



Urteil vom 9. Dezember 2016

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch lic. iur. Jürg Steiner, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans
(Art. 6 AVEG).

Sachverhalt:**A.**

B. Die A. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) ist eine im Bereich Gips- und Trockenbauarbeiten tätige Gesellschaft mit Sitz in (...) im Kanton (...).

B.a Am 12. August 2014 fand bei der Beschwerdeführerin eine Lohnbuchkontrolle statt. Die Kontrolle war von der Regionalen Paritätischen Berufskommission für das Gipsergewerbe X. _____ (im Folgenden: RPBK) angeordnet und zur Durchführung an die B. _____ GmbH delegiert worden.

B.b Die RPBK stellte der Beschwerdeführerin den Lohnkontrollbericht mit Schreiben vom 10. März 2015 zu.

B.c Mit Stellungnahme vom 10. April 2015 zuhanden der RPBK beantragte die Beschwerdeführerin, die RPBK sei anzuweisen, das hängige Kontrollverfahren bis zum Entscheid über die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu sistieren, da die RPBK als befangen und daher als nicht zuständig anzusehen sei.

B.d Mit Eingabe vom selben Tag beantragte die Beschwerdeführerin beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (im Folgenden: Vorinstanz), es sei für die Kontrolle der Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Maler- und Gipsergewerbe bezüglich der Periode vom 1. Januar 2013 – 30. Juni 2014 gestützt auf Art. 6 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) ein unabhängiges Kontrollorgan zu bestellen, wobei die Kosten des besonderen Kontrollverfahrens den Gesamtarbeitsvertrags-Vertragsparteien aufzuerlegen seien. Im Weiteren beantragte sie, die RPBK sei unverzüglich anzuweisen, das hängige Kontrollverfahren bis zum Entscheid über die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu sistieren.

Zur Begründung brachte die Beschwerdeführerin vor, dass mindestens ein Mitglied der RPBK durch aktive Information der Medien, namentlich des "Blick", die Geheimhaltungspflicht massiv verletzt habe, weshalb die RPBK nicht unparteiisch sei. Die Beschwerdeführerin verlange daher die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans.

B.e Mit Schreiben vom 27. April 2015 wies die Vorinstanz sowohl das Begehren um Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans als auch das

Begehren um Anweisung an die RPBK, das hängige Kontrollverfahren zu sistieren, ab. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, das AVEG biete keine Rechtsgrundlage, um einen entsprechenden Entscheid zu erwirken oder ein hängiges Kontrollverfahren zu sistieren.

B.f Mit Beschluss vom 7. Mai 2015 entschied die RPBK, sie erachte sich als zuständig, unabhängig und unparteilich, und werde das Verfahren betreffend die Beschwerdeführerin fortsetzen.

B.g Diesen Beschluss der RPBK focht die Beschwerdeführerin mittels Einsprache vom 28. Mai 2015 bei der Zentralen Paritätischen Berufskommission (im Folgenden: ZPBK) an.

C.

Am 28. Mai 2015 reichte die Beschwerdeführerin gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 27. April 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragt, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben, und es sei für die Kontrolle der Beschwerdeführerin bezüglich Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Maler- und Gipsergewerbe während der Periode vom 1. Januar 2013 – 30. Juni 2014 gestützt auf Art. 6 AVEG ein unabhängiges Kontrollorgan zu bestellen, wobei die Kosten dieses besonderen Kontrollverfahrens den Gesamtarbeitsvertrags-Vertragsparteien aufzuerlegen seien. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, die RPBK sowie die ZPBK seien unverzüglich anzuweisen, das hängige Kontrollverfahren bis zum Entscheid über die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu sistieren.

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs und weiterer rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze durch die GAV-Parteien und die Mitglieder der RPBK. Die Mitglieder hätten die ihnen im Rahmen ihrer Funktion zukommende Aktenkenntnis für ihre eigenen Zwecke missbraucht und Informationen über laufende Kontrollverfahren an Organe der GAV-Parteien, an Mitglieder anderer RPBK, an die als Rechtsmittelinstanz vorgesehene ZPBK und an die Medien weiter gegeben. Dadurch werde ihre (schieds-) richterliche Funktion stark beeinträchtigt. Diese Verletzungen müssten auch ohne vorstehenden Antrag im Rahmen der Aufsichtspflicht der Vorinstanz gemäss Art. 14 des Entsendegesetzes zum Einschreiten führen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, Art. 6 Abs. 1 AVEG sehe ausdrücklich eine *jederzeitige* Bestellung eines unabhängigen Kontrollorgans vor, weshalb die Tatsache, dass die Vor-Ort-Lohnbuchkontrolle stattgefunden habe, kein Grund sei, die Ernennung zu verweigern. Es könne ihr nicht vorgeworfen werden, ihr Gesuch erst am 10. April 2015 gestellt zu haben, und nicht schon vor der Durchführung der Vor-Ort-Lohnkontrolle am 12. August 2014 um Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans ersucht zu haben, denn dies liege einzig am Verhalten der GAV-Parteien und einzelner Mitglieder der RPBK in der Zeit ab Februar 2015 begründet. Der in Art. 6 AVEG vorgesehene Schutz des Aussenseiters dürfe nicht ausgerechnet dann versagen, wenn die GAV-Parteien und die RPBK ihre Stellung, die ihnen im Rahmen der Marktregulierung zukomme, für eigene Zwecke missbrauchten.

Im Weiteren lägen Ausstandsgründe vor, denn die Grundsätze, wonach sich die Mitglieder der RPBK unparteiisch zu verhalten hätten und in den Ausstand zu treten hätten, wenn sie den Anschein von Befangenheit erwecken, seien grob verletzt worden. Nachweislich befangen seien insbesondere D._____, Mitglied der RPBK X._____, C._____, Präsident der RPBK X._____, E._____, Präsident der ZPBK des Maler- und Gipsergewerbes, sowie mindestens ein weiteres Mitglied der RPBK. Die öffentliche Vorverurteilung und die Beschuldigung der Beschwerdeführerin bei Dritten durch involvierte und informierte Personen bewirke, dass sämtliche Mitglieder der RPBK und der ZPBK als voreingenommen erschienen und befangen seien.

D.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 10. Juni 2015, der prozessuale Antrag der Beschwerdeführerin sei abzuweisen. Im Zusammenhang mit der strittigen Frage der Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans bei der Beschwerdeführerin sei allein das AVEG anwendbar. Für den Vollzug eines allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags seien die von den Vertragsparteien des Gesamtarbeitsvertrags eingesetzten Organe, die paritätischen Kommissionen, zuständig. Das AVEG enthalte keine Rechtsgrundlage, welche es der Vorinstanz erlauben würde, eine paritätische Kommission zu verpflichten, ein laufendes Kontrollverfahren zu sistieren, und in einem Konfliktfall seien die Zivilgerichte zuständig.

E.

Mit Eingabe vom 29. Juni 2015 stellte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der ZPBK vom 24. Juni 2015 zu, gemäss welchem die ZPBK das Verfahren bis zur Erledigung der vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerde betreffend Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans sistierte. Die Beschwerdeführerin erklärte, ihr prozessualer Antrag, die RPBK sowie die ZPBK seien unverzüglich anzuweisen, das hängige Kontrollverfahren bis zum Entscheid über die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu sistieren, sei damit gegenstandslos geworden.

F.

Mit Vernehmlassung vom 4. November 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, ihres Erachtens könne aus Art. 6 AVEG kein Anspruch auf jederzeitige Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans, unabhängig vom jeweils vorliegenden Sachverhalt, abgeleitet werden. Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdeführerin den Kontrollanspruch der RPBK zu Beginn nicht bestritten, sondern erst, als die Kontrolle bereits sehr weit fortgeschritten gewesen sei. So liege bereits ein Kontrollbericht der B._____ GmbH vor. In einem nächsten Schritt würde es nun darum gehen, dass die Beschwerdeführerin dazu Stellung nehme, anschliessend werde die RPBK über einen allfälligen Verstoss der Beschwerdeführerin gegen die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV beschliessen. Bei verbleibenden Streitigkeiten zum Kontrollergebnis bzw. zu allfällig ausgesprochenen Konventionalstrafen und Kontrollkosten wären schliesslich die im GAV vorgesehene Rekursinstanz bzw. der Zivilrichter zuständig. Die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans bei einem derart weit fortgeschrittenen Kontrollanspruch entspreche nicht dem Sinn von Art. 6 AVEG. Ein allenfalls eingesetztes unabhängiges Kontrollorgan könnte, wie B._____ GmbH auch, nur eine Kontrolle vor Ort durchführen und einen Kontrollbericht verfassen. Auch dieser ginge in der Folge zur Beurteilung an die zuständige paritätische Kommission, vorliegend die RPBK, die gestützt darauf allfällige nach den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen vorgesehene Konventionalstrafen beschliessen könnte. Der Auslegung der Beschwerdeführerin, wonach nicht nur die Kontrolltätigkeit an sich in Form einer Vor-Ort-Kontrolle an das unabhängige Kontrollorgan übergehen würde, sondern auch die Beschlussfassung mit der Ausfällung von Konventionalstrafen, könne nicht gefolgt werden. Dass die Beschwerdeführerin nicht bereits vor der Durchführung der Vor-Ort-Lohnbuchkontrolle die Einsetzung eines

unabhängigen Kontrollorgans beantragt habe, sei irrelevant, da die Beschwerdeführerin gar nicht die Kontrolltätigkeit der B. _____ GmbH an sich in Frage stelle, sondern vielmehr geltend mache, das Vertrauen in die Durchführung eines fairen Verfahrens durch die RPBK sei erschüttert.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.1.1 Als Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (Bst. b) bzw. die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder das Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c) zum Gegenstand haben. Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind. Diese Strukturmerkmale bzw. Elemente des Verfügungsbegriffs müssen kumulativ erfüllt sein. Art. 5 Abs. 2 VwVG dehnt den Verfügungsbegriff auf Vollstreckungsverfügungen, Zwischenverfügungen, Einspracheentscheide, Beschwerdeentscheide, Entscheide im Rahmen einer Revision und die Erläuterung aus. Ferner gelten Wiedererwägungen bzw. Abweisungen von Wiedererwägungsgesuchen, Verfügungen über einen Realakt (Art. 25a Abs. 2 VwVG) sowie Disziplinenterschiede nach Art. 60 VwVG als Verfügungen. Vom Verfügungsbegriff erfasst sind naturgemäss auch Teilverfügungen, die ein Verfahren für einen bestimmten Teil abschliessen (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2C_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.1, m.H.; Urteil des BVGer B-198/2014 vom 5. November 2014 E. 2.3.1).

Vom Verfügungsbegriff zu trennen ist die Frage nach der Form der Verfügung. Art. 34 f. VwVG schreiben den in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht handelnden Behörden vor, dass Verfügungen als solche zu be-

zeichnen und den Adressaten schriftlich, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, zu eröffnen sind. Formfehler führen grundsätzlich nicht zum Wegfall des Verfügungscharakters; die Formvorschriften sind nicht Voraussetzung, sondern Folge der Verfügung. Massgebend ist ein materieller Verfügungsbegriff, das heisst der tatsächliche rechtliche Gehalt (BGE 132 V 74 E. 2, m.H.).

1.1.2 Ansprüche aus einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag sind grundsätzlich privatrechtlicher Natur, auch wenn sie auf allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen beruhen und gegenüber Aussenseitern geltend gemacht werden (vgl. BGE 118 II 528 E. 2.a, BGE 98 II 205 E. 1). Bestimmte Aufgaben im kollektiven Arbeitsrecht, wie die Allgemeinverbindlicherklärung oder die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans, werden jedoch den Exekutivorganen bzw. den Verwaltungsbehörden übertragen. Deren Handlungen stellen Verwaltungsakte dar. Sie sind öffentlichrechtlicher Natur und dem öffentlichen Recht zuzuordnen (vgl. CHRISTOPH SENTI, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, AJP 2010, S. 19; GIACOMO RONCORONI, in: Andermatt / Bianchi/Bruchez/Gabathuler/Häberli/KusterZürcher/Molo/Rieger/Roncoroni/ Schmid [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht [im Folgenden: Handbuch kollektives Arbeitsrecht], 2009, Art. 1-21 AVEG N. 210; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. Mai 1994, in: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 1995, Nr. 1 E. 1 S. 4).

1.1.3 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist das Schreiben der Vorinstanz vom 27. April 2015. Dieses ist zwar weder als Verfügung bezeichnet, noch enthält es eine Rechtsmittelbelehrung. Gegenstand dieses Schreibens ist einerseits die Abweisung der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin auf Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans durch die Vorinstanz sowie auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans wäre, wie dargelegt, ein Verwaltungsakt des öffentlichen Rechts gewesen. Die Abweisung des Antrags auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme hat die Beschwerdeführerin nicht angefochten.

1.1.4 Das angefochtene Schreiben der Vorinstanz vom 27. April 2015, soweit die Beschwerdeführerin es angefochten hat, stellt daher eine Verfügung im Sinne von Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG dar.

1.2 Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden, zu denen auch das SECO zählt (vgl. Art. 33 Bst. d VGG). Verfügungen der Vorinstanz unterliegen der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 31 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin hat am 10. April 2015 ein Gesuch bei der Vorinstanz eingereicht, welches abgewiesen wurde. Sie hat daher am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und besitzt ein schutzwürdiges Interesse (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.4 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 und 52 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (vgl. Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

1.5 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Der Schweizerische Maler- und Gipserunternehmerverband einerseits und die Gewerkschaft Unia und die Gewerkschaft Syna andererseits schlossen im April 2012 den Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe (im Folgenden auch: GAV). Gewisse Bestimmungen des GAV wurden mit Bundesratsbeschluss vom 13. Dezember 2012 (BBI 2012 9773) allgemeinverbindlich erklärt.

Art. 6.3 dieser allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags für das Maler- und Gipsergewerbe (im Folgenden auch: ave GAV) weist der ZPBK und der RPBK die folgenden Aufgaben und Kompetenzen gemäss Art. 357b Abs. 1 OR zu:

- "1. Die Durchsetzung des Anspruches auf Feststellung;
2. Die Kontrolle in den Betrieben und auf den Arbeitsstellen über die Einhaltung der normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages (inklusive Einhaltung des Verbotes bezüglich Akkord- und Schwarzarbeit);
3. Die Ausfällung und den Einzug von Konventionalstrafen sowie die Überwälzung angefallener Kontroll- und Verfahrenskosten."

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kontrollrechten bedeutet eine weit gehende Ausdehnung der Verbandsmacht gegenüber den Aussenseitern. Diese haben deshalb gemäss Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom

28. September 1956 über die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311) die Möglichkeit, die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen (vgl. FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR, Zürcher Kommentar, V/2c, 4. Aufl., 2006, Art. 356b N. 166). Art. 6 Abs. 1 AVEG lautet:

"Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt wird, können jederzeit bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans an Stelle der im Vertrag vorgesehenen Kontrollorgane verlangen. Dieses Kontrollorgan kann auch auf Antrag der Vertragsparteien eingesetzt werden, wenn sich ein am Vertrag nicht beteiligter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer weigert, sich einer Kontrolle des paritätischen Organs zu unterziehen."

Ziel des besonderen Kontrollorgans ist es, zu verhindern, dass Aussenseiter gegen ihren Willen der verbandlichen Kontrolle unterstellt werden (vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356-360 OR, Berner Kommentar, VI/2/2/3, 1999, Art. 356b N. 92 f.; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., Art. 356b N. 165 f.; Botschaft des Bundesrats vom 29. Januar 1954 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, BBl 1954 I 178). Die Einsetzung eines neutralen Kontrollorgans hat den Vorteil, dass die Lohnbuchkontrolle durch eine neutrale und nicht durch eine von der Paritätischen Kommission (wirtschaftlich) abhängigen Person durchgeführt wird (vgl. SENTI, a.a.O., S. 19). Als unabhängiges Kontrollorgan kann eine staatliche oder eine private Stelle eingesetzt werden (vgl. VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., Art. 356b N. 166, m. H.).

Die nachfolgende Sanktionierung aufgrund des Kontrollergebnisses fällt wieder alleine in die Kompetenz der Paritätischen Kommission bzw. der Vertragsparteien. Wo die Paritätische Kommission nicht überzeugend genug wirkt, bleibt nur, die Feststellung der Vertragsverletzungen, die Konventionalstrafe und die Kontrollkosten auf dem Rechtsweg geltend zu machen (vgl. CHRISTOPH HÄBERLI, Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen [im Folgenden: Verfahrensfragen], Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR], 2007, S. 52).

2.2 Gemäss Art. 20 Abs. 1 AVEG liegt bei Allgemeinverbindlicherklärungen, die vom Bundesrat angeordnet werden, die Zuständigkeit für die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans beim SECO (vgl. SECO, Bericht

GAV-Standortbestimmung, Mai 2014, S. 76; RONCORONI, a.a.O., Art. 1-21 AVEG N. 212).

3.

Die Beschwerdeführerin hatte mit Eingabe vom 10. April 2015 die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans durch die Vorinstanz beantragt, um die Einhaltung des GAV in Bezug auf die Periode vom 1. Januar 2013 bis 30. Juni 2014 zu kontrollieren.

Die Vorinstanz hat eine derartige Einsetzung abgelehnt, mit der Begründung, dass es nicht möglich sei, ein unabhängiges Kontrollorgan einzusetzen, wenn bereits eine Kontrolle durchgeführt worden sei. Gemäss dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 AVEG könne ein unabhängiges Kontrollorgan "an Stelle" der im Vertrag vorgesehenen Kontrollorgane eingesetzt werden, in dessen sehe das AVEG nicht vor, dass eine Kontrolle, die vom im Vertrag vorgesehenen Kontrollorgan durchgeführt worden sei, von einem unabhängigen Kontrollorgan nochmals durchgeführt werde. Die Beschwerdeführerin habe die Lohnbuchkontrolle vom 12. August 2014 sowie die nachträgliche schriftliche Kontrolle akzeptiert, womit bereits eine Kontrolle bei ihr durchgeführt worden sei. Im Übrigen komme dem unabhängigen Kontrollorgan keine Kompetenz zu, die durch das ordentliche Kontrollorgan gemachten Feststellungen mit eigenen Feststellungen zu revidieren.

Die Beschwerdeführerin rügt, Art. 6 Abs. 1 AVEG sehe ausdrücklich eine jederzeitige Bestellung eines unabhängigen Kontrollorgans vor, weshalb die Tatsache, dass die Lohnbuchkontrolle bereits stattgefunden habe, kein Grund sei, die Ernennung zu verweigern. Der Umstand, dass sie ihr Gesuch erst am 10. April gestellt habe, könne ihr nicht vorgeworfen werden, da dies einzig und allein am Verhalten der GAV-Parteien und einzelner Mitglieder der RPBK in der Zeit ab Februar 2015 begründet liege. Die RPBK und die GAV-Parteien hätten einen Fehler des Lohnbuchkontrolleurs für eine Medienkampagne missbraucht. Es gehe den GAV-Parteien nicht darum, die Einhaltung der GAV-Bestimmungen zu kontrollieren und durchzusetzen, sondern die Beschwerdeführerin von den Baustellen und damit vom Markt zu verbannen. Auch habe die RPBK erst den Lohnkontrollbericht entgegen genommen und noch keinen materiellen Entscheid gefällt, womit das Verfahren noch nicht vollständig durchgeführt und auch nicht abgeschlossen sei. Die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans sei daher immer noch möglich.

3.1 Streitig ist im vorliegenden Fall somit, ob die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans noch in diesem fortgeschrittenen Stadium beantragt werden kann.

3.2 Gemäss dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 AVEG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrags ausgedehnt wird, *jederzeit* bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans an Stelle der im Vertrag vorgesehenen Organe verlangen.

In der Lehre und kantonalen Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, dass das Problem bei dieser Bestimmung darin liege, dass nicht klar sei, bis wann der Antrag gestellt werden müsse, und insbesondere, ob der betreffende Antrag auch im Rahmen eines Gerichts- oder sogar Rechtsmittelverfahrens möglich sei (vgl. HÄBERLI, in: Handbuch kollektives Arbeitsrecht, a.a.O., Art. 357b OR N. 27; HÄBERLI, Verfahrensfragen, a.a.O., S. 51 f.; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2009 BZ.2009.51, E. 6).

Nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts St. Gallen und einem Teil der Lehre steht das Recht der Aussenseiter, "jederzeit" die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen, wie jedes Recht unter dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), also dem Rechtsmissbrauchsverbot. Ein Rechtsmissbrauch liegt beispielsweise bei qualifizierter Verzögerung des Einsetzungsbegehrens vor (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2009 BZ.2009.51, E. 6; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 28. August 1989 E. 2.c, veröffentlicht in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR], 1990, S. 422 f.; RONCORONI, a.a.O., Art. 1-21 AVEG N. 207). Eine solche qualifizierte Verzögerung setzt (kumulativ) voraus, dass es dem Aussenseiter zumutbar gewesen wäre, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen, bevor die vertragsschliessenden Verbände Klage auf Feststellung des Kontrollanspruchs des betreffenden Kontrollorgans eingereicht haben, dass die Verzögerung für die vertragsschliessenden Verbände nachteilig gewesen ist und schliesslich, dass diese in guten Treuen damit rechnen konnten, dass der Aussenseiter kein Einsetzungsbegehren stellen würde (vgl. RONCORONI, a.a.O., Art. 1-21 AVEG N. 207; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2009, BZ.2009.51, E. 6; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 28. August 1989, JAR 1990, S. 422 f, E. 2.c).

In einem der zitierten Entscheide des Kantonsgerichts St. Gallen wurde die Frage, ob die Aussenseiterin, welche den Kontrollanspruch der Vertragsparteien des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe nicht bestritten und die Kontrolle widerspruchlos über sich hatte ergehen lassen, nach wie vor ein Begehren auf Einsetzung eines besonderen, unabhängigen Kontrollorgans stellen könne, oder ob ein solches bis spätestens zum Beginn der Kontrolle hätte gestellt werden müsse, offengelassen; dies, weil die Stellung eines solchen Begehrens auch im Verfahren vor dem Kantonsgericht nie behauptet worden war. Das Gericht wies aber darauf hin, dass, wenn eine Aussenseiter-Arbeitgeberin im Kontrollverfahren darauf verzichte, das ihr aus Art. 6 Abs. 1 AVEG zustehende Recht auszuüben, sie dies nicht im Zivilverfahren nachholen könne (vgl. Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen vom 19. November 2009, BZ.2009.51, E. 6).

3.3 In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten und aktenmässig erstellt, dass die B._____ GmbH im Auftrag der RPBK bei der Beschwerdeführerin eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt hat. Der Bericht wurde der Beschwerdeführerin am 10. März 2015 zur Stellungnahme zugestellt. Die Beschwerdeführerin stellte ihren Antrag auf Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans am 10. April 2015.

3.4 Die Beschwerdeführerin führt als Grund an, weshalb sie nicht schon vor der Durchführung der Vor-Ort-Lohnkontrolle am 12. August 2014 um Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans ersucht habe, sie sei erst durch das Verhalten der GAV-Parteien und einzelner Mitglieder der RPBK in der Zeit ab Februar 2015 veranlasst worden, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu beantragen. Die GAV-Parteien und einzelne Mitglieder der RPBK hätten im Februar 2015 Informationen über laufende Kontrollverfahren an Organe der GAV-Parteien, an Mitglieder anderer RPBK, an die als Rechtsmittelinstanz vorgesehene ZPBK und an die Medien weitergegeben und damit die ihnen im Rahmen ihrer Funktion zukommende Aktenkenntnis für ihre Zwecke missbraucht.

Zunächst sei im "Blick" am (...) Februar 2015 ein Artikel erschienen, in welchen die Beschwerdeführerin unter anderem beschuldigt worden sei, "Lohnklau" bzw. "Lohndumping im grossen Stil" zu betreiben. Zitiert worden sei der Präsident der ZPBK, E._____, mit dem Satz: "Es läuft ein Verfahren gegen die Firma A._____ wegen des Verdachts auf Lohndumping". Zu diesem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin von "einem Verfahren" keine Kenntnis gehabt. Aus dem "Blick" vom (...) Februar 2015 habe sie sodann erfahren, dass die RPBK das Verfahren weiterführe und

die Beschwerdeführerin "fünf von acht Lohnbestimmungen" im GAV verletzt haben solle. Die RPBK habe gegenüber der Beschwerdeführerin noch am 3. März 2015 die Akteneinsicht verweigert und auf die für den 10. März 2015 geplante Sitzung verwiesen. Im "Blick" vom (...) Februar 2015 sei Gipsermeister D._____, Mitglied der RPBK, porträtiert und mit der Aussage zitiert worden, "A._____ ist zwar der Schlimmste, aber längst nicht der Einzige" und bei der Beschwerdeführerin behandle man Leute "wie Sklaven". Im "Blick" vom (...) März 2015 sei ein Foto von drei Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin zu sehen gewesen. Im Artikel werde unter anderem behauptet, die Beschwerdeführerin zocke ihre Mitarbeiter "bei den Unterkünften in (...), (...) und (...)" ab. Offensichtlich seien der B._____ GmbH am 9. September 2014 zugestellte Mietvertragskopien an den "Blick" weitergegeben worden. Mit Einladung vom 9. März 2015 hätten der Gipsermeisterverband Y._____, der Gipsermeisterverband Z._____ sowie die Gewerkschaft Unia S._____, also drei der vier Parteien des GAV, zu einer Medienkonferenz eingeladen. In der Einladung seien erneut Vorwürfe gegen die Beschwerdeführerin erhoben worden, ebenso an der Medienkonferenz vom 9. März 2015 selbst. Die Medienkonferenz sei von F._____, Vorstandsmitglied des Gipsermeisterverbands Y._____, von D._____, Präsident des Gipsermeisterverbands Z._____ und Mitglied der RPBK sowie von G._____, Geschäftsleiter der Unia S._____, geleitet worden. Gemäss dem von der H._____ AG an der Medienkonferenz aufgezeichneten Transskript der Aussagen der verschiedenen Vertreter der Gipserverbände und der Unia habe D._____ den Vorwurf erhoben, die Beschwerdeführerin gehe mit "krimineller Energie" vor und habe die anwesenden Journalisten aufgefordert, dies an die Öffentlichkeit zu tragen. Dieselben Personen wie bei der Medienkonferenz hätten die Generalunternehmungen, mit denen die Beschwerdeführerin üblicherweise zusammenarbeite, auf den 11. März 2015 zu einem "runden Tisch" eingeladen. In der Einladung werde unter anderem ausgeführt, gegen die Beschwerdeführerin lägen "abgeschlossene und laufende Verfahren der Paritätischen Kommissionen vor, welche Verfehlungen in der Höhe von insgesamt mehr als 1,3 Millionen Franken ausweisen" würden. Sodann sei im "Blick" vom (...) März 2015 unter dem Titel "Jetzt muss A._____ blechen" zu lesen gewesen, dass die Beschwerdeführerin ihren Mitarbeitern zwischen Januar 2013 und Juli 2014 1,2 Millionen Franken vorenthalten habe und dass sich dies aus dem Kontrollbericht der RPBK ergebe, welcher dem "Blick" vorliege. Es werde eine Busse erhoben, deren Höhe laut dem zitierten RPBK-Präsidenten C._____ noch offen sei. Ebenfalls zitiert werde F._____, der angekündigt habe, dass die PBK T._____ eine Folgekontrolle werde durchführen müssen.

Der Lohnbuchkontrollbericht, angeblich ausgefertigt am 9. März 2015, sei der Beschwerdeführerin erst mit Schreiben der RPBK vom 10. März 2015, zugestellt am 12. März 2015, zur Stellungnahme zugesandt worden, und die Kampagne gegen die Beschwerdeführerin sei in der Folge weitergeführt worden. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die öffentliche Vorverurteilung und die Beschuldigung der Beschwerdeführerin bei Dritten durch involvierte und informierte Personen bewirke, dass sämtliche Mitglieder der RPBK und der ZPBK als voreingenommen erschienen und befangen seien. Sowohl die RPBK als auch die ZPBK seien nicht mehr in der Lage, die angeblichen Verstösse der Beschwerdeführerin gegen die Bestimmungen des GAV objektiv zu beurteilen.

3.5 Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) statuiert den Anspruch jeder Person auf gleiche und gerechte Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Aus dieser Bestimmung wird der in Art. 30 Abs. 1 BV nur für gerichtliche Verfahren festgehaltene Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit auch auf sämtliche staatlichen Verfahren ausgeweitet. Für verwaltungsinterne Verfahren gilt dabei allerdings nicht der gleich strenge Massstab wie für unabhängige richterliche Behörden; gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dabei massgebend, ob Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtswalters objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (vgl. BGE 137 II 431 E. 5.2; BGE 127 I 196 E. 2b).

Art. 35 Abs. 2 BV bestimmt, dass nicht nur staatliche Behörden, sondern sämtliche Privaten, Gremien und Organisationen, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen, an die Grundrechte gebunden sind. Insofern stellt sich die Frage, ob bzw. in welchem Ausmass auch eine Paritätische Berufskommission, die allgemeinverbindlich erklärte Vollzugsaufgaben wahrnimmt, grundrechtlich relevante Verfahrensrechte zu beachten und daher auch gewisse Mindestanforderungen bezüglich der Unparteilichkeit, Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit zu erfüllen hat.

3.6 Letztlich kann diese Frage indessen offen bleiben. Angesichts der von der Beschwerdeführerin dargelegten, durch die Vorinstanz nicht bestrittenen und im Wesentlichen aktenmässig erstellten Umstände kann der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht der Vorwurf gemacht werden, ihr Antrag auf Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans sei rechtsmissbräuchlich oder erfolge zur Unzeit.

4.

Die Vorinstanz argumentierte in der angefochtenen Verfügung, die Kontrolle sei bereits durchgeführt worden. In ihrer Vernehmlassung präzisiert sie, die Kontrolle sei bereits weit fortgeschritten. Die Beschwerdeführerin stelle aber gar nicht eigentlich die Kontrolltätigkeit der B. _____ GmbH in Frage, sondern mache vielmehr geltend, ihr Vertrauen in die Durchführung eines fairen Verfahrens durch die RPBK sei erschüttert. Ein allenfalls eingesetztes unabhängiges Kontrollorgan könnte, wie B. _____ GmbH auch, aber nur eine Kontrolle vor Ort durchführen und einen Kontrollbericht verfassen. Auch dieser ginge in der Folge zur Beurteilung an die zuständige paritätische Kommission, vorliegend die RPBK, die gestützt darauf allfällige nach den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen vorgesehene Konventionalstrafen beschliessen könnte. Bei verbleibenden Streitigkeiten zum Kontrollergebnis bzw. zu allfällig ausgesprochenen Konventionalstrafen und Kontrollkosten wären schliesslich die im GAV vorgesehene Rekursinstanz bzw. der Zivilrichter zuständig. Die Beschwerdeführerin gehe zu Unrecht davon aus, dass nicht nur die Kontrolltätigkeit an sich in Form einer Vor-Ort-Kontrolle an das unabhängige Kontrollorgan übergehen würde, sondern auch die Beschlussfassung mit der Ausfällung von Konventionalstrafen.

4.1 Art. 6.3 ave GAV weist der ZPBK und der RPBK die folgenden Aufgaben und Kompetenzen zu:

- "1. Die Durchsetzung des Anspruches auf Feststellung;
2. Die Kontrolle in den Betrieben und auf den Arbeitsstellen über die Einhaltung der normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages (inklusive Einhaltung des Verbotes bezüglich Akkord- und Schwarzarbeit);
3. Die Ausfällung und den Einzug von Konventionalstrafen sowie die Überwälzung angefallener Kontroll- und Verfahrenskosten."

Vom Wortlaut dieser Bestimmung her ist klar, dass die Sachverhaltswürdigung bzw. die Feststellung, ob ein Verstoss gegen den GAV vorliegt oder nicht, Teil der Aufgaben des Kontrollorgans gemäss Art. 6.3 Ziff. 2 ave GAV ist, nicht der Aufgaben der RPBK oder ZPBK gemäss Art. 6.3 Ziff. 3 ave GAV. Würde ein unabhängiges Kontrollorgan eingesetzt, so würde dieses

nicht nur die von der B. _____ GmbH vorgenommene Lohnbuchkontrolle vor Ort wiederholen, sondern sie würde auch der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör gewähren und anschliessend die relevante Sachverhaltswürdigung vornehmen. Die RPBK oder ZPBK dagegen wären nicht kompetent, eine eigene Sachverhaltswürdigung vorzunehmen oder eigene Feststellungen bezüglich der Einhaltung der Bestimmungen des ave GAV zu treffen; allfällige Konventionalstrafen könnten sie nur gestützt auf die Sachverhaltswürdigung und Feststellung des unabhängigen Kontrollorgans ausfallen, sofern diese dafür Anlass bieten würde.

4.2 Im vorliegenden Fall erfolgte das Gesuch der Beschwerdeführerin um Einsetzung einer unabhängigen Kontrollstelle noch während der Frist, die ihr für ihre Stellungnahme eingeräumt worden war, somit noch bevor das Kontrollorgan den Sachverhalt würdigen und seine Feststellungen treffen durfte. Die Kontrolle im Sinn von Art. 6.3 Abs. 2 ave GAV war insofern weit fortgeschritten, aber noch nicht abgeschlossen.

4.3 Unzutreffend ist nach dem Gesagten auch die Argumentation der Vorinstanz, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans würde der Beschwerdeführerin nicht den gewünschten Effekt bringen, dass der Sachverhalt durch dieses anstelle der RPBK oder ZPBK gewürdigt würde.

5.

Im Ergebnis ist die Beschwerde daher insofern gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 27. April 2015 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, damit sie ein unabhängiges Kontrollorgan einsetze.

6.

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, d.h. das Gericht entscheidet in der Regel in der Sache selbst. Nur ausnahmsweise kassiert es die angefochtene Verfügung und weist die Sache mit verbindlichen Weisungen zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung ist indessen dann angebracht, wenn die Vorinstanz bei ihrem Entscheid aufgrund der von ihr eingenommenen Rechtsauffassung Fragen nicht geprüft hat, die besondere Sachkenntnis bedingen oder bei deren Beurteilung sie einen eigentlichen Ermessensspielraum gehabt hätte. Es ist nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, als erste Instanz über eine Frage zu entscheiden, in Bezug auf die ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum der fachkundigeren Vorinstanz besteht (vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID

HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 61 N. 15 ff. S. 1263 ff.).

Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren auch den Antrag gestellt, die Kosten dieses besonderen Kontrollverfahrens seien den Gesamtarbeitsvertrags-Vertragsparteien aufzuerlegen.

Die Kontrollkosten gehen zu Lasten des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, der eine besondere Kontrolle verlangt oder der sich geweigert hat, sich der Kontrolle des paritätischen Organs zu unterziehen; sie können jedoch von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise den Vertragsparteien auferlegt werden, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen (Art. 6 Abs. 3 AVEG).

Im vorliegenden Fall wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob derartige besondere Umstände vorliegen, nachdem sie den Vertragsparteien diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt hat. Bei der Auslegung und Anwendung derartiger unbestimmter Gesetzesbegriffe steht einer verfügenden Erstinstanz immer ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu (vgl. BVGE 2013/59, m.H.).

Die Sache ist daher in diesem Punkt zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zum Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei anzusehen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt, selbst wenn sie unterliegen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

8.

Eine obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (vgl. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE). Die Beschwerdeführerin war im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, hat indessen keine Kostennote eingereicht. Die ihr zuzusprechende Parteientschädigung ist

daher aufgrund der Akten und ermessensweise auf Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der Entscheid der Vorinstanz vom 27. April 2014 wird aufgehoben, und die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie ein unabhängiges Kontrollorgan einsetze und – nach Gewährung des rechtlichen Gehörs – darüber entscheide, wer die Kosten dieses besonderen Kontrollverfahrens zu tragen hat.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. Dezember 2016