

ZH_OBERGERICHT NP240007 vom 29. April 2025

ZH Obergericht, 2025-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP240007

FR: ZH_OBERGERICHT NP240007 du 29 avril 2025

IT: ZH_OBERGERICHT NP240007 del 29 aprile 2025

Erwägungen

E. 1

Der Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte ("Kläger") ist ein Verein, der unter anderem den Vollzug des Gesamtarbeitsvertrags Personalverleih ("GAVP") bezweckt (Urk. 5/2). Die Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin ("Beklagte") war im vorliegend interessierenden Zeitraum in der Personalvermittlung tätig (Urk. 5/1). Anfang Februar 2020 wurde bei der Beklagten eine Lohnbuchkontrolle für den Zeitraum von 1. Januar 2018 bis 30. Juni 2019 durchgeführt. Daraufhin auferlegte die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih für die deutsche Schweiz (RPKD) der Beklagten am 17. Juni 2020 eine Konventionalstrafe von Fr. 22'596.– sowie Kontrollgebühren von Fr. 2'231.85 (Urk. 5/14 S. 7). Im anschliessenden "Rekursverfahren" wurde die Konventionalstrafe auf Fr. 22'491.– reduziert (Urk. 5/17 S. 16). Diese Forderungen gaben Anlass zum vorliegenden Verfahren, in welchem der Kläger eine Konventionalstrafe von Fr. 22'419.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. September 2021 sowie Kontrollkosten von Fr. 2'231.85 fordert (Urk. 30 Rz. 8.1, Rz. 10.1), während die Beklagte die Abweisung der Klage beantragt (Urk. 35 S. 2).

E. 1.1

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021 E. 3). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (OGer ZH

- 6 - NP220014 vom 16 November 2022 E. II.1 S. 5; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen

Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179).

E. 1.2

In Berufungsverfahren wie dem vorliegenden werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einzubringen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Im Berufungsverfahren ist das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert geblieben waren, ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 43).

E. 1.3

Die Beklagte macht geltend, diverse vom Kläger im Berufungsverfahren vorgetragene Argumente seien neu und nicht zu berücksichtigen (Urk. 35 Rz. 37 i.V.m. Rz. 41, Rz. 45 f., Rz. 49, Rz. 76, Rz. 83; Urk. 44 Rz. 11). Als Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO gelten neue Tatsachen und neue Beweismittel. Neue Tatsachen sind neue Behauptungen tatsächlicher Natur oder neue Behauptungen zu Sachverhalten (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31; BK ZPO-Sterchi, Art. 317 N 3). Im nachstehend interessierenden Zusammenhang stellt der Inhalt des Reglements A._____, insbesondere die darin genannten Bemessungskriterien, keine

- 7 - Tatsachenbehauptung dar, sondern es handelt sich um Argumente, die bei der von Amtes wegen vorzunehmenden Auslegung der in Art. 38 GAVP definierten Bemessungskriterien zu prüfen sind (im Detail hinten Erw. II.4). Weiter ist auch eine unzulässige argumentative Ergänzung der im Berufungsverfahren gegen das vorinstanzliche Urteil vorgetragene Rügen nicht auszumachen. Es handelt sich bei den monierten Passagen um in der Berufungsschrift vorgetragene Argumente, mit welchen der Kläger seinen Rügeobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren nachkommt, indem er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt.

E. 2

Mit Urteil vom 29. Dezember 2023 hiess die Vorinstanz die Klage im Umfang von Fr. 2'677.45 gut. Im Mehrumfang wurde die Klage abgewiesen (Urk. 28 S. 24 f. = Urk. 31 S. 24 f.). Dagegen erhob der Kläger rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 30). Nachdem der Kläger den ihm mit Verfügung vom 13. Februar 2024 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'300.– geleistet hatte (Urk. 32 f.), wurde der Beklagten am 19. März 2024 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 34). Mit Eingabe vom 2. Mai 2024 erstattete die Beklagte rechtzeitig die

Berufungsantwort und erhob Anschlussberufung (Urk. 35). Nachdem die Beklagte den für die Anschlussberufung auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 590.– geleistet hatte (Urk. 36 f.), wurde dem Kläger mit Verfügung vom 23. Mai 2024 Frist zur Beantwortung der Anschlussberufung und zur Ausübung des Replikrechts mit Bezug auf die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 38). Die Anschlussberufungsantwort ging mit Eingabe vom 26. Juni 2024 rechtzeitig ein (Urk. 41). Die Stellungnahme zur Berufungsantwort erfolgte mit Eingabe vom 8. Juli

- 5 - 2024 innert erstreckter Frist (Urk. 42; vgl. Urk. 40). Mit Verfügung vom 29. Juli 2024 wurden der Beklagten die beiden Eingaben zugestellt und ihr Frist zur freigestellten Wahrnehmung des Replikrechts angesetzt (Urk. 43). Mit Eingabe vom 22. August 2024 liess sich die Beklagte rechtzeitig vernehmen (Urk. 44). Diese Eingabe wurde dem Kläger am 10. September 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 45). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

E. 2.1

Der GAVP wurde vom Bundesrat erstmals 2012 allgemeinverbindlich erklärt. Die Allgemeinverbindlicherklärung wurde mehrmals verlängert, letztmals bis zum 31. Dezember 2027 (vgl. Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, Verlängerung und Änderung vom 9. Februar 2024). Mit der Allgemeinverbindlicherklärung wird der Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrags auf Antrag aller Vertragsparteien durch behördliche Anordnung auf alle Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt, die am Vertrag nicht schon direkt beteiligt sind. Die Beklagte ist nicht Mitglied des GAV. Für sie gelten die Bestimmungen des GAVP deshalb nur soweit sie für allgemeinverbindlich erklärt wurden.

E. 2.2

Art. 38 Abs. 2, 4, 5 und 6 GAVP, welche die Konsequenzen bei festgestellten Verstössen regeln und die mit Ausnahme der kursiven Teile allgemeinverbindlich erklärt wurden, lauten wie folgt (Urk. 5/7 S. 24 f.): "[...] 2 Sowohl die SPKP als auch die RPKP können der fehlbaren Unternehmung neben einer Konventionalstrafe die angefallenen und ausgewiesenen Verfahrens- und Kontrollkosten für die in Art. 35 GAV und Art. 357b Abs. 1 OR erwähnten Gegenstände auferlegen. Dies gilt auch für die Aufwendungen von durch SPKP und RPKP beauftragten Dritten, die Details regelt das Reglement.

- 8 - [...]

E. 2.3

Die Aktivlegitimation des Klägers wird im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten (Urk. 35 Rz. 6, Rz. 36). Weitere Ausführungen zur Frage der Aktivlegitimation, bei welcher es sich um die Frage der materiell-rechtlichen Berechtigung zur Klage handelt und die der Verhandlungsmaxime untersteht, erübrigen sich damit (vgl. BGer 5A_561/2019 vom 5. Februar 2020 E. 3.3). Auch anerkennt die Beklagte, mit Bezug auf den 13. Monatslohn gegen den GAVP verstossen zu haben (Urk. 35 Rz. 6). Die vorinstanzliche Feststellung, wonach nicht von einem "geringfügigen Verstoss" gegen den GAVP auszugehen sei, ist zu bestätigen (Urk. 31 S. 16 f.). Ob Grundlage dieser Feststellung Art. 37 und Art. 38 GAVP oder Art. 20 Abs. 2 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG, SR 823.11) bildet, muss nicht geklärt werden (vgl. für Art. 37 f. GAVP: Art. 3 Abs. 1 GAVP; Kommentar GAVP

zu

- 9 - Art. 3 Abs. 11; SHK Arbeitsvermittlungsgesetz-Krummenacher/Weibel, Art. 20 N 1; Appellationsgericht BS BEZ.2023.59 vom 23. April 2024 E. 4.2.1; für Art. 20 Abs. 2 AVG: KG BL 410 23 121 vom 5. September 2023 E. 4.5). 3. (Keine) Grundlage für eine Konventionalstrafe

E. 3

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-29). Das Verfahren ist spruchreif.
II. Materielle Beurteilung 1. Prozessuale Vorbemerkungen

E. 3.1

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe ihr Argument übergangen, wonach die vertraglichen Grundlagen zur Konventionalstrafe im GAVP nichtexistent, ungenügend und zu unbestimmt beziehungsweise zu vage seien, als dass eine Vertragspartei daraus Rechte ableiten könne. Die Berechnung einer Konventionalstrafe sei deshalb nicht möglich. Durch die Übergehung dieses Arguments sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden. Für den Fall, dass die Vorinstanz ihren Einwand stillschweigend verneint habe, liege eine falsche Sachverhaltsfeststellung vor (Urk. 35 Rz. 7- 21).

E. 3.2

Der Kläger argumentiert zusammengefasst, die allgemeinverbindlich erklärte Bestimmung in Art. 38 Abs. 4 GAVP stelle die vertragliche Grundlage zur Konventionalstrafe dar. Sie regle den betragsmässigen Rahmen und die grundlegend zu berücksichtigenden Bemessungskriterien (Urk. 41 Rz. 5-28).

E. 3.3

Die Vorinstanz setzte sich mit dem Einwand der nichtexistenten beziehungsweise mangelhaften Grundlage zur Bestimmung der Konventionalstrafe nicht explizit auseinander. Aufgrund des Urteilsaufbaus wird indessen klar, dass sie den diesbezüglichen Einwand als nicht stichhaltig beurteilte (vgl. Urk. 31 S. 8 ff.). Auch eine explizite Auseinandersetzung mit dem Einwand der Beklagten ändert nichts an der vorinstanzlich implizit bejahten genügenden Grundlage der Konventionalstrafe. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung wurde die Wirkung (auch) von Art. 38 GAVP auf Aussenseiter wie die Beklagte ausgedehnt (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 357 N 21; zum Wortlaut vorne Erw. II.2.2; vgl. Urk. 41 Rz. 7-9, Rz. 26-28). Ein Verstoß gegen zwingendes Bundesrecht, der gemäss Art. 358 OR trotz Allgemeinverbindlicherklärung zu beachten wäre, ist in Art. 38 GAVP nicht erkennbar (vgl. HGer ZH HG180205 vom 10. Dezember 2020 E. II.1.3 S. 13). Sowohl die bundesgerichtliche 1 Abrufbar unter: https://www.swissstaffing.ch/docs/de/GAV_Personalverleih/Kommentar_GAV_Personalverleih_2019_DE.pdf, zuletzt besucht am 10. April 2025.

- 10 - Rechtsprechung als auch ein bedeutender Teil der Lehre bejaht nämlich die Gültigkeit einer Konventionalstrafe, deren Höhe bestimmbar ist (BGer 4A_110/2012 vom 9. Oktober 2012 E. 3.3.3; Portmann/Wildhaber/Rudolph, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, N 1188; vgl. weiter BGE 119 II 162 E. 2; Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2020, N 3788; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2023, N 81.25; nur die Bestimmtheit erwähnend, aber auch auf die erwähnten Bundesgerichtsurteile verweisend OFK OR-Wuffli, Art. 163 N 1 und s.a. CHK OR-Roth Pellanda, Art. 163 N 8 und BSK OR

I-Widmer/Costantini/Ehrat, Art. 163 N 3; vgl. Urk. 35 Rz. 10-13 und Rz. 16-18 i.V.m. Urk. 23 Rz. 25-32; Urk. 41 Rz. 14-16; Urk. 44 Rz. 3). Die Bestimmbarkeit ist vorliegend gegeben: Aus dem GAVP ergeben sich die Verstösse, die zu einer Konventionalstrafe führen, und aus der Formulierung von Art. 38 Abs. 4 GAVP der monetäre Rahmen und die bei der Festsetzung zu berücksichtigenden Faktoren. Zur Auslegung von Art. 38 Abs. 4 GAVP mit Bezug auf die Höhe der Konventionalstrafe ist auf die nachstehenden Erwägungen zu verweisen (Erw. II.4; vgl. Urk. 35 Rz. 14; Urk. 41 Rz. 22-24).

E. 3.4

Der Rüge der Beklagten zur mangelnden Grundlage der Konventionalstrafe kann damit nicht gefolgt werden. Es ist folglich davon auszugehen, dass der Kläger befugt war, gegen die Beklagte eine Konventionalstrafe gemäss Art. 38 Abs. 4 und 5 GAVP auszusprechen (vgl. zur anerkannten GAVP-Verletzung, die nicht mehr geringfügig ist, Erw. II.2.3). 4. Höhe der Konventionalstrafe

E. 4

Die SPKP/RPKP 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, strafverschärfende Elemente wie Verletzung nicht geldwerter GAV-Bestimmungen sowie ein Zuschlag für besondere Schwere bei mehrfacher Verletzung berücksichtigt, die Details regelt das Reglement.

E. 4.1

Die Vorinstanz erwog, in Art. 38 Abs. 4 GAVP würden Kriterien für die Bemessung der Konventionalstrafe erwähnt. Der Verweis auf das Reglement A.____, welches die Details dazu regle, sei nicht allgemeinverbindlich erklärt worden, weshalb dessen Anwendung auf Arbeitgeberinnen, welche nicht Mitglieder des GAVP seien, nicht vorgeschrieben sei. Könne die Beklagte jedoch nicht rechtsgenügend darlegen, weshalb das Reglement unangemessen sein soll, so sei dessen Anwendung nicht ausgeschlossen. Art. 38 Abs. 5 GAVP statuiere, dass der volle Rahmen der Konventionalstrafe bei Rückfall oder mehrmaliger Verfehlung ausgeschöpft werden könne. Die Grösse der fehlbaren Unternehmung sei dabei angemessen zu

- 11 - berücksichtigen. Die Maximalstrafe betrage gemäss Art. 38 Abs. 4 GAVP Fr. 50'000.–. Die geltend gemachte Konventionalstrafe erscheine aufgrund der Maximalstrafe von Fr. 50'000.– und der Höhe der geltend gemachten geldwerten Verfehlungen von Fr. 10'709.80 massiv zu hoch. Das Kriterium zur Berechnung der Grundkonventionalstrafe im Reglement A.____ (Anhang 1 Ziff. 1.1) sei die Soll-Lohnsumme beziehungsweise der prozentuale Anteil der geldwerten Verfehlungen zur Soll-Lohnsumme. Dieses Kriterium finde im GAVP keine genügende normative Grundlage. Auch die Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe der Wiedergutmachung und des Verschuldens würden in Art. 38 Abs. 4 GAVP nicht explizit erwähnt. Zu beachten sei jedoch, dass der GAVP strafmildernde und strafschärfende Elemente nicht abschliessend aufzähle (Wortlaut: "wie"). Es falle aber auf, dass sich gemäss Reglement A.____ beziehungsweise dessen Anhang 1 das Ausbleiben einer Wiedergutmachung strafschärfend auswirke, während die vollständige Wiedergutmachung strafmindernd zu berücksichtigen sei, was dem

Rechtsempfinden widerspreche. Zudem sei gemäss GAVP eine rasche Nachzahlung – was wohl mit einer Wiedergutmachung gleichgesetzt werden könne – bloss strafmildernd zu berücksichtigen, womit eine ausgebliebene Nachzahlung neutral und nicht strafschärfend zu werten sei. Die Unternehmensgrösse und die effektive Höhe der geldwerten Verfehlungen würden im Reglement A._____ nicht für die Bemessung der Konventionalstrafe herbeigezogen, obwohl sie in Art. 38 Abs. 4 GAVP als Kriterien aufgelistet würden. Die Beklagte habe sich – so die Vorinstanz – mit den einzelnen Kriterien des Reglements A._____ und dessen Anhang 1 auseinandergesetzt und deren Unangemessenheit rechtsgenügend dargelegt. Sie mache zu Recht geltend, diese stützten sich nicht vollends auf den GAVP ab und führten zu unverhältnismässigen Ergebnissen. Das Argument des Klägers, dass das Reglement automatisch angemessen sein müsse, da es von einem paritätischen Vollzugsorgan erlassen worden sei, sei nicht zu hören. Das Reglement A._____ sei – so die Vorinstanz abschliessend – im vorliegenden Fall für die Bemessung der Konventionalstrafe nicht anwendbar (Urk. 31 S. 14-16). Weiter erwog die Vorinstanz, die Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 22'419.– sei unter Berücksichtigung aller Umstände unangemessen hoch und nicht mehr mit Recht und Billigkeit zu vereinbaren. Die Konventionalstrafe sei man-

- 12 - gels Verbindlichkeit der vom Kläger angewandten Kriterien neu festzusetzen. Als Indiz des Übermasses komme der höchstmögliche Schaden in Betracht. Deswegen und weil nichts Gegenteiliges aus dem GAVP hervorgehe, werde vom Betrag der geldwerten Verfehlungen ausgegangen. Die in Art. 38 Abs. 4 GAVP festgelegte Höchststrafe von Fr. 50'000.– diene als Referenz. Für die Berechnung einer angemessenen Konventionalstrafe würden die Kriterien in Art. 38 Abs. 4 GAVP und die bundesgerichtliche Rechtsprechung beigezogen. Die absolute Höhe der vorenthaltenen geldwerten Leistungen beziehungsweise das Ausmass der Bereicherung der fehlbaren Arbeitgeberin und der Schädigung der Arbeitnehmerinnen halte sich vorliegend in Grenzen, da es sich bei der Beklagten um ein kleines Unternehmen mit wenigen Mitarbeiterinnen und überschaubaren Löhnen handle. Im Vergleich zu anderen möglichen fehlbaren Unternehmen mit geldwerten Verfehlungen, die sich im sechsstelligen Beträgen zeigen könnten, schienen Fr. 10'709.80 für drei Mitarbeiterinnen tief. Allerdings müsse beachtet werden, dass jeder einzelnen Mitarbeiterin anteilmässig ein ganzer Monatslohn vorenthalten geblieben sei. Für jede einzelne Mitarbeiterin stelle dies ein bedeutender Lohnbestandteil dar, weshalb sich die relative Höhe im mittleren Teil bewege. Die Kontrolldauer habe 18 Monate, von Januar 2018 bis Juni 2019 betragen, wobei unerfindlich sei, wie sich dieses Kriterium auf die Konventionalstrafe auswirken solle. Das Kriterium sei deshalb neutral zu werten. Die absolute Anzahl der kontrollierten Arbeitnehmerinnen sei tief, da nur vier Mitarbeiterinnen kontrolliert worden seien. Dies stelle allerdings 100 % der verliehenen Arbeitnehmerinnen dar, weshalb es keine Dunkelziffer gebe, was zugunsten der Beklagten zu werten sei. Die unterbliebene Nachzahlung sei neutral zu werten. Eine Verletzung von nicht geldwerten GAV-Bestimmungen habe gemäss Kontrollbericht zwar vorgelegen, da diese aber nicht Gegenstand des Verfahrens bildeten, seien sie nicht zu berücksichtigen. Die besondere Schwere einer mehrfachen Verletzung sei nicht gegeben, was sich daher nicht strafscharfend auswirke. Zum Verschulden sei anzuführen, dass die Beklagte gegen eine entscheidende und unmissverständliche Bestimmung des GAVP verstossen habe, die sie hätte kennen müssen. Allerdings handle es sich um eine erstmalige GAV-Verletzung, welche durch Nichtwissen erfolgt sei. Es sei bei der Beklagten keine Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht ersichtlich. Vom Erfordernis des 13. Monatslohns habe die Be-

- 13 - klagte erst an einem Seminar erfahren und habe daraufhin sofort Massnahmen getroffen, um den GAV-Bestimmungen Folge zu leisten, und dies noch vor dem Kontrollbericht. Allerdings seien die getroffenen Massnahmen untauglich gewesen. Weiter seien bei der unterlassenen Auszahlung des 13. Monatslohns keine Mindestlöhne verletzt worden, und es seien auch sonst keine systematischen Vernachlässigungen der Arbeitgeberpflichten ersichtlich. Das Verschulden sei als leicht bis mittel zu werten. Der Zweck der Konventionalstrafe, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern, könne vorliegend nur teilweise erfüllt werden. Es bedürfe keiner hohen Strafe, da der GAVP nicht vorsätzlich verletzt worden sei. Zudem sei die Beklagte seit 14. April 2020 nicht mehr im Personalverleih tätig, womit nicht künftige Verletzungen zu verhindern seien. Das Strafbedürfnis sei gering. Das Verschulden sei als leicht bis mittel einzustufen. Strafschärfende Elemente seien keine ersichtlich. Aus diesen Gründen scheine eine Reduktion um 75 % angemessen, womit sich die Konventionalstrafe auf Fr. 2'677.45 belaufe (Urk. 31 S. 17-21).

E. 4.2

Der Kläger rügt zusammengefasst, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gelangt, das Reglement A._____ führe zu unangemessenen Ergebnissen und sei vorliegend nicht anwendbar. Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite hätten das Reglement paritätisch ausgearbeitet und die Nicht-Geringfügigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG sowie die Bemessungsgrundlagen gemäss Art. 38 Abs. 4 GAVP korrekt konkretisiert. Die einschlägige, auch für die Beklagte verbindliche Rechtsprechung und zulässige Praxis zu Art. 20 Abs. 2 AVG sowie Art. 38 Abs. 4 GAVP sei in paritätischer Besetzung in einem Reglement verbrieft worden. Dies sei auch im Fall einer Unverbindlichkeit des Reglements festzuhalten. Weiter rügt der Kläger die vorinstanzliche Würdigung zu allen Kriterien und macht geltend, sie habe eine völlig unangemessene Reduktion anstelle einer Erhöhung der "Einsatzstrafe" von Fr. 10'709.80 vorgenommen (Urk. 30 Rz. 8 f.).

E. 4.3

Die Beklagte argumentiert zusammengefasst, den vorinstanzlichen Erwägungen sei zu folgen. Auf das Reglement A._____ und den darin vorgesehenen Konventionalstrafenrechner könne nicht abgestellt werden (Urk. 35 Rz. 39-63). Die

- 14 - Beklagte setzt sich ebenfalls mit allen vom Kläger betreffend die Festsetzung der Konventionalstrafe gerügten Kriterien auseinander (Urk. 35 Rz. 54-87). 4.4.1. Das Reglement A._____, auf das der Kläger seine Argumentation stützt, wurde nicht allgemeinverbindlich erklärt und hat daher im Verhältnis zur Beklagten als Aussenseiterin keine Wirkung (vgl. vorne Erw. II.2.1). Dass das Reglement paritätisch ausgehandelt wurde, ändert daran nichts. Im Verhältnis zu Aussenseitern verkörpert es lediglich die mangels Allgemeinverbindlicherklärung nicht massgebliche gemeinsame Praxis der Vertragsparteien zur Bemessung der Konventionalstrafe gemäss Art. 38 GAVP. Die Beklagte übernahm das Reglement auch nicht schuldrechtlich. Mit der Vorinstanz ist damit festzuhalten, dass Art. 38 Abs. 4 und Abs. 5 GAVP die Grundlage für die Bemessung der Konventionalstrafe bildet (Urk. 31 S. 14; zum Wortlaut siehe vorne Erw. II.2.2). Die Bemessungskriterien werden in Art. 38 Abs. 4 GAVP genannt. Der Höchstbetrag der Konventionalstrafe beträgt Fr. 50'000.-, wobei gemäss Art. 38 Abs. 5 GAVP bei Rückfall oder mehrmaliger Verletzung des GAVP der volle Rahmen der Konventionalstrafe ausgeschöpft werden kann und dabei die Grösse der fehlbaren Unternehmung angemessen zu

berücksichtigen ist (vgl. Urk. 31 S. 14). Wie Art. 38 GAVP zu verstehen ist, ist, da es sich um eine indirekt-schuldrechtliche Bestimmung des Gesamtarbeitsvertrages handelt (zur Abgrenzung von normativen, indirekt-schuldrechtlichen und schuldrechtlichen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags vgl. Stöckli, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Kapitel 13 N 85-113), wie bei normativen Bestimmungen nach den bei Gesetzen geltenden Regeln zu bestimmen (Portmann/Wildhaber/Rudolph, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl., N 1138, N 1159). In erster Linie ist der Wortlaut massgeblich. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind zulässig, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung), ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematische Auslegung) ergeben (OGer ZH NP220003 vom 20. Februar 2023 E. 8.4 m.w.H.; OGer ZH NP210004 vom 11. Mai 2021 E. 4.2 i.V.m. E. 3.1; OGer ZH III. Zivilkammer 25. Oktober 2007, in: ZR 107/2008 S. 239). Ein übereinstimmender Wille der am Abschluss des Gesamtarbeitsvertrags beteiligten Parteien betreffend Art. 38 GAVP

- 15 - wird (für den insoweit relevanten Zeitpunkt des Vertragsschlusses) auch vom Kläger nicht geltend gemacht. Selbst wenn ein solcher geltend gemacht wäre und ermittelt werden könnte, müsste er allerdings im Verhältnis zu Aussenseitern einer objektiven Auslegung nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Zweck standhalten (BGE 133 III 213 E. 5.2; Portmann/Wildhaber/Rudolph, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl., N 1138 und 1159; ZK OR-Staehelin/Vischer, Art. 365 N 110 und Art. 356b N 144). Die vom Kläger aus dem Reglement A. _____ – konkret Art. 31 Abs. 1 und Abs. 1bis sowie Anhang 1 (Konventionalstrafenrechner, Urk. 5/9) – abgeleitete Argumente sind bei der von Amtes wegen vorzunehmenden Auslegung der in Art. 38 GAVP definierten Bemessungskriterien lediglich in diesem Licht (und nicht im Sinne eines gemeinsamen Verständnisses der Vertragsparteien betreffend die Auslegung von Art. 38 GAVP) zu prüfen, soweit eine solche für die Beurteilung der Übermässigkeit der Konventionalstrafe notwendig ist. Dabei handelt es sich um Rechts- und nicht um Sachverhaltsfragen (insofern anders argumentierend die Vorinstanz in Urk. 31 S. 14 unter Bezugnahme auf OGer ZH NP210004 vom 11. Mai 2021 E. 5.1.2; vgl. Urk. 30 Rz. 7, Rz. 8.18; Urk. 35 Rz. 37). Abgesehen davon kann auf die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 31 S. 17 f.). Zusammenfassend und teilweise ergänzend ist festzuhalten, dass die Konventionalstrafe sich nach Art. 38 GAVP unter Mitberücksichtigung der zu Art. 160 OR entwickelten Bemessungsgrundsätze richtet. Bei der Bemessung der gesamtarbeitsvertraglichen Konventionalstrafe ist namentlich die Schwere der Vertragsverletzung, das Verschulden, der Zweck, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern, sowie das Ausmass der Bereicherung der fehlbaren Arbeitgeberin und der Schädigung der Arbeitnehmerinnen zu berücksichtigen (BGE 116 II 302 E. 3). Übermässige Konventionalstrafen sind herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Dies gilt erst recht, wenn das Gericht wie im vorliegenden Fall, in welchem die Höhe der Konventionalstrafe von einer Partei einseitig bestimmt und nicht im gegenseitigen Einvernehmen festgelegt wurde, nicht in die Vertragsfreiheit der Parteien eingreift (BGE 116 II 302 E. 4 m.H.a. Art. 163 Abs. 3 OR; OGer ZH NP220003 vom 20. Februar 2023 E. 9.4 S. 37). Ob eine Konventionalstrafe als übermässig hoch zu qualifizieren ist, ist aufgrund einer Gesamtbeurteilung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, die der Schwere der Vertrags-

- 16 - verletzung, dem Verschulden sowie dem Zweck Rechnung zu tragen hat, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern (BGE 116 II 302 E. 3; ZK OR-Staehelin/Vischer, Art. 357a N 72 ff.). Erweist sich eine Konventionalstrafe unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als übermässig, ist diese vom Gericht nicht neu in der ihm angemessenen erscheinenden Höhe fest-, sondern lediglich auf das noch zulässige Mass herabzusetzen (BGE 133 III 201 E. 5.2). Das gilt – entgegen der Vorinstanz – auch, wenn die Konventionalstrafe von einer Vertragspartei nach falschen Kriterien festgesetzt worden sein sollte. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass aus einem Vergleich zur bestätigten Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 21'728.– im Verfahren OGer ZH NP210004 vom

E. 4.5

Die Rügen des Klägers sind teilweise berechtigt. Die vorinstanzlich vorgenommene Reduktion der Konventionalstrafe auf Fr. 2'677.45 erweist sich als zu gross. Angemessen erscheint eine Reduktion der Konventionalstrafe auf Fr. 7'500.–. 5. Auferlegung Kontrollkosten

E. 5

Bei Rückfall oder mehrmaliger Verletzung des GAV Personalverleih kann der volle Rahmen der Konventionalstrafe ausgeschöpft werden. Dabei ist die Grösse der fehlbaren Unternehmung angemessen zu berücksichtigen.

E. 5.1

Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 38 Abs. 2 GAVP könnten den fehlbaren Unternehmen neben der Konventionalstrafe auch Kontrollkosten auferlegt werden. Art. 38 Abs. 6 GAVP statuiert hingegen, dass die SPKP dafür zu sorgen habe, dass "(...) die Konventionalstrafe zur Deckung der Kontrollkosten eingesetzt [werde] und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des vorliegenden Vertrags, verwendet [würden]". Aus diesen Bestimmungen gehe nicht klar hervor, unter welchen Umständen zusätzlich zur Konventionalstrafe den fehlbaren Unternehmen auch die Kontrollkosten aufzuerlegen seien und wann nicht. Die Interpretation des Beklagten, dass die Kontrollkosten nur dann gemäss Absatz 2 separat aufzuerlegen seien, wenn die Konventionalstrafe zur Deckung dieser Kosten nicht ausreiche, überzeuge. Nur so könnten beide Absätze ohne widersprüchliche Resultate angewendet und eine unrechtmässige Bereicherung des Klägers verhindert werden. Weiter handle sich bei Absatz 2 um eine "Kann-Vorschrift", gemäss welcher die Kontrollkosten im Einzelfall auch zusätzlich zu einer Konventionalstrafe auferlegt werden könnten. Der Wortlaut von Absatz 6 hingegen lege nahe, dass die Deckung der Kontrollkosten primärer Verwendungszweck der Konventionalstrafe darstelle und die Konventionalstrafe dafür eingesetzt werden müsse, da erst allfällige Überschüsse für Vertragszwecke ver-

- 25 - wendet würden. Daher seien die Kontrollkosten primär durch die Konventionalstrafe zu decken und nicht zusätzlich aufzuerlegen (Urk. 31 S. 21).

E. 5.2

Der Kläger rügt, die Vorinstanz interpretiere Art. 38 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 GAVP falsch. Die Paritätische Kommission entscheide autonom über die Verwendung der Konventionalstrafe. Aus Art. 38 Abs. 6 GAVP lasse sich keine zwingende Verpflichtung herleiten. Die Kontrollkosten des Klägers seien ausgewiesen, und diese könnten gestützt auf Art. 38

Abs. 2 GAVP zusätzlich geltend gemacht werden (Urk. 30 Rz. 10).

E. 5.3

Die Beklagte argumentiert diesbezüglich zugunsten des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 35 Rz. 89).

E. 5.4

Bei der Regelung der Kontrollkosten in Art. 38 GAVP handelt es sich um indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen, die wie normative Bestimmungen auszulegen sind (vorne Erw. II.4.4.1). Der Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 und Abs. 6 (vorne Erw. II.2.2) spricht zusammen mit der Systematik und dem Zweck dafür, dass Absatz 2 die Auferlegung von Verfahrens- und Kontrollkosten im konkreten Einzelfall regelt und in Absatz 6 nicht die spezifische Betriebsprüfung – wie sie vorliegend bei der Beklagten stattfand – geregelt wird, sondern es um eine allgemeine Zweckbindung bezüglich der Verwendung eingeforderter Konventionalstrafen geht. Diese sollen nämlich gemäss Art. 38 Abs. 6 GAVP primär für die Finanzierung von Betriebsprüfungen verwendet werden, denn die Kontrollkosten sind nicht immer abwälzbar (vgl. Art. 37 GAVP). Eine widerspruchsfreie Auslegung der beiden Absätze ist folglich möglich. Vorliegend wurde gestützt auf Art. 38 Abs. 2 GAVP eine Auferlegung der Kontrollkosten vorgenommen und diese sind kumulativ zur Konventionalstrafe geschuldet.

E. 5.5

Der Kläger dringt mit seiner diesbezüglichen Rüge durch. 6. Höhe der Kontrollkosten

E. 6

Eine verhängte Konventionalstrafe ist innert 30 Tagen der SPKP zu bezahlen. Die SPKP sorgt dafür, dass die Konventionalstrafe zur Deckung der Kontrollkosten eingesetzt wird und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des vorliegenden Vertrages, verwendet werden. Einzelheiten dazu sind in den Statuten des Vereins A._____ geregelt. [...]"

E. 6.1

Zur Höhe der Kontrollkosten erwog die Vorinstanz, insgesamt betrügen diese Fr. 2'975.80. Der Kläger habe aufgrund schweren Verschuldens 75 % der Beklagten auferlegt. Dies stütze sich auf Art. 38 Abs. 2 und Abs. 4 GAVP i.V.m. Art. 31bis

- 26 - und Anhang 2 des Reglements A._____. Da der Beklagten ein leichtes bis mittleres Verschulden anzulasten sei und gemäss Kontrollbericht die Kooperationsbereitschaft gut gewesen sei, seien ihr gestützt auf das Reglement A._____ 5 % der Kontrollkosten, folglich Fr. 148.80 aufzuerlegen (Urk. 31 S. 21 f.).

E. 6.2

Der Kläger rügt, der Beklagten seien 75 % der Kontrollkosten aufzuerlegen. Es sei von schwerem Verschulden auszugehen, was in Verbindung mit einer aktiven Kooperationsbereitschaft zu einer Übernahme von 75 % der Kontrollkosten (Fr. 2'231.85) führen müsse (Urk. 30 Rz. 10.1).

E. 6.3

Die Beklagte geht im Rahmen ihrer Anschlussberufung von einem leichten Verschulden aus, weshalb ihr keine Kontrollkosten aufzuerlegen seien (Urk. 35 Rz. 22-31). Im

Eventualstandpunkt sei maximal leichtes bis mittleres Verschulden anzunehmen, was unter Berücksichtigung ihrer Kooperationsbereitschaft gestützt auf das Reglement A._____ zur Auferlegung von Kontrollkosten von maximal 5 % führe (Urk. 35 Rz. 88).

E. 6.4

Die Beklagte lässt sich die Kontrollkosten basierend auf den im Reglement A._____ enthaltenen Kriterien zwar anrechnen, möchte aber das für die Auferlegung der Kontrollkosten gemäss Reglement A._____ massgebliche Verschulden anhand der gerichtlichen Würdigung und nicht anhand des Reglements A._____ bestimmt haben (vgl. Urk. 5/9 Anhang 2 Ziff. 2). Die Auferlegung der Kontrollkosten bestimmt sich mangels Allgemeinverbindlicherklärung des Reglements A._____ ausschliesslich aufgrund von Art. 38 Abs. 2 GAVP (vorne Erw. II.2.1 und Erw. II.4.4.1). Mit dem Kläger ist festzuhalten, dass ein teilweises Unterwerfen unter das Reglement A._____, wie es die Beklagte möchte, widersprüchlich und damit nicht zulässig erscheint (Urk. 41 Rz. 18, Rz. 29-31). Gemäss Art. 38 Abs. 2 GAVP ist die Kostenaufgabe verschuldensunabhängig; es können die angefallenen und ausgewiesenen Kontrollkosten auferlegt werden. Dem Kläger sind unter diesem Titel die von ihm verlangten Kontrollkosten in der Höhe von Fr. 2'231.85 zuzusprechen. Diese Kontrollkosten sind zusätzlich zur Konventionalstrafe zu bezahlen (vorne Erw. II.5).

- 27 - 7. Verzugszins 7.1. Die Vorinstanz erwog, aus dem Hinweis des Klägers auf Art. 38 Abs. 6 GAVP ergebe sich nicht, dass ein Verzugszins ab der Eröffnung des Beschlusses der Rekurskommission geschuldet sei. Im Umfang des geltend gemachten Verzugszinses sei die Klage mangels Substantiierung abzuweisen (Urk. 31 S. 23). 7.2. Der Kläger rügt, die vorinstanzlichen Erwägungen seien falsch. Sei die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, könne die Erfüllung gemäss Art. 75 OR sogleich geleistet und gefordert werden. Spätestens nachdem das Verfahren vor der Rekurskommission abgeschlossen gewesen sei und die Beklagte mit Schreiben vom 1. September 2021 zu erkennen gegeben habe, dass sie die geltend gemachte Forderung nicht zahlen würde, sei der Verzug eingetreten (Urk. 30 Rz. 11.2). Der Zins sei seit 1. September 2021 zuzusprechen. 7.3. Die Beklagte schliesst sich dem vorinstanzlichen Urteil an und führt aus, es seien keine Ausführungen gemacht worden, ab welchem Datum die angebliche Forderung fällig geworden sei und ab wann sie sich in Verzug befunden habe, mithin ob ein Verfalltag vorliege oder sie abgemahnt worden sei. Auch zur Höhe des Verzugszinses habe sich der Beklagte nicht geäussert (Urk. 35 Rz. 90). 7.4. Ist die Zeit der Erfüllung wie vorliegend weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden (Art. 75 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird die Schuldnerin durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Dem Beschluss der Rekurskommission vom 25. August 2021 (Urk. 5/17) kommt keine hoheitliche Wirkung zu (Senti, Die paritätische Kommission: Funktion, Kompetenzen und Verfahren, in: ARV 2021, S. 218). Da mit diesem Beschluss einzig die Höhe der Forderungen (zu hoch) festgesetzt und keine Zahlungsfrist angesetzt wurde, ist nicht davon auszugehen, dass es sich dabei um eine privatrechtliche Mahnung handelte (BSK OR-Widmer, Art. 102 N 6; vgl. Häberli, Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen, in: ArbR 2007 S. 50). Massgeblich wäre somit die Zustellung des Schlichtungsbegehrens (BSK OR-Widmer, Art. 102 N 9). Da

- 28 - dieses nicht bekannt ist, ist auf das Datum der Schlichtungsverhandlung vom

E. 11

Mai 2021 E. 3.2 und E. 5.1.2; vgl. Urk. 30 Rz. 8.2 f., Rz. 9.12; Urk. 35 Rz. 40- 42, Rz. 86; Urk. 42 Rz. 7-9; Urk. 44 Rz. 4). Vorliegend geht es darum, die Konventionalstrafe unter Berücksichtigung der konkreten – vom erwähnten Verfahren eben abweichenden – Umstände des vorliegenden Einzelfalls zu überprüfen: 4.4.2. Art. 37 f. GAVP sieht für nicht mehr geringfügige Verstöße eine Konventionalstrafe von bis zu maximal Fr. 50'000.– vor. Eine Erweiterung des Konventionalstrafenrahmens nach oben findet weder bei Rückfall noch bei mehrmaliger Verletzung des GAVP statt, diesfalls kann aber gemäss Art. 38 Abs. 5 GAVP der volle Rahmen der Konventionalstrafe ausgeschöpft werden. Der Konventionalstrafenrahmen gilt zudem grundsätzlich unabhängig von der Grösse des fehlbaren Unternehmens (vgl. dazu aber Art. 38 Abs. 5 GAVP). Der Konventionalstrafenrahmen deckt folglich theoretisch eine grosse Bandbreite von Sachverhalten ab, die vom gerade nicht mehr geringfügigen, fahrlässigen Verstoss durch eine kleine Arbeitgeberin bis zum sehr schweren, mehrfachen vorsätzlichen Verstoss durch eine grosse Arbeitgeberin reicht. Sollten schwere Fälle in der Praxis der paritätischen Kommission tatsächlich kaum vorkommen (Urk. 30 Rz. 9.11), rechtfertigt das nicht,

- 17 - den Konventionalstrafenrahmen abweichend vom klaren Wortlaut von Art. 38 GAVP ohne diese Fälle zu denken. 4.4.3. Zur Beurteilung der objektiven Schwere der Vertragsverletzung sind neben der eigentlichen Schwere der Vertragsverletzung das Ausmass der Bereicherung der fehlbaren Arbeitgeberin und der Schädigung der Arbeitnehmerinnen zu berücksichtigen (vgl. BGE 116 II 302 E. 3). In Art. 38 GAVP wird die objektive Schwere mit den Beurteilungselementen der Höhe der vorenthaltenen geldwerten Leistungen, der Kontrolldauer und der Anzahl kontrollierter Arbeitnehmerinnen widergegeben. Mit Bezug auf die Schwere der Vertragsverletzung rügt der Kläger, die Vorinstanz hätte für die Berechnung der Konventionalstrafe nicht vom absoluten Betrag der geldwerten Verfehlungen ausgehen dürfen (Urk. 30 Rz. 9.5; Urk. 35 Rz. 67-71; Urk. 42 Rz. 37-39). Das im Reglement A._____ enthaltene Kriterium der Soll-Lohnsumme beziehungsweise des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlung zur Soll-Lohnsumme zur Berechnung der Grundkonventionalstrafe finde im GAVP entgegen der vorinstanzlichen Ansicht eine genügende normative Grundlage (Urk. 30 Rz. 8.4-8.11; vgl. Art. 31 sowie Anhang 1 Ziff. 1.1 lit. a, b Reglement A._____ [Urk. 5/9]). Dem ist nicht zu folgen: In Art. 38 Abs. 4 GAVP wird die Höhe der vorenthaltenen geldwerten Leistung als Kriterium für die Bemessung der Konventionalstrafe aufgeführt. Darunter ist – worauf auch die Beklagte hinweist (Urk. 35 Rz. 47) – die absolute Höhe der vorenthaltenen Leistungen zu verstehen (zur Auslegung vorne Erw. II.4.4.1): Der Wortlaut der "Höhe der vorenthaltenen geldwerten Leistung" bezieht sich klar auf die absolute Höhe, denn Höhe bedeutet gemäss Duden² unter anderem eine in Zahlen ausdrückbare Grösse, wie zum Beispiel die Höhe des Einkommens oder die Höhe eines Preises. Das teleologische Argument des Klägers, wonach die vorenthaltenen Leistungen nur dann als Gradmesser für die Bedeutung der Verfehlungen gelten könnten, wenn sie in Relation zu den korrekt erbrachten Leistungen gesetzt würden (Urk. 42 Rz. 11), ist abzulehnen. Sowohl die absolute wie auch die prozentuale Verfehlung bilden valable Gradmesser der Bedeutung einer Verfehlung. Dass sich aus dem weiteren Kriterium der "Anzahl kontrollierter Arbeitnehmer" aus systematischer Sicht die Ermittlung eines 2 Siehe: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Hoehe>, Ziff. 3.a, zuletzt besucht am 10. April 2025.

- 18 - Verhältnisses ergeben soll (Urk. 30 Rz. 8.17), ist nicht evident. Auch aus dem im Reglement A._____ enthaltenen Verweis auf die Nichtgeringfügigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG kann der Kläger nichts ableiten (Urk. 30 Rz. 8.7-11; Urk. 42 Rz. 18 f.; vgl. Urk. 35 Rz. 49 f.). Die Erwähnung dieses Gesetzesartikels im Reglement A._____ kann nichts zur Klärung der Frage beitragen, ob das Ins-Verhältnis- Setzen von Ist- zu Soll-Lohnsumme in Art. 38 Abs. 4 GAVP, der vorliegend die Grundlage für die Konventionalstrafe bildet, eine Stütze findet. Und selbst wenn dies anders beurteilt würde, folgte aus der grundsätzlichen Zulässigkeit der Ermittlung eines Verhältnisses nicht, dass die im Konventionalstrafenrechner vorgesehene Berechnung einer Grundkonventionalstrafe bei der Anwendung von Art. 38 Abs. 4 GAVP heranzuziehen wäre. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Beurteilung der Kontrolldauer rügt der Kläger, die relativ kurze Kontrolldauer von 18 Monaten sei strafferhöhend zu berücksichtigen. Je länger nämlich die Kontrolldauer sei, desto grösser sei die Wahrscheinlichkeit, auf Verfehlungen zu stossen. Bei erheblichen Verstössen innert kurzer Zeit erscheine das Verschulden folglich grösser. Je kürzer zudem die Kontrolldauer sei, desto ungenauer würden periodische GAV- Verstösse erfasst. Verfehlungen aufgrund periodischer GAV-Verstösse innert einer kurzen Zeitspanne müssten erhöhend berücksichtigt werden (Urk. 30 Rz. 9.7). Es mag sein, dass eine Kontrolldauer von 18 Monaten im unteren Bereich des Üblichen liegt (vgl. OGer ZH NP220003 vom 20. Februar 2023 E. I.2 [Kontrollzeitraum

E. 12

Monate]; OGer ZH NP200016 vom 18. September 2020 E. 1.4 [Kontrollzeitraum

E. 13

Monatslohns, den die Beklagte nach Kenntnis der entsprechenden Bestimmung noch vor der Lohnkontrolle vornahm (Urk. 35 Rz. 82, Rz. 27; vgl. Urk. 44 Rz. 6-10), kann demgegenüber nicht verschuldensvermindernd berücksichtigt werden, weil das Verschulden des Nicht-Kennens der entsprechenden GAVP-Bestimmung dadurch nicht verkleinert wird. Insgesamt ist das (subjektive) Verschulden als im mittleren Bereich liegend zu werten.

- 22 - 4.4.5. Weiter zu berücksichtigen ist der Zweck, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern (vorne II.4.4.1 m.H.a. BGE 116 II 302 E. 3). Damit eng zusammenhängend ist das Strafbedürfnis, das insbesondere die in Art. 38 Abs. 5 GAVP erwähnte Berücksichtigung strafmildernder Elemente wie die rasche Nachzahlung der vorenthaltenen geldwerten Leistungen umfasst. Diesbezüglich rügt der Kläger, die unterbliebene Nachzahlung sei strafferhöhend zu werten (Urk. 30 Rz. 9.9, Rz. 8.14). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es nicht einleuchtet, dass die in Art. 38 Abs. 4 GAVP als strafmilderndes Element erwähnte "rasche Nachzahlung der vorenthaltenen geldwerten Leistungen" – mit anderen Worten die rasche Wiedergutmachung – im Reglement A._____ sowohl strafmildernd wie strafverschärfend berücksichtigt wird. Das entspricht jedenfalls nicht dem klaren Wortlaut von Art. 38 Abs. 4 GAVP, der von einer Strafmilderung spricht und dementsprechend von einer Nachzahlung ausgeht, die dann relativierend zu berücksichtigen ist, wenn sie rasch erfolgt. Wäre dies beim Erlass des GAVP anders gewesen, hätte Art. 38 Abs. 4 GAVP anders formuliert werden müssen, zumal an das Kriterium bei Erlass des GAVP offensichtlich gedacht worden war (vgl. Urk. 35 Rz. 53). Der gegenteiligen Argumentation des Klägers ist nicht zu folgen (Urk. 42 Rz. 24 f.). Wie sich die gemäss Reglement strafmildernd und strafschärfend zu berücksichtigende

Wiedergutmachung mit dem Rechtsempfinden vereinbaren lässt (vgl. Urk. 31 S. 15, Urk. 30 Rz. 8.13 f.), braucht mangels Relevanz nicht weiter erörtert zu werden. Die fehlende Nachzahlung ist davon ausgehend, wie die Vorinstanz festhielt (Urk. 31 S. 19), neutral zu werten. Mit Blick auf den Zweck der Konventionalstrafe, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern, ging die Vorinstanz von einem geringen Strafbedürfnis aus, weil die Beklagte nicht mehr im Personalverleih tätig sei und künftige Verletzungen nicht mehr zu verhindern seien. Zudem bedürfe es keiner hohen Strafe, weil der GAVP nicht vorsätzlich verletzt worden sei (Urk. 31 S. 20). Der Kläger macht geltend, es sei unbestritten, dass die Beklagte nicht mehr im Personalverleih tätig sei und keine künftigen GAVP-Verletzungen abzuwehren seien. Falsch sei jedoch, es bedürfe keiner hohen Strafe, da der GAVP nicht vorsätzlich verletzt worden sei (Urk. 30 Rz. 9.11). Die Beklagte entgegnet, sie sei seit 2020 nicht mehr im Personalverleih tätig, weshalb ein geringes Strafbedürfnis bestehe und was zu einer erheblichen

- 23 - Reduktion der Konventionalstrafe führen müsse (Urk. 35 Rz. 84). Ein GAV bezweckt nicht nur den Schutz der Arbeitnehmerinnen, sondern soll auch für gleiche Marktbedingungen sorgen. Es besteht vor allem bei allgemeinverbindlich erklärten GAV ein erhebliches Interesse daran, dass die in einem GAV festgehaltenen Minimalarbeitsbedingungen eingehalten werden (Geiser/Häfliger, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 108/2012, S. 354). Die Konventionalstrafe hat damit einen überwiegenden Strafcharakter sowie general- und spezialpräventive Funktion. Sie soll künftige Verletzungen des GAV möglichst verhindern (BGer 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 2; Commentaire Stämpfli-Bruchez, Art. 357b N 36 m.H.a. BGE 116 II 302; BK OR-Stöckli, Art. 357b N 11; Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 5. Aufl. 2024, N 828 f.). Die spezialpräventive Funktion kann aufgrund der Aufgabe der Tätigkeit im Personalverleih nicht mehr erreicht werden. Ihre generalpräventive Funktion hat sie dadurch jedoch so wenig eingebüsst wie den Zweck, die Vertragsverletzung zu bestrafen. Insgesamt ist von einem mittleren Strafbedürfnis auszugehen. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass es sich bei der Beklagten um ein kleines Unternehmen handelt, bei dem auch ein geringerer Betrag Wirkung entfaltet (vgl. BGE 116 II 302 E. 4). 4.4.6. Zusammenfassend ist von einer geldwerten Verfehlung von Fr. 10'709.80 auszugehen. Dieser Betrag bildet den Ausgangspunkt zur Festsetzung der Konventionalstrafe, ist aber – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 35 Rz. 47; Urk. 23 Rz. 48) – nicht die maximal mögliche Konventionalstrafe. Aus BGE 116 II 302 ergibt sich, dass die Höhe der geldwerten Verfehlungen weder den Mindest- noch den Höchstbetrag der gesamtarbeitsvertraglichen Konventionalstrafe, sondern nur ein Element in der Gesamtbeurteilung darstellt (BGE 116 II 302 E. 3). Etwas anderes ergibt sich auch aus dem vorliegend anwendbaren GAVP nicht. Ob es sich bei den Fr. 10'709.80 vorliegend um den höchstmöglichen Schaden handelt, den das Bundesgericht bei vertraglichen Konventionalstrafen als ein Indiz für die Übermässigkeit berücksichtigt (vgl. BGE 133 III 201 E. 5.2; BGer 4A_107/2011 vom 25. August 2011 E. 3.1), kann deshalb offenbleiben (vgl. Urk. 35 Rz. 47; Urk. 42 Rz. 12-17; Urk. 44 Rz. 6-10). Diese ist unter Berücksichtigung des Betrags der geldwerten Verfehlung in Höhe von Fr. 10'709.80 sowie den übrigen vorstehend ermittelten Faktoren und des Konventionalstrafenrahmens (dazu vorne

- 24 - Erw. II.4.4.1 f.) zu beurteilen. Insgesamt erscheint aufgrund der im unteren Bereich festzusetzenden objektiven Schwere der Vertragsverletzung (Erw. II.4.4.3), der im mittleren

Bereich liegenden subjektiven Schwere (Erw. II.4.4.4), des ebenfalls im mittleren Bereich anzusiedelnden Strafbedürfnis und der Grösse des betroffenen Unternehmens (Erw. II.4.4.5) eine Konventionalstrafe, die mit Fr. 22'419.– bei etwa 45 % der maximalen Konventionalstrafe liegt, als übermässig. Sie ist auf Fr. 7'500.– (entsprechend 15 %) herabzusetzen.

E. 15

September 2022 abzustellen (vgl. Urk. 1). Damit befindet sich die Beklagte seit dem 15. September 2022 in Verzug. Sie ist deshalb zu verpflichten, Verzugszins zu 5 % (Art. 104 OR) ab dem 15. September 2022 zu leisten. 8. Fazit Die Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 29. Dezember 2023 ist damit aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 9'731.85, zuzüglich 5 % Zins ab dem 15. September 2022, zu bezahlen. Im Mehrumfang ist die Klage abzuweisen. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Trifft die Berufungsinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beider Verfahren – des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens – sind dabei grundsätzlich jener Partei, die gemäss Entscheidung der Berufungsinstanz unterliegt, aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 59). Kommt es in der Hauptberufung zu einer Endentscheidung in der Sache und werden folglich auch die Anträge der Anschlussberufungsklägerin prozessual oder materiell beurteilt, so sind die Prozesskosten so zu verteilen, wie wenn die Parteien je selbständig Berufung eingelegt hätten, mithin nach Massgabe des jeweiligen Obsiegens in der Hauptberufung einerseits und in der Anschlussberufung andererseits (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 313 N 60). In der Regel werden also im Rahmen der Bemessung der Höhe der Prozesskosten Berufung und Anschlussberufung je separat betrachtet (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 46). 2. Die in der Höhe unangefochten gebliebene und korrekt festgesetzte erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 3'400.– (Urk. 22 S. 20) ist zu 70 % und damit im Betrag von Fr. 2'380.– dem Kläger und zu 30 % und damit Fr. 1'020.– der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühren sind mit dem

- 29 - vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen, und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'020.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 aZPO; Art. 407f ZPO i.V.m. Art. 404 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407f N 7 und 16). Aufgrund der in der Höhe wiederum unangefochten gebliebenen Parteientschädigung von Fr. 4'410.– (Urk. 31 S. 23) resultiert eine vom Kläger an die Beklagte zu entrichtende auf 40 % reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'764.– zzgl. 7.7 % (Fr. 136.–), das heisst total Fr. 1'900.–. 3. Der Kläger verlangt mit der Berufung, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 24'650.85 (einschliesslich der ihm bereits zugesprochenen Fr. 2'677.45) zu bezahlen (Urk. 30 S. 2). Die Beklagte verlangt in ihrer Anschlussberufung die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 35 S. 2). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 21'973.85 in der Hauptberufung ist die Entscheidgebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'300.– festzusetzen. Ausgehend von einem Streitwert der Anschlussberufung von Fr. 2'677.45 ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 590.– festzusetzen. In Anwendung von Art. 106 ZPO sind dem Kläger, welcher in der Hauptberufung zu rund 30 % obsiegt, Fr. 2'310.– und damit 70 % der auf die Hauptberufung entfallenden Entscheidgebühr aufzuerlegen. Die restlichen 30 % der auf

die Hauptberufung entfallenden Entscheidgebühr, also Fr. 990.–, sowie die gesamte auf die Anschlussberufung entfallende Entscheidgebühr von Fr. 590.–, insgesamt somit Fr. 1'580.–, sind der Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühren sind mit den von beiden Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen, und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger Fr. 990.– zu ersetzen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 111 Abs. 1 aZPO; Art. 407f ZPO i.V.m. Art. 404 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407f N 7 und 16). 4. Die Parteientschädigung in der Hauptberufung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 3'000.– (inkl. 8.1 % MwSt.) fest- zusetzen. Für die Anschlussberufung ist die Parteientschädigung gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 500.– (inkl. 8.1 % MwSt.) festzusetzen. Insgesamt ist der Kläger folglich gestützt auf Art. 106 ZPO zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zu bezahlen

- 30 - (Anspruch einer auf 40 % reduzierten Parteientschädigung in der Hauptberufung der Beklagten gegen den Kläger von Fr. 1'200.–, verrechnet mit dem Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus der Anschlussberufung von Fr. 500.–). Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirks- gericht Hinwil vom 29. Dezember 2023 aufgehoben und durch folgende Fas- sung ersetzt: "1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 9'731.85, zuzüglich 5 % Zins ab dem 15. September 2022, zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen." 2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 3'400.– wer- den im Umfang von 2'380.– dem Kläger und im Umfang von Fr. 1'020.– der Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden aus dem vom Kläger geleis- teten Kostenvorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 1'020.– zu ersetzen. 3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'900.– zu bezahlen. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'890.– festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von Fr. 2'310.– dem Kläger und im Umfang von Fr. 1'580.– der Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit den von beiden Parteien geleis- teten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Klä- ger Fr. 990.– zu ersetzen. 6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfah- ren eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zu bezahlen.

- 31 - 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 8. 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 Be- schwerde 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. 24'650.85. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 29. April 2025
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin:
lic. iur. A. Huizinga MLaw N. Achermann versandt am: jo

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