

ZG_OBERGERICHT Z1 2022 16 vom 11. Mai 2023

ZG Obergericht, 2023-05-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z1_2022_16

FR: ZG_OBERGERICHT Z1 2022 16 du 11 mai 2023

IT: ZG_OBERGERICHT Z1 2022 16 del 11 maggio 2023

Regeste

Feststellung und Forderung | übrige Innominatverträge

Erwägungen

E. 1

Bevor auf die vom Kläger in der Berufung erhobenen Rügen eingegangen wird, ist in prozes- sualer Hinsicht Folgendes festzuhalten:

E. 1.1

Die Dispositiv-Ziff. 1.1 des erstinstanzlichen Entscheids, mit welcher festgestellt wurde, dass die Beklagte E._____, F._____ und G._____ Feiertagszuschläge im Betrag von ins- gesamt CHF 1'153.05 schuldet, ist unangefochten geblieben und folglich in Rechtskraft er- wachsen. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

E. 1.2

Auf die vorliegende vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von weniger als CHF 30'000.00 ist das vereinfachte Verfahren anwendbar (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Dies gilt analog auch für das Berufungsverfahren (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 315 ZPO N 11). Im Weiteren ist zu beachten, dass sich vorliegend der Kläger als in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenes Kontrollorgan und die Beklagte als Arbeitgeberin gegenü- berstehen und es nicht um die unmittelbare Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Einzela- rbeitsvertrag geht. Die für arbeitsrechtliche Streitigkeiten vorgesehenen Spezialvorschriften in Art. 113 Abs. 2 lit. d, Art. 114 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO sind daher nicht an- wendbar (vgl. Emmel, in Hugenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privat- recht, 3. A. 2016, Art. 357b OR N1; Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 247 ZPO N 29; Hänni/Meyer, Basler Kommentar, 3. A. 2018, Art. 74 BGG N 13).

E. 1.3

Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss der Berufungskläger aufzeigen, inwiefern und wes- halb er den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel einen anderen Schluss auf- drängen. Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn der Berufungs- kläger lediglich auf seine Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühe- re Prozesshandlungen zufriedengibt oder den

angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss er im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 7.3.2 m.w.H., insbesondere auf BGE 142 III 413 E. 2.2.2 und 138 III 374 E. 4.3.1). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Lässt die Berufung insgesamt oder hinsichtlich eines bestimmten Streitpunkts eine (hinreichende) Begründung vermissen, so tritt die Berufungsinstanz darauf nicht ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. Urteile des

Seite 6/18 Bundesgerichts 5A_350/2019 vom 26. Oktober 2020 E. 4.1 und 5A_342/2020 vom 4. März 2021 E. 3.3, je m.w.H.).

E. 2

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die zu Beginn der Hauptverhandlung vom 7. April 2022 eingereichte Stellungnahme des Klägers zu den Noven in der Duplik der Beklagten vom 1. Oktober 2021 hätte berücksichtigen müssen.

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, die Streitigkeit sei im vereinfachten Verfahren geführt worden, in welchem ein doppelter Schriftenwechsel stattgefunden habe. Damit hätten sich die Parteien zweimal unbeschränkt zur Sache äussern können. Der Schriftenwechsel sei mit der Duplik am 1. Oktober 2021 abgeschlossen worden. Der Kläger habe dem Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung am 7. April 2022 eine Stellungnahme zu den Noven in der Duplik eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt habe bereits die Novenschranke bestanden, weshalb neue Tatsachen und Beweismittel nur noch nach Massgabe von Art. 229 Abs. 1 ZPO hätten berücksichtigt werden können. Demzufolge hätte der Kläger die entsprechenden Tatsachen und Beweismittel innert zehn Tagen nach der Zustellung der Duplik vorbringen oder innert dieser Frist zumindest um Ansetzung einer Frist ersuchen müssen. Umstände, weshalb es dem Kläger nicht hätte möglich sein sollen, innert dieses Zeitraums Stellung zu nehmen oder um Ansetzung einer Äusserungsfrist zu ersuchen, seien nicht ersichtlich. Das bedeute im Ergebnis, dass die an der Hauptverhandlung vom 7. April 2022 vom Kläger neu vorgetragene Tatsachen und Beweismittel nicht berücksichtigt werden könnten. Somit hätten die erstmals an dieser Verhandlung zum Beweis offerierten Zeugen E. _____, F. _____, G. _____, H. _____ und I. _____ nicht befragt werden dürfen. Auch könne die Weisung 2019/1 des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO als neu eingereichte Urkunde keine Berücksichtigung finden (vgl. act. 29 E. 2.1-2.3).

E. 2.2

Dagegen bringt der Kläger zusammengefasst vor, die Beklagte habe sich in der Klageantwort mehrheitlich auf allgemeine Ausführungen ohne Bezug zu den konkret in der Klagebegründung dargestellten Arbeitsverhältnissen sowie auf generelle Bestreitungen beschränkt. Erst in der Duplik habe sie erste konkrete Behauptungen in Bezug auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse aufgestellt. Zu solchen neuen Vorbringen müsse der Kläger

grundsätzlich Stellung nehmen können. Weder Art. 229 Abs. 1 ZPO noch eine andere Bestimmung der ZPO sehe vor, dass die klagende Partei innert einer bestimmten Frist nach Erhalt der Duplik dieses Recht geltend machen müsse. Die von der Vorinstanz für diese Haltung angegebenen Entscheidungen seien allesamt nicht einschlägig. Soweit sich die vom Kläger an der Hauptverhandlung angebotenen, aber von der Vorinstanz nicht zugelassenen Beweismittel (insbesondere die Zeugenbefragungen der betroffenen Arbeitnehmer) als entscheidungsrelevant erweisen sollten, sei die Sache somit zur Durchführung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei die Weisung des SECO 2019/1 nicht im klassischen Sinn als Beweismittel eingebracht worden. Dieses Dokument sei öffentlich einsehbar. Massgebend sei nicht, ob die Weisung für das Gericht formell bindend sei, sondern dass daraus eine einleuchtende, logisch nachvollziehbare Interpretation einer wesentlichen Bestimmung durch eine besonders geschulte Behörde hervorgehe (vgl. act. 33 Rz 6-19).

E. 2.3

Nach der nunmehr gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts haben die Parteien im ordentlichen Verfahren wie auch im vereinfachten Verfahren zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und namentlich neue Tatsachen in den Prozess einzu-

Seite 7/18 führen. Danach haben sie nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.3.1 m.w.H.). Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und (a.) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven) oder (b.) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es der klagenden Partei sodann weder möglich noch zumutbar, auf Vorrat in ihrer Replik sämtliche denkbaren Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden kann. Wenn daher in der Duplik Noven vorgebracht werden, welche der Kläger seinerseits mit unechten Noven entkräften will, so ist insofern die Voraussetzung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt, als diese Noven vor Aktenschluss trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltsnachweis gelingt, ist immerhin unabdingbar, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlassen, andererseits dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind. Für die Prüfung dieses Kausalzusammenhangs ist folglich eine genaue Betrachtung der zur Diskussion stehenden neuen Tatsachen und Beweismittel unumgänglich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_188/2021 vom 21. Februar 2022 E. 4.2 mit Verweis auf BGE 146 III 55 E. 2.5.2 und 146 III 416 E. 6).

E. 2.4

Der Kläger behauptete in der Klage, bei den kontrollierten Mitarbeitern sei eine Differenz zwischen den Sollstunden und den bezahlten Stunden festgestellt worden. Die J. _____ AG habe keine Anzeichen dafür erkennen können, dass Fehlstunden von den

Arbeitnehmern verursacht worden seien, weshalb diesbezüglich von einem von der Beklagten zu entschädigenden Annahmeverzug auszugehen sei (vgl. act. 1 Rz 15 und 18 f.). Demgegenüber bestritt die Beklagte in der Klageantwort den behaupteten "Annahmeverzug". Sie wies darauf hin, dass beim Mitarbeiter K. _____ (der ab dem 29. Mai bis 22. September 2017 für den Einsatzbetrieb L. _____ AG tätig gewesen sei) keine Verfehlungen bezüglich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen hätten festgestellt werden können. Somit sei dieser Mitarbeiter an allen Arbeitstagen für den Einsatzbetrieb tätig gewesen und entsprechend sei Arbeit vorhanden gewesen. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb ein anderer Arbeitnehmer, z.B. M. _____, der ebenfalls ab dem 29. Mai 2017 beim gleichen Einsatzbetrieb am selben Ort tätig gewesen sei, am Montag, 5. Juni 2017, nicht hätte arbeiten können. Vor diesem Hintergrund obliege es dem Kläger, nachvollziehbar darzulegen und zu substantiieren, dass an besagtem Datum (und an allen anderen Daten) tatsächlich ein Stundenminus auf Anordnung des Arbeitgebers entstanden sei (vgl. act. 7 Rz 4c). Aufgrund dieser Ausführungen der Beklagten steht fest, dass die Frage des "Annahmeverzugs" – insbesondere die Frage, ob die Fehlstunden von den fünf Arbeitnehmern verursacht wurden – schon im ersten Schriftenwechsel zum Prozessstoff gehörte. Folglich konnte es in diesem Punkt aufgrund von Vorbringen in der Duplik nicht mehr zu einer Ausdehnung des Prozessstoffes kommen. Indem die Beklagte in der Duplik den vom Kläger behaupteten "An-

Seite 8/18 nahmeverzug" einzig mithilfe weiterer Beispiele bestritt, brachte sie thematisch nichts Neues vor, was den Kläger seinerseits zu neuen Vorbringen hätte berechtigen können: Mit der (blosen) Bestreitung führte die Beklagte kein neues Sachverhaltselement ein, sondern stellte höchstens ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement klar. Somit hätte der Kläger die erstmals an der Hauptverhandlung vom 7. April 2022 gestellten Beweisanträge zur Frage des "Annahmeverzugs" (Zeugenbefragungen von E. _____, F. _____, G. _____, H. _____ und I. _____ [act. 25]) bereits in der Replik stellen können (und müssen). Auf die gegenteiligen Ausführungen des Klägers zu angeblichen Dupliknoten der Beklagten ist bei diesem Ergebnis nicht weiter einzugehen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_188/2021 vom 21. Februar 2022 E. 4.4.3).

E. 2.5

Hinzu kommt Folgendes:

E. 2.5.1

Wie bereits erwähnt, gilt vorliegend das vereinfachte Verfahren (vgl. vorne E. 1.2). Dessen ungeachtet ordnete der erstinstanzliche Einzelrichter einen doppelten Schriftenwechsel an, was möglich ist, wenn ein ausserordentlich komplexer und streitiger Sachverhalt zu beurteilen ist, der anlässlich einer mündlichen Verhandlung nur schwer geklärt werden könnte (vgl. Sutter-Somm/Seiler in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 246 ZPO N 6 m.w.H.). Damit hatten die Parteien zweimal die Möglichkeit, sich unbeschränkt zur Sache zu äussern, sodass mit der Duplik der Beklagten vom 1. Oktober 2021 der sog. Aktenschluss eingetreten ist (vgl. BGE 140 III 312; s. auch vorne E. 2.3). Davon unabhängig stellt sich jedoch die Frage, ob bei neuen Behauptungen in der Duplik, welche aus der Sicht des Klägers neue Behauptungen seinerseits (bzw. mindestens Bestreitungen) notwendig machen, eine Noveneingabe "ohne Verzug" erforderlich ist (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO) oder ob der Kläger bis zur nächsten im Prozess vorgesehenen Äusserungsmöglichkeit (i.d.R. bis zur Hauptverhandlung) zuwarten

kann. Während sich das Bundesgericht zu dieser Frage (noch) nicht explizit geäußert hat, zeichnet sich in der Lehre und der kantonalen Rechtsprechung eine klare Tendenz ab, dass auch vor der Hauptverhandlung entdeckte Noven innert 10 Tagen und somit mittels separater Noveneingabe eingebracht werden müssen (vgl. Sogo/Naegeli, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. A. 2021, Art. 229 ZPO N 10c, und Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 229 ZPO N 5, je m.w.H.; s. auch Lindner/Hübscher-Middendorp, Noveneingaben – Zulassungsprüfung und Verhältnis zum Replikrecht, in: dRSK, publiziert am 24. Oktober 2017; Reut, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, N 157 ff. m.w.H.; a.M. etwa Schmid/Hofer, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, in: ZZZ 2016 S. 282 m.w.H.). Das Obergericht schliesst sich der herrschenden Lehre und Rechtsprechung an, zumal nicht einzusehen ist, weshalb eine Partei in der Regel innert 10 Tagen reagieren muss, wenn sie das ihr zustehende Replikrecht geltend machen will, während ein Kläger mit einer Noveneingabe zu Dupliknoven nach Belieben bis zur Hauptverhandlung zuwarten könnte (vgl. dazu auch das Urteil des Obergerichts Zug Z2 2015 15 vom 27. Oktober 2016, in: GVP 2016 S. 226 f.; Bastons Bulletti, Zwei Äusserungsrunden, zwei Schriftenwechsel – Die Voraussetzungen für eine dritte Chance, in: Newsletter ZPO Online 2019-N22 Rz 9). Im Übrigen scheint auch das Bundesgericht dieser Auffassung zu folgen, stellte es doch im Urteil 4A_77/2020 vom 17. Juni 2020 die Frage, ob das Zurückhalten eines Novums bis zur

Seite 9/18 Hauptverhandlung, die u.U. Wochen oder gar Monate nach der Novenentdeckung stattfindet, sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbaren lässt (a.a.O., E. 4.2.3). Noch deutlicher wurde es dann in BGE 146 III 416, wo es darauf hinwies, dass sowohl echte wie unechte Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO ohne Verzug vorgebracht werden müssen, und zum Schluss gelangte, dass ein Vorbringen der Klägerin, die "vorerst" nicht auf ein Dupliknovum reagiert hatte, verspätet war (a.a.O., E. 6).

E. 2.5.2

Im vorliegenden Fall versäumte es der Kläger, auf die in der Duplik vorgebrachten Bestreitungen der Beklagten unverzüglich zu reagieren, und tat dies auch dann nicht, nachdem der erstinstanzliche Einzelrichter im Vergleichsvorschlag vom 24. November 2021 unpräjudiziell festgehalten hatte, dass der Arbeitnehmer den Beweis für sein Arbeitsangebot erbringen müsse und der Kläger mit den aufgelegten Urkunden nicht bewiesen habe, dass die fünf genannten Arbeitnehmer ihre Arbeit angeboten hätten (vgl. act. 16). Vielmehr reichte der Kläger erst zu Beginn der Hauptverhandlung vom 7. April 2022 seine Stellungnahme zur Duplik ein und beantragte die Befragung der fünf Arbeitnehmer als Zeugen (vgl. act. 24 und 25). Dieses Vorbringen erfolgte verspätet, zumal der Kläger – wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt – nicht darlegt hat, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sein soll, innert 10 Tagen nach Zustellung der Duplik diese neuen Beweismittel zu offerieren oder zumindest um eine Fristansetzung für eine Stellungnahme zur Duplik zu ersuchen. Mithin gelangte die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass sie die erstmals in der Stellungnahme vom 7. April 2022 angerufenen Zeugen (E._____, F._____, G._____, H._____ und I._____) nicht mehr befragen durfte. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Verfahren der in Art. 247 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 ZPO vorgesehene Untersuchungsgrundsatz nicht gilt (vgl. vorne E. 1.2) und der Kläger daher nicht berechtigt war, die neuen Beweismittel bis zur Urteilsberatung vorzubringen (Art. 229 Abs. 3 ZPO e contrario).

E. 2.6

Ebenfalls nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Weisung 2019/1 des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO. Dieses Dokument (vgl. <https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html>) mag zwar öffentlich einsehbar sein. Gleichwohl wurden die in Zusammenhang mit diesem Dokument vorgebrachten Behauptungen erstmals in der Stellungnahme vom 7. April 2022 und damit ebenfalls verspätet in den Prozess eingebracht.

E. 2.7

Mithin erweist sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet.

E. 3

Der Kläger macht in seiner Berufungsschrift sodann verschiedene Ausführungen zum "massgebenden Sachverhalt" und wiederholt einige der Behauptungen aus seinen erstinstanzlichen Rechtsschriften (vgl. act. 33 Rz 20-28). Dabei versäumt er es allerdings, sich mit dem angefochtenen Entscheid argumentativ auseinanderzusetzen, und zeigt insbesondere auch nicht auf, inwiefern er den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 1.3).

Seite 10/18

E. 4

In materieller Hinsicht ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die vom Kläger mit einem Annahmeverzug begründeten Forderungen im Gesamtbetrag von CHF 17'279.34 zu Recht abgewiesen hat.

E. 4.1

Die Vorinstanz führte aus, gemäss Art. 324 Abs. 1 OR und Art. 22.6 GAV GH bleibe der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn er mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerate. Nach der Rechtsprechung setze diese Bestimmung voraus, dass der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeit des Arbeitnehmers in Verzug sei und der Arbeitnehmer seine Dienste angeboten habe. Auch nach der Lehre müsse der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung anbieten, um den Annahmeverzug des Arbeitgebers herbeizuführen. Sofern der GAV GH keine spezielle Regel zur Verteilung der Beweislast enthalte, obliege der Nachweis für das Arbeitsangebot nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB dem Arbeitnehmer (act. 29 E. 4.1-4.3).

E. 4.2

Dagegen bringt der Kläger vor, die Vorinstanz habe den GAV GH falsch ausgelegt und die Beweislast falsch verteilt (Art. 8 ZGB). Sie verkenne die massgebenden rechtlichen Grundlagen, zu denen auch die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV GH gehörten, stellen diese doch "objektives Zivilrecht" dar. Nicht die Arbeitnehmer hätten primär darzulegen und zu beweisen, dass sie ihre Arbeit ordnungsgemäss angeboten hätten. Vielmehr müsse genügen, dass sie den entsprechenden Einsatzvertrag unterzeichnet und angetreten, ja überwiegend erfüllt hätten. Dies belege ihr "Arbeitsangebot" in genügender Weise und es liege dann allein am Arbeitgeber, Umstände darzutun, weshalb sie nicht die vollen Arbeitsstunden gemäss Vertrag und GAV hätten erreichen können. Insbesondere verkenne die Vorinstanz die Eigenheiten des flexiblen

Jahresarbeitszeitmodells (Art. 22 und 31 GAV GH). Bei diesem System, das dem Arbeitgeber eine sehr hohe Flexibilität beim Einsatz der Mitarbeitenden gebe (Art. 31.1 GAV GH), bestehe eine verschärfte Aufzeichnungs- und Dokumentationspflicht des Arbeitgebers. Dies müsse insbesondere auch bedeuten, dass Absenzen, die der Arbeitnehmer verursache, sei es, dass sie in Absprache mit dem Arbeitgeber erfolgten, sei es, dass sie einmündig entschieden worden seien, ebenfalls regelmässig aufgezeichnet und zeitnah dem Arbeitnehmer mitgeteilt werden müssten (Art. 22.3 GAV GH). Mit anderen Worten könne und müsse bei einem derartigen Jahresarbeitszeitmodell stets davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer die Weisungen des Arbeitgebers bezüglich Arbeitszeit, Ferien, Feiertage etc. eingehalten habe, solange es nicht anders klar und eindeutig dokumentiert sei. Mithin obliege es dem Arbeitgeber, Umstände und Zeitpunkte geltend zu machen, welche vom Arbeitnehmer verschuldete Minderstunden gegenüber dem gesamtarbeitsvertraglichen Durchschnitt und seinen Weisungen begründen könnten. Solche Umstände müssten sodann – damit Art. 22.1 GAV GH eingehalten sei – mit jeder Lohnzahlung, mindestens aber monatlich geltend gemacht werden, da ansonsten der Durchschnittslohn bezahlt werden müsse. Dass die Beklagte dies getan hätte, habe sie aber nie behauptet (act. 33 Rz 29-43).

E. 4.2.1

Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR und Art. 22.6 GAV GH bleibt der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn er mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt. Der Arbeitgeber gerät, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Art. 91 OR, in Annahmeverzug, wenn er (u.a.) ungerechtfertigterweise die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt (insbesondere Zutrittsverweigerung, Nicht- oder Unterbeschäftigung, Betriebsschliessung; vgl. Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 7. A. 2019, Art. 324 OR N 3). Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt somit grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer seine Ar-

beitsleistung – zur rechten Zeit, am rechten Ort, in rechter Weise und in eigener Person (falls die Arbeitsleistung nicht ausnahmsweise durch Dritte erbracht werden darf [Art. 321 OR]) – angeboten hat (vgl. Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, Art. 324 OR N 5; Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 324 OR N 3a mit Hinweis auf BGE 135 III 357; Urteil des Bundesgerichts 4A_356/2022 vom 20. Dezember 2022 E. 3.1.1). Weder das OR noch der GAV GH enthält eine spezielle Regel zur Verteilung der Beweislast. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts obliegt der Nachweis für das Arbeitsangebot nach der allgemeinen Beweislastregel (Art. 8 ZGB) dem Arbeitnehmer (vgl. Urteil A-2588/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 3.4.3 [zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis]). Auch nach der Lehre muss der Arbeitnehmer beweisen, dass es sich um einen Annahmeverzug handelt, insbesondere, dass er seine Arbeitskraft erfolglos angeboten hat. Mithin hat der Arbeitnehmer den Beweis für sein Arbeitsangebot zu erbringen (vgl. Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, 3. A. 2014, Art. 324 OR N 3; Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A. 2019, S. 423, Rz 421; Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 324 OR N 3a; Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 324 OR N 5; Streiff/von Kael/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A. 2012, Art. 324 OR N 9 S. 391 [alle zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis]). Demnach hat der Kläger zu beweisen, dass die fünf Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung rechtsgenügend angeboten haben.

E. 4.2.2

An diesem Ergebnis vermögen die vom Kläger zitierten GAV-Bestimmungen nichts zu ändern. Art. 22.3 GAV GH besagt, dass dem Arbeitnehmenden monatlich eine nachvollziehbare, detaillierte, schriftliche Abrechnung zu übergeben ist und diese den Lohn, die Zulagen und die monatlich geleisteten Stunden zu bezeichnen hat. Die kumulierten Stundensaldos sind spätestens per Mitte und Ende Jahr auszuweisen. Art. 31.1 GAV GH bestimmt sodann, dass "die Arbeitszeiteinteilung (Festlegung der täglichen bzw. wöchentlichen Arbeitszeit) Sache des Arbeitgebers ist [...]. Die Arbeitnehmenden werden rechtzeitig in die Entscheidungen mit- einbezogen [...]. Der Samstag ist in der Regel arbeitsfrei. Bei einem Austritt unter dem Jahr erfolgt eine pro rata-Stundenabrechnung." Weiter sieht Art. 22.1 GAV GH vor, dass der Lohn unter Beachtung von Art. 31.4 GAV GH monatlich auf der Basis von 42 Std./Woche, unbese- hen der flexiblen Arbeitszeit, bzw. 182 Std. pro Monat abgerechnet und ausbezahlt wird. Fer- ner regelt Art. 40.3 GAV GH, dass der Arbeitgeber bei unterjähriger Auflösung des Arbeits- verhältnisses zu viel bezogene Ferien erst mit der letzten Lohnabrechnung zur Verrechnung bringen darf. Schliesslich hält Art. 22.6 GAV GH fest, dass ein Stundenminus, welches auf Anordnung des Arbeitgebers entstanden ist und bis zum Austritt nicht ausgeglichen werden kann, zulasten des Arbeitgebers geht (vgl. act. 1/4). All die soeben zitierten Bestimmungen enthalten keine spezielle Regel zur Verteilung der Beweislast bei Annahmeverzug des Arbeit- gebers. Eine von der allgemeinen Beweislastregel (Art. 8 ZGB) abweichende Regel bzw. eine Umkehr der Beweislast lässt sich aus den Pflichten des Arbeitgebers gemäss GAV GH nicht ableiten. Massgebend ist daher Art. 8 ZGB. 4.3.1 Im Weiteren moniert der Kläger, die Vorinstanz habe Art. 324 OR unrichtig ausgelegt. Das Arbeitsangebot des Arbeitnehmers im Rahmen von Art. 324 OR sei das Äquivalent zur Inverzugsetzung des Gläubigers im Sinne von Art. 92 ff. OR. Der Gläubiger könne jedoch nur dann und insoweit in Verzug gesetzt werden, als die schuldnerische Leistung bereits fällig sei. Im Rahmen des flexiblen Arbeitszeitmodells des GAV GH bestimme alleine der Arbeitgeber (bzw. beim Personalverleih der Einsatzbetrieb), wann die Leistung des Arbeit- nehmers fällig sei. Bevor er die Arbeit abrufe, zumindest also einen entsprechenden Arbeits- plan vorlege, sei die Arbeitsleistung nicht fällig und der Arbeitnehmer könne durch ein Ar-

Seite 12/18beitsangebot auch keinen Annahmeverzug herbeiführen. Zu beachten sei auch, dass die Be- endigung des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Fälligkeit, sondern auch den Verzug der Ge- genpartei bewirke. Der Arbeitgeber, der nicht die gesamte geschuldete Arbeitsleistung bis zu diesem Zeitpunkt abgerufen habe, gerate damit ohne weiteres Arbeitsangebot des Arbeitneh- mers in Arbeitgeberverzug. Demzufolge stelle die (positive) Differenz zwischen dem Anteil der auf die Vertragsdauer entfallenden Jahresarbeitszeit (abzüglich Ferien und Feiertage) und den effektiv geleisteten (und hier ausschliesslich auch bezahlten) Arbeitsstunden immer dann einen Arbeitgeberverzug dar, wenn der Arbeitgeber nicht plausibel darlegen könne, dass der Arbeitnehmer gemäss Arbeitsplan oder entsprechender Aufforderung zu leistende Arbeit aus Gründen, die in seiner Person lägen, verschuldet oder unverschuldet nicht geleis- tet habe. Die Beklagte habe jedoch im gesamten Verfahren weder substantiiert behauptet noch durch irgendwelche Beweismittel belegt, wann konkret die Arbeitnehmer genügend zur Arbeit aufgefordert worden wären, damit sie die Sollarbeit auch hätten leisten können. Indem die Vorinstanz die Anwendbarkeit von Art. 324 OR in diesem Sinne und damit den Arbeit- geberverzug verneint habe, habe sie automatisch auch die Behauptungs- und Beweislast falsch verteilt (vgl. act. 33 Rz 44-51). 4.3.2 Auch dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie bereits dargelegt, gerät der Arbeitgeber gemäss Art. 324 OR in Annahmeverzug, wenn er

ungerechtfertigterweise die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung nicht an- nimmt. Der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für sein Arbeitsangebot (vgl. vorne E. 4.2.1 f.). Daran vermögen die Ausführungen des Klägers zur Auslegung und Anwendung von Art. 324 OR nichts zu ändern. Weder der Umstand, dass im Rahmen des flexiblen Arbeitszeitmodells des GAV GH alleine der Arbeitgeber (bzw. beim Personalverleih der Einsatzbetrieb) bestimmt, wann die Leistung des Arbeitnehmers fällig ist, noch der Hinweis, dass sämtliche Forderungen bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses fällig werden (Art. 339 Abs. 1 OR), führen zu einer von der allgemeinen Beweislastregel (Art. 8 ZGB) abweichenden Regel bzw. zu einer Umkehr der Beweislast. Eine Umkehr der Beweislast findet nur in Ausnahmefällen statt. Sie kommt etwa in Frage, wenn es um den Nachweis unbestimmter Negativa geht. Auch eine Beweis- vereitelung kann eine Beweislastumkehr zur Folge haben; ebenso die Verweigerung der Aus- kunftserteilung oder Rechnungslegung trotz einer im Rahmen einer Stufenklage ergangenen dahinzielenden Verurteilung (vgl. Lardelli/Vetter, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 8 ZGB N 73). Solche Ausnahmefälle liegen hier nicht vor. Folglich hat der Arbeitnehmer sein gehöri- ges Arbeitsangebot zu beweisen. Gehörig ist das Angebot des Arbeitnehmers, wenn er die Ar- beitsleistung persönlich, zur rechten Zeit, am rechten Ort und in geeigneter Weise anbietet. Das Angebot ist an keine Form gebunden. Die Arbeitgeberin muss jedoch nach Treu und Glau- ben aufgrund der Umstände klar erkennen können, dass der Arbeitnehmer die Absicht hat, sei- ner Arbeitspflicht nachzukommen. Grundsätzlich genügt ein tatsächliches Angebot durch Er- scheinen am Arbeitsplatz. Fehlt es jedoch an einer Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, indem der Arbeitnehmer etwa keinen Zugang zum Arbeitsort mehr hat, kann der Arbeitnehmer seine Bereitschaft zur Erbringung der Arbeitsleistung auch mündlich oder schriftlich anbieten (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A_356/2022 vom 20. Dezem- ber 2022 E. 3.1.1; s. auch vorne E. 4.2.1). Der Kläger hat es vorliegend versäumt, das Arbeitsangebot der fünf Arbeitnehmer zu bewei- sen. Diesbezüglich kann ohne Weiteres auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz

Seite 13/18 verwiesen werden (vgl. act. 29 E. 4.2; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1). Folglich bleibt es dabei, dass der behauptete Annahmeverzug unbewiesen geblieben ist.

E. 4.4

Die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob der Beklagten noch Gelegenheit eingeräumt werden müsse, den Beweis für ihre in der Duplik vorgebrachten Behauptungen bezüglich des ange- lich unerlaubten Fernbleibens der Arbeitnehmer von der Arbeitsstelle zu erbringen (vgl. act. 33 Rz 52-58), braucht hier nicht geprüft zu werden. Wie bereits mehrfach dargelegt, hat der Arbeit- nehmer den Beweis für sein Arbeitsangebot zu erbringen. Folglich muss der Kläger und nicht die Beklagte beweisen, dass die fünf Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung gehörig angeboten ha- ben.

E. 5

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die Zusatzvereinbarungen zum Einsatzvertrag, welche die Beklagte mit E._____, F._____, G._____, H._____ und I._____ abge- schlossen hat, rechtsgültig sind.

E. 5.1

In den umstrittenen "Zusatzvereinbarungen zum Einsatzvertrag" zwischen der Beklagten und den fünf genannten Arbeitnehmern wird einleitend erklärt, es könne in der Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und ihren temporären Mitarbeitern gelegentlich vorkommen, dass die vorgegebenen minimalen Wochenarbeitszeiten gemäss dem anzuwendenden GAV nicht geleistet würden. Meistgenannte Gründe seien in erster Linie vom Arbeitnehmer kurzfristig beschlossene Freitage (Kurzabsenzen), persönliche Termine (RAV, Arztbesuche, Vorstellungsgespräche usw.), welche innerhalb eines Arbeitstages wahrgenommen werden müssten, oder wenn es sich von vornherein um einen temporären Teilzeiteinsatz handle. Zur Verhinderung eines Annahmeverzugs der Arbeitspflicht und der damit verbundenen Lohnzahlungsregularien müsse dies mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers geregelt werden. Sodann wird Folgendes festgehalten: "Hiermit bestätigt der unterzeichnende Temporärmitarbeiter [...], dass er für Temporäreinsätze welche er für [die Beklagte] leistet, auf die Zusicherung der vertraglichen minimalen Wochenarbeitszeit des anzuwendenden GAV verzichtet, oder ein reduziertes Pensum von sich aus wünscht, (regelmässige Heimatbesuche mit verlängerten Wochenenden)* sich somit ausdrücklich damit einverstanden erklärt, Lohnanspruch nur auf die effektiv gearbeiteten Stunden zu erheben. Der unterzeichnende Mitarbeiter kann diese Zusicherung jederzeit und ohne Angabe von Gründen (in schriftlicher Form) zurückziehen. Liegt dieser Umstand vor, entscheidet C. _____ GmbH über eine Weiterführung des dann aktiven Temporäreinsatzes [...]" (act. 1/28; *Ergänzung in Klammern bei den Vereinbarungen von E. _____, F. _____ und G. _____).

E. 5.2

Die Vorinstanz erwog, dass nach dem Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 357 Abs. 2 OR vom GAV abweichende Vereinbarungen getroffen werden könnten, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger seien als die Regelung im GAV. In den Zusatzvereinbarungen werde festgehalten, dass der Arbeitnehmer für den Fall von Absenzen für Heimatbesuche, verlängerte Wochenenden usw. auf die Einhaltung der wöchentlichen Arbeitszeit verzichte. Die Vereinbarung bezwecke den Ausschluss des Annahmeverzugs der Beklagten für diese Fälle. Eine solche Abmachung sei für den Arbeitnehmer nicht ungünstiger als die Pflicht, jede Woche 42 Stunden arbeiten zu müssen. Denn es stehe im Belieben des Arbeitnehmers, ob er zusätzliche Freitage beziehen wolle. Dies stelle für den Arbeitnehmer eine Besserstellung dar, auch wenn er dadurch weniger Lohn erziele. Ausserdem liege ein Annahmeverzug nur bei Seite 14/18 einer einseitigen Handlung oder Unterlassung des Arbeitgebers vor. Bei Abreden über unentgeltliche Arbeitsaussetzungen komme der Arbeitgeber aufgrund der Vereinbarung gar nicht erst in Annahmeverzug. Die Zusatzvereinbarungen seien somit rechtsgültig. Die Weisung des Staatssekretariats SECO sei zu spät eingereicht worden und könne nicht berücksichtigt werden. Abgesehen davon seien Verwaltungsverordnungen, wozu auch Weisungen gehörten, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für Gerichte nicht verbindlich. Ausserdem seien gemäss Weisung des SECO Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit im Umfang von 5 % erlaubt und es dürfe auch dann auf den Stundenrapport abgestellt werden, wenn die Nichtleistung der vereinbarten Arbeitszeit im Verschulden des Arbeitnehmers (unentschuldigtes Fernbleiben oder Verlassen der Arbeitsstelle) liege (vgl. act. 29 E. 5.2-5.4).

E. 5.3

Der Kläger bringt demgegenüber vor, gemäss dem grundlegenden Wesensmerkmal des Personalverleihs gebe der Verleiher das Weisungsrecht im Rahmen des vereinbarten Pensums an den Einsatzbetrieb ab. Damit sei er aber auch nicht mehr berechtigt, den Arbeitnehmern in einer separaten Vereinbarung zuzusichern, dass sie je nach Bedarf auch weniger leisten müssten. Folglich seien die Zusatzvereinbarungen "von vornherein wirkungslos". Im Übrigen sei es durchaus möglich, einen korrekten Teilzeitvertrag auch im Rahmen eines Jahresarbeitszeitmodells wie demjenigen des GAV GH abzuschliessen. In einem solchen Fall sei dann lediglich der Anteil der gesamtarbeitsvertraglichen Jahresarbeitszeit schriftlich festzuhalten oder die Auswirkungen dieser Reduktion auf die Wochenarbeitszeit oder die zusätzlichen Freitage etc. zu beschreiben. Damit würden auch die Vorgaben von Art. 19 Abs. 3 AVG eingehalten. Gemäss den gesamtarbeitsvertraglichen Vorgaben sei es zudem möglich, die durchschnittliche Wochenarbeitszeit auf weniger als fünf Tage pro Woche aufzuteilen und damit den Arbeitnehmern zur Kompensation zusätzliche freie Tage für verlängerte Wochenenden einzuräumen. Ein "Verzicht" auf die Einhaltung der minimalen Wochenarbeitszeit (mit entsprechender Lohneinbusse) sei damit nicht notwendig. Die Vereinbarung bewege sich auch keineswegs im Rahmen der Weisung des SECO. Denn auch eine Schwankungsbreite von 5 % müsste schriftlich vereinbart sein. Dies sei hier nicht der Fall gewesen. Schliesslich seien die Vereinbarungen zu keinem Zeitpunkt im Interesse der Arbeitnehmer aufgesetzt worden. Kern der Vereinbarung sei der Verzicht des Arbeitnehmers "auf die Zusicherung der vertraglichen minimalen Wochenarbeitszeit des anzuwendenden GAV". Dieser Verzicht liege aber ausschliesslich im Interesse der Beklagten. Die Vereinbarungen würden damit gegen das Arbeitszeitsystem des GAV GH, gegen Art. 324 OR i.V.m. Art. 341 OR und gegen Art. 19 Abs. 3 AVG verstossen (vgl. act. 33 Rz 59-68).

E. 5.4

Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt; jedoch können abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist nach Lehre und Rechtsprechung ein sogenannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, 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 konkreten Arbeitnehmer lieber ist. Vielmehr muss von einem objektiven Massstab ausgegangen werden. Es ist darauf abzustellen, wie ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung die Bewertung treffen würde. Die Objektivierung des Massstabs hat auch zur Folge, dass man nicht die einzelnen Bestimmungen isoliert miteinander vergleichen kann. Andererseits ist es aber auch nicht zulässig, in einem sogenannten Gesamtvergleich den Einzelarbeitsvertrag insgesamt mit dem GAV zu vergleichen. Vielmehr ist ein sogenannter Gruppenvergleich vorzunehmen. Mit dem Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen. Der Vergleich kann aber nur innerhalb eines zusammenhängenden Regelwerkes erfolgen. Das Erfordernis des inneren Zusammenhangs ist dabei eng zu verstehen (vgl. BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3). Mit dieser Rechtsprechung hält das Bundesgericht zwar am Grundsatz des Gruppenvergleichs fest. Offensichtlich versteht es die massgebliche Gruppe aber sehr eng

und nähert damit den Gruppenver- gleich dem Einzelvergleich an (vgl. Stöckli, Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeits- rechts, in: Portmann/von Kaenel [Hrsg.], Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, Rz 13.89 ff., 13.94: s. dazu auch Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art, 357 OR N 3).

E. 5.5

Auch zur Frage der Rechtsgültigkeit der Zusatzvereinbarungen kann vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Demnach bezweckt die Zusatzvereinbarung den Ausschluss des Annahmeverzugs der Beklagten für den Fall von Absenzen für Heimatbe- suche, verlängerte Wochenenden usw. Eine solche Abmachung ist für den Arbeitnehmer nicht ungünstiger als die Pflicht, jede Woche 42 Stunden arbeiten zu müssen, kann doch der Arbeit- nehmer selber bestimmen, ob er zusätzliche Freitage beziehen will. Damit ist der Arbeitnehmer bessergestellt, auch wenn er weniger Lohn erhält. Weiter liegt ein Annahmeverzug nur bei einer einseitigen Handlung oder Unterlassung des Arbeitgebers vor. Abreden über unentgelt- liche Arbeitsaussetzungen fallen nicht unter Art. 324 OR (vgl. Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 324 OR N 19; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324 OR N 14; je mit Hinweis auf JAR 1980 S. 181 ff.). Mit diesen – zutreffenden – Erwägungen setzt sich der Kläger nicht aus- einander und legt insbesondere auch nicht dar, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch an- gewendet haben soll. Es bleibt daher dabei, dass die Zusatzvereinbarungen rechtsgültig sind. Ergänzend ist festzuhalten, dass der Arbeitnehmer die Zusicherung jederzeit und ohne Angabe von Gründen in schriftlicher Form zurückziehen kann. Auch aus diesem Grund ist nicht einzu- sehen, weshalb die Zusatzvereinbarungen für den Arbeitnehmer ungünstiger sein sollen.

E. 5.6

Demgegenüber vermag die Argumentation des Klägers nicht zu überzeugen.

E. 5.6.1

Zunächst bringt der Kläger vor, der Verleiher gebe das Weisungsrecht im Rahmen des vereinbarten Pensums an den Einsatzbetrieb ab, weshalb er nicht mehr berechtigt sei, den Arbeitnehmer in einer separaten Vereinbarung zuzusichern, dass sie je nach Bedarf auch weniger leisten müssten. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG; SR 823.11) hält in Art. 12 Abs. 1 fest, was unter Per- sonalverleih zu verstehen ist. Der Bundesrat hat diese Bestimmung in der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV; SR 823.11) näher definiert. Gemäss Art. 26 Abs. 1 AVV gilt als Verleiher, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er ihm Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Nach der Recht- sprechung des Bundesgerichts muss die Weisungsbefugnis nicht vollständig beim Dritten liegen. Vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse auf den Dritten; das Weisungsrecht zwischen dem recht-

Seite 16/18 lichen Arbeitgeber (Personalverleiher) und dem Einsatzbetrieb wird aufgespalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.1; Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 321d OR N 5). Mithin gibt der Verleiher das Weisungsrecht nicht voll- umfänglich an den Einsatzbetrieb ab, weshalb Zusatzvereinbarungen zwischen dem Verlei- her und dem Arbeitnehmer – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht "von vornherein wirkungslos" sind.

E. 5.6.2

Weiter spielt es im vorliegenden Verfahren auch keine Rolle, ob gemäss den gesamtarbeitsvertraglichen Vorgaben weitere Arbeitszeitmodelle möglich gewesen wären und mit diesen die Vorgaben von Art. 19 Abs. 3 AVG eingehalten worden wären. Zu prüfen ist vielmehr, ob die Zusatzvereinbarungen zwischen den Arbeitnehmern und der Beklagten rechtsgültig sind. Diese Frage ist aus den bereits dargelegten Gründen zu bejahen (vgl. vorne E. 5.5).

E. 5.6.3

Die Rügen des Klägers im Zusammenhang mit der Weisung des SECO sind unbeachtlich. Zum einen reichte der Kläger die Weisung des SECO verspätet ein, weshalb sie gar nicht berücksichtigt werden kann (vgl. vorne E. 2.6). Zum andern zählt die Weisung des SECO zu den Verwaltungsverordnungen, die nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Gerichte nicht verbindlich sind, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Auch mit diesem Argument setzt sich der Kläger nicht auseinander. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die Erwägungen der Vorinstanz zu den erlaubten Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit gemäss der Weisung des SECO zutreffen.

E. 5.6.4

Schliesslich ist im Rahmen des Günstigkeitsprinzips (Art. 357 Abs. 2 OR) – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht zu prüfen, in wessen Interesse die einzelvertragliche Vereinbarung abgeschlossen wurde. Vielmehr muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht. Im vorliegenden Fall stellt die umstrittene Abmachung eine Besserstellung für den Arbeitnehmer dar (vgl. vorne E. 5.5). Sie verstösst weder gegen das Arbeitszeitsystem des GAV GH noch gegen Art. 324 i.V.m. Art. 341 OR oder gegen Art. 19 Abs. 3 AVG. Folglich ist sie weder widerrechtlich noch nichtig.

E. 5.7

Mithin ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen, soweit es nicht an einer hinreichenden Begründung (namentlich einer argumentativen Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid) mangelt und daher auf die Berufung von vornherein nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne E. 1.3).

E. 6

Schliesslich beharrt der Kläger darauf, dass der Beklagten eine Konventionalstrafe von CHF 4'000.00 und die Verfahrenskosten von CHF 300.00 aufzuerlegen seien. Nachdem er dies einzig mit einer Gutheissung seiner Begehren begründet (act. 33 Rz 72), diesen Anträgen aus den dargelegten Gründen jedoch nicht stattgegeben werden kann, erübrigen sich diesbezüglich weitere Ausführungen.

E. 7

Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Zugleich ist der erstinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen, soweit er nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. vorne E. 1.1).

Seite 17/18

E. 8

Bei diesem Ausgang hat der Kläger auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen und der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 8.1

Ausgehend vom massgebenden Streitwert von CHF 22'732.37 (vgl. act. 29 E. 7.1) rechtfertigt es sich, die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 2'700.00 festzusetzen (§ 15 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und § 3 KoV OG).

E. 8.2

Die Rechtsanwälte können im Rechtsmittelverfahren unter Berücksichtigung des noch in Betracht kommenden Streitwerts in der Regel ein bis zwei Drittel des Grundhonorars sowie die Auslagen und die MWST als Parteientschädigung geltend machen (vgl. § 8 Abs. 1, § 25 und § 25a AnwT). Beim vorliegend noch in Betracht kommenden Streitwert von CHF 21'579.32 (CHF 22'732.37 abzüglich CHF 457.00, CHF 239.05 und CHF 457.00; vgl. vorne E. 1.1) beträgt das Grundhonorar CHF 4'074.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Davon sind im vorliegenden Fall zwei Drittel (= CHF 2'716.00) zu berechnen. Gründe, die ausnahmsweise eine Erhöhung dieses Grundhonorars rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich, zumal es sich – entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beklagten (vgl. act. 42) – nicht um einen aufwändigen Rechnungsprozess handelt. Hinzuzurechnen sind hingegen noch eine Auslagenpauschale von 3 % (= CHF 81.50) sowie die Mehrwertsteuer von 7,7 % (= CHF 215.40), sodass eine Parteienentschädigung von gerundet CHF 3'015.00 resultiert.

E. 9

Da die vorliegende Streitigkeit von Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG nicht erfasst wird (vgl. Hänni/Meyer, a.a.O., Art. 74 BGG N 13; s. auch vorne E. 1.2) und der Streitwert weniger als CHF 30'000.00 beträgt, ist die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG gegeben.

Seite 18/18 Urteilsspruch

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