

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 11. Mai 2021

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Verein B._____, ...,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 18. Juni 2020; Proz. FV200004**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 21'728.00 zuzüglich Zinsen zu 5% seit dem 6. Februar 2019 zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 24 S. 15)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 21'728.00 nebst Zins zu 5 % seit 6. Februar 2019 zu bezahlen.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'300.00 festgesetzt.
 3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Kostenvorschuss zu erstatten.
 4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 4'100.00 (zzgl. 7.7 % MwSt.) und zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 520.00 zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilungen / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 27 S. 2):

1. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 18. Juni 2020 (FV200004-M) sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 18. Juni 2020 (FV200004-M) vollumfänglich aufzuheben und die der Beklagten und Appellantin vom Kläger und Appellanten auferlegte Konventionalstrafe auf ein angemessenes Mass von maximal CHF 1'000.00 zu reduzieren.

3. Subeventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 18. Juni 2020 (FV200004-M) vollumfänglich aufzuheben und zur Beweisergänzung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Appellaten.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Der Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih (nachfolgend GAVP) wurde am 17. März 2011 bzw. 15. Juli 2011 zwischen dem Arbeitgeberverband C._____ einerseits und den Gewerkschaften D._____ und E._____, dem Kaufmännischen Verband Schweiz (KV Schweiz) und dem Verband Angestellte Schweiz andererseits abgeschlossen. Um die Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen gemäss Art. 357b OR sicherzustellen, wird in Art. 7 GAVP der Vollzug, die Förderung und Durchführung der berufs begleitenden Aus- und Weiterbildung und die Förderung der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes der verliehenen Arbeitnehmenden einem paritätisch zusammengesetzten Verein übertragen, wobei der Vollzug in GAV-Bereichen den dafür vorgesehenen Organen delegiert wird. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) ist das paritätische Vollzugsorgan im Sinne von Art. 7 GAVP. Die gemeinsame Umsetzung, Durchführung und Durchsetzung der Bestimmungen des GAVP obliegen im Rahmen der Bestimmungen des GAVP der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA; Art. 32 GAVP). Diese überträgt in Art. 34 GAVP den Vollzug des GAVP den Regionalen Paritätischen Berufskommissionen. Am 13. Dezember 2011 wurden einzelne Bestimmungen des GAVP vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt. Die Allgemeinverbindlicherklärung trat am 1. Januar 2012 in Kraft und galt bis zum 31. Dezember 2014 (Art. 4 Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih BRB).

1.2. Die Berufungsklägerin und Beklagte (nachfolgend Beklagte) bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Kranken- und Betagtenpflege, ... und aller damit zusammenhängenden Geschäften (act. 28/3). Sie war in der Kontrollperiode vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 im Personalverleihgewerbe tätig und unterstand dem damals gültigen GAVP. Die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih für die deutsche Schweiz (RPKD) liess im Jahr 2015 durch die F. _____ GmbH eine Lohnbuchkontrolle für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 bei der Beklagten durchführen. Der Lohnbuchkontrollbericht der F. _____ GmbH datiert vom 18. November 2015 (act. 10/2). Mit Beschluss der RPKD vom 6. Juni 2018 wurde der Beklagten wegen diverser Verstösse gegen den GAVP unter anderem eine Konventionalstrafe von Fr. 21'728.– auferlegt (act. 4/7). Diese Konventionalstrafe ist Gegenstand des vorliegenden Forderungsprozesses. Gegen den Beschluss der RPKD erhob die Beklagte am 3. Juli 2018 Rekurs bei der Rekurskommission Verein B. _____, ..., wobei sie einen Antrag auf Nichteinlassung auf das Verfahren im Sinne von Art. 359 Abs. 2 ZPO stellte (act. 4/8). Die Rekurskommission wies den Rekurs der Beklagten mit Beschluss vom 20. Dezember 2018 ab und nahm Vormerk davon, dass die Beklagte vorsorglich einen Vorbehalt der Nichteinlassung auf das Verfahren gestellt hatte (act. 4/9).

1.3. Nachdem die Geschäftsstelle Vollzug GAVP die Beklagte erfolglos aufgefordert hatte, die Konventionalstrafe zu zahlen (act. 4/5), stellte der Kläger am 22. Juli 2019 ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt G. _____ (act. 1 S. 2). Nach Ausstellung der Klagebewilligung vom 25. Oktober 2019 reichte der Kläger am 27. Januar 2020 die vorliegende Klage ohne Begründung beim Bezirksgericht Dietikon (Vorinstanz) ein (act. 2). Die Vorinstanz lud – nach zweimaliger Verschiebung – auf den 18. Juni 2020 zur Verhandlung vor und fällte gleichentags das eingangs wiedergegebene Urteil (act. 24 = act. 29). Dieses wurde den Parteien am 4. bzw. 8. Dezember 2020 in begründeter Fassung zugestellt (act. 25/1-2).

1.4. Gegen das Urteil der Vorinstanz erhob die Beklagte am 19. Januar 2021 Berufung bei der Kammer (act. 27), worauf sie mit Verfügung vom 27. Januar 2021 zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert wurde (act. 30). Dieser

ging am 3. Februar 2021 fristgerecht bei der Kammer ein (act. 32). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-25). Auf entsprechende Anfrage der Referentin teilte das Eidgenössische Finanzdepartement, Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer, am 30. März 2021 mit, dass der Kläger nicht im MWST-Register eingetragen und damit nicht mehrwertsteuerpflichtig sei (act. 33). Der Beklagten wurde gleichentags Frist angesetzt, um zu dieser Auskunft Stellung zu nehmen (act. 34). Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 8. April 2021 (act. 36). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Kläger ist mit dieser Entscheid eine Kopie der Berufungsschrift inkl. Beilagen (act. 27 und 28/1-3) und der Stellungnahme der Beklagten vom 8. April 2021 (act. 36) zuzustellen.

2. Prozessuales

2.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheids einzureichen. Die Beklagte hat die Berufung fristgerecht eingereicht. Sie stellt darin die oben aufgeführten Anträge und begründet diese. Zudem hat sie den angeforderten Kostenvorschuss bezahlt (act. 32). Auf die Berufung ist folglich – unter Vorbehalt der nachstehenden Erwägungen – einzutreten.

2.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m. Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. 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_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer. 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m. w. Hinw.; BGer. 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer. 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer. 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 57 N 22).

2.3. Nachfolgend wird auf die einzelnen, von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Rügen einzugehen und dabei auch zu prüfen sein, ob ihre Ausführungen den vorstehenden Begründungsanforderungen genügen.

3. Erwägungen der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz äusserte sich zunächst zur Frage, ob Art. 31 GAVP eine GAV-Bestimmung geldwerter oder nicht geldwerter Natur darstellt. Sie hielt dazu fest, im Beschluss der Rekurskommission vom 20. Dezember 2018 sei ein Verstoss gegen Art. 31 GAVP ausdrücklich als "ungeringfügige nichtgeldwerte Verfehlung" qualifiziert worden (mit Hinweis auf act. 4/9 S. 11). Dementsprechend könne sich der Kläger bei der Eintreibung der Konventionalstrafe nicht auf eine andere Grundlage berufen. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob Art. 38 Abs. 4 GAVP Grundlage für die Ausfällung einer Konventionalstrafe bei der Verletzung einer GAV-Bestimmung nicht geldwerter Natur sei. Art. 38 Abs. 4 Satz 1 GAVP enthalte die Begriffe "Bestimmung geldwerter Natur" und "Bestimmung nicht geldwerter Natur" nicht. Nach dem Wortlaut bleibe kein Raum für eine Beschränkung von Konventionalstrafen auf die Verletzung von Bestimmungen geldwerter Natur. In Art. 38 Abs. 4 Satz 2 GAVP würden die Kriterien für die Bemessung einer Kon-

ventionalstrafe aufgeführt, wobei die Verletzung "nicht geldwerter" GAV-Bestimmungen als strafscharfendes Kriterium aufgeführt werde. Nach dem Wortlaut der Bestimmung könne aufgrund der expliziten Erwähnung von Bestimmungen nicht geldwerter Natur nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Verletzung von Bestimmungen geldwerter Natur nach Art. 38 Abs. 4 Satz 1 GAVP nicht mittels Konventionalstrafe geahndet werden könne. Mit Blick auf die historische Auslegung hielt die Vorinstanz fest, mit dem allgemeinverbindlich erklärten GAVP würden die gleichen Zielsetzungen wie mit dem revidierten Arbeitsvermittlungsgesetz verfolgt, insbesondere die Bekämpfung der Schwarzarbeit und die Gewährleistung des Arbeitnehmerschutzes. Im Rahmen der teleologischen Auslegung führte die Vorinstanz aus, Verletzungen von GAV-Bestimmungen geldwerter Natur könnten grundsätzlich durch Individualklage des betroffenen Arbeitnehmers wieder gut gemacht werden, während Verletzungen von Bestimmungen nicht geldwerter Natur viel eher zu einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil beim betroffenen Arbeitnehmer führten. Da bei nicht geldwerten Verfehlungen das Aussprechen einer Konventionalstrafe durch die Paritätischen Organe oftmals die einzig mögliche Sanktion darstelle, sei deren praktische Bedeutung umso wichtiger. Würde eine Konventionalstrafe nach Art. 38 Abs. 4 Satz 1 GAVP für die Verletzungen von Bestimmungen nicht geldwerter Natur ausgeschlossen, würden allen GAV-Bestimmungen nicht geldwerter Natur "die Zähne gezogen" und sie würden ihres Sinnes beraubt, was nicht der Wille der GAV-Vertragsparteien gewesen sein könne. Die Vorinstanz kam aufgrund dieser Überlegungen zum Schluss, dass Art. 38 Abs. 4 Satz 1 und 2 GAVP eine Konventionalstrafe sowohl für die Verletzung von GAV-Bestimmungen geldwerter Natur wie auch von solchen nicht geldwerter Natur vorsehe (act. 29 S. 7 ff.).

3.2. Bei der Berechnung der Konventionalstrafe hielt die Vorinstanz fest, obwohl das Reglement des B._____, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend Reglement B1._____) nicht allgemeinverbindlich erklärt worden sei, sei ein Abstellen auf die darin festgelegten Kriterien nicht unangemessen. Die ausgesprochene Konventionalstrafe von Fr. 21'728.– erscheine angesichts der in Art. 38 Abs. 4 GAVP vorgesehenen Maximalstrafe von Fr. 50'000.– hoch. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass ein grosser Teil der im

Rahmen der Stichproben kontrollierten Arbeitnehmer der Beklagten nicht bzw. nicht ausreichend BVG-versichert gewesen sei. Entgegen der Darstellung der Beklagten komme es nicht darauf an, dass die restlichen, nicht kontrollierten Arbeitnehmer allesamt ordentlich BVG-versichert gewesen seien, da bei der Berechnung der Konventionalstrafe nur die tatsächlich festgestellten Verstösse berücksichtigt worden seien. Selbst wenn die Stichproben im Kontrollzeitraum statistisch nicht einwandfrei gewesen wären, sei nachgewiesen und von der Beklagten anerkannt, dass mindestens 39 Arbeitnehmer nicht korrekt versichert gewesen seien und im Invaliditätsfall keinen bzw. einen ungenügenden Versicherungsanspruch gehabt hätten. Sodann stünden die Beitragsnachtragzahlungen in der Höhe von gut Fr. 35'000.– nicht in unverhältnismässiger Relation zur Konventionalstrafe von Fr. 21'728.–. Hinsichtlich des Verschuldens der Beklagten führte die Vorinstanz aus, unbestrittenermassen sei bei der Beklagten keine systematische Vernachlässigung der Arbeitgeberpflichten festgestellt worden. Das leichte Verschulden sei bei der Berechnung der Konventionalstrafe berücksichtigt worden. Damit sei in Anwendung des Konventionalstrafenrechners von einer angemessenen Konventionalstrafe auszugehen, zumal sämtliche relevanten Kriterien, auf welche auch die Beklagte Bezug nehme, berücksichtigt worden seien. Ob der Konventionalstrafenrechner zu unangemessenen Ergebnissen führe, habe das Gericht nur mit Zurückhaltung zu prüfen, da die richterliche Herabsetzung einer Konventionalstrafe einen Eingriff in die Vertragsinhaltsfreiheit und die Vertragstreue der Parteien darstelle und grundsätzlich mit Zurückhaltung auszuüben sei (mit Hinweis auf BGer. 4A_567/2013 vom 31. März 2014 E. 5.3); vom Richter seien ausschliesslich krasse Missverhältnisse zu berücksichtigen.

3.3. Dem Einwand der Beklagten, die Konventionalstrafe sei angesichts der damals erst kürzlich erweiterten Versicherungspflicht und des entsprechend geringen Verschuldens unangemessen, hielt die Vorinstanz entgegen, in der Personalverleihbranche gehöre die Auseinandersetzung mit den aktuell geltenden arbeitsgesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen zu den elementaren Sorgfaltspflichten, so dass die Nichtbeachtung einer gerade erst eingeführten Regel grundsätzlich nicht entschuldbar sei. Mit Bezug auf das Argument der Beklagten, dass die BVG-Unterversicherung insgesamt nur 0.12 Prozent der

Lohnsumme ausgemacht habe, führte die Vorinstanz aus, es gehe nicht an, einer nicht geldwerten Verfehlung einen Geldwert beizumessen und diesen in Relation zur Lohnsumme zu setzen, um die nicht geldwerte Verfehlung als geringfügig darzustellen. Fakt sei, dass bereits die fehlende Versicherung eines einzigen Arbeitnehmers, der im Invaliditätsfall infolge GAV-widriger, fehlender Versicherung keinen Anspruch auf eine BVG-Invalidenrente habe, beim betroffenen Arbeitnehmer zu einem Schaden führen könne, der die ausgesprochene Konventionalstrafe um ein Vielfaches übersteige. Diese Überlegungen führten dazu, dass die Vorinstanz die Konventionalstrafe von Fr. 21'728.– als nicht unangemessen hoch einstufte und die Klage vollumfänglich guthiess (act. 29 S. 11 ff.).

4. Auslegung von Art. 38 Abs. 4 GAVP

4.1. Die Beklagte macht im Berufungsverfahren geltend, nach Art. 38 Abs. 4 GAVP könnten von den Kontrollorganen grundsätzlich Konventionalstrafen bis Fr. 50'000.– ausgesprochen werden. Diese würden sich nach der Höhe der vorerhaltenen geldwerten Leistungen (1), der Kontrolldauer (2) und der Anzahl der kontrollierten Arbeitnehmer (3) bemessen. Strafschärfend wirkten sich die Verletzung nicht geldwerter GAV-Bestimmungen sowie besondere Schwere bei mehrfacher Verletzung aus. Die Vorinstanz komme bei ihrer Auslegung unverständlicherweise zum Schluss, dass gestützt auf Art. 38 Abs. 4 GAVP die Auferlegung einer Konventionalstrafe auch bei Verstössen gegen GAV-Bestimmungen nicht geldwerter Art zulässig sei. Damit verstosse die Vorinstanz gegen den klaren und eindeutigen Wortlaut der besagten GAV-Bestimmung, wonach eine Konventionalstrafe nur in den genannten drei Fällen überhaupt ausgesprochen werden dürfe. Diese Aufzählung sei nach dem Wortlaut der Bestimmung abschliessend und könne daher nicht auf Fälle nicht geldwerter Verfehlungen ausgedehnt werden. Hinzu komme, dass die zitierte Bestimmung die Verletzung nicht geldwerter GAV-Bestimmungen, wozu Art. 31 GAVP nach richtiger Feststellung der Vorinstanz gehöre, ausdrücklich und somit ausschliesslich als bloss strafschärfenden Umstand nenne. Art. 38 Abs. 4 Satz 2 GAVP habe einen klaren, nicht auslegungsbedürftigen Wortlaut. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts dürfe vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur dann abgewichen werden, wenn triftige

Gründe dafür bestünden, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Vorliegend seien keine solchen triftigen Gründe ersichtlich (act. 27 Rz. 8).

4.2. Die Bestimmung von Art. 38 Abs. 4 GAVP ist allgemeinverbindlich und lautet wie folgt:

"Die SPKA oder die RPKA 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."

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Grundsätze, die bei der Auslegung von Art. 38 Abs. 4 GAVP zu berücksichtigen sind, zutreffend wiedergegeben hat (act. 29 S. 8 f.). Auch die Beklagte wendet gegen die grundsätzlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Auslegungsmethodik nichts ein. Die Beklagte vertritt die Auffassung, eine Konventionalstrafe könne nach Art. 38 Abs. 4 GAVP nur in den drei von ihr erwähnten Fällen auferlegt werden. Diese Argumentation widerspricht nicht nur dem klaren Wortlaut der Bestimmung, sondern auch den Ausführungen der Beklagten selbst. So führt sie in der Berufungsbegründung aus, die *Bemessung* der Konventionalstrafe richte sich nach den genannten drei Kriterien ("Diese bemessen sich nach ...", act. 27 Rz. 8). Bezüglich der unter Art. 38 Abs. 4 GAVP fallenden Verstöße ist der Wortlaut klar: Werden Bestimmungen des GAVP verletzt, kann eine Konventionalstrafe ausgesprochen werden. Demnach bezieht sich der Wortlaut von Art. 38 Abs. 4 GAVP auf alle Bestimmungen des GAVP; eine Eingrenzung oder Präzisierung kann dem Wortlaut nicht entnommen werden. Insbesondere kann aus den in Art. 38 Abs. 4 Satz 2 GAVP aufgeführten Kriterien für die *Bemessung* der Konventionalstrafen nichts für die von der Bestimmung erfassten GAVP-Verstöße abgeleitet werden. Wie schon von der Vorinstanz zutreffend dargelegt, kann aus dem Umstand, dass die Verletzung nicht geldwerter GAV-Bestimmungen in Art. 38 Abs. 4 Satz 2 GAVP als strafverschärfendes Element erwähnt wird, nicht der Schluss gezogen werden, dass die

Verletzung von GAV-Bestimmungen geldwerter Natur nicht mit einer Konventionalstrafe nach Art. 38 Abs. 4 Satz 1 GAVP geahndet werden können. Damit ist der Wortlaut von Art. 38 Abs. 4 Satz 1 GAVP klar, aber nicht in dem von der Beklagten geltend gemachten Sinn. Im Übrigen setzt sich die Beklagte mit den detaillierten, zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz mit Bezug auf die historische und teleologische Auslegungsmethode nicht auseinander, weshalb mit der Vorinstanz festzuhalten ist, dass Art. 38 Abs. 4 GAVP die Ausfällung einer Konventionalstrafe auch für die Verletzung nicht geldwerter Bestimmungen des GAVP vorsieht.

5. Bemessung der Konventionalstrafe

5.1. Bemessungsgrundlage

5.1.1. Die Beklagte kritisiert zunächst, der Kläger wende für die Auferlegung der Konventionalstrafe ein von ihm im Nachhinein erlassenes bzw. massgeblich geändertes Reglement vom 26. Juni 2017 an. Das Reglement des B._____, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend RegB1._____) komme vorliegend – nach zunächst richtiger, hernach in einer Kehrtwende verworfener Begründung der Vorinstanz – nicht zur Anwendung. Das Reglement aus dem Jahr 2017 könne für den massgeblichen Zeitraum gar keine Gültigkeit haben. Der Kläger habe den bestrittenen und somit nach Behauptung der Beklagten gar nichts aussagenden Inhalt des in den Jahren 2013/2014 anwendbaren Reglements rechtsgenügend zu beweisen. Dies sei nicht geschehen und könne im Rechtsmittelverfahren auch nicht mehr geheilt werden. Wenn überhaupt ein Reglement des Klägers zur Anwendung gelangen sollte, wäre es das damals geltende RegB1._____ vom 20. November 2014 (act. 27 Rz. 9 f.).

5.1.2. Richtig ist, dass die Bestimmungen, in denen im GAVP auf das RegB1._____ verwiesen wird, nicht allgemeinverbindlich erklärt wurden. Dem besagten Reglement kommt deshalb vorliegend, da es nicht von der Allgemeinverbindlicherklärung umfasst wird, keine Gesetzeskraft zu. Damit stellt die Frage, ob im konkreten Kontext auf das RegB1._____ abzustellen ist, keine von Amtes wegen zu berücksichtigende Rechtsfrage nach Art. 57 ZPO dar. Vielmehr fällt der

Inhalt des RegB1._____ unter die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO, so dass er von den Parteien im Einzelnen zu behaupten bzw. zu bestreiten ist. Die Beklagte setzt sich mit den einzelnen Kriterien gemäss RegB1._____ nicht auseinander und tut nicht dar, weshalb auf diese Kriterien für die Festlegung der Konventionalstrafe nicht abgestellt werden kann. Dies wäre im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime indessen ihre Aufgabe gewesen. Der Umstand, dass das RegB1._____ nicht allgemeinverbindlich ist, bedeutet nicht, dass die darin festgelegten Regeln den Grundsätzen des GAVP widersprechen. Soweit die Beklagte die Anwendung des RegB1._____ aufgrund des Rückwirkungsverbots für unzulässig erachtet (act. 27 Rz. 10 ff.), ist erneut festzuhalten, dass dem RegB1._____ keine Gesetzeskraft zukommt und deshalb die rechtsstaatlichen Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes nicht zum Tragen kommen. Aus den genannten Gründen kann den Argumenten der Beklagten gegen die Anwendung des besagten Reglements nicht gefolgt werden.

5.2. Geringfügige Verstösse

5.2.1. Des Weiteren wendet die Beklagte ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die 0.12 % der Lohnsumme eine Umwandlung der nicht geldwerten Verstösse in eine monetäre Grösse darstellen sollten. Im konkreten Fall würden diese 0.12 % aber effektive geldwerte Verfehlungen (z.B. Mindestlohnverletzungen) im Verhältnis zur kontrollierten Lohnsumme darstellen. Gerade die bezifferte Höhe der geldwerten Verfehlungen im Sinne von Art. 38 Abs. 4 zweiter Satz GAVP sei aber massgebend für die Bestimmung der Geringfügigkeit bzw. Nichtgeringfügigkeit der geldwerten Verletzungen, die letztlich an Art. 20 Abs. 2 lit. a AVG anknüpfe. Das Ausmass der geldwerten Verfehlungen sei für die Rechtmässigkeit der Konventionalstrafe entscheidend, da einem fehlbaren Verleiher nur bei nicht geringfügigen Verstössen die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegt werden könnten. Die Konventionalstrafe sei dabei nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages aufzuerlegen (mit Hinweis auf Art. 20 Abs. 2 AVG). Kernfrage sei also, ob die Beklagte in casu solche nicht geringfügigen Verstösse begangen habe. Dies sei klar zu verneinen. Was unter dem Terminus "nicht geringfügige Verstösse" zu verstehen sei, würden Gesetz- und Verordnungsgeber offen

lassen und sei durch Auslegung der GAV-Vollzugsorgane und Gerichte zu ermitteln. Der Kläger stelle mit seinem Reglement vom 20. November 2014 eine vorzügliche Auslegungshilfe zur Verfügung. Gemäss Anhang 1 des Reglements müsse der Anteil der Verfehlungen an der SOLL-Lohnsumme mindestens 3 % betragen. Damit lägen geldwerte Verstösse in der Höhe von 0.12 % in jedem Fall weit unter dem für die Geringfügigkeit relevanten Schwellenwert (act. 27 Rz. 11).

5.2.2. Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, BVG-Verstösse im Umfang von 0.12 % der Lohnsumme seien als geringfügig zu bezeichnen (Prot. Vi S. 16). Die Vorinstanz wies diesbezüglich in der Urteilsbegründung darauf hin, dass der Beklagten GAV-Verfehlungen nicht geldwerter Natur vorzuwerfen seien und es deshalb nicht angehe, den Verfehlungen nicht geldwerter Natur einen Geldwert beizumessen und diesen im Verhältnis zur Lohnsumme als geringfügig zu bezeichnen (act. 29 S. 13). Wenn die Beklagte in ihrer Berufung vorträgt, im konkreten Fall würden diese 0.12 % aber effektive geldwerte Verfehlungen im Verhältnis zur kontrollierten Lohnsumme darstellen und die bezifferte Höhe der geldwerten Verfehlungen im Sinne von Art. 38 Abs. 4 zweiter Satz GAVP sei massgebend für die Bestimmung der Geringfügigkeit der geldwerten Verletzungen nach Art. 20 Abs. 2 lit. a AVG, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch die Beklagte geht davon aus, dass in ihrem Fall mit der Verletzung von Art. 31 GAVP eine Verfehlung nicht geldwerter Natur vorliegt (Prot. Vi S. 23; act. 27 Rz. 8). Wie erwähnt, fallen auch GAV-Verletzungen nicht geldwerter Natur unter Art. 38 Abs. 4 GAVP. Für die Frage, ob GAV-Verletzungen nicht geldwerter Natur geringfügige oder nicht geringfügige Verstösse darstellen, kann es folglich mit der Vorinstanz nicht auf das Verhältnis des GAV-Verstosses zur Lohnsumme (oder SOLL-Lohnsumme) ankommen. Entsprechend kann es bei GAV-Verfehlungen nicht geldwerter Natur nicht massgeblich sein, in welchem Umfang den nicht geldwerten Verfehlungen ein geldwerter Anteil zukommt. Den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz ist beizupflichten, die von der Beklagten geltend gemachte Kritik überzeugt nicht. Ihre übrigen Vorbringen (act. 27 Rz. 11) macht die Beklagte im Berufungsverfahren erstmals und damit verspätet geltend, weshalb sich diesbezüglich mit Blick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO Weiterungen erübrigen.

5.3. Kriterien zur Bemessung von Konventionalstrafen

5.3.1. Weiter macht die Beklagte geltend, wenn eine Konventionalstrafe geschuldet wäre, so wären allgemeine Grundsätze, insbesondere jene, wie sie im Strafrecht entwickelt worden seien, heranzuziehen. Auch der Kläger halte fest, dass sie lediglich ein leichtes Verschulden treffe, was nach ihrer Auffassung ganz entscheidend für die Strafzumessung sei. Die ausgesprochene Strafe von Fr. 21'728.– entspreche 44 % der maximal überhaupt zulässigen Strafe von Fr. 50'000.– gemäss Art. 38 Abs. 4 GAVP. Dieser Betrag entspreche einem mittleren bis schweren Verschulden, was in krassem Widerspruch zur eigenen Feststellung des Klägers stehe. Bedenke man, dass die Maximalstrafe auch strafscharfende Umstände wie beispielsweise Tatwiederholung, hoher Schaden, mangelnde Mitwirkung, Verschleierungshandlungen und Uneinsichtigkeit des Täters etc. berücksichtigen bzw. miteinschliessen müsse, welche in casu allesamt nicht vorlägen, sei ein solches Strafmass überhaupt nicht zu vertreten bzw. völlig übertrieben und unverhältnismässig. Zudem seien die weiteren Umstände des Einzelfalls strafmildernd zu berücksichtigen, wie erstmalige Verfehlungen, sofortige organisatorische Massnahmen zur Vermeidung künftiger Verfehlungen, gute Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung durch die F. _____ GmbH, Vertrauen auf Zulässigkeit des damaligen Versicherungsmodells der Allianz Versicherungen, nachträgliche Wiedergutmachung der Verfehlungen, kein Schaden bzw. nur geringfügiges Risiko. Der Zweck der Konventionalstrafe sei es, fehlbare Arbeitgeber von künftigen Vertragsverletzungen abzuhalten, dies sei in casu aber nicht nötig. Zudem seien zwischen dem Kontrollbericht der F. _____ vom 17. September 2015 und dem Beschluss des Klägers vom 15. Juni 2018 33 Monate vergangen. Die sehr lange, vom Kläger zu vertretende Verfahrensdauer sei strafmildernd zu berücksichtigen. In Würdigung ihres geringfügigen Verschuldens und der zahlreichen strafmildernden Umstände sei höchstens eine Konventionalstrafe von Fr. 1'000.– angemessen (act. 27 Rz. 12). Die Vorinstanz habe sich, abgesehen vom geringen Verschulden sowie der erstmaligen Tatbegehung, überhaupt nicht mit den vorstehenden Strafzumessungskriterien befasst, obwohl sie in ihren Plädoyers entsprechende Behauptungen vorgebracht und Beweismittel offeriert habe (act. 27 Rz. 13 mit Verweis auf act. 22 S. 4, 5 und Prot. Vi S. 17 und 23 f.).

5.3.2. Die von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Argumente und Bemessungskriterien sind mehrheitlich neu. An der von ihr angegebenen Stelle in der Klageantwort stützte sie die Reduktion der Konventionalstrafe lediglich auf folgende drei Umstände: Der Zeitpunkt der Kontrollperiode liege kurz nach Inkrafttreten des GAVP; sie habe sich auf das BVG-Versicherungsmodell der Allianz verlassen und die BVG-Verfehlungen seien nachträglich wieder gut gemacht worden, was teilweise aufwändig und bei einigen wenigen Mitarbeitern aufgrund der langen Verfahrensdauer nicht mehr möglich gewesen sei (Prot. VI S. 13, 17, act. 22 S. 4, 5, insbes. Rz. 8). Alle übrigen, von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Kriterien stellen Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar, welche nicht berücksichtigt werden können.

5.3.3. Im Zusammenhang mit der richterlichen Überprüfung von Konventionalstrafen haben sich in der Praxis des Bundesgerichts verschiedene Beurteilungskriterien herausgebildet. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen deren Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, im Zeitpunkt der Vertragsverletzung ein krasses Missverhältnis besteht. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbesondere die Art und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Als Indiz des Übermasses kommt der höchstmögliche Schaden in Betracht; der effektiv eingetretene Schaden ist hingegen nicht massgebend (BGE 133 III 201 E. 5.2., BGer. 4A_107/2011 vom 25. August 2011 E. 3.1.).

5.3.4. Hinsichtlich des Verschuldens der Beklagten hielt die Vorinstanz fest, es sei keine systematische Vernachlässigung der Arbeitgeberpflichten festgestellt worden und das leichte Verschulden der Beklagten sei bei der Berechnung der Konventionalstrafe durch den Kläger entsprechend berücksichtigt worden. Richtig ist, dass die Vorinstanz dabei nicht explizit auf den Umstand einging, dass sich die Beklagte auf ein BVG-Versicherungsmodell der Allianz Versicherungen verlassen hatte. Da die Vorinstanz der Beklagten indessen ein leichtes Verschulden attes-

tierte, hätte diese Fahrlässigkeit an ihrem Verschulden und folglich an der Bemessung der Konventionalstrafe nichts geändert. Die festgelegte Konventionalstrafe liegt zwar nicht mehr im untersten Drittel der Bandbreite, aber klar unterhalb der Hälfte der Bandbreite (Fr. 25'000.–). Der Betrag entspricht – unabhängig von den übrigen Bemessungskriterien – einem leichten bis mittleren Verschulden. Keine Stellung nimmt die Beklagte zum offenbar üblichen Ansatz von Fr. 500.– pro betroffenem Mitarbeiter für eine BVG-Verfehlung, obwohl die daraus resultierende Summe die Höhe der Konventionalstrafe im vorliegenden Fall massgeblich bestimmt. Es blieb unbestritten, dass keine zeitnahe Wiedergutmachung durch die Beklagte erfolgte (act. 4/7), weshalb im Ergebnis diesbezüglich zu Recht keine Reduktion der Konventionalstrafe vorgenommen wurde. Ergänzend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Umstand, dass die Kontrollperiode einen Zeitraum kurz nach dem Inkrafttreten des GAVP am 1. Januar 2012 betraf, nicht als entschuldigbar und verschuldensmindernd wertete (vgl. act. 29 S. 13). Darauf geht die Beklagte in der Berufung nicht mehr ein, weshalb es auch diesbezüglich beim Entscheid der Vorinstanz bleibt. Somit ändern die Vorbringen der Beklagten im Ergebnis nichts an der vorinstanzlichen Schlussfolgerung, wonach die Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 21'728.– nicht als unangemessen hoch anzusehen, sondern mit Recht und Billigkeit zu vereinbaren ist. Dies führt zur Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist.

5.4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.4.1. Die Beklagte macht mit Bezug auf die dem Kläger im erstinstanzlichen Verfahren zugesprochene Parteientschädigung geltend, sie habe dessen Mehrwertsteuerpflicht in Zweifel gezogen und somit bestritten. Damit wäre der Kläger zur Begründung und Belegung seiner Mehrwertsteuerpflicht verpflichtet gewesen. Da weder das Eine noch das Andere geschehen und auch nicht, wie von ihr beantragt, vorinstanzlich geprüft worden sei, wäre die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen gewesen (act. 27 Rz. 14).

5.4.2. Die Beklagte gab im erstinstanzlichen Verfahren zu Protokoll, sollte der Kläger nicht mehrwertsteuerpflichtig sein, was zu prüfen wäre, dann wäre keine Mehrwertsteuer geschuldet (Prot. Vi S. 13). Diese Äusserung ist nach Treu und

Glauben so zu verstehen, dass der Mehrwertsteuerzuschlag zur Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren strittig war (Prot. VI S. 6, act. 20 S. 1; Prot. VI S. 13). Die Vorinstanz traf diesbezüglich keine Abklärungen, was gestützt auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 im Berufungsverfahren nachzuholen ist. Gemäss Auskunft der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 30. März 2021 ist der Kläger nicht mehrwertsteuerpflichtig (act. 33). In ihrer Stellungnahme vom 8. April 2021 hält die Beklagte fest, die besagte Auskunft belege, dass der Kläger nicht der Mehrwertsteuerpflicht unterliege. Damit entfalle die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlages; Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils erweise sich in diesem Punkt als unrichtig und sei daher abhängig vom Verfahrensausgang unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers aufzuheben (act. 36).

5.4.3. Nach dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (nachfolgend Kreisschreiben) ist einer Partei bei anwaltlicher Vertretung ein Mehrwertsteuerzuschlag zur Parteientschädigung zuzusprechen, wenn sie einen solchen beantragt und die Gegenpartei diesem Antrag nicht opponiert (Ziff. 2.1.1 Aufzählungspunkt 3 Kreisschreiben). Ist eine anwaltlich vertretene Partei nicht selber mehrwertsteuerpflichtig, ist ihr auf Antrag ohne weiteres ein Mehrwertsteuerzuschlag durch Erhöhung der Parteientschädigung um den aktuellen Satz der Mehrwertsteuer zuzusprechen, wenn ihr Anwalt mehrwertsteuerpflichtig ist (Ziff. 2.1.1 Aufzählungspunkt 6 Kreisschreiben).

5.4.4. Die Mehrwertsteuerpflicht des klägerischen Rechtsvertreters ist vorliegend unbestritten. Da der Kläger selbst nicht mehrwertsteuerpflichtig ist und im erstinstanzlichen Verfahren einen Antrag um Zusprechung eines Mehrwertsteuerzuschlages zur Parteientschädigung gestellt hat (Prot. VI S. 6, act. 20 S. 1), ist ihm gestützt auf das Kreisschreiben ein Mehrwertsteuerzuschlag in der Höhe des aktuellen Satzes von 7.7 % zuzusprechen. Die Festsetzung der Parteientschädigung durch die Vorinstanz ist somit im Ergebnis zu bestätigen.

5.4.5. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beklagte auch im Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 21'728.– ist die Entscheidegebühr auf Fr 3'290.– festzusetzen (§§ 12 Abs. 1

und 2 i.V.m. 4 Abs. 1 GebV OG). Die Entscheidgebühr ist mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

5.4.6. Parteienschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen; der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 18. Juni 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'290.– festgesetzt. Sie wird der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage der Doppel der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 27 und 28/1-3) und der Stellungnahme vom 8. April 2021 (act. 36), sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'728.—.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: