



<b>Fall-Nr.:</b>	BE.2016.32
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	10.04.2017
<b>Entscheiddatum:</b>	10.04.2017

### Entscheid Kantonsgericht, 10.04.2017

**Art. 2 L-GAV für das Gastgewerbe; Art. 3 lit. d ArG (SR 822.11): Ein Genossenschafter und Arbeitnehmer im von einem Kollektiv geführten Restaurant der Genossenschaft, der selber nie Mitglied der Verwaltung der Genossenschaft oder als deren Organ im Handelsregister eingetragen war, übt nicht eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG aus. Im Kollektiv kann sich jemand zwar mit Vorschlägen einbringen und mitreden, hat aber bei Weitem nicht die Autonomie, die er als Angestellter an der Spitze einer Unternehmenshierarchie oder auch als Selbständigerwerbender in einem eigenen Betrieb hätte. Das Arbeitsverhältnis fällt daher in den Geltungsbereich des L-GAV für das Gastgewerbe (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 10. April 2017, BE.2016.32).**

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Genossenschaft B (Beklagte) betreibt einen Restaurationsbetrieb ("Hotel, Restaurant, Bar"; nachfolgend: Restaurant). K (Kläger), gelernter Koch, war vom 1. März 2013 bis 30 September 2014 als Mitarbeiter in diesem Restaurant R angestellt. Am 13. Januar 2016 reichte K beim Einzelrichter des Kreisgerichts Klage auf Nachzahlung von Lohnansprüchen ein. Er begründete seine Anträge im Wesentlichen damit, als ausgebildetem Koch hätte ihm gemäss Gesamtarbeitsvertrag (L-GAV) ein höherer Stundenlohn zugestanden. Ohne zu bestreiten, dass die ausbezahlten Löhne nicht dem L-GAV entsprochen hätten, berief sich die Beklagte zur Begründung ihres Antrags auf Abweisung der Klage darauf, dass sie, die Genossenschaft B, das Restaurant im Kollektiv führe, wobei allen Mitarbeitenden, welche alle auch Genossenschafter seien, dieselben Rechte zustünden. Das Kollektiv des Restaurants sei in seiner personellen Gesamtheit als Geschäftsleitung einzustufen, folglich falle das Arbeitsverhältnis zwischen der Genossenschaft und dem Kläger nicht in den



Geltungsbereich des L-GAV. Mit Entscheid vom 10. Juni 2016 hiess der Einzelrichter die Klage mehrheitlich gut. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Beschwerde bei der Einzelrichterin des Kantonsgerichts.

Erwägungen (Auszug):

III.

1. Im Beschwerdeverfahren ist allem voran die Frage, ob der L-GAV für das Gastgewerbe auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Genossenschaft G Anwendung findet, weiterhin umstritten.

[...]

2.a) Die Beklagte macht an keiner Stelle ihrer Beschwerde eine offensichtlich unrichtige bzw. willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz geltend. In tatsächlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass entgegen der falschen Ausdrucksweise der Beklagten die "Genossenschaft G" (aktuell) ein Restaurant führt und nicht umgekehrt das "Restaurant R" eine Genossenschaft ist. Unbestritten ist, dass der Kreis der Genossenschafter weit über den Kreis der Mitglieder des Kollektivs, die zwar alle auch Genossenschafter sind, hinausgeht.

b) Zu prüfen bleibt nun die Frage, ob vor dem gegebenen Hintergrund die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom Geltungsbereich des L-GAV erfasst war oder ob der Kläger aufgrund einer leitenden Stellung im Sinne von Art. 2 L-GAV keinen Anspruch auf dessen Schutz hatte.

c) Dem L-GAV unterstellt sind im Grundsatz alle Arbeitgeber und Mitarbeitenden von gastgewerblichen Betrieben. Letztere umfassen alle Anbieter von gastgewerblichen Leistungen, die allgemein zugänglich sind und die üblicherweise gegen Entgelt angeboten werden (Art. 1 Abs.1 L-GAV). Der L-GAV ist allgemeinverbindlich, und die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass es die Parteien nicht in der Hand haben, das Vertragsverhältnis von der Geltung des L-GAV auszuschliessen. Die im L-GAV festgelegten Bestimmungen gelten damit grundsätzlich unmittelbar für alle Arbeitgeber sowie alle Mitarbeitenden. Ob der Betrieb gewinnorientiert arbeitet, ist dabei



unerheblich. Das Restaurant R erbringt gastgewerbliche Leistungen und erfüllt damit in betrieblicher Hinsicht die Voraussetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 L-GAV.

d) Die Beklagte beruft sich jedoch auf Art. 2 L-GAV, wonach unter anderem Betriebsleiter und Direktoren vom Anwendungsbereich des L-GAV ausgeschlossen sind. In der Kommentierung zu Art. 2 L-GAV, auf die sich die Beklagte bezieht, wird angeführt, dass Arbeitnehmer in der Funktion der Betriebsleiter, der Direktoren, der Geranten oder der Geschäftsführer dem L-GAV nicht unterstellt sind, sofern sie eine "Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten" im Sinne des Arbeitsgesetzes innehaben und eine entsprechende Verantwortung tragen. Aufgrund ihrer ganz besonderen Stellung im Unternehmen unterstehen Angestellte, die eine "höhere leitende Tätigkeit" ausüben, weitgehend nicht dem Schutz des Arbeitsgesetzes (Art. 3 lit. d ArG). Auf sie finden die arbeitsgesetzlichen Vorschriften über die Arbeitszeiten und Ruhezeiten keine Anwendung. Welche Arbeitnehmer eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ausüben, umschreibt Art. 9 ArGV 1 näher. Dazu gehört, "wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann".

Der Begriff der höheren leitenden Tätigkeit im Sinne des Arbeitsgesetzes wird nach Lehre und Rechtsprechung restriktiv ausgelegt, wovon schon die Vorinstanz zu Recht ausgegangen ist (vgl. vi-Entscheid, S. 4; zur Rechtsprechung vgl. BGE 98 Ib 344 E. 2; 126 III 337 E.5a = Pra 2001 Nr. 47; BGer 2C\_745/2014 E. 3.1; KGer GR in JAR 2011 S. 518 [keine höhere leitende Tätigkeit einer stellvertretenden Leiterin Unterkünfte, Camping & Restaurant Camping], vgl. auch Obergericht LU in JAR 2011 S. 525 E.4.1 [höhere leitende Tätigkeit für einen Restaurantleiter verneint]). Die Beurteilung, ob im konkreten Fall eine derartige Tätigkeit vorliegt, die eine Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes darstellt, erfolgt im Einzelfall mit Blick auf die tatsächlich ausgeübte Funktion unter Berücksichtigung der Betriebsgrösse. Dabei sind sämtliche wesentlichen Umstände des betreffenden Arbeitsverhältnisses miteinzubeziehen; ein einzelner Aspekt (wie z.B. die Lohnhöhe, eine Vertrauensstellung oder auch die Zeichnungsberechtigung) reicht für sich allein betrachtet nicht für die



Qualifikation als höhere leitende Tätigkeit. Ebenfalls allein nicht massgebend ist die Bezeichnung der Funktion oder die Ausbildung; massgebend sind vielmehr die Verantwortung und die tatsächlichen (weitreichenden) Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten (BGE 126 III 337 E.5a = Pra 2001 Nr. 47; Geiser, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Art. 3 ArG, N 19ff.). Um Missbräuche und Gesetzesumgehungen zu vermeiden, bedingt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Qualifikation als höhere leitende Tätigkeit im Sinne von

Art. 3 ArG eine bestimmte Betriebsgrösse und damit eine einigermaßen komplexe und hierarchische Struktur des betroffenen Betriebes. Derjenige Angestellte, der eine höhere leitende Tätigkeit ausübt, muss eine gegenüber den übrigen Beschäftigten des Betriebes privilegierte Position innehaben, implizit also an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehen (BGer 2C\_745/2014 E. 3.4).

e) Vorliegend steht fest und ist nicht bestritten, dass der Kläger in der Organisation der Genossenschaft (d.h. der Beklagten), die sich aus den Statuten ergibt, nie eine leitende Position eingenommen hat. Er konnte an der Genossenschaftsversammlung, an der jeweils auch die Verwaltung der Genossenschaft gewählt wurde, mit Stimmrecht teilnehmen. Er selber war jedoch nie Mitglied der Verwaltung der Genossenschaft bzw. nie vom Kollektiv, das sich entgegen der Regelung in den Statuten insgesamt als "Geschäftsleitung" versteht, als eine von drei Personen in die Verwaltung delegiert und nie als Organ der Beklagten im Handelsregister eingetragen. Für die Belange der Genossenschaft – und damit für die strategische Führung im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Genossenschaft im Rahmen ihrer Zweckbestimmung – war er jedenfalls als einfacher Genossenschafter und als deren Arbeitnehmer im (vorläufig) einzigen Restaurationsbetrieb nicht in gewichtiger Position mit weitreichender persönlicher Entscheidungsbefugnis zuständig. Während seiner Anstellung bei der Beklagten war er vielmehr als Mitglied des für den Betrieb des Restaurants zuständigen Kollektivs im operativen Bereich des Restaurants der Beklagten tätig. An den Sitzungen des Kollektivs wurden unbestrittenermassen Entscheide für den täglichen Geschäftsablauf und den Betrieb des Restaurants gefällt, jedoch ist auch aufgrund der mehrfach angeführten Sitzungsprotokolle entgegen der wiederholten Behauptung der Beklagten nicht ersichtlich, inwiefern "sämtliche Entscheidungsbefugnisse beim Kollektiv" lagen. Ebenso wenig ergibt sich aus den Sitzungsprotokollen, wie die Willensbildung –



behauptet ist Einstimmigkeit – innerhalb des Kollektivs stattfindet. Anlässlich der vorinstanzlichen Parteibefragung erklärte S, Mitglied des Kollektivs und als Mitglied der Verwaltung der Beklagten mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen, K habe viel entscheiden können. Er sei immer, wenn er Schicht gehabt habe, verantwortlich gewesen, das Restaurant zu führen; immer der, der arbeite, vertrete das Restaurant und entscheide. Er habe auch Post entgegennehmen und über kleinere Reparaturen (z.B. Kühlschrankreparatur für Fr. 300.00) entscheiden können. Wichtigere Entscheide treffe das Kollektiv. Schon aufgrund dieser Darstellung hatte K während seiner Zeit des arbeitsvertraglichen Verhältnisses mit der Beklagten in seiner Stellung als Mitglied des Kollektivs und Servicemitarbeiter mit gewissen Zusatzaufgaben keinerlei Möglichkeit, massgeblich Einfluss zu nehmen auf den Geschäftsgang und die Struktur des Betriebes und schon gar nicht auf die Ausrichtung der Genossenschaft. Er besass keine privilegierte Position im Betrieb, welche sich von derjenigen der anderen Mitarbeitenden deutlich unterschieden hätte. Die wiederholte Argumentation der Beklagten, wonach alle Mitarbeitenden des Restaurants und gleichzeitig alle Mitglieder des Kollektivs faktisch die Geschäftsleitung des Betriebes in gelebter Selbstverwaltung gleichberechtigt wahrnahmen, womit sie über Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten verfügten und damit alle die Voraussetzungen einer höheren leitenden Tätigkeit nach dem Arbeitsgesetz erfüllten, kann vor dem Hintergrund der Lehre und Rechtsprechung nicht nachvollzogen werden. Zu Recht hat vielmehr die Vorinstanz unter den geschilderten Umständen für den Kläger und die weiteren Mitarbeitenden im Betrieb eine Position, die einer höheren leitenden Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 3 ArG entsprechen – und damit, was wesentlich ist, für die Arbeitnehmenden eine Ausnahme von den Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes (und damit auch von der Anwendung des L-GAV) rechtfertigen würden – verneint. Wenn die Beklagte faktisch – und ohne dass sich dies so aus den Statuten ergibt – (weitgehend) auf eine hierarchische Betriebsstruktur verzichtet, verzichtet sie auch darauf, einzelne Personen mit Kompetenzen auszustatten, die eine höhere leitende Tätigkeit nach der Rechtsprechung zu Art. 3 ArG darstellen. Im Kollektiv kann sich jemand zwar mit Vorschlägen einbringen und mitreden, hat aber bei Weitem nicht die Autonomie, die er als Angestellter an der Spitze einer Unternehmenshierarchie oder auch als Selbständigerwerbender in einem eigenen Betrieb hätte. Die Beklagte macht zu Recht auch nicht geltend, die Kriterien für die Nichtunterstellung unter den L-GAV



müssten weniger streng sein als diejenigen, die für Ausnahmen vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes vorgesehen sind. Denn der Schutz vor Ausnutzung, den der L-GAV den Arbeitnehmenden bieten soll, wird denn auch nicht ohne weiteres deshalb für alle Mitarbeitenden unnötig, weil die Beklagte das Restaurant durch ein Kollektiv betreiben lässt.

f) Zusammenfassend gelingt es der Beschwerdeführerin mit ihren in der Beschwerde erneut vorgetragene Argumenten nicht, die überzeugende Begründung der Vorinstanz, weshalb auf das Arbeitsverhältnis des Klägers der L-GAV anwendbar sei, zu entkräften. Vor dem gesamten Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern beim Kläger als Mitglied des Kollektivs weitreichende Entscheidungsbefugnisse und eine Position angenommen werden könnte, die es rechtfertigen würde, ihn sowohl vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes und abgeleitet daraus auch von der Unterstellung unter den Gesamtarbeitsvertrag auszunehmen. Es ist der Vorinstanz vielmehr beizupflichten, dass der Kläger bei der Beklagten keine Stellung innehatte, die eine Anwendung des L-GAV für das Gastgewerbe ausschliessen würde, weil es ihm ganz klar an wesentlichen Entscheidungskompetenzen im Sinn von Art. 9 ArGV1 und an der entsprechenden Verantwortung fehlte. Damit kommen die im allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Regelungen und insbesondere der dort vorgesehene Mindestlohn für Mitarbeitende mit beruflicher Grundausbildung mit eidgenössischem Fähigkeitsausweis zur Anwendung.

[...]