leiste. Weil der GAV Personalverleih also Arbeitsverhältnisse ausserhalb der Betriebe der Personalverleiher regle und damit nicht auf einen Wirtschaftszweig beschränkt sei, habe Art. 1 Abs. 1 AVEG keine gesetzliche Grundlage für die Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat geboten.

2.5. Die Beschwerdeführerin bestreitet wie bereits ausgeführt (oben E. 2.2) nicht, dass der Personalverleih einen Wirtschaftszweig darstellt. Sie bestreitet auch nicht, dass die verliehenen Mitarbeiter rechtlich Arbeitnehmer des Personalverleihers sind. Sie hält jedoch dafür, die verliehenen Arbeitnehmer gehörten nicht zum Betrieb des Personalverleihs, sondern zum jeweiligen Betrieb oder selbständigen Betriebsteil des Unternehmens, an welches sie verliehen würden (dieses Unternehmen wird - in diesem Zusammenhang missverständlich, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt - als Einsatzbetrieb bezeichnet). Dies trifft aus folgenden Gründen nicht zu: Auf verschiedene Betriebe desselben Unternehmens können zwar in der Tat unterschiedliche GAV zur Anwendung gelangen. Die Beschwerdeführerin teilt das Personalverleihunternehmen indessen nicht in einen verwaltenden Betrieb oder selbständigen Betriebsteil und einen die verliehenen Mitarbeiter umfassenden Betrieb oder selbständigen Betriebsteil auf. Vielmehr will sie die verliehenen Mitarbeiter gleichsam dem Einsatzbetrieb zurechnen mit der Folge, dass sie nicht dem Betrieb oder einem selbständigen Betriebsteil ihres Arbeitgebers zugehörig wären. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist aber relevant, dass die verliehenen Mitarbeiter rechtlich Arbeitnehmer des Personalverleihers sind. Ein GAV regelt das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Entsprechend sieht Art. 1 Abs. 1 AVEG vor, dass der Geltungsbereich eines GAV auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden kann (Hervorhebung hinzugefügt). Der Beschwerdegegner bringt zu Recht vor, dass sich mithin zuerst die

Frage nach dem betrieblichen Geltungsbereich und sodann die Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich hinsichtlich der Arbeitnehmer stellt, die vom Arbeitgeber des betreffenden Betriebs beschäftigt werden. Als Arbeitnehmer des Personalverleihunternehmens gehören die verliehenen Mitarbeiter zum Betrieb dieses Unternehmens. Daran ändert nichts, dass sie in einem anderen Unternehmen (dem Einsatzbetrieb) und damit nicht in den Büroräumlichkeiten des Personalverleihunternehmens eingesetzt werden. Dass die prägende Tätigkeit des alle verliehenen Mitarbeiter umfassenden Betriebs der Personalverleih ist, hat die Vorinstanz überzeugend dargelegt und stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage. Damit hat die Vorinstanz bundesrechtskonform die Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat bejaht. Auf zusätzliche Argumente der Vorinstanz, welche die Beschwerdeführerin als sachfremd bezeichnet, ist daher nicht einzugehen.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Januar 2018

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Die Gerichtsschreiberin: Marti-Schreier