



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2009.51
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.11.2009
<b>Entscheiddatum:</b>	19.11.2009

### **Entscheid Kantonsgericht, 19.11.2009**

**Art. 357b Abs. 1 OR (SR 220); Art. 6 Abs. 1 AVEG (SR 221.215.311); Art. 164 ZPO (sGS 961.2); Art. 24, Art. 76 Abs. 3 und Abs. 4, Art. 79 des Landesmantelvertrags (LMV) für das Bauhauptgewerbe. Im zweiten Berufungsverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge zu Streitfragen, die das Kantonsgericht im Rückweisungsentscheid bereits abschliessend behandelt hat – unter dem Vorbehalt, dass die Urteilsgrundlagen dieselben geblieben sind und vorbehältlich von Vorbringen gemäss Art. 164 ZPO – ausgeschlossen. Verzichtet die Aussenseiter-Arbeitgeberin im Kontrollverfahren darauf, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen, so kann sie dies nicht im Zivilverfahren über den Beweisantrag einer Expertise nachholen. Beweiswert eines Kontrollberichts. Die gemäss LMV zulässige Jahresarbeitszeit wird bei unterjähriger Beschäftigungsdauer nur überschritten, wenn bereits die unterjährig geleistete Arbeit die Jahresarbeitszeit nach LMV überschreitet. Bemessung der Konventionalstrafe (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 19. November 2009, BZ.2009.51).**

#### **Erwägungen**

I.

1.1 Die Kläger waren Vertragsparteien des bis Ende September 2007 gültigen, allgemeinverbindlich erklärten Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV). Die Paritätische Berufskommission für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend PBK) war gemäss Art. 76 und 79 LMV - die insoweit allgemeinverbindlich



erklärt wurden - ermächtigt, den LMV im lokalen Vertragsgebiet zu vollziehen und dabei namentlich in den unterstellten Betrieben Kontrollen über dessen Einhaltung durchzuführen oder durchführen zu lassen sowie gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen und Kontroll- sowie Verfahrenskosten zu verlegen. Die Beklagte betreibt im der PBK unterstellten Gebiet ein Bauunternehmen; dem Schweizerischen Baumeisterverband gehört sie nicht an und sie hat auch keine Anschlussklärung zum LMV abgegeben (Anhang zu kläg. act. 6; kläg. act. 7, S. 3; kläg. act. 9, S. 2 Ziff. 2).

1.2 Im Auftrag der PBK führte die H-GmbH im Sommer 2006 bei der Beklagten eine Lohnkontrolle über den Zeitraum 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2005 durch. Die Beklagte verzichtete damals darauf, die Bestellung eines besonderen, von den Vertragsparteien des LMV unabhängigen Kontrollorgans im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (nachfolgend AVEG, SR 221.215.311) zu verlangen. In ihrem Kontrollbericht vom 17. Juli 2006 (kläg. act. 7; nachfolgend Kontrollbericht) stellte die H-GmbH verschiedene angebliche Verstösse gegen allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen des LMV fest (Überschreitung der Jahresarbeitszeit [Art. 24 LMV; Kontrollbericht 8 oben], Vorenthalten der Überstundenentschädigung [Art. 53 LMV; Kontrollbericht, 8], Nichtaufführen der Lohnklassen auf den Lohnabrechnungen [Art. 43 Abs. 1 LMV; Kontrollbericht, 9], Unterschreitung der Mindestlöhne [Art. 41 Abs. 2 LMV in der Fassung gemäss den diesbezüglich allgemeinverbindlich erklärten Zusatzvereinbarungen 2004 und 2005 zum LMV vom 17. November 2003 und vom 22. November 2004; Kontrollbericht, 11] und Nichtabführen der Beiträge an den Vollzugs- und den Bildungsfonds [Art. 8 LMV; Kontrollbericht, 18]). Gestützt darauf auferlegte die PBK der Beklagten - nachdem diese zum Bericht Stellung genommen hatte (kläg. act. 8) - am 14. September 2006 (Versand: 15. Januar 2007) eine Konventionalstrafe von Fr. 7'600.- sowie Kontroll- und Verfahrenskosten von Fr. 5'157.- (kläg. act. 9; Klage, 4).

1.3 Die Beklagte anerkannte diese Anordnung der PBK nicht, worauf die Kläger nach erfolglosem Vermittlungsverfahren am 19. Juli 2007 beim damaligen Kreisgerichtspräsidium Klage erhoben. Mit Klageantwort vom 29. Oktober 2007 liess die Beklagte beantragen, die Klage sei mangels Aktivlegitimation, eventuell mangels Substantiierung abzuweisen. Am 23. November 2007 wies die Vorinstanz die Klage ab,



dies im Wesentlichen mit der Begründung, dem mittlerweile nicht mehr gültigen LMV komme keine Nachwirkung zu.

2. Am 29. Februar 2008 erhoben die Kläger gegen diesen Entscheid Berufung ans Kantonsgericht. Mit Berufungsantwort vom 16. April 2008 liess die Beklagte beantragen, die Berufung sei abzuweisen. Mit Entscheid vom 23. Juni 2008 wurde die Berufung gutgeheissen und die Streitsache zur Prüfung der Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang die geltend gemachte Forderung ausgewiesen sei, an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die Vorinstanz gab den Parteien Gelegenheit, sich vor Erlass des neuen Urteils noch einmal zu äussern. Diese Möglichkeit wurde von den Parteien mit Eingaben vom 28. November 2008 wahrgenommen. Sie hielten je an ihren Anträgen fest. Die Vorinstanz prüfte alsdann die Angemessenheit der Konventionalstrafe und schützte mit Entscheid vom 30. Januar 2009 (Versand am 15. April 2009; Zugang bei der Beklagten am 17. April 2009) die Klage vollständig.

4. Am 18. Mai 2009 erhob die Beklagte gegen diesen Entscheid Berufung ans Kantonsgericht. Mit Berufungsantwort vom 6. Juli 2009 liessen die Kläger beantragen, die Berufung sei abzuweisen. Darauf reichte die Beklagte am 20. Juli 2009 eine nachträgliche Eingabe ein.

II.

1. Die von Amtes wegen durchzuführende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1, 225, 229 ZPO; Art. 82 ff. GerG) ergibt, dass diese erfüllt sind. Auf die Berufung ist einzutreten. Nach der neuen Fassung von Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO (in Kraft sei 1. Juni 2009; vgl. zu den Übergangsbestimmungen Ziff. III des IV. Nachtrags zum Gerichtsgesetz [nGS 44-52]) ist das Kantonsgericht in der Besetzung von drei Richtern zuständig zum Entscheid über Berufungen gegen Entscheide des Einzelrichters des Kreisgerichts. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 15 lit. d GO).



2. Betreffend Partei- und Prozessfähigkeit der Kläger und der PBK wird auf E. II des Entscheids des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2008 verwiesen. Die Namen respektive Adressen der Parteien wurden im Rubrum von Amtes wegen an die entsprechenden Handelsregistereinträge angepasst (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 38 N 2b).

3. Eine Partei, die eine nachträgliche Eingabe zur Wahrung des rechtlichen Gehörs einreicht, hat im Einzelnen darzutun, welche neuen Vorbringen der Gegenpartei eine Stellungnahme erfordern. Unterlässt sie dies, kann das Gericht die nachträgliche Eingabe daher ohne Weiteres aus dem Recht weisen, es sei denn, dass die Zulässigkeit geradezu evident erscheint, was insbesondere dann der Fall ist, wenn mit der nachträglichen Eingabe auf neue Urkunden geantwortet wird (GVP 1993 Nr. 65 lit. b; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 164 N 3b). Die Beklagte legt in ihrer nachträglichen Eingabe mit keinem Wort dar, inwiefern diese zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs notwendig wurde. Auf neue Urkunden hat sie jedenfalls nicht geantwortet. Entsprechend ist die nachträgliche Eingabe aus dem Recht zu weisen.

4.1 Die Beklagte stellt in ihrer vorliegenden Berufung neue Tatsachenbehauptungen auf (z. B. S. 6 Ziff. 9 [Zahlung an K]) und offeriert erstmals im gesamten Verfahren diverse Beweise, indem sie Akten ins Recht legt sowie die Zeugenbefragung von sechs und die Parteibefragung von elf Personen verlangt (S. 7 f.). Es stellt sich die Frage, ob diese Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge zulässig sind.

Unzulässig sind im zweiten Berufungsverfahren - unter dem Vorbehalt, dass die Urteilsgrundlagen dieselben geblieben sind und vorbehaltlich von Vorbringen gemäss Art. 164 ZPO - neue Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge zu Streitfragen, die das Kantonsgericht im Rückweisungsentscheid bereits abschliessend behandelt hat (GVP 2007 Nr. 58). Im vorliegenden Fall - die Kläger haben im ersten Berufungsverfahren verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, ihnen Fr. 12'757.- nebst Zins zu bezahlen (eine Rückweisung an die Vorinstanz wurde nur eventualiter verlangt) - musste sich die Beklagte schon damals zum gesamten Sachverhalt äussern. Sie musste damit rechnen, dass das Kantonsgericht entscheiden würde und durfte nicht davon ausgehen, dass die Sache gemäss Eventualantrag an die Vorinstanz zurückgewiesen würde. Entsprechend hätte sie gemäss der von ihr zu verlangenden



Sorgfalt in der Prozessführung schon damals sämtliche Tatsachenbehauptungen aufstellen und Beweisanträge stellen müssen, auch wenn sie nicht das Thema der klägerischen Aktivlegitimation betrafen. Ob neue Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge noch im zweiten vorinstanzlichen Verfahren zulässig gewesen wären - dieses wurde im einfachen Prozess durchgeführt (Art. 7 lit. a i. V. m. Art. Art. 176 lit. a ZPO [in der bis zum 31. Mai 2009 geltenden Fassung; nGS 42-80]), wo die Klage beziehungsweise Klageantwort noch vor Gericht respektive im zweiten Schriftenwechsel ergänzt werden kann (Art. 178 Abs. 2 und Art. 179 Abs. 2 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 180 N 2b) - kann vorliegend offen gelassen werden, da die Parteien im dortigen Verfahren keine neuen Beweisanträge vorgebracht respektive keine neuen Tatsachenbehauptungen aufgestellt haben, die für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung wären. Die von der Beklagten im aktuellen Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten sind - zumal die Beklagte nicht darlegt, die Voraussetzungen von Art. 164 ZPO seien erfüllt oder aufgrund des zweiten Entscheids der Vorinstanz sei von einem neuen Sachverhalt auszugehen - jedenfalls verspätet und damit unzulässig.

5. Kommt hinzu, dass die bekl. act. 2 bis 4 ohnehin nur schriftliche, zu Prozesszwecken erteilte Auskünfte von Personen, die als Zeugen respektive als Partei befragt werden können, sind. Diese werden gemäss Art. 111 ZPO nicht berücksichtigt und wären damit ohnehin aus dem Recht zu weisen.

6. Bezüglich der von der Beklagten im vorliegenden Verfahren beantragten "Expertise betr. die bisher behandelten Verstösse" respektive der "Expertise (...) zur (...) Richtigkeit der Sachdarstellung der Berufungsklägerin, die im Gegensatz zu den Parteibehauptungen der Berufungsbeklagten (...) stehen", ist ausserdem Folgendes anzumerken. Zu ihrem Schutz haben Aussenseiter die Möglichkeit, von den zuständigen Behörden die Einsetzung eines von den Vertragsparteien des Gesamtarbeitsvertrags unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen (Art. 6 Abs. 1 AVEG). Damit soll verhindert werden, dass Aussenseiter gegen ihren Willen der verbandlichen Kontrolle unterstellt werden (Stöckli, Berner Kommentar, VI/2/2/3, Bern 1999, Art. 356b N 92 f., Art. 357a N 17; Vischer/Albrecht, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 356-360f OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 356b N 165 f.; Andermatt et al. [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009 [nachfolgend: SGB-Handbuch],



Art. 1-21 AVEG N 206). Gemäss dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 AVEG kann dieses Begehren "jederzeit" gestellt werden. Das Kantonsgericht St. Gallen hat in einem Entscheid vom 28. August 1989 (JAR 1990 421) festgehalten, dass die Ausübung dieses Rechts unter dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB, also dem Rechtsmissbrauchsverbot, steht. Ein Rechtsmissbrauch könne bei qualifizierter Verzögerung in der Rechtsausübung vorliegen. Im erwähnten Fall verneinte das Kantonsgericht St.Gallen einen Rechtsmissbrauch durch die Aussenseiter-Arbeitgeberin, welche - in einem Verfahren, bei dem es um den Kontrollanspruch überhaupt ging und noch keine Kontrolle stattgefunden hatte - erst zeitgleich mit ihrer Berufung ein Begehren auf Einsetzung eines besonderen, unabhängigen Kontrollorgans verlangt hatte. Ob die Beklagte vorliegend - nachdem sie den Kontrollanspruch der Kläger nicht bestritten und die Kontrolle widerspruchslos über sich hat ergehen lassen - nach wie vor ein entsprechendes Begehren stellen könnte, oder ob ein solches bis spätestens zum Beginn der Kontrolle gestellt werden müsste, kann offen gelassen werden, da die Stellung eines solches Begehrens auch im vorliegenden Prozess nie behauptet wurde. Jedoch gilt es zu beachten, dass die verlangte Kontrollorgans bedeuten würde. Verzichtet aber eine Aussenseiter-Arbeitgeberin im Kontrollverfahren darauf, das ihr aus Art. 6 Abs. 1 AVEG zustehende Recht auszuüben, so kann sie dies nicht im Zivilverfahren nachholen. Der Beweisantrag auf Erstellung einer Expertise wäre daher selbst dann abzuweisen, wenn er nicht verspätet vorgebracht worden wäre.

7. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Kontrollbericht sei eine blosse Parteibehauptung, über die Beweis abzunehmen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Kontrollbericht ist ohne Weiteres ein Beweismittel, das grundsätzlich geeignet ist, die der Beklagten zur Last gelegten LMV-Verletzungen zu beweisen. Bezüglich des Beweiswerts solcher Berichte führte das Kantonsgericht Graubünden in seinem Urteil vom 9. März 1989 (JAR 1990 443) aus, sie unterständen der freien Beweiswürdigung, im Einzelfall könne ihnen jedoch aufgrund der konkreten Umstände ein erhöhter Beweiswert zukommen. Aufgrund der Rahmenbedingungen (Kontrollstelle ist eine paritätische Organisation [respektive - im vorliegenden Fall - von einer solchen eingesetzt], Bericht verfasst durch neutrale Stelle mit Spezialkenntnissen; Zustandekommen nach Einsichtnahme in die von den Betroffenen eingereichten Unterlagen) sei ein gewisses Mass an Objektivität und Zuverlässigkeit garantiert (BK-



Stöckli, Art. 357a N 6; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 357b N 5; ZK-Vischer/Albrecht, Art. 357a N 17; SGB-Handbuch, Art. 357b N 49). Dem kann prinzipiell zugestimmt werden. Wie es sich mit dem vorliegenden Kontrollbericht verhält, ist nachfolgend (E. III/2.3) zu untersuchen.

### III.

1. Wie gesehen hat das Kantonsgericht die erste Berufung gutgeheissen und im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. In E. III/6 des Berufungsentscheids wurde festgehalten, es sei zu prüfen, ob und wenn ja in welchem Umfang die geltend gemachte Forderung ausgewiesen sei. Die Vorinstanz hat sich jedoch in ihrem Entscheid einzig mit der Frage auseinandergesetzt, ob die von der PBK verhängte Konventionalstrafe der Höhe nach angemessen sei. Die Frage ob die behauptete Forderung überhaupt bestehe, überging die Vorinstanz. Dies ist vorliegend nachzuholen. Von einer nochmaligen Rückweisung aus "erzieherischen Gründen" ist abzusehen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 227 N 3c).

2.1 Parteien eines korporativen Gesamtarbeitsvertrags können gemäss Art. 357b Abs. 1 OR vereinbaren, dass ihnen in den von Art. 357b Abs. 1 lit. a und b OR umrissenen Bereichen ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung des Vertrages zusteht und ihnen zu diesem Zweck nach Art. 357b Abs. 1 lit. c OR ein Recht auf Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen zukommt. Bei allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen erstreckt sich dieser Anspruch auch auf Aussenseiter (Art. 1 und 4 Abs. 1 AVEG; Entscheid des Bundesgerichts 4A\_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 1). Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags werden auch im Verhältnis zu Aussenseitern zum Bundesprivatrecht gerechnet (BGE 118 II 528 E. 2a S. 531; Entscheid des Bundesgerichts 4A\_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 1; BK-Stöckli, Art. 356b N 88, Art. 357b N 11; ZK-Vischer/Albrecht, Zürich 2006, Art. 357 N 2). Dies gilt auch für die Normen betreffend Konventionalstrafe, weshalb bei der Bestimmung derselben entgegen der Auffassung der Beklagten nicht die Grundsätze des Strafrechts oder die Untersuchungsmaxime gelten.



Kontrollbestimmungen können nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn Verbandsmitglieder und Aussenseiter gleich behandelt werden (Art. 5 Abs. 1 AVEG; BK-Stöckli, Art. 356b N 96). Würde diese Gleichbehandlungspflicht verletzt, wäre die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde verpflichtet, von Amtes wegen oder auf Anzeige hin die Allgemeinverbindlicherklärung aufzuheben (BK-Stöckli, Art. 356b N 88). Die Beklagte ist mit ihrer - ohnehin nicht substantiiert vorgetragene - Behauptung, die Kläger würden in ständiger Praxis in der Regel nur gegen Aussenseiter vorgehen, um diese zu schädigen, nicht zu hören. Verhielte es sich tatsächlich so, wäre der LMV nicht allgemeinverbindlich erklärt worden respektive die Beklagte hätte die Möglichkeit gehabt, diesen Sachverhalt der zuständigen Behörde zu unterbreiten und eine Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit zu beantragen.

2.2 Zu Recht unbestritten ist, dass die eingeklagten Betreffnisse (Konventionalstrafe sowie Kontrollkosten in Form der Kosten der externen Kontrolle und der Verfahrenskosten) gestützt auf Art. 357b OR sowie die allgemeinverbindlichen Bestimmungen des LMV (Art. 76 Abs. 4 lit. e und Art. 79 LMV) grundsätzlich erhoben werden dürfen und auch gegenüber einem Aussenseiter geltend gemacht werden können. Ebenso unbestritten ist, dass die von den Parteien des LMV zum Zweck von dessen Vollzug gegründete PBK (Art. 76 Abs. 1 LMV; kläg. act. 6 Art. 2 [Statuten]) ermächtigt war, zu beschliessen, die Beklagte zu kontrollieren respektive die H-GmbH mit der Kontrolle und der Erstellung eines Kontrollberichts zu beauftragen. Weiter war die PBK ermächtigt, nach Abschluss der Untersuchung festzustellen, dass der LMV verletzt worden sei sowie eine Sanktion auszusprechen (Art. 76 Abs. 4 und Art. 79 LMV; vgl. BK-Stöckli, Art. 357a N 4).

2.3 Wie gesehen hat die Beklagte die Durchführung der Kontrolle durch eine von den Parteien des LMV unabhängige Kontrollstelle nicht verlangt. Insoweit ist sie mit ihren nicht weiter substantiierten Vorbringen, wonach die gewählte Kontrollstelle in keiner Weise unabhängig sei, sondern die Aufträge in vollkommener Abhängigkeit zu einem grossen Teil vom Gesamtarbeitsvertragskartell erhalte und bloss Funktionärin dieses Kartells sei, nicht zu hören. Bezeichnend ist denn auch, dass in der beklagten Stellungnahme vom 15. August 2006 zum Kontrollbericht (vi-act. 8) keinerlei derartige Vorwürfe erhoben worden sind. Ausserdem wird der gewählten Kontrollstelle die fachliche Kompetenz selbst von der Beklagten nicht abgesprochen. Der Kontrollbericht



selbst ist angemessen gegliedert und enthält sowohl den Auftrag wie auch eine Beschreibung der Vorgehensweise des Prüfers (S. 1 f.) und im Anhang übersichtliche Tabellen, auf die im Text verwiesen wird. Abträglich ist dem Kontrollbericht, dass er die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht detailliert bezeichnet. Zudem stützt er sich bei der Berechnung der Überstunden des einzigen im Monatslohn angestellten Arbeitnehmers auf die Soll-Stunden nach SAZ (Sektionaler Arbeitszeitkalender nach Art. 29 LMV, vgl. Kontrollbericht, 6), obwohl Art. 29 LMV nicht allgemeinverbindlich erklärt ist und nicht klar ist, ob und in welcher Weise diese von den Soll-Stunden nach den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV abweichen. Dies ist jedoch im hier interessierenden Zusammenhang letztlich nicht von Bedeutung. Insgesamt erscheint der Kontrollbericht als taugliche Grundlage zur Beurteilung, ob und inwiefern der Gesamtarbeitsvertrag durch die Beklagte verletzt wurde. Er ist schlüssig und nachvollziehbar und es bestehen keine Indizien, welche grundsätzlich gegen dessen Zuverlässigkeit sprechen. Es ist davon auszugehen, dass der dem Kontrollbericht zugrunde gelegte Sachverhalt mit den der Kontrollstelle zur Verfügung gestellten Unterlagen und den ihr erteilten Auskünften übereinstimmt. Gegenteiliges wurde von der Beklagten denn auch in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2006 und im anschliessenden Zivilverfahren nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund kommt dem vorliegenden Kontrollbericht ein erheblicher Beweiswert zu. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass der Kontrollbericht auf dem Sachverhalt fusst, wie er aus von der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen hergeleitet werden musste. Es ist daher gerechtfertigt, von der Beklagten - wenn sie nachträglich einen davon abweichenden Sachverhalt behauptet - zu verlangen, dass sie diesen nachweist. Nachfolgend ist auf die einzelnen der Beklagten vorgeworfenen LMV-Verletzungen einzugehen.

3.1 Der Beklagten wird vorgeworfen, gegen Art. 24 LMV verstossen zu haben (jährliche Arbeitszeit Jahrestotalstunden; Kontrollbericht, 5 ff.; kläg. act. 9, S. 2 Ziff. 3). Dieser Vorwurf erweist sich als ungerechtfertigt. Die Beklagte beschäftigte in der Kontrollperiode keinen Arbeitnehmer länger als ein Jahr. Eine Verletzung der Jahresarbeitszeit würde somit nur vorliegen, wenn bereits die unterjährig geleistete Arbeit die maximale Jahresarbeitszeit überschreiten würde, was aber von den Klägern nicht behauptet wird. Sie stützen ihre Vorwürfe vielmehr darauf, dass sie die nach Art. 24 LMV zulässige Jahresarbeitszeit anteilmässig den jeweiligen



Anstellungsdauern gegenüberstellen. Diese Vorgehensweise ist ungeeignet, der Beklagten eine Verletzung der jährlichen Arbeitszeit vorzuwerfen. Hätten die Parteien des LMV vereinbaren wollen, dass auch unterjährige Arbeitsverhältnisse (anteilmässig) in den Anwendungsbereich von Art. 24 LMV fallen, hätten sie dies explizit vereinbaren müssen. Es kann nämlich nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass Derartiges tatsächlich hätte vereinbart werden sollen. Einerseits ist die Baubranche saisonalen Schwankungen ausgesetzt, so dass eine anteilmässige Aufteilung der Jahresarbeitszeit auf unterjährige Perioden nur bedingt Sinn machen würde. Andererseits haben die Parteien des LMV nur die Jahresarbeitszeit und die wöchentliche Höchstarbeitszeit geregelt (Art. 25 ff. LMV). Hätten auch Maxima betreffend andere Zeitperioden vereinbart werden sollen, hätte dies explizit erfolgen müssen. Der Sektionale Arbeitszeitkalender gemäss Art. 29 LMV kommt auf die Beklagte mangels Allgemeinverbindlichkeit dieser Bestimmung nicht zur Anwendung; dass die Beklagte gegen einen betrieblichen Arbeitszeitkalender nach Art. 30 LMV verstossen hätte, wird von den Klägern nicht behauptet.

3.2 Die Kläger werfen der Beklagten vor, ihren Arbeitnehmern die Entschädigung der Überstunden gemäss Art. 53 Abs. 2 LMV vorenthalten zu haben (Kontrollbericht, 8; kläg. act. 9, S. 2 f. Ziff. 3 f.). In ihrer Stellungnahme vom 15. August 2006 bestritt die Beklagte die Überstunden nicht. Sie behauptete aber, sie habe die Überstundenentschädigung dadurch geleistet, dass der vorgeschriebene Zuschlag von 25% ausgerichtet worden sei, indem die Arbeitnehmer jeweils 25% mehr Arbeitszeit hätten aufschreiben können. Die PBK hielt diese Behauptung für unglaubwürdig und ging von den geleisteten Arbeitszeiten gemäss Kontrollbericht aus. Im Ergebnis ist der PBK zu folgen. Nicht nur würde durch die Vorgehensweise der Beklagten die Kontrolle der arbeitszeitlichen Bestimmungen wesentlich erschwert, wenn nicht verunmöglicht, sondern die angeblich gewählte Lösung scheint auch unnötig kompliziert, fehleranfällig, kaum praktikabel und sachlich durch nichts gerechtfertigt. Dass eine solche Lösung tatsächlich gewählt und praktiziert worden ist, kann nicht angenommen werden. Die Beklagte hat im vorliegenden Zivilprozess dafür denn auch nicht rechtzeitig taugliche Beweismittel eingereicht.

3.3 Der Beklagten wird vorgeworfen, die Lohnklassen entgegen Art. 43 Abs. 1 LMV nicht auf den Lohnabrechnungen aufgeführt zu haben (Kontrollbericht, S. 9; kläg.



act. 9, S. 2 Ziff. 3). Dieser Vorwurf wurde von der Beklagten weder in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2006 noch im vorliegenden Zivilverfahren bestritten. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die gerügte LMV-Verletzung tatsächlich erfolgte.

3.4 Sodann werfen die Kläger der Beklagten vor, die Mindestlöhne nach Art. 41 Abs. 2 LMV in der Fassung gemäss den diesbezüglich allgemeinverbindlich erklärten Zusatzvereinbarungen 2004 und 2005 zum LMV vom 17. November 2003 und vom 22. November 2004 verletzt zu haben (Kontrollbericht, 11; kläg. act. 9, S. 2 f. Ziff. 3 f.). In ihrer Stellungnahme vom 15. August 2006 führte die Beklagte dazu aus, R sei von ihr falsch eingestuft worden und die Basislöhne seien nach der Probezeit eingehalten worden (kläg. act. 8, S. 2 unten). Die Beklagte räumt ein, dass sie bei K von einem falschen Basislohn ausgegangen sei (kläg. act. 8, S. 3 oben). Ausserdem fände bei L, M und N die Bestimmung von Art. 45 Abs. 1 lit. c LMV (Basislohn nach LMV gilt lediglich als Richtwert, wenn es sich um branchenfremde Arbeitnehmer mit Beschäftigungsdauern von maximal 2 Monaten pro Kalenderjahr handelt) und bei O die Bestimmung von Art. 45 Abs. 1 lit. a LMV (Basislohn nach LMV gilt lediglich als Richtwert, wenn es sich um einen körperlich und/oder geistig nicht voll leistungsfähigen Arbeitnehmer handelt) Anwendung (kläg. act. 8, S. 3 f.). Entsprechend äusserte sich die Beklagte auch im vorliegenden Verfahren, wobei sie zusätzlich die Auffassung vertrat, der LMV sei auf solche Fälle nicht anwendbar. Bezüglich P äusserte sich die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2006 dahingehend, dass mit ihm vereinbart worden sei, er erhalte die Lohnerhöhung, sobald er die Führerscheinprüfung bestanden habe. Anschliessend habe sich dann aber gezeigt, dass seine Leistungen weit entfernt von dem gewesen seien, was man von einem gelernten Maurer hätte erwarten dürfen (kläg. act. 8, S. 4).

Der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Einerseits unterstehen (abgesehen von vorliegend unwesentlichen Ausnahmen) sämtliche ihrer Arbeitnehmer (auch während der Probezeit) den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV. Andererseits ist der Beklagten entgegenzuhalten, dass sie nicht vorbringt, die von ihr als zulässig behaupteten Abweichungen der Basislöhne seien mit ihren Arbeitnehmern nach Art. 45 Abs. 1 LMV schriftlich vereinbart worden. Fehlt es aber an einer solchen schriftlichen Vereinbarung, ist ohne Weiteres der Basislohn geschuldet. Bezüglich P ist



festzuhalten, dass der Beklagten kein Ermessensspielraum bezüglich seines Mindestlohns blieb. Dieser konnte insbesondere nicht vom Bestehen der Führerscheinprüfung oder seinen Leistungen abhängig gemacht werden. Ob sich die Beklagte bei der Einstufung von R tatsächlich geirrt hat, kann offen bleiben, da ohnehin feststeht, dass sie gegenüber den anderen Arbeitnehmern die Mindestlohnvorschriften nicht eingehalten hat.

3.5 Schliesslich wird der Beklagten vorgeworfen, keine Beiträge an den Vollzugs- und den Bildungsfonds abgeführt zu haben und dadurch Art. 8 LMV verletzt zu haben (Kontrollbericht, 18; kläg. act. 9, S. 2 Ziff. 3]). Diese LMV-Verletzung wurde von der Beklagten nie bestritten.

3.6 Zusammenfassend ergibt sich nachvollziehbar aus dem Kontrollbericht, dass die Feststellung, die Beklagte habe sich nicht an bestimmte allgemeinverbindlich erklärte LMV-Bestimmungen gehalten, grösstenteils berechtigt ist. Sie wird durch die Beklagte nicht widerlegt. Einzig der Vorwurf der Verletzung der Jahresarbeitszeit ist unhaltbar. Damit war die PBK berechtigt, eine Konventionalstrafe zu verhängen.

4.1 Umstritten ist sodann die Bemessung der in Anwendung von Art. 79 Abs. 2 LMV auferlegten Konventionalstrafe. Gemäss dem allgemeinverbindlich erklärten Teil von Art. 79 Abs. 3 LMV ist die Konventionalstrafe in erster Linie so zu bemessen, dass der fehlbare Arbeitgeber von künftigen Verletzungen des LMV abgehalten wird. Die Höhe der Konventionalstrafe bemisst sich in Würdigung der gesamten Umstände kumulativ nach Kriterien, wie der Höhe der vom Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern vorenthaltenen geldwerten Leistungen, der Verletzung der nichtgeldwerten gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, ob eine einmalige oder mehrmalige Verletzung (inkl. Rückfall) vorliegt, nach der Schwere der Verletzung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, nach der Grösse des Betriebs, danach, ob der fehlbare Arbeitgeber, der in Verzug gesetzt wurde, seinen Verpflichtungen bereits ganz oder teilweise nachgekommen ist und nach dem Umstand, ob die Arbeitnehmer ihre individuellen Ansprüche gegenüber einem fehlbaren Arbeitgeber von sich aus geltend machen.



Gemäss dem Bundesgericht sind bei der Bemessung der Konventionalstrafe in erster Linie die Schwere der Vertragsverletzung sowie das Verschulden und der Zweck, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern, zu berücksichtigen, während das Ausmass der Bereicherung des fehlbaren Arbeitgebers und die Schädigung der Arbeitnehmer, deren Ansprüche aus Einzelarbeitsvertrag durch die Konventionalstrafe nicht konsumiert sind, eher von untergeordneter Bedeutung sind (BGE 116 II 302 E. 3 S. 304; vgl. auch BK-Stöckli, Art. 357a N 74, Art. 357b N 11; ZK-Vischer/Albrecht, Art. 357a N 90). Übermässige Konventionalstrafen sind ermessensweise herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Das muss erst recht gelten, wenn der Richter damit wie im vorliegenden Fall, wo die Höhe der Konventionalstrafe von einer Partei einseitig bestimmt und nicht im gegenseitigen Einvernehmen festgelegt worden ist, nicht in die Vertragsfreiheit der Parteien eingreift, die Konventionalstrafe mit anderen Worten gestützt auf objektives Zivilrecht ausgesprochen wird, bei dessen Vereinbarung die betroffene Partei nicht mitgewirkt hat (BGE 116 II 302 E. 4 S. 304 = JAR 1991 363; JAR 1987 324, S. 328 f. E. 7; BK-Stöckli, Art. 357a N 77).

4.2 Die PBK ging bei der Bemessung der Konventionalstrafe davon aus, die Beklagte habe ihren Arbeitnehmern geldwerte Ansprüche von Fr. 19'152.- vorenthalten (kläg. act. 9, S. 3 Ziff. 5). Ausserdem erwog die PBK, dass sich die Beklagte bislang wenig um die Einhaltung des LMV gekümmert habe, dass es sich um eine erstmalige Kontrolle gehandelt habe, dass die Stellungnahme auf wenig Einsicht schliessen lasse, dass die festgestellten Verstösse als schwer einzustufen seien, dass die den Arbeitnehmern vorenthaltene Summe unter den vorliegenden Umständen als hoch zu bezeichnen sei und dass keine Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass einzelne Arbeitnehmer ihre Ansprüche selbst geltend machen würden. In Würdigung dieser Umstände setze die PBK die Konventionalstrafe auf Fr. 7'600.- fest, was rund 40% der nach Berechnungen im Kontrollbericht den Arbeitnehmern vorenthaltenen Gelder beträgt (vi-act. 9, S. 4 Ziff. 6). Zusätzlich überband die PBK der Beklagten die Kontrollkosten von Fr. 5'157.- (Prüfungsbericht Fr. 3'357.- und Verfahrenskosten Fr. 1'800.-; vi-act. 9, S. 4 Ziff. 7). Die Vorinstanz verwies auf diese Erwägungen der PBK - diese hielten einer Überprüfung stand.

4.3 Die LMV-Verletzung der Beklagten kann insgesamt nicht mehr als leicht bezeichnet werden, insbesondere die Verletzungen der Vorschriften betreffend Mindestlöhne und



Überstundenentschädigung wiegen schwer. Bezüglich dieser beiden Verletzungen kann auch nicht mehr von einem leichten Verschulden ausgegangen werden, da die entsprechenden Bestimmungen klar sind und teilweise nicht nur im LMV, sondern auch im Gesetz verankert sind (Art. 321c OR). Hingegen ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beklagten um einen Kleinstbetrieb handelt, dass erstmals LMV-Verletzungen festgestellt und gerügt wurden und sie beispielsweise bezüglich der Beiträge an den Vollzugs- und Bildungsfonds sofort eine Änderung versprach. Bei der Beurteilung der Vermögensinteressen kann mit der PBK und der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass diese rund Fr. 19'000.- betrogen. Der Umstand, dass vorliegend eine Verletzung der Jahresarbeitszeit verneint wurde, hat darauf keinen Einfluss, da es sich dabei nicht um einen vermögenswerten Anspruch gehandelt hat. Selbst wenn mit der Beklagten davon ausgegangen würde, sie hätte sich bei der Einstufung von R tatsächlich geirrt, würde sich dieser Betrag lediglich um rund Fr. 2'700.- verringern und selbst wenn sie K noch eine Nachzahlung wegen Verletzung der Mindestlohnvorschriften geleistet hat, wie sie es bereits in der Stellungnahme vom 16. August 2006 angekündigt hatte, würde sich dieser Betrag insgesamt um lediglich rund Fr. 4'900.- verringern. Die den Arbeitnehmern vorenthaltenen Beträge bleiben unter Berücksichtigung des Kontrollzeitraums und der wenigen Arbeitnehmer, auf die sie sich verteilen, nicht unerheblich. Die Tatsache, dass die Beklagte nebst dem Betriebsinhaber - wenn überhaupt - nur sehr wenige Arbeitnehmer beschäftigt, kann nicht zur Annahme führen, es bestehe keine Wiederholungsgefahr. Aus dem Kontrollbericht ist ersichtlich, dass die Beklagte Arbeitnehmer rasch einstellte und wieder entliess. Mit der Konventionalstrafe kann somit nach wie vor erreicht werden, dass die Beklagte künftige LMV-Verletzungen unterlässt. Insgesamt erscheint unter diesen Umständen eine Konventionalstrafe von Fr. 5'000.- als angemessen.

Hingegen bleibt es bei der Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme der Kontroll- und Verfahrenskosten der PBK von insgesamt Fr. 5'157.- (Fr. 1'800.- Verfahrenskosten PBK und Fr. 3'357.- Prüfbericht). Die Beklagte hat damit den Klägern insgesamt Fr. 10'157.- (statt der von der Vorinstanz geschützten Fr. 12'757.- ) zu bezahlen.

-----