



Fall-Nr.:	BZ.2010.32
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	21.04.2011
Entscheiddatum:	21.04.2011

Entscheid Kantonsgericht, 21.04.2011

Art. 163 Abs. 3 OR (SR 220); Art. 50 Abs. 2 GerG (sGS 941.1); Art. 79 des Landesmantelvertrags (LMV) für das Bauhauptgewerbe. Umfang der Bindung an den Rückweisungsentscheid. Bemessung der Konventionalstrafe. Die rückweisende Instanz ist grundsätzlich denselben Restriktionen unterworfen wie die erste Instanz nach einem Rückweisungsentscheid. Davon könnte nur bei zwischenzeitlichen Rechts- oder Praxisänderungen abgewichen werden. Bei der Bemessung der Konventionalstrafe sind in erster Linie die Schwere der Vertragsverletzung sowie das Verschulden und der Zweck, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern, zu berücksichtigen. Im Rahmen von Art. 163 Abs. 3 OR kommt es nicht zu einer gänzlichen Neufestsetzung der Konventionalstrafe, sondern die verfügte Sanktion wird allenfalls herabgesetzt (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 21. April 2011, BZ. 2010.32).

Erwägungen

I.

1.1 Der Beklagte ist als Einzelunternehmer im Bereich der Ausführung von Armierungsarbeiten tätig. Bis am 5. Oktober 2007 hatte er seinen Geschäftssitz unter der Firma "X, Armierungen" im Kanton Schwyz. Die Firma wurde an diesem Datum infolge Geschäftsaufgabe im Handelsregister des Kantons Schwyz gelöscht. Vom 26. Oktober 2007 bis zum 7. Dezember 2009 war er mit der Firmenbezeichnung "X Armierungen" und Geschäftssitz an seinem Wohnort in L. im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Am 7. Dezember 2009 hat er seinen Geschäftssitz



St.Galler Gerichte

wiederum in den Kanton Schwyz verlegt und ist wieder im dortigen Handelsregister eingetragen. Auch seinen Wohnsitz hat er in den Kanton Schwyz verlegt (vgl. vi-act. 42).

1.2 Am 12. Mai 2005 liess die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Zürich in Wädenswil eine Baustellenkontrolle durchführen, bei der auch Arbeitnehmer des Beklagten einer Überprüfung unterzogen wurden. Im Anschluss daran beantragte diese Kommission der nach dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV) örtlich zuständigen PBK, beim Beklagten wegen vermuteter Verstösse gegen den LMV eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen (kläg. act. 4).

1.3 Mit Schreiben vom 12. Juli 2005 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie habe am 29. Mai 2005 beschlossen, bei ihm bezogen auf den Zeitraum vom 1. Dezember 2002 bis zum 31. März 2003 und vom 1. Oktober 2003 bis zum 30. Juni 2005 eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen. Sie habe damit die A Unternehmensberatungs- und Prüfungsgesellschaft beauftragt (kläg. act. 5). Am 10. November 2005 führte die VZ Unternehmensberatungs- und Prüfungsgesellschaft die Prüfung durch und verfasste zu Händen der Klägerin einen Bericht, in welchem sie diverse Verletzungen der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen feststellte (kläg. act. 9; nachfolgend der Kontrollbericht). Die Klägerin räumte dem Beklagten in der Folge die Gelegenheit zu einer Stellungnahme ein (kläg. act. 10-12), welche dieser nicht wahrnahm. Am 3. Juli 2006 beschloss sie gestützt auf den LMV, dem Beklagten die Kosten der externen Kontrolle (Fr. 15'365.30) und die bei der Klägerin entstandenen Verfahrenskosten (Fr. 2'120.--) aufzuerlegen sowie über ihn eine Konventionalstrafe von Fr. 110'000.-- zu verhängen. Die Zahlung sollte bis am 4. August 2006 an die Klägerin geleistet werden (kläg. act. 13).

1.4 Nachdem der Beklagte die Zahlung nicht erbracht hatte, setzte die Klägerin die Forderung am 30. August 2006 in Betreuung. Auf den am 1. September 2006 zugestellten Zahlungsbefehl hin erhob X am 4. September 2006 Rechtsvorschlag (kläg. act. 1).



2. Nach der erfolglosen Durchführung des Vermittlungsverfahrens (vgl. Leitschein vom 25. Oktober 2006; vi-act. 1) gelangte die Klägerin am 15. Dezember 2006 ans Kreisgericht (vi-act. 2). Der Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 13. April 2007 die Abweisung der Klage mangels Aktivlegitimation (vi-act. 9). Mit Replik vom 10. Mai 2007 und Duplik vom 15. August 2007 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest (vi-act. 14 und 19). Die erstinstanzliche Hauptverhandlung fand am 25. Oktober 2007 statt (vi-act. 21). Mit Entscheid vom selben Datum wies das Kreisgericht die Klage ab. Es verneinte die Aktivlegitimation der Klägerin (vi-act. 24, S. 13 oben).
3. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 15. Februar 2008 Berufung beim Kantonsgericht (act. B1). Sie hielt an ihrer Forderungsklage fest. Der Beklagte erstattete seine Nichteintreten bzw. Abweisung beantragende Berufungsantwort am 2. April 2008 (act. B9). Das Kantonsgericht hob mit Entscheid vom 20. Januar 2009 den Entscheid des Kreisgerichts vom 25. Oktober 2007 unter Bejahung der Aktivlegitimation auf und wies die Sache zur Neuurteilung ans Kreisgericht zurück (act. B19; nachfolgend der Rückweisungsentscheid).
4. Gegen diesen Entscheid reichte der Beklagte beim Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen ein mit dem Antrag, der Entscheid des Kantonsgerichts vom 20. Januar 2009 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen. Da die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG nicht erfüllt waren respektive vom Kläger nicht dargetan wurden, trat das Bundesgericht mit Urteil vom 16. April 2009 auf die Beschwerde nicht ein (act. B25).
5. Nachdem die Parteien auf eine Wiederholung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung verzichtet hatten (vi-act. 34), räumte das Kreisgericht den Parteien im Anschluss an eine Beratung vom 15. Oktober 2009 Gelegenheit zur Stellungnahme betreffend eine gestützt auf Art. 93 Abs. 3 ZPO/SG beabsichtigte Beweiserhebung von Amtes wegen ein (vi-act. 36). Mit Beweisbeschluss vom 16. November 2009 wurde der Kläger schliesslich verpflichtet, verschiedene Unterlagen zu edieren (vi-act. 41). Nachdem der Kläger diese Unterlagen am 17. Dezember 2009 eingereicht hatte (vi-act. 42), nahmen die Parteien am 15. und 21. Januar 2010 zum Beweisergebnis Stellung (vi-act. 44 f.). Mit Entscheid vom 25. März 2010 (begründet versandt am 24. Juni 2010; den Parteien zugegangen am 25. Juni 2010 [vi-act. 51 f.]) hiess die



Vorinstanz die Klage teilweise gut. Der Beklagte wurde verpflichtet, eine auf Fr. 35'000.-- festgesetzte Konventionalstrafe und die bei der Klägerin angefallenen Kontroll- und Verfahrenskosten, insgesamt Fr. 52'485.30, zu bezahlen.

6.1 Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte am 25. August 2010 Berufung beim Kantonsgericht (act. B1). Er beantragt die Abweisung der Klage mangels Aktivlegitimation, eventualiter die angemessene Herabsetzung der Konventionalstrafe. Mit Berufungsantwort vom 1. Oktober 2010 beantragt die Klägerin Nichteintreten auf die beziehungsweise Abweisung der Berufung. Mit gleichzeitig erhobener Anschlussberufung verlangt sie ausserdem den vollumfänglichen Schutz ihrer Klage (act. B9). Der Beklagte beantragt mit Anschlussberufungsantwort vom 26. November 2010 die Abweisung der Anschlussberufung mangels Aktivlegitimation (act. B18).

6.2 Auf Antrag der Klägerin wurde der Beklagte verpflichtet, für die Parteikosten des Berufungsverfahrens eine Sicherheit von Fr. 4'700.-- zu leisten (act. B14). Die Sicherheit wurde fristgemäss hinterlegt (act. B16).

6.3 Eine mündliche Verhandlung wurde vor Kantonsgericht nicht durchgeführt. Auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels im Sinne von Art. 234 ZPO/SG haben die Parteien verzichtet (act. B21).

II.

1. Das Berufungsverfahren richtet sich nach st. gallischem Zivilprozessrecht in der bis Ende 2010 gültigen Fassung (Art. 404 ZPO/CH; Art. 34 Abs. 2 GKV; Art. 44 Abs. 2 GO).

2. Die von Amtes wegen durchzuführende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224, 225, 229 und 232 ZPO/SG; Art. 82 ff. GerG [in der bis Ende 2010 gültigen Fassung; nGS 44-53]) ergibt, dass diese erfüllt sind. Auf Berufung und Anschlussberufung ist einzutreten. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO/SG; Art. 15 lit. d GO [in der bis Ende 2010 gültigen Fassung; nGS 44-94]). Wie sich nachfolgend (E. II/3) ergibt, ist insbesondere auch auf Ziff. 1 der Berufung einzutreten. Der Beklagte hat ein Interesse, dass geprüft wird, inwiefern an der im



Rückweisungsentscheid geäusserten Rechtsauffassung festzuhalten ist. Eine res iudicata liegt in diesem Zusammenhang formell nicht vor.

3.1 Weist das Kantonsgericht eine Streitsache zu neuer Entscheidung an das Kreisgericht zurück, ist es bei erneuter Befassung mit dem Fall in einem weiteren Berufungsverfahren an seine im Rückweisungsentscheid vertretene Rechtsauffassung gebunden. Zwar ist nach Art. 50 Abs. 2 GerG (in der bis Ende 2010 gültigen Fassung; nGS 44-53) bei einem Rückweisungsentscheid nur die untere Instanz an die Rechtsauffassung in einem Rückweisungsentscheid gebunden. Indessen würde es der Entscheidungslogik widersprechen, die untere Instanz, an welche die Streitsache zurückgewiesen wird, an die Rechtsauffassung der Rückweisungsinstanz zu binden, diese selbst aber - falls sie sich wieder mit dem Fall befasst - davon auszunehmen. Liesse man dies zu, könnte dies theoretisch zu endlosen Rückweisungen führen. Schliesslich gebieten auch die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien des Handelns nach Treu und Glauben sowie des Beschleunigungsgebotes, dass die rückweisende Instanz grundsätzlich denselben Restriktionen unterworfen sein muss wie die erste Instanz nach einem Rückweisungsentscheid, also an ihre einmal festgelegte Rechtsauffassung gebunden ist (GVP 2007 Nr. 58; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 318 N 46; Vogel, Die Bindung an den Rückweisungsentscheid, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 133, S. 139 f.; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 3 N 26a).

3.2 Von diesem Grundsatz der Selbstbindung des Kantonsgerichts an die im Rückweisungsentscheid geäusserte Rechtsauffassung könnte nur abgewichen werden, wenn in der Zwischenzeit eine Rechts- oder Praxisänderung erfolgt oder von einem veränderten Sachverhalt auszugehen wäre (GVP 2007 Nr. 58; Reetz/Hilber, Art. 318 N 48; Vogel, 137, 143 f.; Vogel/Spühler, 3 N 26a; a. M. das Bundesgericht, welches im Rahmen des BGG sogar die Berücksichtigung von seit dem Rückweisungsentscheid ergangener eigener Rechtsprechung [und derjenigen des EuGH] ablehnt, BGE 135 III 334 E. 2.1 i. f. S. 336).



3.3 In seinem Entscheid vom 20. Januar 2009 bejahte das Kantonsgericht wie ausgeführt die Aktivlegitimation der Klägerin für das vorliegende Verfahren. Daraus schloss es ausserdem, der beklagte Einwand, wonach schon das interne Verfahren irregulär gewesen sei, sei nicht weiter zu berücksichtigen (Rückweisungsentscheid, 15 Ziff. 5).

Der Beklagte behauptet nicht, seit diesem Entscheid hätte sich die Rechtslage oder Gerichtspraxis bezüglich jener Fragen dermassen verändert, dass es dem Kantonsgericht erlaubt wäre, auf seinen Entscheid zurückzukommen. Eine entsprechende Praxisänderung ist auch nicht ersichtlich. Das Bundesgericht ist vielmehr auch in zwei nach dem Rückweisungsentscheid ergangenen Entscheiden (4A_324/2008 vom 22. Januar 2009 und 4A_535/2009 vom 25. März 2010), wo je die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Luzern als Klägerin auftrat, nicht auf die - von den Parteien jener Verfahren allerdings auch nicht thematisierte - Frage der Aktivlegitimation eingegangen.

3.4 Entsprechend hat das Kantonsgericht im vorliegenden Entscheid nur noch über die Frage der Höhe der Konventionalstrafe (vgl. Berufung, 7 ff. Ziff. 9; Berufungsantwort, 22-33), der Kontroll- und Verfahrenskosten (Berufungsantwort, 35) und allenfalls den Beginn des Zinsenlaufs (Berufungsantwort, 33 ff.) zu befinden.

4. Der Beklagte stellt in Ziff. 4 und 5 seines Rechtsbegehrens neu Anträge betreffend von ihm angeblich geleistete Zahlungen im Zusammenhang mit dem Rückweisungsentscheid. Darauf kann nicht eingetreten werden. Einerseits werden die neuen Anträge mit keinem Wort begründet. Andererseits ist er in jenem Verfahren unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens als unterliegende Partei anzusehen. Andernfalls hätte das Kantonsgericht in seinem Rückweisungsentscheid die Kosten nicht definitiv verlegt, sondern die Vorinstanz wäre angewiesen worden, in ihrem Entscheid auch über die Verlegung der Kosten des Berufungsverfahrens auf die Parteien zu entscheiden (Leuenberger/Uffer-Tobler, Zivilprozessrecht des Kantons St. Gallen, Bern 1996, Art. 227 und 264 je N 3d). Im vorliegenden Verfahren kann dieser Entscheid jedenfalls nicht in Wiedererwägung gezogen werden. Vorbehalten bleibt allenfalls die Überprüfung dieses Kostenspruchs im Rahmen einer allfälligen Anfechtung des vorliegenden Endentscheids.



III.

1.1 Der vom Beklagten geführte Betrieb fällt unbestritten in den räumlichen und betrieblichen Anwendungsbereich des LMV. Ausserdem ist nicht bestritten, dass nur LMV-Verletzungen für die Zeit, in welcher die verletzten Bestimmungen allgemeinverbindlich waren, zur Diskussion stehen (Urteil, 6 f. lit. b; Rückweisungsentscheid, 6 Mitte).

1.2 Die Klägerin wirft dem Beklagten gestützt auf den Kontrollbericht insbesondere vor, die Lohnklassen nicht auf den Lohnabrechnungen aufgeführt (Art. 43 Abs. 1 LMV), die Mindestlöhne nicht eingehalten und die Lohnanpassungen nicht vorgenommen (Art. 41 Abs. 2 LMV) sowie eine zu tiefe Feiertagsentschädigung und einen zu tiefen Ferienlohn ausbezahlt zu haben (Art. 34 ff., 38 und 49 ff. LMV). Dies wurde vom Beklagten nie bestritten (Urteil, 8 f. lit. bb), sondern im Grundsatz anerkannt (Klageantwort, 3 Ziff. 5; Duplik, 7 Ziff. 9).

1.3 Die Klägerin beziffert gestützt auf den Kontrollbericht die den Arbeitnehmern des Beklagten vorenthaltenen geldwerten Leistungen auf Fr. 170'746.24 (Klage, 28 Ziff. 6.1: act. B1 des Verfahrens BZ.2008.16; vi-act. 44, S. 3 oben). Der Beklagte anerkennt die behauptungsweise vorenthaltenen geldwerten Leistungen ausdrücklich nicht (Klageantwort, 4 oben; Berufung, 7 Ziff. 8.6; Berufung, 22 Ziff. 1, 33 oben). Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beklagte seinen Arbeitnehmern die von der Klägerin behauptete Summe vorenthalten hat (Urteil, 11 lit. e/aa).

1.4.1 Der Beklagte weist den Kontrollbericht - gestützt auf den Klägerin und Vorinstanz die vorenthaltenen geldwerten Leistungen in der Höhe von Fr. 170'746.24 als erwiesen erachtet haben - als Parteigutachten zurück (Berufung, 7 Ziff. 8.6; vgl. auch schon Klageantwort, 3 Ziff. 5; Duplik, 8 Ziff. 11). Ihm kann nicht gefolgt werden.

1.4.2 Einerseits ist die klägerische Behauptung betreffend die vom Beklagten vorenthaltenen geldwerten Leistungen durch den Kontrollbericht zumindest im Detail substantiiert. Mit seiner pauschalen Ablehnung des Kontrollberichts kommt der Beklagten seiner Substantiierungspflicht beim Bestreiten nicht nach (Leuenberger/



Uffer-Tobler, Art. 91 N 2). Insbesondere hilft es ihm nicht, wenn er vorbringt, es würden Original-Lohnbelege fehlen und man könne sich nicht auf die Tabellen im Kontrollbericht abstützen. Wenn der Beklagte tatsächlich der Auffassung wäre, der Kontrollbericht sei betreffend Berechnung der von ihm seinen Arbeitnehmern vorenthaltenen geldwerten Leistungen fehlerhaft, so wäre es an ihm gelegen, konkret und detailliert auf angebliche Fehler hinzuweisen respektive für die Fehlerhaftigkeit des Kontrollberichts Beweise - beispielsweise die von ihm erwähnten Lohnbelege - einzureichen oder zumindest zu offerieren.

1.4.3 Andererseits ist der Kontrollbericht ohne Weiteres ein Beweismittel (und stellt nicht nur eine Parteibehauptung dar), das ausserdem grundsätzlich geeignet ist, die dem Beklagten zur Last gelegten LMV-Verletzungen respektive die Höhe der den Arbeitnehmern vorenthaltenen geldwerten Leistungen 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 (Stöckli, Berner Kommentar, VI/2/2/3, Art. 356-360 OR, Bern 1999, Art. 357a N 6; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 357b N 5; Vischer/Albrecht, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 356-360f OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 357a N 17; Andermatt et al. [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009 [nachfolgend: SGB-Handbuch], Art. 357b N 49). Dem kann prinzipiell zugestimmt werden (vgl. auch schon der Entscheid BZ.2009.51 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2009 E. II/7 = JAR 2010 590).

Der gewählten Kontrollstelle wird selbst vom Beklagten die fachliche Kompetenz nicht abgesprochen. So hat er denn auch nicht verlangt, es sei ein besonderes, von den Vertragsparteien des LMV unabhängiges Kontrollorgan im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen



vom 28. September 1956 (SR 221.215.311; nachfolgend AVEG) einzusetzen (Gemäss dieser Bestimmung haben Aussenseiter zu ihrem Schutz die Möglichkeit, von den zuständigen Behörden die Einsetzung eines von den Vertragsparteien des Gesamtarbeitsvertrags unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen; damit soll verhindert werden, dass Aussenseiter gegen ihren Willen der verbandlichen Kontrolle unterstellt werden; BK-Stöckli, Art. 356b N 92 f., Art. 357a N 17; ZK-Vischer/Albrecht, Art. 356b N 165 f.; SGB-Handbuch, Art. 1-21 AVEG N 206.). Verzichtet ein Aussenseiter-Arbeitgeber im Kontrollverfahren darauf, das ihm aus Art. 6 Abs. 1 AVEG zustehende Recht auszuüben, so kann er dies nicht im Zivilverfahren nachholen. Ein allfälliger Beweisantrag auf Erstellung einer Expertise wäre abzuweisen (vgl. auch schon der Entscheid BZ.2009.51 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2009 E. II/6 = JAR 2010 590).

Der Kontrollbericht selbst (kläg. act. 9) ist angemessen gegliedert und enthält sowohl den Auftrag wie auch eine Beschreibung der Vorgehensweise des Prüfers und im Anhang Tabellen, aus denen die vorenthaltenen geldwerten Leistungen hervorgehen. Die vom Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen werden bezeichnet. Insgesamt erscheint der Kontrollbericht als taugliche Grundlage zur Beurteilung, ob (was vom Beklagten ja anerkannt wird) und in welchem Ausmass der LMV durch den Beklagten 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. Jedenfalls vermag der Beklagte bezüglich keiner der im Anhang zum Kontrollbericht konkret bezifferten LMV-Verletzungen auch nur Zweifel an deren Richtigkeit zu erwecken, was allenfalls den Beweiswert des gesamten Kontrollberichts schmälern würde. Da der Kontrollbericht ausserdem auf dem Sachverhalt fusst, wie er aus vom Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen hergeleitet werden muss, ist es gerechtfertigt, vom Beklagten - wenn er nachträglich einen davon abweichenden Sachverhalt behauptet - zu verlangen, dass er diesen nachweist.

1.5 Für das vorliegende Verfahren bedeutet dies, dass davon auszugehen ist, der Beklagte habe seinen Arbeitnehmern geldwerte Leistungen in der Höhe von Fr. 170'746.24 vorenthalten.



St.Galler Gerichte

2.1 Der Beklagte verlangt, die von der Vorinstanz festgesetzte Konventionalstrafe von Fr. 35'000.-- (Urteil, 12 lit. cc) sei herabzusetzen (Berufung, 7 Ziff. 9). Die Klägerin beantragt, die Konventionalstrafe sei auf Fr. 110'000.-- festzusetzen (Berufungsantwort, 33 Ziff. 4).

2.2 Die Klägerin hat die Konventionalstrafe gestützt auf Art. 79 LMV verhängt. Der Beklagte ist mit seiner Bestreitung nicht zu hören, wonach dieser Artikel auf ihn nicht anwendbar sei (Berufung, 8 oben). Gemäss Art. 3 Abs. 2 AVEG können Bestimmungen über Konventionalstrafen grundsätzlich allgemeinverbindlich erklärt werden. Art. 79 LMV ist bis auf Abs. 4 und teilweise Abs. 3 lit. f und Abs. 5 allgemeinverbindlich erklärt worden und war dies in der Zeit, in welche die sanktionierten LMV-Verletzungen fallen (Bundesratsbeschluss vom 10. November 1998 [BBI 1998 5643]; vgl. zu den Verlängerungen und Wiederinkraftsetzungen dieser Allgemeinverbindlichkeitserklärung den Rückweisungsentscheid, 6; vgl. zu den Änderungen von Art. 79 LMV und deren Allgemeinverbindlicherklärung die Bundesratsbeschlüsse vom 22. August 2003 [BBI 2003 6070] und 13. August 2007 [BBI 2007 6069]). Dadurch wurde der persönliche Geltungsbereich dieser Bestimmung auch auf den Beklagten, welcher dem vertragsschliessenden Arbeitgeberverband nicht angehört, ausgedehnt.

2.3 Nach Art. 79 Abs. 2 lit. b LMV ist die paritätische Berufskommission berechtigt, eine Konventionalstrafe bis zu Fr. 50'000.-- (ab 1. Oktober 2003 [Bundesratsbeschluss vom 22. August 2003, BBI 2003 6070], vorher Fr. 20'000.--) zu verhängen. In Fällen vorenthaltener geldwerter Ansprüche darf die Konventionalstrafe bis zur Höhe der geschuldeten Leistung gehen. Innerhalb dieses Rahmens ist die Konventionalstrafe gemäss Art. 79 Abs. 3 LMV in erster Linie so zu bemessen, dass der fehlbare Arbeitgeber von künftigen Verletzungen des LMV abgehalten wird. Die Höhe der Konventionalstrafe sei 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) vorliege, 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 sei und nach dem Umstand, ob die Arbeitnehmer ihre individuellen Ansprüche gegenüber



St.Galler Gerichte

einem fehlbaren Arbeitgeber von sich aus geltend machen, zu bemessen (Art. 79 Abs. 3 lit. a-f LMV).

2.4 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; Streiff/von Kaenel, Art. 357a N4; ZK-Vischer/Albrecht, Art. 357a N 90). Übermässige Konventionalstrafen sind ermessensweise herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Das muss erst recht gelten, wenn das Gericht 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; Entscheid BZ.2009.51 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. November 2009 E. III/4.2 = JAR 2010 590; JAR 1992 354 [Urteil des Obergerichts Luzern vom 15. Januar 1990]; JAR 1987 324 [Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 22. April 1986], S. 328 f. E. 7; BK-Stöckli, Art. 357a N 77; Streiff/ von Kaenel, Art. 357a N12). Zu beachten ist, dass es im Rahmen von Art. 163 Abs. 3 OR nicht zu einer gänzlichen Neufestsetzung der Konventionalstrafe kommt, sondern die von der Klägerin verfügte Sanktion allenfalls herabzusetzen ist (vgl. nachfolgend E. III/4.3).

Massgebend für die Herabsetzung sind im Allgemeinen die Verhältnisse im Zeitpunkt der Rechtsverletzung (BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209 [vertragliche Konventionalstrafe]; vgl. aber auch BGE 91 II 372 E. 11 S. 383 f. und 82 II 142 E. 3 S. 147, wo jeweils auch die Verhältnisse im Urteilszeitpunkt berücksichtigt worden sind). Vorliegend, wo die allgemeinverbindlich erklärte LMV-Bestimmung bezwecken soll, den fehlbaren Arbeitgeber von zukünftigen Vergehen abzuhalten, können die gegenwärtigen Verhältnisse aber insoweit nicht ausgeklammert werden.



Wenn sich also einerseits die Klägerin betreffend Bemessung der Konventionalstrafe nur auf die Bestimmung von Art. 79 Abs. 3 LMV beruft (Berufungsantwort, 28 ff.) und andererseits der Beklagte praktisch ausschliesslich auf die Spezialprävention abstellt (Berufung, 8 f.), berücksichtigen beide jeweils nur einen Teil der Kriterien, welche ein Gericht bei der Beurteilung der Angemessenheit einer einseitig bestimmten Konventionalstrafe zu berücksichtigen hat.

2.5 Die LMV-Verletzungen des Beklagten können insgesamt nicht mehr als leicht bezeichnet werden, insbesondere dass nicht nur einzelfallweise sondern mit einer gewissen Systematik zu tiefe Löhne ausbezahlt worden sind, wiegt schwer. Solche Vorschriften sind auch für einen Einzelunternehmer mit einem Mindestmass an Aufwand nicht schwer einzuhalten. Da der Beklagte ausserdem im Jahr 2001 unter anderem wegen denselben Vorwürfen, die heute zur Diskussion stehen, bereits einmal sanktioniert worden ist (kläg. act. 15), kann auch nicht von einem leichten Verschulden ausgegangen werden. Dem Beklagten kann auch nicht gefolgt werden, wenn er sein Vorgehen mit einem Verweis auf die Konkurrenzsituation auf dem Bau und die vielen billigen Arbeitskräfte aus dem Ausland zu rechtfertigen versucht. Vielmehr ist ihm entgegenzuhalten, dass es gerade in solchen Situationen wichtig ist, dass sich sämtliche Marktteilnehmer an die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen halten. Es ist auch sozialpolitisch nicht wünschenswert, wenn sich nicht lebensfähige Betriebe durch systematische Verstösse gegen allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen einen Wettbewerbsvorteil erwirken. Zu den angeblich billigen Arbeitskräften aus dem Ausland ist anzumerken, dass die durch den Beklagten verletzte LMV-Bestimmungen grundsätzlich auch für Arbeitnehmer von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland gelten (Art. 2 Abs. 5 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des LMV vom 10. November 1998 [BBl 1998 5643]). Zu berücksichtigen ist, dass es sich beim vom Beklagten betriebenen Einzelunternehmen um einen eher kleinen Betrieb gehandelt hat. Von einem eigentlichen Kleinstbetrieb kann hingegen bei einem Personalaufwand von durchschnittlich über 1.6 Millionen Franken pro Jahr respektive über Fr. 135'000.-- pro Monat (vgl. bekl. act. 6) nicht ausgegangen werden. Bei der Beurteilung der Vermögensinteressen ist wie gesehen davon auszugehen, dass diese im Kontrollzeitraum von 25 Monaten Fr. 170'746.24 betragen (rund Fr. 6'800.-- pro Monat). In diesem Ausmass - das nicht mehr als unerheblich bezeichnet werden kann - muss der Beklagte als bereichert und müssen



seine ehemaligen Arbeitnehmer als geschädigt angesehen werden. Eine Wiederholungsgefahr kann - entgegen der Auffassung des Beklagten, der behauptet, momentan keine Arbeitnehmer zu beschäftigen, und die Meinung vertritt, es sei aufgrund seines Pensionsalters willkürlich, davon auszugehen, er würde künftig wieder Angestellte beschäftigen - nicht verneint werden. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass er immer noch in derselben Branche tätig ist und mit zunehmendem Alter zwar damit zu rechnen ist, dass er künftig selber weniger direkt Hand anlegen wird. Für ihn als Arbeitgeber spielt sein Alter hingegen nur eine untergeordnete Rolle. Wenn er wie behauptet tatsächlich vor hat, die von ihm aufgehäuften Schulden abzutragen, erscheint eine Ausweitung seiner Tätigkeit und insbesondere die neuerliche Anstellung von Personal keineswegs abwegig. Mit einer Konventionalstrafe kann nach wie vor erreicht werden, dass der Beklagte künftige LMV-Verletzungen unterlässt. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind mit dem Kriterium der Grösse des Betriebs (vgl. auch Art. 79 Abs. 3 lit. d LMV) zumindest zum Teil bereits berücksichtigt. Fraglich ist, ob nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung (Präventionsgedanke) die finanzielle Situation - im Vordergrund ständen die Verhältnisse im Zeitpunkt der Verletzungshandlung (vgl. vorne E. III/2.4) - besonders gewichtet werden kann. Das könnte darauf hinauslaufen, dass der Zweck der Regelung unterlaufen wird. Immerhin ist bezüglich der Situation im Zeitpunkt der Verletzungshandlungen auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urteil, 12 oben: schlechte Lage, aber hoher Privataufwand). Was die heutige Situation anbelangt, so scheint die wirtschaftliche Lage des Beklagten nach wie vor eher schlecht zu sein, wobei allerdings zu beachten ist, dass er trotz der angeblichen Überschuldung über mehrere Fr. 100'000.-- (Klageantwort, 3 Ziff. 4) nicht auf die unentgeltliche Prozessführung angewiesen ist sowie in der Lage war, die Einschreibgebühr des Berufungsverfahrens von Fr. 7'000.-- und die Kautions für die Parteikostenentschädigung von Fr. 4'700.-- zu erbringen. Ausserdem ist den eingereichten Steuererklärungen zu entnehmen, dass im Jahr 2012 (wie schon in den Jahren 2007 und 2008) eine Lebens- und Rentenversicherung über mehr als Fr. 30'000.-- fällig wird (bekl. act. 7).

Unter diesen Umständen kommt jedenfalls eine Herabsetzung der Konventionalstrafe auf Fr. 0.-- respektive auf nur noch einen symbolischen Betrag nicht in Betracht. Allerdings wäre auch eine Konventionalstrafe in der von der Klägerin beantragten Höhe



nicht angemessen. Demgegenüber erscheint der von der Vorinstanz festgesetzte Betrag von Fr. 35'000.-- auch dem Kantonsgericht als den Umständen angemessen.

3. Was die Tragung der Kontroll- und Verfahrenskosten anbelangt, kann - der Beklagte geht in seiner Berufung darauf nicht mehr ein - auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urteil, 12 lit. f.).

4.1 Damit steht fest, dass der Beklagte der Klägerin Fr. 35'000.-- Konventionalstrafe, Fr. 15'365.30 Kontrollkosten und Fr. 2'120.-- Verfahrenskosten, insgesamt Fr. 52'485.30, schuldet. Diesbezüglich sind Berufung und Anschlussberufung abzuweisen. Uneinig sind sich die Parteien darüber, ab wann diese Forderungen zu verzinsen sind.

4.2 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die Beklagte seit dem 5. August 2006 im Verzug befinde und Verzugszins zu bezahlen habe. Art. 79 Abs. 1 (recte: Abs. 5) LMV halte ausdrücklich fest, dass eine verhängte Konventionalstrafe innert 30 Tagen zu zahlen sei. Das gelte auch für noch nicht in Rechtskraft erwachsene Konventionalstrafen, weshalb sich eine Partei 30 Tage nach Erhalt des Beschlusses in Verzug befinde und die Regelung von Art. 102 Abs. 2 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 OR zur Anwendung gelange (Berufung, 33 unten). Die zu bezahlende Konventionalstrafe sowie die Kontroll- und Verfahrenskosten seien daher ab dem 5. August 2006 zu verzinsen.

Der Beklagte vertritt wie die Vorinstanz (Urteil, 13 lit. g) die Auffassung, dass das Gericht bei Aussenseitern die Konventionalstrafe neu und autonom festsetze und ein Verzugszins erst ab Entstehung der Forderung, also bei rechtskräftiger Auferlegung durch das Gericht, geschuldet sei (Anschlussberufungsantwort, 8 Ziff. 10).

4.3 Diesbezüglich kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Richtig ist zwar, dass die rechtsverbindliche Durchsetzung der durch einen Gesamtarbeitsvertrag begründeten Ansprüche nur auf dem Weg der zivilprozessualen Klage möglich ist und dass bei einer gegen einen Aussenseiter gestützt auf einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag ausgefallten Sanktion das staatliche Gericht nicht an die durch die paritätische Berufskommission gefällte Sanktion gebunden ist (vgl. auch Entscheid BZ.2008.21 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 23. Juni 2008 E. 4.2 = JAR 2009 597).



Dies bezieht sich jedoch nur auf die Höhe und allenfalls die Art der Sanktion. Wenn wie im vorliegenden Fall eine Konventionalstrafe zur Diskussion steht, bedeutet es, dass das Zivilgericht die Konventionalstrafe nach freiem Ermessen bestimmen und die von der Kommission verfügte allenfalls im Rahmen von Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen kann. Die vorgängige Sanktion ist in dem Sinne nicht von Bedeutung, weil sie keinerlei Einfluss auf das Ermessen des Gerichts hat, also beispielsweise nicht nur auf Willkür überprüft werden kann. Auf die Fälligkeit - welche die Vorinstanz implizit dadurch bejaht hat, dass sie den beklagischen Rechtsvorschlag in der von der Klägerin angehobenen Betreibung in dem Umfang, in dem sie die Klage gutgeheissen hat, aufhob - oder den Verzug bleibt die gerichtliche Herabsetzung dagegen ohne Einfluss.

4.4 Gemäss Art. 79 Abs. 5 LMV ist eine verhängte Konventionalstrafe innert 30 Tagen der paritätischen Berufskommission zu zahlen. Diese Bestimmung ist allgemeinverbindlich erklärt worden und stellt dementsprechend objektives Zivilrecht dar. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedeutet dies jedoch nicht, dass hinsichtlich der Bezahlung der Konventionalstrafe respektive der Kontroll- und Verfahrenskosten ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vorliegt. Zu beachten ist jedoch, dass die Klägerin in ihrem Beschluss vom 3. Juli 2006 vom Beklagten die Zahlung der Konventionalstrafe sowie der Verfahrens- und Kontrollkosten bis am 4. August 2006 verlangte. Sie führte aus, dabei handle es sich um einen Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR, nach welchem die Forderungen mit 5 % zu verzinsen seien (kläg. act. 13, S. 21). Dies musste der Beklagte ohne Weiteres als eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR verstehen, weshalb er sich im Verzug befindet.

4.5 Der Beschluss vom 3. Juli 2006 (Montag) dürfte dem Beklagten bis spätestens am 5. Juli 2006 (Mittwoch) zugegangen sein - jedenfalls behauptet der Beklagte nichts anderes -, womit die 30-tägige Frist von Art. 79 Abs. 5 LMV spätestens am 4. August 2006 endete und sich der Beklagte seit dem 5. August 2006 im Verzug befindet. Er hat deshalb ab dem 5. August 2006 einen Verzugszins von 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR) zu bezahlen. Diesbezüglich ist die Anschlussberufung gutzuheissen.