

BL_GERICHTE 410 23 121 vom 5. September 2023

BL Gerichte, 2023-09-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_410_23_121

FR: BL_GERICHTE 410 23 121 du 5 septembre 2023

IT: BL_GERICHTE 410 23 121 del 5 settembre 2023

Regeste

Forderung

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist der Endentscheid des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 30. März 2023 im Verfahren 150 21 3057 II betreffend Feststellungsansprüche und Forderungen. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist eine Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend wird diese Streitwertgrenze nicht erreicht, weshalb als Rechtsmittel einzig die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig ist. Der angefochtene Entscheid vom 30. März 2023 wurde dem Beschwerdeführer am 3. April 2023 fristauslösend zugestellt. Unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 142 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO lief die 30-tägige Beschwerdefrist am 16. Mai 2023 ab. Mit Postaufgabe der Beschwerde am 16. Mai 2023 wurde die Rechtsmittelfrist gewahrt und auch der Kostenvorschuss von CHF 1'800.00 für das Beschwerdeverfahren wurde fristgerecht geleistet. Die Beschwerdeantwort wurde innert eingeräumter Frist von 30 Tagen eingereicht. Der Beschwerdeführer ist als Kläger und Verfahrenspartei beschwerdelegitimiert und macht zulässige Beschwerdegründe im Sinne von Art. 320 ZPO geltend. Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. Das Präsidium des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, ist gemäss § 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Der Entscheid ergeht gemäss Art. 327 Abs. 2 ZPO aufgrund der Akten. 2.1 Der Beschwerdeführer weist einleitend darauf hin, dass der vorinstanzliche Entscheid Grundsatzfragen aufgeworfen habe, welche für den künftigen Vollzug des GAVP von weitreichender und präjudizierender Bedeutung sein könnten. Ungeachtet des Streitwerts sei deshalb eine Beurteilung dieser Fragen durch das Kantonsgericht erforderlich. Angefochten werde der erstinstanzlich abgewiesene Antrag auf Feststellung des vorenthaltenen Lohnzuschlags für Nachtarbeit im Sinne von Art. 25 GAVP für die Arbeitnehmerin B.____ (dazu nachfolgende Erwägungen 2.2 ff.), die Verrechnung der ausbezahlten Gratifikation an B.____ mit dem ihr vorenthaltenen Lohnzuschlag für Nachtarbeit (dazu nachfolgende Erwägung 3.1 ff.) sowie die Höhe der von der Vorinstanz auf CHF 4'500.00 reduzierten Konventionalstrafe (dazu nachfolgende Erwägungen 4.1 ff.). Schliesslich sei die gutzuheissende Beschwerde bei der Verteilung der Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu berücksichtigen (dazu nachfolgende Erwägung 5). 2.2 In seiner Klage vom 9. Dezember 2021 verlangte der Beschwerdeführer die gerichtliche Feststellung, dass der Arbeitnehmerin B.____ Lohnzuschläge für Nachtarbeit im Sinne von Art. 25 GAVP in Höhe von CHF 295.60 vorenthalten worden seien. Die Vorinstanz erwog

hierzu, dass das Schichtreglement des Einsatzbetriebes, welches Nachtschichtarbeit ab 22:00 Uhr festlege, auf die Arbeitnehmerin B._____ nicht anwendbar sei, weil das Reglement nur bei einer Festanstellung durch den Einsatzbetrieb gelten würde und nicht für verliehene Arbeitskräfte wie B._____. Arbeitseinsätze von B._____ seien vorliegend bereits ab 22:00 Uhr als zuschlagspflichtig qualifiziert worden, obschon gemäss Art. 25 GAVP lediglich Nachtarbeitsschichten ab 23:00 Uhr zuschlagspflichtiger Natur seien. Der Beschwerdeführer bestreite aber explizit und dezidiert das Vorliegen von Schichtarbeit. Art. 25 GAVP sehe im Übrigen vor, dass vorübergehende Nachtarbeitsstunden erst ab 23:00 Uhr zuschlagspflichtig seien. Die vom Beschwerdeführer angestellten Berechnungen betreffend nicht ausbezahlte Lohnzuschläge in Höhe von CHF 295.60 würden zu Unrecht einen Nachtzuschlag bereits ab 22:00 Uhr enthalten. Da die Arbeitnehmerin B._____ zwischen Januar 2015 und April 2015 gemäss den Zeitausweisen an 24 Tagen bereits um 22:00 Uhr zu arbeiten begonnen habe und Nachtarbeitsstunden erst ab 23:00 Uhr zuschlagspflichtig seien, reduziere sich der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Lohnzuschlag für Nachtarbeit um CHF 121.45 (24 Stunden x CHF 5.06). Damit sei B._____ ein Lohnzuschlag von CHF 174.13 (anstatt CHF 295.60) vorenthalten worden. Allerdings seien der Arbeitnehmerin zwischen Januar 2015 und April 2015 unter dem Titel Gratifikation Leistungen von insgesamt CHF 250.00 zugekommen, welche ihr weder gemäss GAVP zugestanden hätten noch im Einsatzvertrag zugesichert worden seien. Diese Leistungen würden den Fehlbetrag von CHF 174.13 übersteigen, weshalb keine Fehlbeträge festzustellen seien.

2.3 Der Beschwerdeführer beanstandet im Rechtsmittelverfahren den von der Vorinstanz auf CHF 174.13 reduzierten vorenthaltenen Lohnzuschlag für Nachtarbeit der Arbeitnehmerin B._____ nicht. Hingegen rügt er, dass offensichtlich ein vertraglicher Anspruch von B._____ auf die ausgerichteten Leistungen unter dem Titel Gratifikation bestanden habe. Eine Gratifikation könne formlos verabredet werden. Auch bei einem Schriftformerfordernis würden nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, SR 823.11) zwischen dem Personalverleiher und dem Arbeitnehmer die mündlich vereinbarten Arbeitsbedingungen gelten, sofern diese günstiger seien. Die ausgerichtete Gratifikation sei keine Schichtzulage gewesen. Sie weise keinen Bezug zur geleisteten Arbeitszeit auf und es sei kein Versehen gewesen, dass die Gratifikation in den drei Lohnabrechnungen Januar 2015, März 2015 und April 2015 aufgeführt sei. Die Beschwerdegegnerin habe nie die irrtümliche Ausrichtung der Gratifikation an B._____ behauptet, sondern sie habe lediglich ausgeführt, dass diese Mehrvergütung nicht im GAVP vorgesehen sei und deshalb verrechnet werden müsse. Eine Verrechnung scheidet jedoch aus, weil die Beschwerdegegnerin nie eine Rückforderung geltend gemacht habe. Sollte die Vorinstanz keine Verrechnung, sondern ein Günstigkeitsvergleich vorgenommen haben, so hätte sie damit einen Gesamtvergleich anstelle eines Gruppenvergleichs angestellt, was Art. 357 Abs. 2 OR verletzen würde. Die Vorinstanz habe somit geltendes Recht verletzt und den massgeblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Ziffer 1 des angefochtenen Entscheiddispositivs sei folglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin den Arbeitnehmenden insgesamt CHF 552.68 vorenthalten habe, wobei bezüglich B._____ ein vorenthaltener Betrag von CHF 174.13 festzustellen sei.

2.4 Die Beschwerdegegnerin erachtet die Rügen des Beschwerdeführers als insgesamt unbegründet und verweist auf die Entscheiderwägungen der Vorinstanz.

2.5 Von der Beschwerdeinstanz ist zunächst zu beurteilen, ob ein vertraglicher Anspruch der Arbeitnehmerin B._____ auf die unter dem Titel Gratifikation ausbezahlte Mehrvergütung von total CHF 250.00 gemäss den

Lohnabrechnungen für Januar 2015 (Gratifikation von CHF 50.00), März 2015 (Gratifikation von CHF 170.00) und April 2015 (Gratifikation von CHF 30.00) bestand. Auf diesen drei Lohnabrechnungen ist die Gratifikation je als separate Position aufgeführt, wobei in der Spalte «Anzahl/Prozentsatz» jeweils die Zahl «1» für die Anzahl an ausgerichteten Gratifikationen eingetragen ist. Ebenso sind auf den Lohnabrechnungen jeweils der Stundenlohn während der Normalarbeitszeit sowie der Stundenlohn mit einem Zuschlag von 25% für Nachtarbeit als separate Positionen ausgewiesen. So sind im Januar 2015 175.28 Stunden (davon 41.25 Nachtarbeitsstunden), im Februar 2015 90.70 Stunden (davon 24.75 Nachtarbeitsstunden), im März 205.65 Stunden (davon 90.75 Nachtarbeitsstunden) und im April 2015 132.47 Stunden (davon 8.25 Nachtarbeitsstunden) geleistet worden. All diese Arbeitsstunden der Arbeitnehmerin B._____ wurden von der Beschwerdegegnerin entschädigt, wobei nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz ein Lohnzuschlag von CHF 174.13 für Nachtarbeit der Arbeitnehmerin vorenthalten wurde. In ihrer Klageantwort auf Seite 15 brachte die Beschwerdegegnerin vor, dass der Arbeitnehmerin B._____ gestützt auf das Schichtreglement des Einsatzbetriebes Gratifikationen in Höhe von total CHF 250.00 ausgerichtet worden seien. Bei den Gratifikationen habe es sich um Schichtzulagen gehandelt. Diese Ausführungen wurden vom Beschwerdeführer jedoch bestritten und die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid fest, dass das Schichtreglement des Einsatzbetriebes auf die Arbeitnehmerin B._____ nicht anwendbar gewesen sei. Diese Feststellung der Vorinstanz ist nicht angefochten worden. Der Beschwerdeführer wiederholt in seiner Beschwerde zu Recht, dass zwischen der geleisteten Arbeitszeit und der unter dem Titel Gratifikation ausbezahlten Mehrvergütung kein erkennbarer kein Bezug vorhanden ist. Bei der Gratifikation handelt es sich demnach um eine Vergütung, die zusätzlich zu den entschädigten Arbeitsstunden geleistet worden ist. Die Vorinstanz verneinte in ihrem Entscheid einen vertraglichen Anspruch auf diese unter dem Titel Gratifikation ausbezahlte Mehrvergütung mit der Begründung, ein solcher Anspruch auf Gratifikation ergebe sich weder aus dem GAVP noch aus dem schriftlichen Einsatzvertrag zwischen dem Personalverleiher und der Arbeitnehmerin. Hierzu ist mit dem Beschwerdeführer festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren den Anspruch der Arbeitnehmerin B._____ auf diese Mehrvergütung von insgesamt CHF 250.00 nicht bestritten hat. Insbesondere hat die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, sie habe diese Mehrvergütung irrtümlich oder zu Unrecht ausbezahlt. Mangels Bestreitung durch die Beschwerdegegnerin ist die Vorinstanz somit grundsätzlich an den übereinstimmenden Sachverhaltsvortrag der Parteien gebunden, zumal auch im Anwendungsbereich des eingeschränkten (sozialen) Untersuchungsgrundsatzes bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unter CHF 30'000.00 (Art. 247 Abs. 2 ZPO) die Dispositionsmaxime gilt, wonach das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; Sutter-Seiler, Handkomm. ZPO, 2021, Art. 58 N 5 und Art. 247 N 16 m.w.H.; KUKO ZPO- Fraefel, 3. Aufl., 2021, Art. 247 N 9, mit Hinweis auf BGE 120 III 20 E. 4d) weshalb die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Arbeitnehmerin B._____ keinen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Gratifikation gehabt habe, fehl geht. 2.6 Selbst wenn der Anspruch auf Mehrvergütung unter dem Titel Gratifikation im vorinstanzlichen Verfahren bestritten gewesen wäre, ist die Feststellung der Vorinstanz, dass B._____ keinen vertraglichen Anspruch auf Gratifikation gehabt haben soll, unrichtig. Wie beim Einzelarbeitsvertrag (Art. 332d Abs. 1 OR) ist auch im Bereich des Personalverleihs die

Vereinbarung einer Sondervergütung im Sinne einer Gratifikation zulässig. Art. 320 Abs. 1 OR hält als Grundsatz fest, dass ein Einzelarbeitsvertrag formlos abgeschlossen werden kann, wenn vom Gesetz nichts anders bestimmt wird. Nach Art. 322d Abs. 1 OR besteht ein Anspruch auf eine Gratifikation, wenn es verabredet ist. Ein Schriftformvorbehalt für die Vereinbarung einer Gratifikation sieht das Gesetz nicht vor. Neben dem Obligationenrecht ist im Bereich des Personalverleihs auch das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) anzuwenden. Gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 AVG muss der Personalverleiher den Arbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer in der Regel schriftlich abschliessen und darin folgende Punkte regeln: die Art der zu leistenden Arbeit (lit. a); der Arbeitsort sowie der Beginn des Einsatzes (lit. b); die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfrist (lit. c); die Arbeitszeiten (lit. d); der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherung (lit. e); die Leistungen bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien (lit. f); die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen (lit. g). Bezüglich dieser in Art. 19 Abs. 2 lit. a-g AVG aufgeführten Punkte besteht im Bereich des Personalverleihs somit grundsätzlich ein Schriftformvorbehalt. Laut den Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz des SECO (S. 93, 110) ist Art. 19 Abs. 2 lit. e AVG dergestalt auszulegen, dass aus dem Arbeitsvertrag der Bruttolohn, die Sozialabzüge mit Prozentangaben und der Nettolohn ersichtlich sein «sollten». Daraus ist zu folgern, dass allfällige Vereinbarungen zu Gratifikationen nicht unter den Schriftformvorbehalt fallen. Im vorliegenden Fall enthält der Einsatzvertrag von B._____ zwar keinen Anspruch auf eine Gratifikation. Allerdings muss aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin im Januar 2015, März 2015 und April 2015 monatlich je eine Gratifikation in Höhe CHF 50.00, CHF 170.00 und CHF 30 geleistet hat, sowie der übereinstimmenden Parteivorträge, wonach die Arbeitnehmerin Anspruch auf diese Mehrvergütung unter dem Titel Gratifikation gehabt hat und die Beschwerdegegnerin keine Rückforderung wegen irrtümlicher oder zu Unrecht ausbezahlter Mehrvergütung geltend gemacht hat, davon ausgegangen werden, dass diese Mehrvergütung unter dem Titel Gratifikation zwischen B._____ und der Beschwerdegegnerin verabredet wurde. 2.7 Selbst wenn sich das Schriftformerfordernis auch auf die vorgenannte Mehrvergütung erstrecken würde, wäre der Arbeitsvertrag - entgegen der gesetzlichen Grundregel von Art. 11 Abs. 2 OR - nicht ungültig. Vielmehr wäre nach der für den Personalverleih geltenden Spezialregelung von Art. 19 Abs. 3 AVG auch ein stillschweigend oder mündlich vereinbarter Arbeitsvertrag gültig, wobei sein Inhalt nach den orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen oder den gesetzlichen Vorschriften auszulegen wäre, ausser es seien für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen mündlich vereinbart worden (BGer 4A_233/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2; Looser, Der Personalverleih, Diss. 2015, Rz. 667 f.). Im vorliegenden Fall wäre die geleistete Mehrvergütung unter dem Titel Gratifikation für die Arbeitnehmerin B._____ offenkundig günstiger als die Lohnbestimmungen des GAVP, womit die Mehrvergütung auch bei einem allfälligen Schriftformerfordernis gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 AVG gültig mündlich vereinbart worden wäre. 2.8 Unter Hinweis auf die vorstehenden Erwägungen 2.4 bis 2.7 kann als Ergebnis festgehalten werden, dass - entgegen der Meinung der Vorinstanz - die Arbeitnehmerin B._____ einen vertraglichen Anspruch auf die unter dem Titel Gratifikation ausbezahlte Mehrvergütung von CHF 250.00 hatte, auch wenn diese nicht schriftlich vereinbart wurde. 3.1 In der Entscheiderwägung III.4.1 auf Seite 26 führte die Vorinstanz aus, dass die unter dem Titel

Gratifikation ausbezahlten Leistungen an B.____ in Höhe von CHF 250.00 den Fehlbetrag von CHF 174.13 aus nicht bezahlten Lohnzuschlägen für Nachtarbeit übersteigen würden. Damit seien keine Fehlbeträge festzustellen, zumal B.____ die vom Einsatzvertrag und GAVP garantierten Ansprüche in wirtschaftlicher Hinsicht erhalten habe. Die Vorinstanz verrechnete folglich den Fehlbetrag aus nicht bezahlten Lohnzuschlägen mit den Leistungen unter dem Titel Gratifikation. 3.2 Der Beschwerdeführer rügt im Rechtsmittelverfahren zusammenfassend, dass eine Verrechnung des vorenthaltenen Lohnzuschlags mit dem Anspruch von B.____ auf Gratifikation gegen Art. 120 Abs. 1 OR verstosse. Die Beschwerdegegnerin habe nie geltend gemacht, dass sie der Arbeitnehmerin B.____ die Gratifikation irrtümlich oder zu Unrecht ausbezahlt und deshalb einen verrechenbaren Rückforderungsanspruch habe. 3.3 Die Beschwerdegegnerin äussert sich zu dieser Rüge des Beschwerdeführers nicht konkret, sondern hält in allgemeiner Weise fest, dass sämtliche Rügen des Beschwerdeführers unbegründet seien, unter Verweis auf die Entscheiderwägungen der Vorinstanz. 3.4 Das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, schliesst sich der Meinung des Beschwerdeführers an. Nach Art. 120 Abs. 1 OR setzt die Verrechnung voraus, dass zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, schulden. Erforderlich ist demnach, dass auf jeder Seite eine Forderung besteht, die zur Verrechnung gebracht werden kann (BSK OR I-Müller, 7. Aufl., 2020, Art. 120 N 2 m.w.H.). Die Beschwerdegegnerin machte im vorinstanzlichen Verfahren nicht geltend, sie hätte einen Rückforderungsanspruch wegen irrtümlich oder zu Unrecht ausbezahlter Gratifikation gegen die Arbeitnehmerin B.____. Infolgedessen hat zu keinem Zeitpunkt eine Verrechnungslage vorgelegen. Darüber hinaus mangelt es an einer gemäss Art. 124 Abs. 1 OR rechtswirksamen Verrechnungserklärung der Beschwerdegegnerin. Für den Fall der gerichtlichen Feststellung eines der Arbeitnehmerin B.____ vorenthaltenen Lohnzuschlags trug die Beschwerdegegnerin in ihrer Klageantwort vom 25. Februar 2022 zwar vor, dass in diesem Eventualfall der Fehlbetrag aus vorenthaltenem Lohnzuschlag mit der im GAVP nicht vorgesehenen Mehrvergütung unter dem Titel Gratifikation zu verrechnen sei. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Gratifikation irrtümlich oder zu Unrecht ausbezahlt worden ist und der Beschwerdegegnerin eine verrechenbare Rückforderung gegen die Arbeitnehmerin zusteht. Nachdem die Arbeitnehmerin B.____ einen vertraglichen Anspruch auf Ausrichtung der Gratifikation hatte (vgl. dazu die vorstehenden Erwägungen 2.5 bis 2.8) und die Beschwerdegegnerin nie die irrtümlich oder zu Unrecht ausbezahlte Gratifikation behauptet hat, waren die Voraussetzungen für eine Verrechnung dieser Mehrvergütung mit dem vorenthaltenen Lohnzuschlag nie gegeben. Es muss daher festgestellt werden, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Verrechnung in Verletzung der Bestimmungen von Art. 120 Abs. 1 OR und Art. 124 Abs. 1 OR erfolgt ist. 3.5 In Bezug auf die Arbeitnehmerin B.____ erwog die Vorinstanz in angefochtenen Entscheid, dass keine Fehlbeträge festzustellen seien, weil sie die vom Einsatzvertrag und GAVP garantierten Ansprüche in wirtschaftlicher Hinsicht erhalten habe. Sollte die Vorinstanz mit dieser Formulierung keine Verrechnung, sondern einen Günstigkeitsvergleich vorgenommen haben, so würde ein solcher Vergleich gegen Art. 357 Abs. 2 OR verstossen, wie der Beschwerdeführer zu Recht moniert. Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen; diesfalls werden die nichtigen Abreden durch die Bestimmungen im GAV ersetzt. Jedoch können abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers getroffen werden (Art. 357 Abs. 2, 2. Halbsatz; BSK OR I-Portmann/Rudolph, 7. Aufl., 2020, Art. 357 N 41 m.w.H.).

Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist demnach ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen, indem bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft wird, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht. Dabei kommt es nicht darauf an, welche Regelung dem Arbeitnehmer lieber ist. Vielmehr muss von einem objektiven Massstab ausgegangen werden, d.h. es muss darauf abgestellt werden, wie ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung die Bewertung treffen würde. Mit dem vorzunehmenden sog. Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen. Selbst bei einem Vergleich der Lohnsysteme kann nicht in jedem Fall das gesamte mutmassliche Jahreseinkommen mit der Regelung des GAV verglichen werden. Die Gegenüberstellung ist vielmehr auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen. Dabei ist der Schutzgedanke der entsprechenden GAV-Norm von zentraler Bedeutung. In Anlehnung auf BGE 166 II 153 E. 2a/bb ist es angemessen, den Vergleich auf die Zeitspanne eines Monats zu beschränken (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3; BSK OR I- Portmann/Rudolph, 7. Aufl., 2020, Art. 357 N 41 m.w.H.; OFK OR- Decurtins, 4. Aufl., 2023, Art. 357 N 8 f. m.w.H.). Im hier zu beurteilenden Fall hat die Vorinstanz mit dem mutmasslich vorgenommenen Günstigkeitsvergleich den Rahmen eines Gruppenvergleichs sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht gesprengt. Der Gruppenvergleich der Vorinstanz umfasst einen Zeitraum von vier Monaten (Januar bis April 2015) und widerspricht damit dem vom Bundesgericht für den Vergleich von Lohnsystemen aufgestellten zeitlichen Rahmen von einem Monat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb). Ausserdem vergleicht die Vorinstanz in sachlicher Hinsicht den Lohnzuschlag für Nachtarbeit mit dem Anspruch auf eine Gratifikation. Diese zwei Lohnbestandteile dürfen im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs jedoch nicht gegenübergestellt werden, denn es gilt zu beachten, dass Nachtarbeit sozialpolitisch grundsätzlich unerwünscht ist, weshalb das Arbeitsgesetz und der GAVP diese Arbeit mittels Lohnzuschlägen bewusst verteuern und für den Arbeitgeber unattraktiv machen will. Diese ordnungs- und sozialpolitische Funktion des Nachtarbeitszuschlags gemäss Art. 25 GAVP würde vollständig unterlaufen werden, wenn im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs eine Gratifikation miteinbezogen würde. Infolgedessen verletzt die Vorinstanz Art. 357 Abs. 2 OR, wenn sie keinen Fehlbetrag aus nicht bezahlten Lohnzuschlägen an die Arbeitnehmerin B.____ feststellt und dies damit begründet, dass Letztere durch die Leistung der Gratifikation in wirtschaftlicher Hinsicht nicht weniger erhalten habe. 3.6 Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kann als Fazit festgehalten werden, dass die Vorinstanz das Begehren des Beschwerdeführers auf Feststellung eines auf CHF 174.13 reduzierten, der Arbeitnehmerin B.____ vorenthaltenen Lohnzuschlags für Nachtarbeit zu Unrecht abgewiesen hat. Folglich ist Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids des Zivilkreisgerichtspräsidenten vom 30. März 2023 aufzuheben und es ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin den tabellarisch aufgeführten Arbeitnehmenden insgesamt CHF 552.68 vorenthalten hat, wobei bezüglich der Arbeitnehmerin B.____ ein Fehlbetrag von CHF 174.13 anstelle von CHF 0.00 einzusetzen ist. 4.1 Der Beschwerdeführer beantragte im vorinstanzlichen Verfahren die Auferlegung einer Konventionalstrafe zu Lasten der Beschwerdegegnerin in Höhe von CHF 6'000.00 zuzüglich der vorenthaltenen Fehlbeträge unter Hinweis auf den Beschluss der Regionalen Paritätischen Kommission Personalverleih für die deutsche Schweiz (RPKD) vom 30. Oktober 2019. In dem Beschluss der RPKD wurde in Bezug auf die Konventionalstrafe festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin sechs Arbeitnehmende nicht

bzw. zu spät der beruflichen Vorsorge unterstellt habe und Ferienguthaben von 15 Arbeitnehmenden nicht zurückbehalten worden seien. Diese nicht geldwerten Verfehlungen würden nach Art. 31 Abs. 1 lit. c und Anhang 1 Ziff. 2 des Reglements des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend: Reglement PVP) als nicht geringfügig bewertet. Gestützt darauf auferlegte die RPKD der Beschwerdegegnerin eine Konventionalstrafe in Höhe von insgesamt CHF 6'300.00 gemäss folgender Berechnung: 6x fehlende BVG-Versicherung zu je CHF 500.00; 6x ungenügende BVG-Versicherung zu je CHF 300.00; 15x Ferienguthaben nicht zurückbehalten zu je CHF 100.00. Im vorinstanzlichen Verfahren reduzierte der Beschwerdeführer die Konventionalstrafe um CHF 300.00, da sich in einem Fall nachträglich erwiesen hatte, dass der Arbeitnehmende nicht der BVG-Versicherung unterstellt war.

4.2 Die Vorinstanz bestätigte im angefochtenen Entscheid vom 30. März 2023 die Konventionalstrafe in Höhe von insgesamt CHF 4'500.00 für die fehlende BVG-Versicherung in sechs Fällen (CHF 3'000.00) sowie für die verspätete BVG-Unterstellung in fünf Fällen (CHF 1'500.00). In Bezug auf die Rückhaltungspflicht des Ferienlohns durch den Arbeitgeber gemäss Art. 13 Abs. 2 GAVP stellte die Vorinstanz in ihren Entscheiderwägungen III.8.a-d fest, dass die Beschwerdegegnerin in 15 Fällen dagegen verstossen hatte. Anschliessend prüfte sie, ob es sich bei diesen Verstössen gegen Art. 13 Abs. 2 GAVP um geringfügige Verstösse gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG handle oder nicht. Die Vorinstanz wies dabei auf den Entscheid des Obergerichts Zürich NP200016-O/U vom 16. September 2020 hin und hielt fest, dass Verstösse einen erheblichen Schweregrad aufweisen müssten, damit die Geringfügigkeitsgrenze im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG überschritten werde. Dies gehe auch aus dem französischen Wortlaut hervor («infraction grave»). Gemäss Lehre und Rechtsprechung müsse daher ein schwerer Verstoss vorliegen, damit eine Konventionalstrafe ausgesprochen werden könne. Gestützt darauf gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Intensität der Verstösse gegen die Rückhaltungspflicht des Ferienlohns gemäss Art. 13 Abs. 2 GAVP nicht ausreiche, um sie als schwere Verstösse zu qualifizieren (Entscheiderwägung III.8.e). Die Vorinstanz begründete ihre Ansicht damit, dass eine Vielzahl der im Streit liegenden Arbeitsverhältnisse nur wenige Monate gedauert hätte, was wiederum zur Folge habe, dass ein effektiver Ferienbezug oft illusorisch sei, weil diesfalls ein weiterer Temporärmitarbeiter eingearbeitet werden müsste. In der Praxis laufe es häufig darauf hinaus, dass der verliehene Arbeitnehmer während des Einsatzes keine Ferien beziehe und sich am Ende eines Einsatzes auszahlen lasse, was de facto zu einer Abgeltung des Ferienanspruchs führe. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen und des Umstandes, dass vorliegend das Ferienguthaben den Arbeitnehmenden unbestrittenermassen ausbezahlt worden sei, wies die Vorinstanz die Auferlegung einer Konventionalstrafe gegen die Beschwerdegegnerin in Höhe von CHF 1'500.00 zufolge Nichtrückbehaltung des Ferienlohns im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GAVP zurück.

4.3 Der Beschwerdeführer rügt im kantonsgerichtlichen Verfahren eine Verletzung von Art. 20 Abs. 2 GAVP sowie Art. 38 Abs. 4 GAVP durch die Vorinstanz. Er führt im Wesentlichen an, bei Vorliegen eines nicht geringfügigen Verstosses gegen GAVP-Bestimmungen, welcher zur Auferlegung einer Konventionalstrafe berechtige, könne gemäss Art. 38 Abs. 4 GAVP ein nicht geldwerter geringfügiger Verstoss gegen GAVP-Bestimmungen strafscharfend berücksichtigt werden. Folglich dürften die mehrfachen Verstösse gegen die Rückhaltungspflicht des Ferienlohns gemäss Art. 13 Abs. 2 GAVP nach Massgabe von Art. 38 Abs. 4 GAVP strafscharfend berücksichtigt werden. Gestützt darauf sei vorliegend im Rahmen der Bemessung der Konventionalstrafe pro Verstoss gegen Art. 13 Abs. 2

GAVP eine Strafschärfung von CHF 100.00 berücksichtigt worden. Der Entscheid der Vorinstanz müsse deshalb korrigiert und die Beschwerdegegnerin verpflichtet werden, eine Konventionalstrafe von CHF 6'000.00 zuzüglich der vorenthaltenen Lohnzuschläge von CHF 552.68, welche unbezahlt geblieben seien, sowie zuzüglich der auf diesen Beträgen entfallenden Zinsen zu bezahlen.

4.4 Wie bereits zu den anderen Rügen des Beschwerdeführers ausgeführt, nimmt die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort auch zu dieser Rüge nicht konkret Stellung, sondern lässt verlauten, dass sämtliche Rügen des Beschwerdeführers unbegründet seien, unter Verweis auf die Entscheiderwägungen der Vorinstanz.

4.5 Nach Art. 20 Abs. 2 AVG ist das im allgemein verbindlich erklärten GAV zur Kontrolle vorgesehene Organ berechtigt, den Personalverleiher zu kontrollieren. Bei nicht geringfügigen Verstössen gegen GAV-Bestimmungen muss das Organ dem kantonalen Arbeitsamt Meldung erstatten und kann dem fehlbaren Verleiher nach Massgabe des GAV eine Konventionalstrafe (lit. a) und die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen (lit. b). Art. 37 des hier massgeblichen GAVP legt fest, dass bei «kleinen oder geringfügigen Verstössen» die Paritätischen Berufskommissionen Arbeitsverleih (SPKA/RPKA) über die Verrechnung der Kontrollkosten entscheiden. Im Anwendungsbereich des GAVP ist die Auferlegung einer Konventionalstrafe bei Vorliegen von nur kleinen oder geringfügigen Verstössen somit grundsätzlich nicht vorgesehen. Für die Auferlegung und Bemessung von Konventionalstrafen ist die Bestimmung von Art. 38 Abs. 4 GAVP einschlägig, welche wie folgt lautet: «Die SPKA oder die RPKA können gegenüber Betrieben, die Bestimmungen des GAV Personalverleih verletzen, Konventionalstrafen von bis zu CHF 50'000.- aussprechen. Für die Bemessung der Konventionalstrafen werden die Höhe der vorenthaltenen geldwerten Leistungen, die Kontrolldauer, die Anzahl kontrollierter Arbeitnehmer, strafmildernde Elemente wie rasche Nachzahlung der vorenthaltenen geldwerten Leistungen, strafschärfende Elemente wie Verletzung nicht geldwerter GAV-Bestimmungen sowie ein Zuschlag für besondere Schwere bei mehrfacher Verletzung berücksichtigt.» Art. 38 Abs. 6 GAVP verweist für Einzelheiten in Bezug auf Konventionalstrafen auf die Statuten des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (Verein PVP). Die Vereinsversammlung des Vereins PVP hat in Ausführung der Statuten ein Reglement erlassen (Reglement PVP), welches in Art. 31 diverse Verfehlungen aufzählt, die als nicht geringfügige Verstösse gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG qualifiziert werden. Die Nichtrückbehaltung des Ferienlohns im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GAVP wird dabei - im Gegensatz zur fehlenden oder ungenügenden BVG-Versicherung nach Art. 31 Abs. 1 und 2 GAVP - nicht aufgezählt. Gestützt auf diese Bestimmungen hat bereits die Vorinstanz im Grundsatz festgestellt, dass die fehlende oder ungenügende BVG-Versicherung in mehreren Fällen ein nicht geringfügiger (d.h. erheblicher) Verstoß gegen Art. 31 Abs. 1 und 2 GAVP darstellt und zur Auferlegung einer Konventionalstrafe gemäss Art. 38 Abs. 4 GAVP berechtigt, während die mehrfache Nichtrückbehaltung des Ferienlohns ein geringfügiger Verstoß gegen Art. 13 Abs. 2 GAVP bleibt. Diese Schlussfolgerungen werden vom Beschwerdeführer grundsätzlich nicht bestritten. Der Beschwerdeführer weist aber aus Sicht der zivilrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts zu Recht darauf hin, dass die Vorinstanz anschliessend die falsche Frage geprüft hat, nämlich ob die mehrfache Nichtrückbehaltung des Ferienlohns gleichwohl als nicht geringfügiger (d.h. erheblicher) Verstoß im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG qualifiziert werden könnte. Diese Frage wird in der Entscheiderwägung III.7.e von der Vorinstanz verneint, was zur Abweisung der beantragten Konventionalstrafe von CHF 1'500.00 geführt hat. Richtigerweise hätte die

Vorinstanz prüfen müssen, ob die mehrfache Verletzung von Art. 13 Abs. 2 GAVP (Nichtrückbehaltung des Ferienlohns) bei der Bemessung der auferlegten Konventionalstrafe wegen mehrfacher Verletzung von Art. 31 Abs. 1 und 2 GAVP (fehlende oder ungenügende BVG-Versicherung) strafscharfend berücksichtigt werden kann. 4.6 Art. 38 Abs. 4 GAVP hält ausdrücklich fest, dass «strafscharfende Elemente wie Verletzung nicht geldwerter GAV-Bestimmungen» bei der Bemessung der Konventionalstrafe berücksichtigt werden können. Liegt demnach ein nicht geringfügiger (d.h. erheblicher) Verstoss vor, der zur Aussprechung einer Konventionalstrafe berechtigt, so können nicht geldwerte geringfügige Verstösse gegen GAVP-Bestimmungen zu einer Erhöhung der Konventionalstrafe führen. Der Beschwerdeführer macht vorliegend aufgrund der geringfügigen Verletzung von Art. 13 Abs. 2 GAVP (Nichtrückbehaltung des Ferienlohns) in insgesamt 15 Fällen strafverschärfende Umstände geltend, die er - unter Hinweis auf Anhang 1 des Reglements PVP - auf CHF 100.00 pro Fall (d.h. total CHF 1'500.00) bemisst und zur bereits auferlegten Konventionalstrafe von CHF 4'500.00 addiert. Das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, hält die strafverschärfende Wirkung der mehrfachen Verletzung von Art. 13 Abs. 2 GAVP durch die Beschwerdegegnerin für gesetzes- sowie GAVP-konform. Die Erhöhung der Konventionalstrafe um CHF 100.00 pro Verstoss ergibt sich aus Anhang 1 des Reglements PVP und ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Daraus folgt, dass die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer mit Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klage vom 9. Dezember 2021 geltend gemachte Konventionalstrafe gegen die Beschwerdegegnerin in Höhe von CHF 6'000.00 in fehlerhafter Anwendung namentlich von Art. 20 Abs. 2 AVG und Art. 38 Abs. 4 GAVP zu Unrecht um CHF 1'500.00 abgewiesen hat. Der geforderten Konventionalstrafe von gesamthaft CHF 6'000.00 sind sodann die vorenthaltenen Lohnzuschläge in Höhe von CHF 552.68 (dazu vorstehende Erwägung 3.5) hinzuzurechnen, weil die Beschwerdegegnerin die Nachweise für die Nachzahlungen an die Arbeitnehmenden nicht erbracht hat. Darüber hinaus sind - entsprechend Erwägung III.11 des vorinstanzlichen Entscheids - die auf diese beiden Beträge entfallenen Verzugszinsen von 5% von der Beschwerdegegnerin geschuldet. Folglich ist Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz vom 30. März 2023 aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass die Beschwerdegegnerin zu verpflichten ist, dem Beschwerdeführer einen Betrag von CHF 6'552.68 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 17. Januar 2020 auf den Betrag von CHF 6'000.00 und zuzüglich Zins zu 5% seit dem 5. Oktober 2020 auf den Betrag von CHF 552.68 zu bezahlen.

E. 5

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde vom 16. Mai 2023 vollumfänglich gutzuheissen. Dieses Ergebnis gilt es bei der Verteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten zu berücksichtigen, wie vom Beschwerdeführer beantragt wird. Die Prozesskosten wurden von der Vorinstanz in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens im Verhältnis von 4/5 zu Lasten der Beschwerdegegnerin und zu 1/5 zu Lasten des Beschwerdeführers verteilt. Praxisgemäss wird ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten in Ausübung des gerichtlichen Ermessens in der Regel nicht berücksichtigt (BGer 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 E. 5.1; 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 18; Sutter-Somm/Seiler, Handkomm. ZPO, 2021, Art. 106 N 9; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 106 N 9). Mit der Gutheissung der Beschwerde dringt der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren in der Hauptsache weitgehend vollständig und nach Massgabe des von der Vorinstanz festgestellten Streitwerts von CHF 9'700.15 im

Umfang von über 97% durch (CHF 9'700.15 [Streitwert]/Obsiegen: CHF 552.68 [eigenständiges Feststellungsbegehren] + CHF 6'552.68 [Konventionalstrafe und Nachzahlung der vorenthaltenen Lohnzuschläge] + CHF 2'337.65 [Widerklage] = 97.35%). Selbst wenn das Feststellungsbegehren im Leistungsbegehren auf Nachzahlung der Lohnzuschläge aufgehen würde, würde der Beschwerdeführer im Umfang von über 91% durchdringen. Bei einem Obsiegen des Beschwerdeführers mit 97% bzw. 91% seiner Begehren ist es angebracht, der Beschwerdegegnerin die gesamten Gerichts- und Parteikosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids vom 30. März 2023 sind die vorinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 3'250.00, bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 3'000.00 sowie der Schlichtungspauschale von CHF 250.00, in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO vollumfänglich von der Beschwerdegegnerin zu tragen. Der Beschwerdeführer hat sowohl die Schlichtungspauschale von CHF 250.00 bezahlt als auch einen Gerichtskostenvorschuss von CHF 1'500.00 geleistet, weshalb die Beschwerdegegnerin zu verpflichten ist, dem Beschwerdeführer CHF 1'750.00 zu ersetzen. Darüber hinaus hat die Beschwerdegegnerin eine volle Parteientschädigung an den Beschwerdeführer zu leisten. Die Honorarnote des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 4. Oktober 2022 in Höhe von CHF 5'430.90 wurde von der Vorinstanz als tarifkonform bezeichnet. Dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, erscheint die Höhe des beantragten Honorars ebenfalls als angemessen und mit der kantonalen Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS 178.112) vereinbar. Die Beschwerdegegnerin ist daher anzuhalten, dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'430.90 (inkl. Auslagen von CHF 770.60 und einem Mehrwertsteueranteil von CHF 338.30) zu bezahlen.

E. 6

Abschliessend ist über die Verlegung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Massgebend für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sind auch im Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen von Art. 95 ff. ZPO. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Wie bereits erwähnt, dringt der Beschwerdeführer mit seinen Rechtsbegehren vollumfänglich durch, womit die Gerichts- und Parteikosten des Rechtsmittelverfahren vollumfänglich der Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei aufzuerlegen sind. Die Entscheidegebühr wird auf CHF 1'800.00 festgelegt (§ 9 Abs. 2 lit. a der Verordnung über die Gebühren der Gerichte, SGS 170.31). Hinsichtlich der Parteientschädigung hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Advokat Joël Burgunder, mit Eingabe vom 16. Mai 2023 eine nach dem Streitwert bemessene Honorarnote in Höhe von CHF 2'151.00 (zuzüglich Spesen und Mehrwertsteuer) eingereicht, welche der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Nach § 2 Abs. 1 TO ist das Honorar allerdings im Beschwerdeverfahren nach dem Zeitaufwand festzusetzen. Das geltend gemachte Honorar von CHF 2'151.00 entspricht einem Zeitaufwand von rund 8,5 Stunden bei einem anzuwendenden Ansatz von CHF 250.00, welcher der Schwierigkeit und Bedeutung des Beschwerdeverfahrens sowie der damit verbundenen Verantwortung Rechnung trägt (§ 3 Abs. 1 TO). Es kann als angemessen bezeichnet werden, so dass es zuzüglich der in der Honorarnote aufgeführten Spesen von CHF 232.80 sowie einem Mehrwertsteueranteil von 7,7% bzw. CHF 183.55 genehmigt werden kann. Die Beschwerdegegnerin ist demnach zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von insgesamt CHF 2'567.35 für das Beschwerdeverfahren zu entrichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.