

# ZH\_OBERGERICHT NP200016 vom 18. September 2020

ZH Obergericht, 2020-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP200016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP200016)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP200016 du 18 septembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT NP200016 del 18 settembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Februar 2017 die Beklagte zu Lohnnachzahlungen (Fr. 27'806.25), zur Tragung der Kosten der Lohnbuchkontrolle (Fr. 9'962.45) und der Verfahrenskosten (Fr. 500.–) sowie zur Bezahlung einer Konventionalstrafe (Fr. 8'340.–; act. 4/10). Den dagegen erhobenen verbandsinternen Rekurs wies die Klägerin mit Ent- scheid vom 19. Juni 2017 ab (act. 4/13 S. 6).

### E. 1.1

Im November 2013 schlossen der Verband schweizerischer C.\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_) und die Gewerkschaft Unia den Gesamtarbeitsvertrag im A.\_\_\_\_- gewerbe (nachfolgend GAV; act. 4/19). Unter anderem werden damit Regelungen aufgestellt über Arbeitszeiten, Ferien und Feiertage (Art. 28 ff. GAV) sowie über Löhne und Lohnzuschläge (Art. 40 ff. GAV). Mit Bundesratsbeschluss vom 15. April 2014 wurde der GAV per 1. Juni 2014 bis 30. Juni 2017 allgemeinverbindlich erklärt. Nach einer Änderung vom 5. März 2015 wurde der GAV samt Änderung mit Bundesratsbeschluss vom 7. Dezember 2016 erneut abgeändert und bis 31. Dezember 2020 verlängert.

### E. 1.2

Gemäss Art. 11 GAV sichern sich die Vertragsparteien eine konsequente Durchführung des GAV im Sinne von Art. 357b OR zu. Zur Durchführung des GAV wird eine "Paritätische Landeskommission im A.\_\_\_\_-gewerbe" in der Rechtsform eines Vereins mit Sitz in D.\_\_\_\_ bestellt. Die Klägerin ist diese als Verein ausgestaltete Kommission und befasst sich unter anderem mit der Durch- führung und Vollzug des GAV, insbesondere Baustellen- und Lohnbuchkontrollen, sowie Ahndung von Verstössen gegen den GAV (vgl. Art. 11.5 lit. a GAV).

### E. 1.3

Die Beklagte ist eine Personalverleihfirma mit Sitz in Zürich (act. 4/3). Sie verleiht unter anderem auch Personal an Betriebe des Verbands C.\_\_\_\_.

### E. 1.4

Die Klägerin liess bei der Beklagten im September 2016 durch die E.\_\_\_\_ AG eine Lohnbuchkontrolle für den Zeitraum 1. Januar 2012 bis 31. August 2016 durchführen. Gestützt auf den Bericht vom 22. November 2016 der E.\_\_\_\_ AG

- 4 - (act. 4/6) verpflichtete der Ausschuss der Klägerin (PLK-Ausschuss) am

## E. 2

Prozessgeschichte

## **E. 2.1**

Gegen die von der Klägerin eingeleitete Betreuung erhob die Beklagte Rechtsvorschlag, worauf das Rechtsöffnungsbegehren der Klägerin mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Mai 2018 abgewiesen wurde (act. 42/2).

## **E. 2.2**

Mit der beim Bezirksgericht Zürich erhobenen Klage vom 1. Oktober 2018 verlangte die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung der Kosten für die Lohnbuchkontrolle und für ihr Verfahren sowie die Bezahlung einer Konventionalstrafe. Weiter forderte sie die Erteilung der Rechtsöffnung im Umfang der gutgeheissenen Klageforderung (act. 2 S. 2). Mit Urteil vom 24. April 2020 wies die Vorinstanz die Klage vollumfänglich ab (vgl. act. 59 S. 42).

## **E. 2.3**

Innert Frist erhob die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) mit Eingabe vom 2. Juni 2020 Berufung mit den einleitend genannten Anträgen (vgl. act. 60, act. 66). Der mit Verfügung vom 9. Juni 2020 eingeforderte Kostenvorschuss (act. 69) wurde fristgerecht geleistet (act. 72).

## **E. 2.4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sofort als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

## **E. 3**

Prozessuales

### **E. 3.1**

Eintreten

#### **E. 3.1.1**

Ansprüche aus Gesamtarbeitsverträgen werden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann dem Privatrecht zugeordnet, wenn sie auf allge-

- 5 - meinverbindlich erklärten Bestimmungen beruhen und gegenüber Aussenseitern geltend gemacht werden (BGE 118 II 528 E. 2a S. 531; 98 II 205 E. 1 S. 208 f.).

#### **E. 3.1.2**

Weiter hat die Vorinstanz die rechtlichen Voraussetzungen für die Legitimation der Klägerin korrekt dargelegt und bejaht. Auf ihre in allen Teilen zutreffenden Erwägungen kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden (vgl. act. 68 S. 13 ff.). Ergänzend ist festzuhalten, dass die Klägerin gemäss Art. 11.5 lit. k GAV mit dem Inkasso von Kontrollkosten, Verfahrenskosten, Nachforderungen und Konventionalstrafen befasst ist. Die Verbände sind von den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Bezug auf die sich aus den Kontrollen ergebenden Forderungen zur Erhebung der Leistungsklage durch die Klägerin ermächtigt (Art. 13.5 GAV). Die Einzahlungen sind, sofern nicht ausdrücklich eine andere Zahlstelle bezeichnet wird, innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheides auf das Konto der Klägerin zu leisten (Art. 13.6 GAV). Mithin ist die Klägerin in eigenem Namen zur Berufung legitimiert, sahen die Vertragsparteien des GAV ein Handeln der Paritätischen Landeskommision doch bereits im

GAV vor. Die Klägerin durfte sich auch auf die ihr explizit zugebilligte Leistungsklage beschränken und es war entgegen der Ansicht der Beklagten vor Vorinstanz nicht nötig, mit der Leistungsklage eine Feststellungsklage zu verbinden.

### **E. 3.1.3**

Da auch im Übrigen die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

### **E. 3.2**

Rechtliches Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; Urteil des Bundesgerichts 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten

- 6 - als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

### **E. 4**

Frage der voraussetzungslosen Kostenaufgabe

#### **E. 4.1**

Urteil der Vorinstanz Die Vorinstanz kam zusammengefasst zum Schluss, gemäss Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (nachfolgend AVG; SR 823.11) könnten im Falle "nicht geringfügiger Verstösse" Kontrollkosten und eine Konventionalstrafe auferlegt werden. Der Begriff "geringfügig" sei rein grammatikalisch als "unerheblich, unbedeutend oder nebensächlich" zu verstehen. Der Wortlaut liefere ein eindeutiges Auslegungsergebnis und spreche offensichtlich für eine quantitative Begriffsbestimmung. Gleichzeitig könne die Summe der vom fehlbaren Verleiher vorenthaltenen geldwerten Leistungen nur als Gradmesser für die Bedeutung der Verfehlungen gelten, wenn sie in Relation zu den korrekt erbrachten geldwerten Leistungen gesetzt werde. Aus dem Anwendungsbereich von Kostentragung und Konventionalstrafen sollten Verfehlungen herausfallen, die gemessen daran nicht ins Gewicht fallen. Selbst wenn diesbezüglich mit der Klägerin auf die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitsverhältnisse (Fr. 660'000.– gemäss unbestrittener Angabe der Beklagten) abgestellt würde, würden sich die Verfehlungen auf deutlich weniger als ein Prozent der Lohnsumme (exakt 0.23 %) beziehen. Damit bedürfe es keiner weiteren Erläuterung, dass die der Beklagten anzulastenden Verfehlungen betrags- und verhältnismässig als "geringfügig" zu qualifizieren seien. Im Umkehrschluss nach Art. 20 Abs. 2 AVG dürften der Beklagten daher keine Kontrollkosten (einschliesslich Verfahrenskosten) überbunden und keine Konventionalstrafe auferlegt werden (vgl. act. 68 S. 40 f.). Eine absolute Gleichbehandlung von Branchenunternehmungen und Verleihern hinsichtlich der

## Rechtsfolgen von GAV-

- 7 - Verletzungen werde auch nicht durch Art. 48d der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (SR 823.111; Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV]) vorgeschrieben, beziehe sich diese Bestimmung doch nicht auf die Voraussetzungen der Auflage von Kontrollkosten und Konventionalstrafen, sondern auf Kontrollkosten und Konventionalstrafen, die bereits auferlegt worden seien. Eine vollständige Unterstellung von Verleihunternehmen unter das Durchsetzungsregime eines branchenfremden Gesamtarbeitsvertrages sei nach Art. 20 Abs. 2 AVG nicht gewollt. Denn der Gesetzgeber habe keine schrankenlose Anwendung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen über die gemeinsame Durchführung vorgesehen, sondern die Anwendung von Sanktionen auf Fälle von "nicht geringfügigen Verstössen" beschränkt. Das erscheine auch insofern sachgerecht, als sich sonst ein branchenfremdes Unternehmen mitunter einschneidenden Bestimmungen unterwerfen müsste, bei deren Ausarbeitung sie weder unmittelbar noch mittelbar durch ihre Verbände mitgewirkt habe. Nach der arbeitsrechtlichen Normenhierarchie könne die Gesetzesbestimmung von Art. 20 Abs. 2 AVG jedenfalls nicht durch eine anderslautende Regelung in einem Gesamtarbeitsvertrag derogiert werden (act. 68 S.18).

### **E. 4.2**

Berufung Mit der Berufung rügt die Klägerin im Wesentlichen, bei einem Verstoss gegen den GAV hänge die Auferlegung von Kontrollkosten und Konventionalstrafen nicht davon ab, ob der Verstoss geringfügig sei. Einem fehlbaren Verleiher könnten die Kontrollkosten immer auferlegt werden. Es könne keinen Unterschied machen, ob die Unkosten intern oder durch den Beizug eines externen Kontrollbeauftragten anfielen, der Kontrollaufwand entstehe so oder so. Anders zu entscheiden wäre überspitzt formalistisch und eine grundlose Bevorzugung der Personalverleiher gegenüber fehlbaren brancheninternen Unternehmen, welche die Verfahrenskosten nach Art. 13.3 lit. b GAV zu bezahlen hätten (act. 66 S. 7). Die Vorinstanz habe Art. 20 Abs. 2 AVG unrichtig angewendet. Die Vorinstanz habe einzig den Fokus darauf gelegt, was der historische Gesetzgeber angeblich gewollt habe, anstatt sich aller Auslegungselemente des Methodenpluralismus zu bedienen. Die Gesetzesmaterialien zur Entstehung von Art. 20 Abs. 2 AVG enthielten keinerlei

- 8 - Hinweise für eine Privilegierung der Branche der Personalverleiher bei der Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen. Eine Bevorzugung wäre sinn- und zweckwidrig. Der Politik sei es um die Verstärkung der flankierenden Massnahmen zum Schutz der Erwerbstätigen und zur Einhaltung der minimalen oder üblichen Arbeitsbedingungen gegangen. Die Klägerin verweist weiter auf Lehrmeinungen, wonach die Schwere des Verstosses nur Sinn im Zusammenhang mit der Verpflichtung mache, Verstösse dem kantonalen Arbeitsamt zu melden. Die paritätischen Organe hätten sowohl gegenüber Personalverleihern als auch gegenüber Arbeitgebern lediglich privatrechtliche Befugnisse. Sodann habe die Vorinstanz Art. 48d AVV keiner verfassungs- und gesetzeskonformen Auslegung unterzogen. Die Bestimmung sei kein Einfallstor für eine ungleiche Behandlung, weder bei der Kontrolle, der Auferlegung von Verfahrenskosten und Konventionalstrafen noch für deren Verwendung (vgl. act. 66 S. 5 ff.).

### **E. 4.3**

Rechtliches

#### **E. 4.3.1**

Art. 20 Abs. 1 AVG verpflichtet den Verleiher, gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages einzuhalten, wenn der Einsatzbetrieb einem solchen untersteht. Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass die darüber hinausgehenden Bestimmungen eines solchen Gesamtarbeitsvertrages für die im Einsatzbetrieb arbeitenden, verliehenen Arbeitnehmer nicht anwendbar sind (vgl. act. 68 S. 18, vgl. auch die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft zum AVG, zur Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV] und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz [Geb-AVG] vom 21. November 2017, abrufbar unter [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss)).

#### **E. 4.3.2**

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei

- 9 - befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 142 III 557 E. 8.3 m.w.H.). Art. 20 Abs. 2 AVG lautet wie folgt: "Das im allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organ ist zur Kontrolle des Verleihers berechtigt. Bei nicht geringfügigen Verstössen muss es dem kantonalen Arbeitsamt Meldung erstatten und kann dem fehlbaren Verleiher: a. nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages eine Konventionalstrafe auferlegen; b. die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen."

#### **E. 4.3.3**

Gemäss Art. 48d AVV werden die den Verleihern auferlegten Kontrollkosten und Konventionalstrafen entsprechend der im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Regelung einbezahlt und verwendet (Abs. 1). Die paritätischen Organe müssen bei Kontrollen die Verleiher gleich wie brancheninterne Arbeitgeber behandeln. Die Kontrollen sind dem Verleiher in angemessener Frist anzukündigen (Abs. 2). Das für die Kontrolle zuständige paritätische Organ oder die von ihm beauftragte Stelle unterstehen der Schweigepflicht nach Artikel 34 AVG. Bei nicht geringfügigen Verstössen müssen sie dem kantonalen Arbeitsamt Meldung erstatten (Abs. 3). Der Verleiher kann jederzeit bei der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen kantonalen Behörde die Kontrolle durch ein besonderes, von den Vertragsparteien unabhängiges Kontrollorgan verlangen. Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gilt sinngemäss (Abs. 4).

#### **E. 4.3.4**

Art. 13.3 GAV sieht vor, dass der Firma keine Kosten auferlegt werden, wenn aufgrund einer Lohnbuchkontrolle keine Beanstandungen vorliegen. Liegen solche Beanstandungen vor, hat die Firma in jedem Fall die Lohnbuchkontrollkosten und die Verfahrenskosten von mindestens Fr. 500.– zu tragen.

#### **E. 4.4**

Auslegung

#### **E. 4.4.1**

Anwendungsbereich von Art. 13.3 GAV

- 10 - Obwohl Art. 13.3 GAV mit Bundesratsbeschlüssen vom 15. April 2014 und vom

#### **E. 4.4.2**

Wörtliche Auslegung von Art. 20 Abs. 2 GAV

##### **E. 4.4.2.1**

Gemäss Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 AVG ergibt sich in den deutschen und italienischen Sprachfassungen übereinstimmend, dass die Meldepflicht an das kantonale Arbeitsamt von einem "nicht geringfügigen Verstoss" ("infranzioni che no siano di lieve entità") abhängt. In der französischen Sprachfassung wird gar ein schwerer Verstoss verlangt ("en cas d'infraction grave..."). Im Falle einer Meldepflicht liegt es im Ermessen des Kontrollorgans, dem fehlbaren Verleiher eine Konventionalstrafe und Kontrollkosten aufzuerlegen. Diese Auffassung vertrat auch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO in seinem Bericht vom 18. Dezember 2008 (abrufbar unter <https://bit.ly/31uOsf4>). Es hielt auf Seite 63 des Berichts fest: "Falls Verleiher nicht geringfügig gegen allgemeinverbindlicherklärte GAV- Bestimmungen im Sinne von Art. 20 AVG verstossen, können ihnen die paritätischen Kommissionen nach Massgabe des GAV eine Konventionalstrafe und die Kontrollkosten auferlegen. Dieser Absatz wird in Art. 48d AVV konkretisiert. Wichtig ist aus Sicht des Arbeitnehmerschutzes, dass die paritätischen Kommissionen verpflichtet sind, bei nicht geringfügigen Verstössen dem kantonalen Arbeitsamt Meldung zu erstatten. Dies ermöglicht es, dass die AVG-Vollzugsbehörde gegenüber dem Verleihbetrieb Administrative Massnahmen (z.B. für eine bestimmte Dauer die Vorlage sämtlicher abgeschlossenen Arbeitsverträge verlangen) prüfen kann, die bis zum Entzug der Bewilligung gehen können. Bis heute sind den AVG Behörden aber durch die paritätischen Behörden nur selten entsprechende Meldungen gemacht worden. Es ist deshalb zu vermuten, dass die im Rahmen der flankierenden Massnahmen festgestellten Verstösse keine schwerwiegenden im Sinne von

- 11 - Art. 20 Abs. 2 AVG sind, die allenfalls auch einen Entzug nach Art. 16 Abs. 1 Bst. b AVG rechtfertigen könnten. Allerdings besteht hier eine Diskrepanz zum FlaM-Bericht, wurde doch trotzdem in einer gewissen Anzahl Konventionalstrafen und Kontrollkosten gegen Verleiher ausgesprochen. Dies ist aber nur bei nicht geringfügigen Verstössen möglich. Somit hätten diese Fälle allesamt den AVG-Behörden gemeldet werden müssen."

##### **E. 4.4.2.2**

Entsprechend kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 68 S. 40), wonach der klare Wortlaut der Norm darauf schliessen lässt, dass geringfügige Verstösse e contrario keine Grundlage für eine Konventionalstrafe oder Kostenaufgabe bilden.

#### **E. 4.4.3**

Entstehungsgeschichte der heutigen Fassung von Art. 20 AVG

##### **E. 4.4.3.1**

Im ursprünglich verabschiedeten Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 wurde die Kostenaufgabe und die Aufgabe einer Konventionalstrafe an Personalverleiher noch nicht vorgesehen (vgl. Art. 20 aAVG). Im Rahmen von Art. 2 des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 17. Dezember 2004 wurde die aktuelle Fassung von Art. 20 AVG ins Gesetz aufgenommen. Es trat am 1. April 2006 in Kraft. Die Botschaft vom 1. Oktober 2004 (BB1 2004 5891) sah hierzu noch keine Massnahmen im Bereich des Personalverleihs vor.

#### **E. 4.4.3.2**

Der Klägerin ist zuzustimmen, dass es bei der Verabschiedung des Gesetzes um flankierende Massnahmen im Zusammenhang mit der EG und ihren Mitgliedsstaaten ging. Im Zusammenhang mit Personalverleihunternehmen sollten diese unter die Kontrolle von allgemeinverbindlicherklärten Gesamtarbeitsträgern gestellt werden. Indes geschah dies letztlich nicht vollumfänglich, sondern nur - aber immerhin - in Bezug auf Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen, Weiterbildungs- und Vollzugskosten sowie allfällige Regelungen über den flexiblen Al-

- 12 - tersrücktritt. Im Rahmen des durch Arbeitnehmerverbände ergriffenen Referendums erfolgte am 25. September 2005 eine Volksabstimmung über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten. Mit Annahme der Abstimmung wurde die heute geltende Fassung von Art. 20 AVG angenommen. Diskussionen im Rat bzw. Voten, welche die Änderung im AVG aufgriffen, befassten sich nicht näher mit dieser Frage (vgl. Votum von Nationalrätin F.\_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 2004, Votum von Ständerat G.\_\_\_\_\_ [SH] vom 14. Dezember 2004).

#### **E. 4.4.3.3**

Aus der Entstehungsgeschichte lässt sich mithin nicht ableiten, dass dem Gesetz ein anderer Sinn beigemessen werden sollte, als ein wörtliches Verständnis nahelegt. So handelten im Rahmen der Vernehmlassung zu Art. 20 AVG sowohl Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberverbände jenen Wortlaut der Gesetzesvorlage aus, der später Eingang ins Gesetz fand. Dies hob Nationalrätin F.\_\_\_\_\_ im Rahmen der Schlussabstimmung vom 17. Dezember 2004 hervor und betonte, es habe sich bei der damaligen Gesetzesvorlage um einen von den Sozialpartnern erarbeiteten Kompromiss gehandelt (Amtl. Bull. Geschäft Nr. ...). Folglich entspricht die Gesetz gewordene Formulierung dem damaligen Willen des Gesetzgebers.

#### **E. 4.4.3.4**

Die GAV-Vertragsparteien konnten die entstandene Formulierung von Art. 20 Abs. 2 AVG nicht nachträglich im Rahmen des Vertragsschlusses verschärfen, indem sie die gesetzlich vorgesehene Voraussetzung eines nicht geringfügigen Verstosses beseitigen. Es stand ihnen einzig frei, eine Verschärfung für die Mitglieder des GAV bzw. der entsprechenden Arbeitgeberpartei zu vereinbaren.

#### **E. 4.4.4**

Zweck

#### **E. 4.4.4.1**

Die Vorinstanz hat sich wie oben gezeigt ausführlich und zutreffend mit dem Zweck der Norm auseinandergesetzt, worauf vorab zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann (vgl. act. 68 S. 16 ff.). Erneut ist festzuhalten, dass durch die Bestimmung von Art. 20 AVG Personalverleiher gleich wie alle anderen, dem GAV unterstellten Betriebe kontrolliert werden kön-

- 13 - nen und das Schutzniveau eines GAV für temporär Beschäftigte nicht unterschritten wird. Diese Zielsetzung ist ohne Weiteres erreicht, wenn die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des entsprechenden Branchen-Gesamtarbeitsvertrages übernommen werden. Mit anderen Worten soll eine Gleichbehandlung zwischen Arbeitnehmern erreicht werden, welche nicht darauf zu achten haben, ob sie bei einem dem GAV unterstellten Betrieb angestellt sind oder bei einem Personalverleiher. Eine Gleichstellung zwischen den Unternehmen hinsichtlich allfälliger Sanktionen für Verstöße ist im Gesetz nicht vorgesehen. Insbesondere kann die in Art. 20 AVG vorgesehene aufsichtsrechtliche Kontrolle nicht der verbandsrechtlichen Kontrolle der GAV-Parteien gleichgestellt werden. Die Vorinstanz wies zu Recht darauf hin, dass die Personalverleiher beim Abschluss des GAV nicht miteinbezogen waren. Zudem sind Personalverleiher nicht Mitglieder der Arbeitgebervertragspartei des GAV und haben damit auch kein Recht auf Einsitz bzw. Einflussnahme in der Paritätischen Landeskommission (vgl. Art. 11.3 GAV). Sie werden mithin auch in anderen Bereichen ungleich behandelt, welche sie direkt betreffen.

#### **E. 4.4.4.2**

Zusammenfassend bezweckt Art. 20 AVG keine völlige Unterstellung von Personalverleihern unter den GAV. Vielmehr sollten die Personalverleiher überhaupt erst in diversen Bereichen kontrolliert werden können. Eine gänzliche Gleichstellung war nicht angestrebt. Entsprechend ist es auch zulässig, wenn Konventionalstrafen nur dann auferlegt werden können, wenn mehr als nur geringfügige Verstöße vorliegen. Wie erwähnt spricht die französische Fassung sogar von einem schweren Fall, der für die Auflage von Kosten und Konventionalstrafen notwendig sein soll.

#### **E. 4.4.5**

Lehre

##### **E. 4.4.5.1**

Von der herrschenden Lehre im französischen Sprachraum wird die französische Fassung übernommen, wonach ein schwerer Verstoß eine Voraussetzung für eine Kostenaufgabe bzw. Konventionalstrafe bildet (vgl. Aurélien Witzig, *Droit du Travail*, 2018, S. 198 und S. 647, ebenso Véronique Perroud, *DROIT PUBLIC / L'application des CCT au contrat de travail temporaire*, 2012, S. 395 f., Estelle Mathis Zwygart, *L'application des conventions collectives de travail aux*

- 14 - *contrats de travail temporaire*, 2012, N 326 und N 669, Pierre Matile, José Zilla, Dan Streit, *Centre d'étude des relations du travail; Travail temporaire*, 2010, AVG 20, S. 206). Aber auch im deutschsprachigen Raum übernimmt die Lehre den Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 AVG ohne Vorbehalt (vgl. Wolfgang Portmann, *Bilaterale Verträge I & II Schweiz E-U, II. Freizügigkeit / Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die*

Freizügigkeit / VI. Personalverleih, S. 400, Ueli Greub, Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, S. 627).

#### **E. 4.4.5.2**

Die von der Klägerin zitierten Autoren Reto Krummenacher und Ann Weibel gehen davon aus, dass dem Verleiher im Falle eines Verstosses eine Konventionalstrafe bzw. die Kontrollkosten auferlegt werden können (Reto Krummenacher, Ann Weibel, Stämpfli Handkommentar, Arbeitsvermittlungsgesetz, 2014, S. 127). Sie legen jedoch nicht dar, dass die Erheblichkeit der Verstösse entgegen dem Gesetzeswortlaut keine Rolle spielen soll. Der von ihnen genannte Verstoß nimmt Bezug auf den Satz zuvor, wo als Voraussetzung der mehr als geringfügige Verstoß genannt wird, weshalb unklar ist, ob sie tatsächlich eine voraussetzungslose Auflage der Kontrollkosten und der Konventionalstrafe vertreten.

#### **E. 4.4.5.3**

Einzig Christian Bruchez leitet aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 8 BV, Art. 5 Abs. 1 AEVG und Art. 20 Abs. 1 AVG ab, dass es für die Leistungserbringer, also Personalverleiher, keine mildere Anwendung der kollektivvertraglichen Sanktionen geben könne als für andere kollektivvertragspflichtige Arbeitgeber (Christian Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Bern, 2013, N 40 zu Art. 357b). Dieser Auffassung folgte das Kantonsgericht Jura im Urteil vom 14. Januar 2015 (CC 95/2014, Erw. 7.5). Das Kantonsgericht begründete jedoch nicht, weshalb die andere in der Lehre überwiegend vertretene Auffassung unzutreffend sein soll.

#### **E. 4.4.5.4**

Der Auslegung der Klägerin bzw. jener von Bruchez kann jedoch nicht gefolgt werden: Die Bundesverfassung sieht in Art. 8 BV das Gebot der Rechtsgleichheit vor. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich (Art. 8 Abs. 1 BV) und es darf niemand diskriminiert werden (Art. 8 Abs. 2 BV). Rechtliche Ungleichbe-

- 15 - handlungen halten vor der Verfassung nur stand, wenn triftige und ernsthafte Gründe für eine Differenzierung vorliegen (BGE 121 I 97 E. 3. a ).

#### **E. 4.4.5.5**

Vorliegend bestehen solche triftigen Gründe: Wie erwähnt waren Personalverleiher beim Abschluss des GAV nicht involviert und auch nicht in der Paritätischen Landeskommission vertreten. Der GAV ist auch nicht komplett auf sie anwendbar, sondern nur hinsichtlich bestimmter Bereiche. Insofern liegen keine gleichen Unternehmen vor, welche ungleich behandelt werden. Besitzen sie nicht dieselben Mitspracherechte bei der Ausarbeitung des GAV und dessen Kontrolle, ist nicht zu beanstanden, wenn sie Sanktionen nur unter strengeren Bedingungen bzw. bei nicht mehr geringfügigen Verstössen zu gewärtigen haben. Demgegenüber haben Personalverleiher eine Meldung an das kantonale Amt zu befürchten, wenn ihre Verstösse mehr als geringfügig sind, was schlimmstenfalls einen Entzug der Bewilligung und damit ein faktisches Berufsverbot nach sich zieht (vgl. Art. 2 und Art. 5 AVG). Eine solche scharfe Konsequenz sieht der GAV bei Verstössen nicht vor.

#### **E. 4.5**

Fazit Zusammenfassend ist der Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 AVG klar. Weder die Entstehungsgeschichte der Norm noch ihr Zweck lassen einen anderen Schluss zu. Sodann führt auch die herrschende Lehre keine Gründe auf, die Norm anders als gemäss ihrem Wortlaut auszulegen. Aus den dargelegten Gründen ist auch unter dem Aspekt des Gebots der Rechtsgleichheit nicht zu beanstanden, wenn Arbeitsvermittler vom AVG anders behandelt werden als Unternehmen der GAV- Vertragsparteien. Entsprechend ist davon auszugehen, dass bei leichten Verstössen durch Personalverleiher weder Kontrollkosten noch eine Konventionalstrafe auferlegt werden darf.

5. Frage eines nicht mehr geringfügigen Verstosses 5.1. Den Entscheiden der Klägerin vom 1. Februar 2017 und vom 19. Juni 2017 (act. 4/10 und 4/13) lässt sich nicht entnehmen, dass sie dem kantonalen Arbeitsamt eine Meldung gemacht hätte, wie es in Art. 20 Abs. 2 AVG im Falle nicht geringfügiger Verstösse vorgesehen ist. Die Klägerin scheint daher selbst davon ausgegangen zu sein, dass ein geringfügiger Verstoss vorliegt, auch wenn sie den Verstoss im Entscheid vom 19. Juni 2017 selbst als von mittlerer Schwere bezeichnet (act. 4/13 S. 7). Diese Frage kann jedoch vorliegend offen gelassen werden.

5.2. Mit der Berufung macht die Klägerin nicht geltend, dass ein mehr als nur geringfügiger Verstoss vorliege. Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz und insbesondere ihren Hinweis, dass selbst wenn mit der Klägerin auf die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitsverhältnisse von Fr. 660'000.– abgestellt würde, sich die Verfehlungen auf deutlich weniger als ein Prozent belaufen würden (act. 68 S. 40 f.), geht sie mit keinem Wort ein. Mit der Berufung wird nicht begründet, in welchem Ausmass die Klägerin von Verfehlungen ausgeht und weshalb diese nicht geringfügig sein sollen, wie dies die Vorinstanz annahm. Mangels einer rechtsgenügenden Begründung ist auf die Berufung nicht weiter einzugehen.

6. Fazit 6.1. Zusammenfassend ist Art. 20 Abs. 2 AVG dahingehend auszulegen, dass einem Personalverleiher lediglich im Falle von mehr als nur geringfügigen Verstössen die Kontrollkosten (samt Verfahrenskosten) sowie eine Konventionalstrafe auferlegt werden können. Mit der Berufung macht die Klägerin nicht geltend, dass ein mehr als nur geringfügiger Verstoss vorliege.

6.2. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

## **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 7.1**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Fr. 3'000.– der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 4 Abs. 1 GebV OG). Sie sind mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen (act. 72).

- 17 -

### **E. 7.2**

Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. April 2020, FV180201, wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Für das zweitinstanzliche

Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 66 und act. 67/1-3, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 18'802.45. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 18 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. E. Lichti Aschwanden PD Dr. S. Zogg versandt am:

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