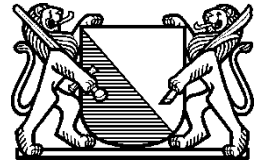


Bezirksgericht Zürich

10. Abteilung - Einzelgericht



Geschäfts-Nr. FV180201-L/U

Mitwirkend: Vizepräsident lic. iur. Th. M. Meyer
Gerichtsschreiberin MLaw Z. Heiduschke

Urteil vom 24. April 2020

in Sachen

Paritätische Landeskommission (PLK) im A._____gewerbe,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Klägerin

(act. 17)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin
- a. Lohnbuchkontrollkosten von Fr. 9'962.45 nebst Zins zu 5% seit dem 19. Juni 2017 zu bezahlen;
 - b. Verfahrenskosten von Fr. 500.00 nebst Zins zu 5% seit dem 19. Juni 2017 zu bezahlen;
 - c. sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 8'340.00 nebst Zins zu 5% seit dem 19. Juni 2017 zu bezahlen.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 (Zahlungsbefehl vom 21. März 2018) im Umfang der gutgeheissenen Klageforderung die Rechtsöffnung zu erteilen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten

(act. 27)

- " 1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter vollständiger Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zulasten der Klägerin."

Erwägungen:

I.

(Prozessgeschichte)

Die vorliegende Klage im vereinfachten Verfahren wurde am 1. Oktober 2018 unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Kreise 3 und 9 der Stadt Zürich beim Bezirksgericht Zürich eingereicht (act. 1 und act. 2). Den ihr mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 auferlegte Kostenvorschuss entrichtete die Klägerin fristgerecht (act. 8 und act. 12). Auf den 23. Januar 2019 wurden

die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 13/1-4). Anlässlich dieser Verhandlung erstattete die Klägerin die Klagebegründung (Prot. S. 5; act. 17). Angesichts des Umfangs der klägerischen Vorbringen und der dazu eingereichten Unterlagen wurde den Parteien nach dem ersten Parteivortrag der Wechsel in das schriftliche Verfahren in Aussicht gestellt (Prot. S. 5). Seitens der Beklagten wurde zudem die Frage nach der gehörigen Bevollmächtigung des Rechtsvertreters der Klägerin aufgeworfen (Prot. S. 6). Mit Verfügung vom 28. Januar 2019 wurde der Klägerin daher zuerst Frist zur Einreichung sämtlicher Beweismittel für eine gültige Mandatierung des für sie auftretenden Rechtsanwaltes angesetzt (act. 19). Aufforderungsgemäss reichte die Klägerin mit Eingabe vom 8. Februar 2019 innert erstreckter Frist die eine gültige Mandatierung belegenden Unterlagen ein (act. 23; act. 24/1a-1d). Der Beklagten wurde mit Verfügung vom 12. Februar 2019 Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Eingabe betreffend gültige Mandatierung und zur Klagebegründung angesetzt (act. 25). Mit Eingabe vom 4. März 2019 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme ein, in welcher sie Abweisung der Klage und in prozessualer Hinsicht beantragen liess, es sei das Verfahren auf die Frage zu beschränken, ob die Klägerin nicht auch eine Feststellungsklage gemäss Art. 357b Abs. 1 lit. a OR hätte erheben müssen (act. 27). Ferner stellte die Beklagte zahlreiche Editionsanträge (act. 27 S. 2). Mit Verfügung vom 8. April 2019 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist angesetzt, um sich schriftlich zur Stellungnahme der Beklagten zu äussern (act. 29). Nachdem die Klägerin sich zunächst mit Eingabe vom 16. April 2019 zu prozessualen Anträgen vernehmen liess (act. 31), erstattete sie mit Eingabe vom 17. Juni 2019 die Replik (act. 35). Der Beklagten wurde daraufhin mit Verfügung vom 2. Juli 2019 Frist zur Einreichung der schriftlichen Duplik angesetzt (act. 37). Die Duplik der Beklagten ging am 18. September 2019 hierorts ein (act. 41). In der Folge wurden die Parteien auf den 24. Januar 2020 zu einer Instruktionsverhandlung vorgeladen (act. 47/1-4). Da beide Parteien im Nachgang der Vorladung die Zweckmässigkeit einer Instruktionsverhandlung in Frage stellten (act. 46; act. 48; act. 49), wurde den Parteien mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 die Ladung zur Instruktionsverhandlung abgenommen und stattdessen für den gleichen Termin die mündliche Hauptverhandlung

angesetzt (act. 50). Anlässlich der am 24. Januar 2020 durchgeführten Hauptverhandlung erstatteten beide Parteien schliesslich abschliessend je zwei mündliche Parteivorträge (Prot. S. 13-34).

II. (Prozessuales)

1. Aufgrund des Streitwerts der vorliegenden Klage von weniger als Fr. 30'000.– kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Aus Art. 243 Abs. 3 ZPO, wonach das vereinfachte Verfahren vor Handelsgericht nicht zur Anwendung gelangt, folgert das Bundesgericht im Umkehrschluss, dass Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren nie eine Handelssache darstellen können (BGE 139 III 457, E. 4.4.3). Damit ist für den vorliegenden Fall das Handelsgericht mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO für die Behandlung des Falles sachlich nicht zuständig. Hinzu kommt, dass im Kanton Zürich ein Mindeststreitwert von Fr. 30'000.– erforderlich ist für die Zuständigkeit des Handelsgerichts (§ 44 lit. b GOG). Obwohl das Bundesgericht den Begriff der Handelssache nach Art. 6 ZPO ausdehnend interpretiert und auch auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit bezieht, lässt es eine solche Streitwertgrenze des kantonalen Rechts unter Berufung auf die Materialien als einzige Ausnahme zu (dazu BGE 140 III 158, E. 4.3, BGE 140 III 550, E. 2.3; Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7261 u.). Das Arbeitsgericht ist vorliegend sachlich ebenfalls nicht zuständig. § 20 GOG bestimmt abschliessend, wann das Arbeitsgericht erstinstanzlich zum Zuge kommt. Vorliegend trifft keine der Varianten des in § 20 lit. a bis e GOG vorgegebenen Katalogs zu. Somit ist das Einzelgericht als Zivilgericht gemäss § 24 lit. a GOG sachlich zuständig. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit handelt es sich vorliegend um eine Streitigkeit zwischen einem paritätischen Organ und einem Personalverleih- bzw. Personalvermittlungsbetrieb. Der Sitz der Beklagten befindet sich gemäss Handelsregistrauszug in Zürich (act. 4/3). Gemäss Art. 10 Abs. 1 ZPO gelangt der allgemeine Gerichtsstand zur Anwendung (Sitz der Beklagten), womit die örtliche Zuständigkeit in Zürich liegt.

2.1 Beide Parteien rügen in ihren Vorträgen, dass ihr Recht auf Äusserung verletzt worden sei (act. 31 S. 1 f.; act. 35 S. 2 f.; act. 58 S. 3). Die Parteien eines Gerichtsverfahrens haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 54 Abs. 1 ZPO). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Klärung des Sachverhaltes, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Recht auf Mitwirkung beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht der betroffenen Partei, sich vor Erlass eines sie belastenden Entscheides zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können, wenn dieses geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen (BGE 142 I 89, E. 2.2; BGE 135 I 190, E. 2.2 mit Hinweis). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht: BGE 133 I 99, E. 2.1). Das Replikrecht hängt nicht von der Entscheidungsrelevanz der Eingaben ab (BGE 138 I 157, E. 2.3.3). Mit einem Teilaspekt des rechtlichen Gehörs befasst sich Art. 229 ZPO, der das Novenrecht der Parteien regelt. Die Bestimmung von Art. 229 ZPO will sicherstellen, dass sich jede Partei grundsätzlich zweimal unbeschränkt äussern kann, entweder im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels oder eines einfachen Schriftenwechsels mit anschliessender Instruktionsverhandlung oder eines einfachen Schriftenwechsels und den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung (vgl. BGE 140 III 314, E. 6.3.2.3). Dieser Grundsatz gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sinngemäss auch im vereinfachten Verfahren (BGE 144 III 117, E. 2.2; BGE 140 III 452 f., E. 3.2).

2.2 Die Beklagte machte geltend, ihr sei das umfassende Äusserungsrecht verweigert worden (act. 31 S. 1 f.). Mit Verfügung vom 12. Februar 2019 wurde der Beklagten unter anderem Frist angesetzt, um eine schriftliche Stellungnahme zur mündlich vorgetragenen Klagebegründung einzureichen (act. 25). Daraufhin reichte die Beklagte mit Eingabe vom 4. März 2019 eine Stellungnahme ein, die

sich im Wesentlichen auf das Stellen und Begründen diverser Prozessanträge beschränkte (act. 27). Der Beklagten musste aufgrund der vorangegangenen Verfügung indessen bewusst sein, dass von ihr eine Klageantwort im Sinne einer materiellen Stellungnahme zur Sach- und Rechtslage erwartet wurde, was sie wohl auch erkannt hat, stellte sie doch auch das materielle Rechtsbegehren auf Abweisung der Klage (act. 27 S. 2). Die Beklagte hätte folglich hinreichend Anlass und Gelegenheit gehabt, sich auch inhaltlich zu den Vorbringen in der Klagebegründung zu äussern. Es war der Beklagten selbstverständlich unbenommen, im Rahmen ihrer Prozessstrategie auf materielle Ausführungen in der Stellungnahme vom 4. März 2019 zu verzichten. Im Gegenzug kann sie sich nach Anordnung des zweiten Schriftenwechsels (act. 29) nicht darüber beschweren, ihr sei das Recht entgangen, sich vollumfänglich zur Klageschrift zu äussern, und das gerichtliche Vorgehen führe dazu, dass sie "einen Schriftenwechsel verliere" (act. 31). In ihrer Duplik schrift äusserte sich die Beklagte umfassend zum Streitgegenstand (act. 41). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Januar 2020 wurde den Parteien sodann je zwei Parteivorträge gewährt und zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt, jeweils neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzutragen und zu den von der Gegenpartei erhobenen Noven Stellung zu nehmen (Prot. S. 13). Wie die entsprechenden Ausführungen zeigen (Prot. S. 13 ff.; act. 58; Prot. S. 14 ff.; Prot. S. 28 ff.; Prot. S. 31 ff.), haben beide Parteien davon ausführlich Gebrauch gemacht. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass der Klägerin keinerlei Nachteil daraus erwuchs, dass die Beklagte sich erstmals in der Duplik materiell zur Sache geäußert hat. Entgegen ihren Befürchtungen (act. 45; act. 58 S. 1 und S. 3; vgl. auch act. 35 S. 2) ist der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit gewahrt.

2.3 Zusammenfassend konnten beide Parteien mehrfach Stellung nehmen zu allem, was von der Gegenpartei vorgebracht wurde und bei den Akten liegt und damit Grundlage des gerichtlichen Entscheides sein könnte. Mithin haben beide Parteien sich im Verlauf des Verfahrens mindestens zweimal unbeschränkt zu allen Tat- wie auch zu allen Rechtsfragen äussern können. Insbesondere konnten sich beide Parteien in analoger Anwendung von Art. 229 ZPO uneingeschränkt zu von der Gegenpartei jeweils neu vorgebrachten Behauptungen äussern. Weder das Äusserungsrecht der Klägerin noch dasjenige der Beklagten wurden verkürzt. Der

Anspruch auf rechtliches Gehör wurde hinreichend gewahrt und eine Verletzung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit liegt nicht vor. Folglich sind die prozessualen Einwände der Parteien unbegründet.

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Wie sich aus dem Umfang der Rechtsschriften ergibt, haben die Parteien aufwändig prozessiert. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erfordert nicht, dass sich das Gericht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Argument auseinandersetzen muss; vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 139 IV 182, E. 2.2; BGE 141 III 41, E. 3.2.4; BGE 141 IV 253, E. 1.3.1). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht, einen Entscheid so abzufassen, dass die Parteien ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Daher müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich sein Entscheid stützt. Um den Vorgaben von Art. 29 Abs. 2 BV zu genügen, muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des angefochtenen Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Partei berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (zum Ganzen: BGE 145 III 326, E. 6.1; BGE 143 III 70 f., E. 5.2 S. 70 f., je mit Hinweisen). In diesem Sinne ist auf die Parteivorbringen nur insofern einzugehen, als es zur Entscheidungsfindung notwendig erscheint. Die zahlreichen Beweis- und Editionsanträge der Parteien werden im jeweiligen Sachzusammenhang zu erörtern sein.

III. (Materielle Beurteilung)

A. *Parteien und Prozessgegenstand*

1. Die Klägerin ist das in der Form eines Vereins nach Art. 60 ff. ZGB organisierte paritätische Vollzugsorgan im Sinne von Art. 357b OR des Gesamtarbeitsvertrages für A._____-gewerbe (act. 4/19; act. 4/2 [nachfolgend GAV A._____-gewerbe]). Gemäss Statuten bezweckt die Klägerin die Zusammenarbeit der GAV-Vertragsparteien und den Vollzug des GAV in der GAV A._____-branche (act. 4/2 "Art. 2 Zweck/Kompetenzen"). Vereinsmitglieder sind die Vertreter von C._____[Anstalt], Verband D._____-firmen für ... [Zweck] sowie die Gewerkschaft UNIA (act. 4/2 "Art. 3 Mitglieder"). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und bezweckt die Vermittlung und den Verleih von festangestelltem und temporärem Personal, die Kaderselektion, die Personalberatung sowie die Erbringung von damit zusammenhängenden weiteren Dienstleistungen (act. 4/3).

2. Die Klägerin liess bei der Beklagten durch die E._____-AG für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis 31. August 2016 eine Lohnbuchkontrolle durchführen. Gestützt auf den von der E._____-AG am 22. November 2016 erstatteten Kontrollbericht (act. 4/6) entschied der Ausschuss der Klägerin (PLK-Ausschuss) am 1. Februar 2017, dass die Beklagte Lohnnachzahlungen in der Höhe von Fr. 27'806.25 zu erbringen, die Kosten der Lohnbuchkontrolle in der Höhe von Fr. 9'962.45 und Verfahrenskosten von Fr. 500.– zu tragen sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 8'340.– zu bezahlen habe (act. 4/10). Dagegen rekurrierte die Beklagte erfolglos auf dem verbandsinternen Instanzenzug (act. 4/13 und act. 4/15). Gegen die von der Klägerin daraufhin eingeleitete Betreuung erhob die Beklagte Rechtsvorschlag, das Rechtsöffnungsbegehren der Klägerin wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 29. Mai 2018 abgewiesen (act. 42/2). Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung der Kosten für die durchgeführte Lohnbuchkontrolle und ihr Verfahren sowie die Bezahlung einer Konventionalstrafe.

B. GAV A._____-gewerbe und Allgemeinverbindlicherklärung

1. Die Klägerin begründet die klageweise geltend gemachten Ansprüche mit Verletzungen von Bestimmungen des GAV A._____-gewerbe. Konkret werden

Verstösse gegen Bestimmungen über die Arbeitszeiten und über Löhne bzw. Lohnzuschläge geltend gemacht (act. 17 S. 8 ff.). Nach Gesetz handelt es sich bei einem Gesamtarbeitsvertrag um eine Vereinbarung zwischen Arbeitgebern oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbänden zur Regelung der einzelnen Arbeitsverhältnisse (Art. 356 Abs. 1 OR). Der GAV A._____-gewerbe wurde im November 2013 zwischen dem Verband D._____-firmen für[Zweck] (C._____[Anstalt]) und der Gewerkschaft UNIA abgeschlossen. Gemäss seinem Art. 2.1 dient der GAV A._____-gewerbe dem Zweck, eine für alle beteiligten Vertragsparteien fortschrittliche Arbeitsordnung zu erreichen und dadurch den Arbeitsfrieden zu gewährleisten, die gute Zusammenarbeit der Vertragsparteien und der Vertragsunterstellten im gesamten Gewerbebereich der A._____-branche weiter zu entwickeln und den GAV im Sinne von Art 357b OR gemeinsam anzuwenden. Der GAV A._____-gewerbe enthält in seinen Bestimmungen und Anhängen insbesondere Regelungen über Arbeitszeiten, Ferien und Feiertage (Art. 28 ff.) sowie über Löhne und Lohnzuschläge (Art. 40 ff.). Der GAV A._____-gewerbe gilt im Wesentlichen für alle Arbeitgeber, die mit der Ausführung von Arbeiten im Bereich von ... beschäftigt sind (Art. 3.2 "betrieblicher Geltungsbereich") und – ungeachtet ihrer Arbeit und der Art der Entlohnung – für alle Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen inkl. Teilzeitbeschäftigte, welche in solchen Betrieben arbeiten (Art. 3.3 "persönlicher Geltungsbereich"). Der GAV A._____-gewerbe ist ein sogenannter Branchenvertrag mit überregionaler Geltung.

2.1 Nach Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311; AVEG) kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Erstreckt sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet mehrerer Kantone, so wird sie vom Bundesrat angeordnet (Art. 7 Abs. 1 AVEG). Gestützt auf diese Zuständigkeitsnorm hat der Bundesrat zahlreiche Bestimmungen des GAV A._____-gewerbe mit Beschluss vom tt.mm.

2014 für allgemeinverbindlich erklärt (Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das A._____-gewerbe [SR 221.215.311] = Anhang 8.1 zum Gesamtarbeitsvertrag [nachfolgend AVE GAV]). Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages hat zur Folge, dass die Vertragsbindung eines (zwischen Verbänden abgeschlossenen) Gesamtarbeitsvertrages auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt wird, die weder durch Verbandsmitgliedschaft noch durch Anschluss am Vertrag beteiligt sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 AVEG).

2.2 Der Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das A._____-gewerbe trat am tt.mm.2014 in Kraft und galt ursprünglich bis zum tt.mm.2017 (Art. 5 Abs. 2 AVE GAV). Der von der Klägerin zum Beleg von Verletzungen des GAV A._____-gewerbe angeführte Kontrollbericht umfasst die Zeitperiode vom 1. Januar 2013 bis zum 31. August 2016 (act. 4/6). Es blieb allseits unbestritten, dass der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für behauptete Verletzungen vor dem tt.mm.2014 nicht massgebend sein kann (act. 41 S. 6; act. 58 S. 58; Prot. S. 19). Der Frage nach dem intertemporal anwendbaren Recht braucht hier aber nicht weiter nachgegangen zu werden, da die im Kontrollbericht beanstandeten Verfehlungen allesamt zu einem Zeitpunkt vorgefallen sein sollen, in welchem die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV A._____-gewerbe bereits in Kraft war. Der Kontrollbericht der E._____-AG vom 22. November 2016 hält ausdrücklich fest, dass in den Jahren 2013 und 2014 keine Einsätze von Arbeitnehmern erfolgt seien, die unter den GAV A._____-gewerbe fallen würden (act. 4/6 S. 5). Gemäss der Analyse der E._____-AG wurde lediglich ein Einsatzbetrieb als dem GAV A._____-gewerbe unterstellt bezeichnet, zu welchem Mitarbeitende seit März 2015 verliehen worden seien (act. 4/6 S. 3). Aus der von der Kontrollstelle verfassten tabellarischen Übersicht der festgestellten Verstösse ergibt sich sodann im Einzelnen, dass die bemängelten Arbeitseinsätze alle in den Jahren 2015 und 2016 stattgefunden haben (act. 4/6 Anhang "Geprüfte Mitarbeiter: Einsätze mit Verstössen"). Im Übrigen hat die Klägerin zutreffend darauf hingewiesen (act. 58 S. 3), dass nicht näher dargelegt wurde, inwiefern eine frühere Fassung des Gesamtarbeitsvertrages in Bezug

auf die vorliegend relevanten Bestimmungen inhaltlich abweichen würden von der per tt.mm.2014 allgemeinverbindlich erklärten Fassung des Gesamtarbeitsvertrages.

C. Gemeinsame Durchführung des GAV A. _____-gewerbe (Art. 357b OR) und Klagelegitimation der Klägerin

1. Die von der Klägerin beantragte gerichtliche Durchsetzung von Kontroll- und Verfahrenskosten sowie der Konventionalstrafe erfolgt im Rahmen der gemeinsamen Durchführung des GAV A. _____-gewerbe. Mit der sogenannten gemeinsamen Durchführung sollte den Parteien eines Gesamtarbeitsvertrages die Möglichkeit gegeben werden, als Vertragsgemeinschaft direkt gegen die vertragsunterstellten Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zur Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen vorzugehen (Häberli, Kommentar zu Art. 357b OR, in: Andermatt et. al., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 266; BSK OR I-Portmann/Rudolph, N 1 zu Art. 357b OR). Die Vertragsparteien des GAV A. _____-gewerbe vereinbarten im Sinne von Art. 357b OR, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf die Einhaltung des GAV gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht, wobei sie bei der Geltendmachung durch die Klägerin und die von ihr bestellten Organe vertreten werden (Art. 4.11 GAV A. _____-gewerbe). Auch gemäss Art. 11.1 AVE GAV sicherten sich die Vertragsparteien eine konsequente Durchführung im Sinne von Art. 357b OR zu und bestellten die Klägerin als Organ zur Durchführung des Gesamtarbeitsvertrages. Gemäss Art. 20 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11; Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG]) werden auch Personalverleihbetriebe insoweit der direkten Kontrolle durch die Klägerin unterstellt, als sie Arbeitnehmende in Betriebe verleihen, die dem GAV A. _____-gewerbe unterstellt sind. Die Klägerin als paritätisches Organ des GAV A. _____-gewerbe ist damit zur Durchsetzung von Ansprüchen aus der gemeinsamen Durchführung auch gegen die Beklagte legitimiert, was insoweit allseits unbestritten ist.

2. Der Inhalt eines der GAV-Vertragsgemeinschaft zustehenden Anspruchs gegenüber den einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ist gesetzlich begrenzt.

Gemäss Art. 357b Abs. 1 OR können die Vertragsparteien in einem zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht, soweit es sich um die folgenden Gegenstände handelt:

- Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wobei der Anspruch nur auf Feststellung geht (lit. a);
- Beiträge an Ausgleichskassen und andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen, Vertretung der Arbeitnehmer in den Betrieben und Wahrung des Arbeitsfriedens (lit. b)
- Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen in Bezug auf Bestimmungen gemäss Buchstaben a und b (lit. c).

Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren Kontroll- und Verfahrenskosten sowie eine Konventionalstrafe geltend. Nach Art. 357b Abs. 1 lit. c OR sind dies mögliche Anspruchsinhalte. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es zulässig, die Durchsetzung solcher Ansprüche – wie im GAV A._____-gewerbe geschehen – an die für die gemeinsame Durchführung bestimmten Organe zu übertragen (BGE 134 III 546, E. 4.3; BGE 140 III 397 f., E. 2.3). Die Aktivlegitimation der Klägerin ist hinsichtlich sämtlicher dieser Ansprüche zu bejahen, welche die Klägerin in Form einer Leistungsklage geltend macht. Art. 357b Abs. 1 lit. c OR räumt der Klägerin denn auch ein direktes Forderungsrecht ein.

3.1 Nach Ansicht der Beklagten musste vorliegende Klage bereits deshalb abgewiesen werden, weil die Klägerin die vorliegende Leistungsklage nicht mit einer Klage auf Feststellung einer GAV-Verletzung verbunden habe. Sie bringt vor, dass die Feststellungsklage eine zwingende und notwendige Grundlage der nun erhobenen Forderungsklage sei, weil die eingeklagte Forderung nur bei einer Verletzung des GAV geschuldet sei. Art. 357b Abs. 1 lit. c OR nehme ausdrücklich Bezug auf die Feststellungsklage gemäss lit. a dieser Bestimmung. Die Klägerin dürfe deshalb nicht auf eine Feststellungsklage verzichten. Ein solcher Verzicht

verstoße auch gegen Treu und Glauben, werde doch die zentrale Frage der materiellen Verletzung von GAV-Vorschriften zum prozessualen Nebenschauplatz, um das Kostenrisiko tief zu halten. Die Ansprüche auf Feststellung und auf Leistung müssten gemeinsam eingeklagt werden, weil es wirtschaftlich dasselbe sei (act. 27 S. 3 ff.; act. 41 S. 3 ff.; Prot. S. 17 ff. und S. 31 f.). Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Beklagte Rechtsansprüche nach Art. 357b OR und prozessuale Fragen miteinander vermische. Es sei abwegig zu argumentieren, die Verweisung auf lit. a in Art. 357b Abs. 1 OR erheische für den Anspruch auf eine Konventionalstrafe kumulativ eine Feststellungsklage. Sie sei vielmehr zur direkten Erhebung der Leistungsklage befugt und bestimme gestützt auf die Dispositionsmaxime allein, welche Rechtsansprüche sie klageweise geltend mache. Eine gesetzgeberische Absicht, dass vor der Leistungsklage eine Feststellungsklage erhoben werden müsse, sei nirgends zu erkennen, handle es sich dabei doch um selbstständige Ansprüche (act. 35 S. 3; act. 58 S. 1 f.; Prot. S. 28 f.).

3.2 Der Beklagten ist uneingeschränkt darin beizupflichten, dass die Frage der Verletzung von GAV-Bestimmungen vorliegend im Vordergrund des Interesses steht. Entgegen ihrem Dafürhalten lässt sich daraus jedoch keineswegs ableiten, dass diese Thematik im Gewand einer Feststellungsklage hätte zum selbstständigen Prozessgegenstand gemacht werden müssen. Eine solche Schlussfolgerung kann weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aufgrund der zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode gezogen werden. Weder aus den einzelnen Bestimmungen von Art. 357b OR noch aus ihrem gegenseitigen Bezug ergibt sich, dass die klageweise Geltendmachung von Kontrollkosten und Konventionalstrafen zwangsläufig mit einer Feststellungsklage verbunden werden müsste. Der Verweis in lit. c von Art. 357b Abs. 1 OR auf lit. a in derselben Norm ist gegenständlich gemeint und bezieht sich auf die dort erwähnten Bestimmungen über den "Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses". Art. 357b Abs. 1 lit. a und c OR regeln damit zwei unterschiedliche Anspruchsgrundlagen, nämlich einerseits einen Feststellungsanspruch in Bezug auf die Verletzung von GAV-Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses (lit. a) und andererseits einen Leistungsanspruch bezüg-

lich Kontrollkosten, Kautionen und Konventionalstrafen, die als Folge von Verletzungen gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden (lit. c). Dass diese beide Ansprüche nur in Kombination eingeklagt werden könnten, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

3.3 Die von der Beklagten aufgeworfene Frage nach dem systematischen Verständnis von Art. 357b Abs. 1 OR gab bislang – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Anlass zu näherer Erörterung. Der Beklagte räumt denn auch ein, dass er zur Untermauerung seiner Beurteilung der Rechtslage keine Präjudizien oder Lehrmeinungen anzuführen vermöge (Prot. S. 18). Gestützt auf den Gesetzeswortlaut kann ausgeschlossen werden, dass eine zwingende Kumulation von Feststellungs- und Leistungsansprüchen der Intention des Gesetzgebers entsprochen hat. Vielmehr sollten diese Ansprüche unabhängig voneinander und jeder für sich durchgesetzt werden können. Gegen diese Betrachtungsweise spricht auch nicht, dass die Verletzungen von GAV-Bestimmungen zunächst in einem beweismässigen Sinne festgestellt werden müssen, um gestützt darauf Ansprüche auf Überbindung von Kontrollkosten oder Konventionalstrafen zusprechen zu können. Ob die prozessuale Vorgehensweise der Klägerin sich – was von der Beklagten wiederholt bezweifelt wurde (Prot. S. 18) – mit Wesen oder Zweckgedanken eines dem Arbeitnehmerschutz verpflichteten paritätischen Organs verträgt, ist keine vom Gericht zu klärende Frage. Jedenfalls kann aus den dargelegten Gründen weder ein "missbräuchliches" noch ein "widerrechtliches" Vorgehen der Klägerin darin liegen, dass sie neben den eingeklagten Forderungen nicht auch noch die gerichtliche Feststellung der ihnen zugrunde gelegten Vertragsverletzungen verlangt hat. Zu einer Beschränkung des Prozessthemas und zur Fällung eines Teilentscheides bestand in diesem Zusammenhang entgegen dem Antrag der Beklagten (act. 27 S. 2) weder Grund noch Notwendigkeit.

D. Anspruch der Klägerin auf Übernahme von Kontroll- und Verfahrenskosten und auf Konventionalstrafe

a) Vorbemerkung zur gerichtlichen Beweiswürdigung und Rechtsanwendung

Die Klägerin führt zur Begründung ihrer Klage zur Hauptsache Feststellungen und Rechtsschlüsse der die Lohnbuchkontrolle durchführenden E. _____ AG (act. 4/6) sowie der Entscheide ihres Ausschusses (act. 4/10) und ihres Vorstandes (act. 4/13) an. Der Klägerin in ihrer Funktion als paritätisches Organ kommt keinerlei hoheitliche Befugnis zur rechtsverbindlichen Streitentscheidung zu. Solche Befugnisse werden der Klägerin auch mit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV A. _____-gewerbe nicht eingeräumt. Eine Entscheidung einer paritätischen Kommission bleibt letztlich eine private Mitteilung ohne andere Rechtswirkungen, als sie jeder Mahnung zukommen kann (Häberli, a.a.O, S. 283; vgl. auch Streiff/von Kanel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 5 zu Art. 357b OR). Diese Ausgangslage hat zur Folge, dass Entscheidungen der Organe von paritätischen Kommissionen wie der Klägerin wirkungslos bleiben, wenn sie nicht befolgt oder gerichtlich durchgesetzt werden. Wie jedes andere Rechtssubjekt hat auch die Klägerin zur Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche den gerichtlichen Klageweg zu beschreiten. Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 17 S. 15; act. 58 S. 2; Prot. S. 28) kommt dem von der E. _____ AG verfassten Bericht zur Lohnbuchkontrolle auch nicht per se ein erhöhter Beweiswert zu. Das Gericht ist weder bezüglich des Sachverhaltes noch hinsichtlich der Rechtsanwendung an Erkenntnisse aus dem Lohnbuchkontrollverfahren gebunden, sondern prüft nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) und in Wahrnehmung gerichtlicher Rechtsanwendung (Art. 57 ZPO), ob und inwiefern es die geltend gemachten Ansprüche als ausgewiesen erachtet.

b) Massgebliche Rechtsgrundlagen

1.1 Die Klägerin stützt die geltend gemachten Ansprüche auf Art. 13 AVE GAV und bringt vor, der GAV A. _____-gewerbe sehe bei Beanstandungen vor, dass

die fehlbare Unternehmung die entstandenen Lohnbuchkontrollkosten, die Verfahrenskosten von mindestens Fr. 500.– und eine Konventionalstrafe zu bezahlen habe. Diese Kosten müssten zwingend von der Beklagten getragen werden, ein Ermessensspielraum bestehe nicht. Die Rechnung der Kontrolleure für die Kosten der Lohnbuchkontrolle sei nachvollziehbar und decke den für die Lohnbuchkontrolle notwendigen Aufwand ab. Was die Kosten des Verfahrens betreffe, spreche Art. 13.3 des GAV A. _____-gewerbe von mindestens Fr. 500.–, sodass die Klägerin der Beklagten ohne Weiteres weit höhere Verfahrenskosten hätte auferlegen können. Die Höhe der Nachzahlungen läge im oberen Bereich, weshalb die Verfehlung der Beklagten als Verfehlung mittlerer Schwere einzustufen sei. Die Beklagte sei zudem als unkooperativ zu bezeichnen und habe Nachzahlungen nur in einem geringen Umfang geleistet, sodass eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 8'340.– verhältnismässig und keineswegs überhöht sei (act. 17 S. 14 ff.; act. 35 S. 4 f.; act. 58 S. 13 f.; Prot. S. 29 und S. 30).

1.2 Die Beklagte bestreitet, dass sich die Kompetenz der Klägerin zur Erhebung von Kontrollkosten und Konventionalstrafe nach dem GAV A. _____-gewerbe richtet. Die Auflage von Kontrollkosten und Konventionalstrafe dürfe nur gestützt auf Art. 20 Abs. 2 AVG erfolgen, soweit es sich nicht um geringfügige Verstösse handle. Art. 20 Abs. 2 AVG sehe vor, dass dem fehlbaren Verleiher eine Konventionalstrafe und die Kontrollkosten auferlegt werden könnten. Art. 20 Abs. 2 AVG sei deshalb eine Kann-Vorschrift. Zudem könnten bzw. müssten Kontrollkosten auch nur teilweise auferlegt werden, wenn sich deren vollständige Überwälzung im Hinblick auf die Geringfügigkeit eines Verstosses nicht rechtfertige. Im Vergleich zur Lohnsumme der Beklagten von vier Millionen Franken verbleibe ein absolut marginaler Rest im Bereich von weit unter einem Prozent. Somit könne wohl kaum von einem nicht geringfügigen Verstoss gesprochen werden. Aus Art. 20 Abs. 2 lit. b AVG müsse aber geschlossen werden, dass nur bei nicht geringfügigen Verstössen die Kontrollkosten auferlegt und eine Konventionalstrafe ausgesprochen werden dürften (act. 41 S. 19; act. 27 S. 5; Prot. S. 26 f. und S. 33).

2.1 Die von den beiden Parteien angerufenen Rechtsgrundlagen sehen unterschiedliche Rechtsfolgen für Verfehlungen gegen GAV-Bestimmungen vor und

knüpfen diese an unterschiedliche Voraussetzungen. Art. 13.3 AVE GAV A. _____-gewerbe bestimmt für den Fall von Beanstandungen bei Lohnbuchkontrollen, dass die Firma in jedem Fall die entstandenen Lohnbuchkontrollkosten, die Verfahrenskosten sowie eine nach verschiedenen Kriterien zu bemessende Konventionalstrafe zu bezahlen hat. Demgegenüber hat Art. 20 Abs. 2 AVG folgenden Wortlaut: "Das im allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organ ist zur Kontrolle des Verleihers berechtigt. Bei nicht geringfügigen Verstössen muss es dem kantonalen Arbeitsamt Meldung erstatten und kann dem fehlbaren Verleiher nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages eine Konventionalstrafe auferlegen (lit. a) und die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen (lit. b)". Aus Art. 20 Abs. 2 AVG ergibt sich zwar, dass die Sanktionsfolgen gemäss dem jeweiligen Gesamtarbeitsvertrag auch eine Temporarunternehmung treffen können, für welche die normativen Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages gelten. Es ist aber offensichtlich, dass Art. 20 Abs. 2 AVG für die Kostentragungspflicht und die Ausfällung von Konventionalstrafen einen gewissen Schweregrad von Verfehlungen verlangt. Im Unterschied zu Art. 13.3 AVE GAV reicht der blosse Umstand, dass es zu Verfehlungen gekommen ist, nicht aus, um diese zu sanktionieren.

2.2 Der Gesetzgeber war sich der Anwendungsproblematik offenkundig bewusst, wenn zugleich Regeln eines für den Personalverleiher als solchen massgeblichen Gesamtarbeitsvertrages und Normen eines für den Einsatzbetrieb massgeblichen Gesamtarbeitsvertrages gleichzeitig Geltung beanspruchen. Der Gesetzgeber hat dafür eine differenzierte Lösung gefunden. Für die normativen Bestimmungen über Lohn und Arbeitszeit werden Verleihunternehmungen gemäss Art. 20 Abs. 1 AVG unmittelbar durch das Recht des (Branchen-) Gesamtarbeitsvertrages berechtigt und verpflichtet. Der Zweck von Art. 20 AVG liegt darin, Konkurrenzvorteile der Verleihunternehmer zu verhindern und die Arbeitnehmer vor einem Wettbewerb zu schützen, der auf Kosten ihrer Bedingungen gehen könnte. Die Bestimmung will namentlich sicherstellen, dass die Schutzniveau eines allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrages für temporär Beschäftigte nicht unterschritten werden kann. Diese Zielsetzung ist ohne Weiteres erreicht, wenn die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des entsprechenden Branchen-Gesamtarbeitsvertrages

übernommen werden (Art. 20 Abs. 1 AVG). Es kommt hinzu, dass das im allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organ gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG auch zur Kontrolle der Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrages durch Temporärunternehmungen ermächtigt ist. Eine Ausdehnung des gesamten Sanktionsinstrumentariums bedurfte es hingegen nicht.

2.3 Entgegen den Bedenken der Klägerin (act. 35 S. 4) öffnet eine solche differenzierte Regelung nicht der Willkür Tür und Tor. Eine absolute Gleichbehandlung von Branchenunternehmungen und Temporärfirmen hinsichtlich der Rechtsfolgen von GAV-Verletzungen wird auch nicht durch Art. 48d der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (SR 823.111; Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV]) vorgeschrieben (so aber die Klägerin in act. 58 S. 13), bezieht sich diese Bestimmung doch nicht auf die Voraussetzungen der Auflage von Kontrollkosten und Konventionalstrafen, sondern auf Kontrollkosten und Konventionalstrafen, die bereits auferlegt worden sind. Eine vollständige Unterstellung von Temporärunternehmen unter das Durchsetzungsregime eines branchenfremden Gesamtarbeitsvertrages war nach Art. 20 Abs. 2 AVG nicht gewollt. Denn der Gesetzgeber hat keine schrankenlose Anwendung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen über die gemeinsame Durchführung vorgesehen, sondern die Anwendung von Sanktionen auf Fälle von "nicht geringfügigen Verstössen" beschränkt. Das erscheint auch insofern sachgerecht, als sich sonst ein branchenfremdes Unternehmen mitunter einschneidenden Bestimmungen unterwerfen müsste, bei deren Ausarbeitung sie weder unmittelbar noch mittelbar durch ihre Verbände mitgewirkt hat. Nach der arbeitsrechtlichen Normenhierarchie kann die Gesetzesbestimmung von Art. 20 Abs. 2 AVG jedenfalls nicht durch eine anderslautende Regelung in einem Gesamtarbeitsvertrag derogiert werden.

3. Nach dem Gesagten hat sich die Frage nach den Rechtsfolgen von gegebenenfalls festgestellten GAV-Verfehlungen durch die Beklagte ausschliesslich nach Art. 20 Abs. 2 AVG zu richten. Entgegen der vom Vorstand der Klägerin in seinem Rekursentscheid zum Ausdruck gebrachten Ansicht (act. 4/13 S. 6) verweist Art. 20 Abs. 2 AVG gerade nicht integral auf Art. 13.3 AVE GAV. Wohl liesse sich die Mei-

nung vertreten, Art. 20 Abs. 2 AVG enthalte auch eine Ermächtigung an die paritätischen Organe zur Auflage von Kontrollkosten und Konventionalstrafen. Es liesse sich aber auch argumentieren, dass die in Art. 20 Abs. 2 AVG nicht explizit genannten Verfahrenskosten nichts anderes als die innerhalb der Kommission verursachten Kontrollkosten darstellten. Entscheidend ist allerdings, dass die Anwendung der im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Rechtsdurchsetzungsmittel vom Ausmass der Verfehlungen bzw. Beanstandungen abhängig gemacht werden. Die Auferlegung von Kontrollkosten und Konventionalstrafe wird nach Art. 20 Abs. 2 AVG eindeutig an das Vorliegen von "nicht mehr geringfügigen Verfehlungen" geknüpft. Entsprechend wird im Folgenden abzuklären sein, ob und bejahendenfalls welche Verstösse gegen den GAV A. _____-gewerbe der Beklagten vorzuwerfen sind (nachfolgende Erwägung III./D.c) und ob diese ein Ausmass erreichen, welches gemäss den gesetzlichen Vorgaben die Übernahme von Kosten und die Bezahlung einer Konventionalstrafe rechtfertigt (nachfolgende Erwägung III./D.d).

c) Verletzungen des GAV A. _____-gewerbe durch die Beklagte

1. Überblick Verfehlungen und Stellungnahme der Beklagten

1.1 Grundlage der von der Klägerin eingeklagten Ansprüche auf die Übernahme von Kontrollkosten und Bezahlung einer Konventionalstrafe ist – wie bereits wiederholt erwähnt – der Vorwurf, die Beklagte habe diverse Bestimmungen des GAV A. _____-gewerbe verletzt. Mit Entscheid vom 19. Juni 2017 verpflichtete der Vorstand der Klägerin als Rekursinstanz die Beklagte zur Nachzahlung von Fr. 27'447.60 aus geldwerten Verfehlungen (Fr. 27'806.25 ./ Fr. 358.65 [act. 4/13 S. 6]) und entschied damit – abgesehen von einer zusätzlichen Berücksichtigung einer bereits geleisteten Nachzahlung – gleich wie zuvor bereits der Ausschuss der Klägerin in seinem Entscheid vom 1. Februar 2017 (Fr. 27'806.25 [act. 4/10 S. 8]). Die Nachzahlungspflicht als solche ist vorliegend nicht Prozessgegenstand. Der Streit dreht sich einzig um die von der Klägerin geltend gemachten Verfehlungen von GAV-Bestimmungen, die der Nachzahlungspflicht zugrunde gelegt wurden und betragsmässig zwangsläufig mit deren Höhe identisch sind. Dazu stellte der Kontrollbericht der E. _____AG im Vorfeld der genannten Entscheidungen individu-

elle Verfehlungen im Gesamtbetrag von Fr. 27'806.25 fest (act. 4/6 S. 6 und Anhang "Individuelle geldwerte Verfehlungen" [Beilage 3 zum Kontrollbericht]). Die angeführten Verfehlungen betreffen allesamt den Lohn bzw. einzelne Lohnbestandteile und werden in den Parteivorträgen unter den Stichworten "Mindestlohn", "Ferienauszahlungen" (= Kategorie "Ferien/Ferienzuschlag" gemäss Kontrollbericht [act. 4/6 S. 7]), "Überstundenzuschläge" (= Kategorie "Überstunden/-zeiten" gemäss Kontrollbericht [act. 4/6 S. 7]), "Wochenend-/ Nachtschichtzuschläge" (= Kategorie "Samstags-/Sonntags-/Nacht-/Schichtzulage" gemäss Kontrollbericht [act. 4/6 S. 7]) und "Arbeitszeitunterschreitung" (= Kategorie "Lohn" gemäss Kontrollbericht [act. 4/6 S. 7]) thematisiert. Gemäss dem Kontrollbericht der E. _____ AG präsentiert sich folgende Übersicht zu Art und Höhe der geltend gemachten Verfehlungen (act. 4/6 S. 7 und Anhang "Zusammenzug individuelle geldwerte Verfehlungen" [Beilage 5 zum Kontrollbericht]):

Mindestlohn	Fr. 21'101.35
Ferienauszahlungen	Fr. 3'424.80
Überstundenzuschläge	Fr. 75.-
Wochenend-/Nachtschichtzuschläge	Fr. 724.70
Arbeitszeitunterschreitung	Fr. 2'480.40

1.2 Nicht alle dieser GAV-Verletzungen sind im vorliegenden Verfahren umstritten. Die Beklagte hat geldwerte Verfehlungen im Betrag von Fr. 1'038.15 anerkannt (act. 41 S. 7), wobei es sich dabei um ein zahlenmässiges Versehen handeln dürfte, weil sich sowohl aus den weiteren Ausführungen in der Rechtsschrift (act. 41 S. 15), als auch aus der darin verwiesenen tabellarischen Übersicht im Entscheid des PLK-Ausschusses der Klägerin (act. 4/10 S. 5) unschwer ergibt, dass eine eine zunächst mitberücksichtigte Verfehlung betreffend Ferienlohn von Fr. 163.80 nicht anerkannt wurde. Andererseits hat die Beklagte bereits in ihrer Stellungnahme im Verfahren vor den Instanzen der Klägerin einen zusätzlichen Verstoss gegen die Mindestlohnbestimmungen in der Höhe von Fr. 405.55 eingeräumt (act. 4/8 S. 4: "Somit ist der Verstoss in Höhe von Fr. 405.55 offensichtlich korrekt."), auf den in den Rechtsschriften der Beklagten denn auch nicht mehr eingegangen wurde.

Richtigerweise ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte geldwerte Verfehlungen in der Höhe von Fr. 1'279.90 anerkennt, nämlich Verfehlungen betreffend Mindestlohn von Fr. 712.– und Verfehlungen betreffend Wochenend-/Nachtschichtzuschläge von Fr. 567.90 (act. 41 S. 7 unter Hinweis auf act. 4/10 S. 2 ff.; act. 41 S. 15.; vgl. für das Verfahren vor den Instanzen der Klägerin ferner act. 4/8 S. 1 ff.). Für den Rest werden die behaupteten GAV-Verletzungen von der Beklagten vollumfänglich in Abrede gestellt.

2. Verletzung von GAV-Bestimmungen über den Mindestlohn (Art. 41 AVE GAV)

2.1 Die Klägerin macht zunächst Verletzungen über die Bestimmungen über die Mindestlöhne in der Höhe von Fr. 21'101.35 geltend, weil die Beklagte die Erfahrungsjahre nicht berücksichtigt und so mehrere bei ihr beschäftigte Arbeitnehmer in unrichtige Lohnkategorien eingestuft habe. Insbesondere habe die Beklagte angelernte Facharbeiter mit weniger als 12 Monaten Erfahrung eingestuft, obwohl diese gemäss Lebenslauf zum Teil über mehrjährige Branchenerfahrung verfügt hätten. Aufgrund von Treu und Glauben könne davon ausgegangen werden, dass der Lebenslauf wahrheitsgemäss erstellt worden sei und die darin angegebenen Qualifikationen stimmten. Habe ein Mitarbeiter seine Bewerbungsunterlagen gefälscht respektive im Lebenslauf falsche Angaben gemacht, könne ein solcher Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten werden. Ein Lebenslauf sei deshalb nicht einfach nur eine Behauptung, weshalb sich der Arbeitgeber bei der Einstufung der Mitarbeitenden auf den Lebenslauf abstützen könne, wenn keine weiteren Qualifikationsnachweise vorlägen (act. 17 S. 7 und S. 9). Usanzgemäss werde bei der Einstufung die Erfahrung nach der Formel "Altersjahr minus 25" ermittelt. Die Beklagte beharre auf der Vorlage von schriftlichen Nachweisen und übersehe dabei, dass es im Ausland keine durchgängige Berufslehre mit Diplomen wie in der Schweiz gebe. Es dürfte notorisch sein, dass die Berufslehre mit ihren Abschlussdiplomen ein Alleinstellungsmerkmal der Schweiz sei. Ebenso seien Arbeitszeugnisse zum Nachweis der Berufserfahrung eine schweizerische Eigenart, die nicht überall im Ausland verbreitet sei (act. 58 S. 4; Prot. S. 14). Die Beklagte bringt ihrerseits vor, sie habe ihre Mitarbeiter stets gestützt auf die ihr vorliegenden,

objektiven Nachweise wie Arbeitszeugnisse, Arbeitsbestätigungen, Ausbildungsurkunden oder anderen Dokumenten mit objektiver Aussagekraft eingestuft. Solche objektiven Nachweise zur Branchenerfahrung hätten zu den betroffenen Mitarbeitern nicht vorgelegen, obwohl die Beklagte sich darum bemüht habe. Diverse Mitarbeiter hätten auch schriftlich bestätigt, dass sie keine weiteren Nachweise zur Berufserfahrung hätten einreichen können und ihre Berufseinstufung akzeptierten. Entgegen der Auffassung der Klägerin könne bei der Lohneinreihung nicht einfach auf einen vom Arbeitnehmer selber verfassten Lebenslauf abgestellt werden (act. 41 S. 8 ff.). Sie habe – so die Beklagte weiter – auch nicht ausschliesslich Abschlussdiplome, sondern irgendwelche Belege darüber verlangt, dass in der A. _____-branche gearbeitet worden sei. Sie sei diesen Belegen hinterhergerannt und habe die Mitarbeitenden aufgefordert, irgendwelche Belege zu bringen. Wenn dann Belege einreicht worden seien, sei die Einstufung auch korrigiert worden. Die Praxis der Klägerin, die Erfahrungsjahre nach dem Alter minus 25 zu berechnen, sei Unsinn (Prot. S. 20 f.).

2.2 Gemäss Art. 41.2 AVE GAV werden die Mindestlöhne in einem Anhang festgelegt und bilden einen integrierenden Bestandteil zum GAV. Es ist unbestritten, dass die Bestimmungen über die Mindestlöhne zu den auch von der Beklagten zu beachtenden Lohnbestimmungen des GAV A. _____-gewerbe gehören (Art. 20 Abs. 1 AVG; Art. 48a Abs. 1 lit. a AVV). Die Bestimmungen über die Mindestlöhne unterscheiden gemäss Art. 41.6 AVE GAV verschiedene Lohnkategorien: F. _____ und G. _____ mit abgeschlossener Lehrabschlussprüfung (Kategorie a), F. _____ und G. _____ mit Lehrabschlussprüfungen in artverwandten Berufen (Kategorie b) und angelernte Mitarbeiter mit mindestens 12-monatiger Tätigkeit in der Branche, wobei dieser Mindestlohn in den ersten 12 Monaten der Beschäftigung um höchstens 10 % unterschritten werden darf (Kategorie c). Wesentliche Kriterien für die Einteilung in eine Lohnkategorie sind damit die Berufsausbildung und die Berufserfahrung der Arbeitnehmer. Der Kontrollbericht der E. _____ AG stellte systematische Verfehlungen gegen die Bestimmungen über die Mindestlöhne fest und führte zur Begründung aus, die Beklagte habe die Erfahrungsjahre nicht berücksichtigt und jeweils angelernte Fachkräfte mit weniger als 12 Monaten Erfahrung eingestuft, obwohl diese zum Teil über mehrjährige Branchenerfahrung

verfügt hätten (act. 4/6 S. 6). Für diejenigen Mitarbeiter, zu denen nicht alle nötigen Unterlagen vorhanden waren, ging die E. _____ AG bei derlohneinstufung unterschiedlich vor: Sofern gewisse Unterlagen vorlagen, erfolgte die Einstufung aufgrund der vorhandenen Unterlagen "nach bestem Wissen und Gewissen" ("Wahrscheinlichkeitsprinzip"); sofern keine ein solches Vorgehen erlaubende Unterlagen vorlagen, erfolgte die Einreihung in die Kategorien "angelernt" bzw. "ungelernt" im Wesentlichen nach dem Alter und – bei ausländischen Mitarbeitenden – nach der mutmasslichen Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, wobei die Erfahrungsjahre nach der Formel "Alter in Lebensjahren abzüglich 20" errechnet wurden (vgl. zum Ganzen act. 4/6 S. 3 f.; vgl. auch act. 17 S. 8). Auf dieser Grundlage kam die E. _____ AG zum Schluss, dass aufgrund unzutreffender Lohneinreihung bei acht Mitarbeitern die Bestimmungen über den Mindestlohn nicht eingehalten worden seien, wobei sie die geldwerten Verfehlungen auf insgesamt Fr. 21'101.35 veranschlagte (vgl. act. 4/6 Anhänge "Individuelle geldwerte Verfehlungen" und "Zusammenzug festgestellte individuelle geldwerte Verfehlungen, je Mitarbeiter [pro GAV]"). Die Klägerin stellte vollumfänglich auf den Kontrollbericht ab und verpflichtete die Beklagte zur entsprechenden Nachzahlung (act. 4/10 und act. 4/13). Die Beklagte hat bereits im Verfahren vor den Instanzen der Klägerin wie auch im vorliegenden Verfahren Verfehlungen gegen die Mindestlohnbestimmungen im Umfang von Fr. 712.– (Mitarbeiter H1. _____ [Name]: Fr. 31.– + Fr. 57.45 + Fr. 50.10; Mitarbeiter H2. _____: Fr. 167.90; Mitarbeiter H3. _____: Fr. 405.55) eingeräumt (act. 4/8 S. 1 ff.; act. 4/9, act. 4/11 S. 3 f.; act. 4/10 S. 2 ff.; act. 4/13 S. 4 f.; act. 41 S. 7). Weitergehende Verstösse hat die Beklagte hingegen von sich gewiesen (act. 41 S. 8).

2.3 Die Klägerin befasst sich im vorliegenden Verfahren ausführlich mit den behaupteten Verstössen gegen die Mindestlohnbestimmungen. Auf die von der Beklagten anerkannten Verfehlungen (vgl. Erwägung III./D.c.2.2 hiervor) soll hier nicht weiter eingegangen werden. Weitere Verfehlungen betreffen nach Darstellung der Klägerin die Mitarbeiter H4. _____, H5. _____, H6. _____, H7. _____ und H8. _____ (act. 58 S. 5 ff.). Betreffend den Mitarbeiter H7. _____ wird behauptet, dieser sei lediglich als F. _____ [Funktion] C eingestuft worden, obwohl er eine Lehre als G. _____ absolviert habe und der Beklagten auch entsprechende

Ausbildungsnachweise vorgelegen hätten. Der Mitarbeiter H7._____ hätte demnach nach Auffassung der Klägerin für die gesamte Einsatzdauer bei der Beklagten als F._____ mit Lehrabschlussprüfung nach "Mindestlohnkategorie a" eingestuft werden müssen (act. 58 S. 7). Bezüglich der übrigen der genannten Mitarbeiter wird nicht die Nichtberücksichtigung von Ausbildungs- und Qualifikationsnachweisen beanstandet. Der mit den geltend gemachten Verletzungen von Mindestlohnvorschriften an die Beklagte gerichtete Vorwurf lautet vielmehr dahin, dass die vorgenommenen Einstufungen die in den Lebensläufen ausgewiesene Berufserfahrung nicht beachtet hätten. So habe H4._____ angegeben, seit Mai 2004 selbstständig in der J1._____, J2._____ und J3._____ gearbeitet zu haben (act. 58 S. 5 f.). Auch die Mitarbeiter H5._____ und H6._____ hätten in ihren Lebensläufen langjährige Berufserfahrung als G._____ erwähnt (act. 58 S. 6). Der Mitarbeiter H8._____ schliesslich habe in seinem Lebenslauf angegeben, dass er zwischen 1988 und 1993 als G._____ gearbeitet habe (act. 58 S. 7). Aufgrund der von den Mitarbeitern angegebenen Arbeitserfahrung hätten sie – so die Schlussfolgerung der Klägerin – alle in einer höheren Mindestlohnkategorie eingereiht werden müssen.

2.4.1 Was zunächst den Mitarbeiter H7._____ anbelangt, ist umstritten, ob er aufgrund von tatsächlich vorhandenen und der Beklagten vorliegenden Unterlagen zu seinen beruflichen Qualifikationen in eine höhere Mindestlohnkategorie hätte eingestuft werden müssen. Die Beklagte hat in ihrer Stellungnahme zum Kontrollbericht der E._____ AG dazu ausgeführt, der entsprechende Mitarbeiter habe nach seiner Ausbildung in Deutschland nie mehr in seinem Beruf gearbeitet. Als er bei ihr zu arbeiten angefangen habe, habe er sich im ersten Jahr nach dem Lehrabschluss befunden und sei ab dem zweiten Berufsjahr nach den Lohnansätzen von "Mindestlohnkategorie a" bezahlt worden (act. 4/8 S. 4). Im vorliegenden Verfahren liess die Beklagte dazu vorbringen, der betroffene Mitarbeiter habe bestätigt, dass er keine Qualifikationsnachweise habe einreichen können. Zwar habe H7._____ angeblich eine Ausbildung zum G._____ bei der K._____ GmbH in ... [Ort] gemacht, es ergebe sich aus dem Lebenslauf aber nicht, dass er diese auch bestanden geschweige denn abgeschlossen habe. Im Anschluss an die Aus-

bildung habe H7._____ fast zwanzig Jahre nicht mehr in dieser Branche gearbeitet (act. 41 S. 12). Zu den Akten gegeben wurde zudem eine schriftliche Bestätigung von H7._____ sowie ein von ihm verfasster Lebenslauf (act. 42/11a und act. 42/11b). Dem am 14. September 2016 verfassten Schreiben von H7._____ an die Beklagte ist zu entnehmen, dass er bis dahin keinerlei Qualifikationsnachweise für Aus- und/oder Weiterbildungen eingereicht habe und die im Einsatzvertrag vorgenommene Berufseinstufung somit korrekt sei (act. 42/11b).

2.4.2 Vorab fällt auf, dass die von der Beklagten für die Lohneinreihung des Mitarbeiters H7._____ angeführten Gründe nicht deckungsgleich sind. Der Hinweis auf die angeblich fehlenden Qualifikationsnachweise erfolgte im Verfahren vor den klägerischen Instanzen noch nicht. Vielmehr wurde dort angegeben, der Mitarbeiter H7._____ habe nach seiner Ausbildung in Deutschland nie mehr in seinem Beruf gearbeitet (act. 4/8 S. 4). Daraus muss einmal gefolgert werden, dass der Beklagten der Ausbildungsabschluss zumindest bekannt war. Dieser Schluss wird denn auch durch das Mitarbeiterdossier von H7._____ gestützt, das in der von der Klägerin eingereichten elektronischen Dokumentation zum Kontrollbericht (act. 36/21) enthalten ist. Daraus ist nämlich tatsächlich ersichtlich, dass der Beklagten betreffend diesen Mitarbeiter durchaus Ausbildungsabschlüsse vorgelegen haben. Die K._____ GmbH in ... (Deutschland) bestätigte am 30. Juni 1988, dass H7._____ zwischen August 1985 und Juni 1988 zum G._____ ausgebildet worden sei und die Facharbeiterprüfung vor der J2._____ - und J4._____ -kammer [Branche] abgelegt habe (act. 36/21 pag. 0922). Das Ausbildungszeugnis deckt sich mit den Angaben des Mitarbeiters in seinem Lebenslauf (act. 42/11b; act. 36/21 pag. 0921). Weshalb bei dieser Ausgangslage seitens der Beklagten dennoch von einer nicht abgeschlossenen bzw. nicht bestandener Berufsausbildung gesprochen wird (act. 41 S. 12), ist nicht einzusehen. Ebenso wenig Sinn macht – darauf hat die Klägerin berechtigterweise hingewiesen (act. 58 S. 7) – das Schreiben von H7._____, wonach er keine Nachweise über seine beruflichen Qualifikationen habe vorlegen können. Der Einwand der Beklagten, der Mitarbeiter H7._____ habe sich nicht genügend über seine Berufsqualifikationen ausgewiesen, verfängt nicht.

2.4.3 Näher zu prüfen ist demnach die Erklärung der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 7. Dezember 2016 zuhanden der Klägerin (act. 4/8). Dort wurde – wie bereits erwähnt – geltend gemacht, der Mitarbeiter H7._____ habe, als er bei der Beklagten zu arbeiten begonnen habe (im Mai 2015), nach Ausbildungsabschluss nie mehr auf diesem Beruf gearbeitet und sich damit im ersten Jahr nach dem Lehrabschluss befunden (act. 4/8 S. 4). Dem Mitarbeiterdossier lässt sich entnehmen, dass H7._____ für einen ersten (befristeten) Einsatz ab dem 26. Mai 2015 zu einem Grundlohn von Fr. 25.70 brutto angestellt wurde (act. 36/21 pag. 0925). Der Anhang 10 zum Gesamtarbeitsvertrag sieht für die Mindestlöhne auch die Kategorie "Lehrabgänger" und für diese im 1. Jahr nach Lehrabschluss für maximal 12 Monate einen Minimallohn von Fr. 4'000.– pro Monat vor. Wer als Lehrabgänger gilt, lässt sich dem GAV A._____ -gewerbe und seinen Anhängen nicht entnehmen. Gemeinhin wird jedoch unter einem Lehrabgänger ein Arbeitnehmer verstanden, der nach Abschluss der Ausbildung in der gelernten Tätigkeit zu arbeiten beginnt. In der Regel wird dies mehr oder weniger unmittelbar nach Beendigung der Lehre der Fall sein, der Berufseinstieg kann aber auch später erfolgen. Ob der Abschluss der Ausbildung bei der Aufnahme der gelernten Tätigkeit bereits länger zurückliegt, dürfte daher unerheblich sein. Ist für das erste Beschäftigungsjahr bereits bei einer gleich nach der Lehre zu arbeiten beginnenden Person eine Reduktion des Mindestlohnes zulässig, muss ein Abzug vom Mindestlohn umso mehr zulässig sein bei Arbeitnehmern, die vor dem Einstieg im erlernten Beruf lange nicht mehr in dieser Branche tätig gewesen sind. Es steht unbestritten fest, dass der Mitarbeiter H7._____ nach der in Deutschland absolvierten Ausbildung zum G._____ während mehr als zwei Jahrzehnten ausschliesslich im Logistik- und Transportbereich beschäftigt war (act. 42/11b; act. 36/21 pag. 0921).

2.4.4 Vor dem dargelegten Hintergrund wird H7._____ bezüglich der Mindestlohnbestimmungen des GAV A._____ -gewerbe trotz fortgeschrittenen Alters und anderer Berufserfahrung als Lehrabgänger bezeichnet werden müssen. Dem für das erste Beschäftigungsjahr für diese Kategorie vorgesehenen Monatslohn von Fr. 4'000.– entspricht gemäss dem anwendbaren Umrechnungsfaktor (Divisor von 173.3 [Ziffer 2 von Anhang 10 zum GAV A._____ -gewerbe]) einem Stundenlohn von Fr. 23.08. Die vom H7._____ geleisteten Einsätze wurden bis Mai 2016 mit

Stundenlöhnen von Fr. 25.70 und 25.73 entschädigt (act. 58 S. 7; act. 36/21 pag. 0925 und pag. 0926). Für einen am 30. Mai 2016 beginnenden Arbeitseinsatz wurde ein Grundlohn von Fr. 28.56 vereinbart (act. 36/21 pag. 0927). Ab dem 27. Juni 2016 betrug der Grundlohn schliesslich Fr. 31.16 (act. 36/21 pag. 0928). Bei Betrachtung der Stundenübersichten (act. 36/12 pag. 0929 – pag. 0931) ist festzustellen, dass H7._____ im Zeitraum vom Dezember 2015 bis Ende Februar 2016 keine Einsätze geleistet hat. Das erste Beschäftigungsjahr konnte demnach unter Berücksichtigung dieses Arbeitsunterbruchs noch nicht beendet gewesen sein, als der Mitarbeiter H7._____ ab dem 26. Juni 2016 und für die weitere Dauer seines Einsatzes der höhere Mindestlohn gemäss der Mindestlohnkategorie "F._____ mit abgeschlossener Lehrabschlussprüfung" ausbezahlt wurde. Damit lässt sich eine Verletzung von Mindestlohnvorschriften bezüglich des Mitarbeiters H7._____ nicht erstellen.

2.5.1 Die Beanstandungen bezüglich der Lohneinreihung der weiteren Mitarbeiter kreisen allesamt um die Frage, ob und inwiefern die Beklagte dafür auf die von den Mitarbeitern (H4._____; H5._____; H6._____; H8._____) in ihren Lebensläufen gemachten Angaben hätte abstellen müssen. Dass von der Beklagten Lohneinstufungen ungeachtet von Nachweisen über Berufsausbildung oder Branchenerfahrung nicht richtig vorgenommen worden wären, wird von der Klägerin für diese Mitarbeitenden nicht behauptet. Wie von der Beklagten pointiert bemerkt (Prot. S. 20/21), "steht und fällt" die Annahme von Verstössen gegen die Mindestlohnbestimmungen mit der Einreihungsrelevanz der von den Mitarbeitern angegebenen Ausbildungen und Berufserfahrungen. Der GAV A._____-gewerbe äussert sich nicht dazu, wie bei der Einreihung in eine bestimmte Lohnkategorie richtigerweise vorzugehen ist. Es gibt auch sonst keine arbeitsrechtliche Bestimmung, die sich mit der hier interessierenden Problematik befasst. Es gibt mithin keine von der Beklagten oder jedem anderen Arbeitgeber zu beachtende Vorschrift, wonach bei der Lohneinreihung primär auf die individuellen Angaben der Arbeitnehmenden abgestellt werden müsste. Welche verbindlich vorgeschriebenen Einreihungsgrundsätze die Beklagte missachtet haben soll, wird in den Parteivorbringen der Klägerin denn nicht dargelegt.

2.5.2 Entgegen der scheinbar von der Klägerin vertretenen Ansicht (vgl. act. 17 S. 7: "Daher kann – und muss – sich der Arbeitgeber bei der Einstufung der Mitarbeitenden auf den Lebenslauf abstützen können, [...]." [Hervorhebung durch das Gericht]; act. 58 S. 5), war die Beklagte nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, den Angaben der angestellten Mitarbeiter vorbehaltlos zu folgen. Es entspricht aller Erfahrung, dass in der Regel objektive Belege für die im Lebenslauf aufgeführten Qualifikationen und Fähigkeiten verlangt werden. Es mag jedem Arbeitgeber überlassen sein, ob er sich auf die blossen Angaben der Arbeitnehmer verlassen will. Im Gegenzug muss es dem Arbeitgeber auch gestattet sein, die vom Arbeitnehmer gemachten Angaben zu verifizieren und sich bestätigen zu lassen. Kein Arbeitgeber ist verpflichtet, einem potentiellen Arbeitnehmer uneingeschränkt zu vertrauen, genau so wenig wie es einer beliebigen anderen Vertragspartei verwehrt sein kann, Abklärungen über einen möglichen Vertragspartner vorzunehmen. Keiner Partei eines abzuschliessenden Vertrages kann es verargt werden, wenn sie sich vom künftigen Vertragspartner bezüglich wesentlicher Vertragsbestandteile ein objektives Bild verschaffen möchte. Alles andere wäre für die Arbeitswelt und jeden anderen Bereich vertraglichen Handelns schlicht lebensfremd. Hier kommt hinzu, dass die Beklagte als Vermittlerin von Arbeitskräften auch gegenüber ihren Auftraggebern gewisse Verpflichtungen zu erfüllen hat. Die Beklagte weist richtig darauf hin (Prot. S. 21), dass sie als Personalvermittlerin die vertragliche Verpflichtung trifft, die in den Einsatzbetrieb zu entsendenden Arbeitnehmer gemäss ihren tatsächlichen Qualifikationen einzuteilen. Das wird jeder Einsatzbetrieb, dem die im Einsatzvertrag vereinbarten Löhne weiterverrechnet werden, ohne Weiteres erwarten und auch erwarten dürfen.

2.5.3 Das soeben Dargelegte gilt auch für die von der Klägerin konkret angesprochenen Lebensläufe der betroffenen Mitarbeiter. Ein Lebenslauf führt die wichtigsten individuellen Daten einer Person auf und gibt Auskunft über Ausbildungsgrad und erworbene Qualifikationen und Berufserfahrung. Eine Art erhöhte Überzeugungskraft oder Glaubwürdigkeit ist einem Lebenslauf im rechtlichen Sinne nicht zu attestieren, sei er nun unterzeichnet oder nicht (vgl. Prot. S. 20 und S. 29). Ebenso wenig kommt einem Stellenbewerber eine besondere Vertrauensstellung zu. Ob ein auf falscher Grundlage zustande gekommener Arbeitsvertrag – wie von

der Klägerin wiederholt zu bedenken gegeben wurde (act. 17 S. 7; act. 58 S. 5) – wegen arglistiger Täuschung angefochten werden könnte, ist im Grunde nicht so sehr von Belang. Es mag richtig sein, dass es bereits vor Abschluss eines Arbeitsvertrages im Rahmen der Vertragsanbahnung zu Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern kommt und dass dieses Rechtsverhältnis beide Parteien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet. Deshalb wird weiter angenommen werden können, dass der Bewerber inhaltlich korrekte Bewerbungsunterlagen einzureichen sowie wahrheitsgetreue Angaben zu machen hat. Beiden Parteien muss es jedoch von vornherein unbenommen sein, sich nicht ausschliesslich auf den zivilrechtlichen Schutz der Irrtumsanfechtung oder den strafrechtlichen Schutz (vgl. act. 58 S. 5) verlassen zu wollen, sondern sich durch die Einforderung von objektiven Unterlagen Klarheit zu verschaffen. Wie auch die Klägerin anerkennt (act. 17 S. 7), ist die erfolgreiche Irrtumsanfechtung mit nicht unerheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden, sodass sich nur schon aus Gründen der Praktikabilität vorherige Nachfragen aufdrängen.

2.5.4 Die von der Klägerin gegen die Lohneinreihung im Weiteren angeführten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Die für den Fall von Nichtgleichwertigkeit von ausländischen und schweizerischen Diplomen geforderte Niveaueinstufung beim Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (act. 58 S. 4) konnte von vornherein nicht zielführend sein, lagen doch solche Diplome überwiegend gerade nicht vor. Zirkelschlüssig ist alsdann das Vorbringen, wonach die Beklagte die Unterschreitung der Mindestlöhne von der Klägerin vor Abschluss der Einsatzverträge hätte bewilligen lassen müssen (act. 58 S. 5). Nach Ansicht der Beklagten lag eben keine Unterschreitung der Mindestlohnvorschriften vor, was eine Bewilligungseinholung überflüssig machte. Aus dem von der Klägerin in diesem Kontext genannten Art. 41.4 AVE GAV ergibt sich keine Pflicht, die Mindestlohneinreihung immer dann der Klägerin zu unterbreiten, wenn Angaben über Ausbildung und Berufserfahrung vom Arbeitnehmer nicht objektiv belegt werden. Schliesslich kann weder als allgemein bekannt noch als gerichtskundig gelten, dass es ausserhalb der Schweiz keine durchgängige Berufslehre mit Abschlussdiplom geben würde. Was die aus Deutschland stammenden Mitarbeiter anbelangt, ist die Behauptung

ohnehin schon dadurch widerlegt, dass etwa der Mitarbeiter H7._____ tatsächlich eine schriftliche Bestätigung über seine in Deutschland abgeschlossene Berufsausbildung vorgelegt hat. Auch hinsichtlich der Berufserfahrung lässt sich mit der wohl wiederum allzu apodiktischen Aussage, bei Arbeitszeugnissen zum Nachweis der Berufserfahrung handle es sich um eine "schweizerische Eigenart" (act. 58 S. 4), nicht plausibel darlegen, dass und weshalb Nachweise von früheren Tätigkeiten in der A._____branche nicht etwa auch durch die von der Beklagten beispielhaft genannten Unterlagen wie Arbeitsverträge oder Lohn- oder Honorarabrechnungen (vgl. Prot. S. 20) hätten erbracht werden können.

2.5.5 Dabei soll nun bei der Einreihung in eine Mindestlohnkategorie auf eine "Usanz" abgestellt werden, wonach die Branchenerfahrung bei fehlenden Unterlagen des Mitarbeiters im Wesentlichen nach dem Altersjahr ermittelt wird (vgl. act. 4/6 S. 4; act. 17 S. 8; act. 58 S. 4; Prot. S. 14). Abgesehen davon, dass dazu verschiedene Berechnungsformeln erwähnt wurden ("Alter in Lebensjahren abzüglich 20" im Kontrollbericht der E._____AG [act. 4/6 S. 4]; "Altersjahr minus 25" in den klägerischen Vorbringen [act. 58 S. 4; Prot. S. 14], aber auch an anderer Stelle im Kontrollbericht der E._____AG [act. 4/6 S. 4), wurde konkret aber weder im Kontrollbericht der E._____AG noch in den Entscheiden von Ausschuss oder Vorstand der Klägerin damit operiert. Auf der Grundlage einer solch pauschalen Bestimmung von Branchenerfahrung könnte die unrichtige Mindestlohneinstufung ohnehin nicht namhaft gemacht werden. Über die Existenz der von der Klägerin behaupteten Usanz zur Berechnung der Erfahrungsjahre ist entgegen ihrem Antrag (Prot. S. 14) kein Beweis zu führen. Für die Lohneinstufung kann letztlich einzig relevant sein, über welche Berufserfahrung die von der Beklagten angestellten Arbeitnehmenden tatsächlich verfügt haben und inwiefern diese gegenüber der Beklagten hinlänglich dokumentiert werden konnte.

2.5.7 Die Beklagte muss sich zusammenfassend nicht den Vorwurf gefallen lassen, dass sie für die Lohneinstufung auf objektiven Nachweisen bestanden hat. Dass die aufgrund der objektiv nachvollziehbaren Qualifikationen der Mitarbeiter von der Beklagten vorgenommene Lohneinreihung unzutreffend gewesen wäre, wird seitens der Klägerin nicht behauptet. Gleichfalls unbestritten ist, dass keiner

der hier fraglichen Mitarbeiter im Nachhinein Unterlagen über die beruflichen Qualifikationen eingereicht hat. Welche Bewandtnis es mit den zahlreichen Bestätigungsschreiben der betroffenen Mitarbeiter (act. 4/8 act. 11a; act. 36/21 pag. 0437, pag. 0552, pag. 0637 und pag. 0825) hat, braucht nicht mehr erörtert zu werden (act. 58 S. 5). Auch kann darauf verzichtet werden, die von den Parteien in diesem Zusammenhang offerierten Zeugenaussagen (act. 41 S. 11; Rückseite des Deckblattes zu act. 42/1-21) zu veranlassen. Eine Verletzung von Mindestlohnbestimmungen durch die Beklagte liegt nicht vor.

3. Verletzung von GAV-Bestimmungen über den Ferienlohn (Art. 32/33 AVE GAV)

3.1 Die Klägerin macht als Nächstes geltend, dass die Beklagte mehreren ihrer Mitarbeiter die Ferienvergütung nicht korrekt ausbezahlt habe (act. 17 S. 9, S. 10, S. 11 und S. 12). Die Beklagte wendet dagegen zusammengefasst ein, dass der GAV A._____-gewerbe keine Aussage zur Fälligkeit und Auszahlung des Ferienlohns mache und dieser Gesamtarbeitsvertrag für sie in diesem Bereich nicht gelte. Nach dem für sie gültigen Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (nachfolgend GAV Personalverleih) dürfe das Ferienguthaben nur bei Ferienbezug oder definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden. Deshalb habe sie die Ferienguthaben der Mitarbeiter stehen lassen müssen, wenn das Ende eines Einsatzes nicht gleichzeitig auch die definitive Beendigung des Arbeitsverhältnisses dargestellt habe. Da künftige Einsätze der Mitarbeiter zu erwarten gewesen seien, seien auch ihre Ferienguthaben auf deren Wunsch hin stehen gelassen oder erst Ende des Jahres ausbezahlt worden. Bei zwei Mitarbeitern seien die Ferienguthaben nicht ausbezahlt worden, sondern mit der fälligen Konventionalstrafe verrechnet worden, weil diese nicht mehr zur Arbeit erschienen seien (act. 41 S. 12 ff.; Prot. S. 22 ff. und S. 32). Die Klägerin lässt diese Argumentation nicht gelten und hält daran fest, dass die Beklagte die bestehenden Ferienguthaben der Mitarbeiter bei Einsatzen zurückbehalten habe, anstatt diese auszubezahlen. Im Zusammenhang mit dem Ferienlohn gelte auch für die Beklagte der GAV A._____-gewerbe. Eine konkurrierende Anwendung der allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge für das A._____-gewerbe und für den Personalverleih gebe es

nicht. Es gehe nicht darum, welcher Gesamtarbeitsvertrag für die Branche besser passe. Zudem würden gemäss Art. 339 Abs. 1 OR mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig. Das Arbeitsverhältnis der Beklagten mit den Temporärmitarbeitenden ende zusammen mit der konkreten Beendigung der Arbeit im Einsatzbetrieb. Die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass die betroffenen Arbeitsverhältnisse fortgesetzt worden seien und hätte deshalb die Ferienguthaben auszahlen müssen (act. 58 S. 8 ff.; Prot. S. 29 und S. 30).

3.2.1 Zwischen den Parteien ist als Rechtsfrage umstritten, welche Bestimmungen für die Handhabung des Ferienlohnes durch die Beklagte zur Anwendung gelangen müssen. Die Parteien gehen darin einig, dass sich diese Frage in erster Linie nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz; AVG) richtet (act. 17 S. 5; act. 41 S. 4 f.; Prot. S. 29 und S. 32). Gemäss Art. 20 Abs. 1 AVG hat der Personalverleiher die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages einzuhalten, dem der Einsatzbetrieb untersteht, in welchem sie Arbeitskräfte entsendet. Der GAV A. _____-gewerbe wurde – wie bereits dargelegt – mit Bundesratsbeschluss vom tt.mm.2014 für allgemeinverbindlich erklärt. Damit hat die Beklagte die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV A. _____-gewerbe auch gegenüber Temporärarbeitern einzuhalten, sofern diese in der einschlägigen Branche eingesetzt werden. Nach Art. 48a Abs. 1 AVV sind Lohnbestimmungen unter anderem Regelungen über den anteilmässigen Ferienlohn (lit. c). Solche Regelungen über den Ferienlohn finden sich im GAV A. _____-gewerbe, wobei namentlich Art. 33.7 AGVE GAV vorsieht, dass der Arbeitgeber dem Mitarbeiter für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten hat.

3.2.2 Wie die Beklagte zutreffend bemerkt hat (act. 41 S. 15), steht nicht der Vorwurf zur Diskussion, dass die Beklagte den einzelnen Mitarbeitern den auf die Ferien entfallenden Lohn nicht gutgeschrieben hätte. Der Kontrollbericht der E. _____AG hielt in Beantwortung entsprechender Prüffragen ausdrücklich fest, dass der Ferienanspruch als Lohnzuschlag gewährt werde und die Ferienguthaben

der einzelnen Arbeitnehmenden sowohl für den Abrechnungszeitraum als auch als Saldo betraglich ausgewiesen würden (act. 4/6 S. 5). Dass dem so gewesen ist, wird durch die bei der Lohnbuchkontrolle erhobenen Lohnabrechnungen der fraglichen Mitarbeiter bestätigt (act. 36/21 pag. 0169-0197 [H1._____] [Name], pag. 0418-0432 [H9._____] , pag. 0444-0453 [H4._____] , pag. 0483-0510 [H10._____] , pag. 0531-0535 [H11._____] , pag. 0544-0548 [H2._____] , pag. 0808-0811 [H3._____]). Einigkeit herrscht zwischen den Parteien dahingehend, dass die Ferienguthaben bei definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszuzahlen sind (act. 58 S. 9; act. 41 S. 13). Was als Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu betrachten ist, darüber gehen die Meinungen der Parteien hingegen auseinander. Die Klägerin will diesbezüglich auf den Zeitpunkt abstellen, zu dem der jeweils letzte Einsatz des Mitarbeiters beendet wurde (act. 41 S. 9). Die Beklagte ihrerseits propagiert die Anwendung des GAV Personalverleih, der spezifischer auf die Bedürfnisse bei Temporärarbeitsverhältnissen Rücksicht nehmen (act. 41 S. 13; Prot. S. 23).

3.2.3 Während der GAV A._____-gewerbe die Auszahlung des Ferienlohnes für temporär Beschäftigte nicht eigens thematisiert, befasst sich der GAV Personalverleih konkret damit und besagt in Art. 13 Abs. 2 unter anderem, dass die Auszahlung des Ferienlohnes nur bei Bezug der Ferien oder bei definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen dürfe, sofern der Bezug innerhalb der Kündigungsfrist nicht möglich oder gesetzlich nicht erlaubt sei. Temporärarbeitsverhältnisse bestehen neben dem Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb aus einem generellen Arbeitsvertrag (Rahmenvertrag) und einem individuellen Arbeitsvertrag (Einsatzvertrag). Sowohl Gesetzes- und Verordnungsrecht (AVG und AVV) wie auch die Bestimmungen im GAV Personalverleih unterscheiden zwischen diesen beiden Rechtsverhältnissen, indem sie von "Arbeitsvertrag" und "Einsatzvertrag" sprechen. Der GAV Personalverleih nennt in Art. 13 Abs. 2 die definitive Beendigung des Arbeitsverhältnisses und meint damit gemäss der erwähnten Terminologie die Auflösung des Rahmenvertrages, mithin die Auflösung des jedem Einsatzvertrages zugrunde liegenden Arbeitsvertrages. Dass entgegen der Ansicht der Klägerin die Beendigung eines Arbeitseinsatzes nicht gleichbedeutend sein kann mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ergibt sich auch aus dem von

der Beklagten angerufenen Art. 5 des GAV Personalverleih (act. 41 S. 13 und S. 15). Gemäss dieser Bestimmung werden – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – innerhalb von 12 Monaten bei demselben Verleihbetrieb geleistete Einsätze für die Bestimmung von verschiedenen Entschädigungen und Leistungen zusammengezählt. Aus dieser Zusammenrechnung von mehreren Einsätzen muss wiederum geschlossen werden, dass der GAV Personalverleih die Beendigung eines Einsatzvertrages bei neuerlichen Einsätzen nicht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleichsetzt, mögen zwischen den einzelnen Einsätzen auch zeitliche Unterbrüche liegen.

3.2.4 Von entscheidungswesentlicher Bedeutung ist nun, ob die soeben skizzierte Systematik von Arbeitsvertrag und Einsatzvertrag auch für diejenigen Temporärarbeitsverhältnisse gelten soll, die neben dem GAV Personalverleih einem branchenspezifischen Gesamtarbeitsvertrag unterstellt sind. Es liegt ein Fall von Konkurrenz zwischen verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen vor. Dass die konkurrierende Anwendung von mehreren Gesamtarbeitsverträgen – wie von der Klägerin eingewendet wurde (act. 58 S. 9) – zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führt, soll und kann nicht in Abrede gestellt werden. Der Koordinationsbedarf ist jedoch die unvermeidliche und im Grunde auch selbstverständliche Konsequenz, wenn zwei oder mehrere Gesamtarbeitsverträge für das gleiche Arbeitsverhältnis Gültigkeit beanspruchen. Bei der Lösung der Kollisionsproblematik ist in erster Linie auf das Spezialitätsprinzip zurückzugreifen und derjenige Gesamtarbeitsvertrag zur Anwendung zu bringen, der den spezifischen Bedürfnissen der Arbeitnehmer am besten Rechnung trägt. In dieser Hinsicht ist vorliegend primär zu beachten, dass der GAV Personalverleih die Regulierung der Temporärarbeitsverhältnisse bezweckt und dabei die besonderen Bedürfnisse dieser Kategorie von Arbeitnehmenden berücksichtigt. Seine Bestimmungen nehmen damit unmittelbar Bezug auf die besondere Natur von Temporärarbeitsverträgen, und zwar unabhängig davon, in welcher Branche die temporär Beschäftigten tatsächlich eingesetzt werden. Es liegt daher nahe, dass die Bestimmungen im GAV Personalverleih der Eigenart dieser Arbeitsverhältnisse am ehesten entspricht. So liegt es beispielweise gerade in der Natur von Temporärarbeit, dass sie von betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten abhängig ist und – um die anschauliche Ausdrucksweise der beiden Rechtsvertreter zu

übernehmen (Prot. S. 22 und S. 30) – "beginn[t], ende[t], wieder beginn[t] und wieder ende[t]" bzw. "wiederholt beginnt und wieder endet". Wenn der GAV Personalverleih auf die Eigenheiten von Temporärbeschäftigungen Rücksicht nehmende Bestimmungen enthält, wäre es nicht im Interesse der Arbeitnehmenden und damit gewissermassen sachwidrig, diesen unter Berufung auf einen branchenspezifischen Gesamtarbeitsvertrag die Anwendung zu versagen.

3.3 Aus den dargelegten Gründen ist für die vorliegend zu behandelnde Fragestellung den Bestimmungen des GAV Personalverleih der Vorzug einzuräumen. Damit lässt sich der Beklagten nicht pauschal der Vorwurf machen, die Ferienguthaben bei Abschluss eines Einsatzvertrages nicht ausbezahlt zu haben. Dass im Hinblick auf künftige Einsatzverträge ein solches Vorgehen durchaus einem Anliegen der Arbeitnehmenden entsprechen kann, scheint denn auch die Klägerin nicht bestreiten zu wollen. Die Beklagte behauptete überdies, dass Mitarbeiter im Hinblick auf künftige Einsätze den Wunsch nach Rückbehalt des Ferienguthabens bei ihr deponiert hätten (act. 41 S. 14). Dagegen wendet die Klägerin ein, dass die Beklagte weder der E. _____ AG noch ihrem Ausschuss oder Vorstand Belege über die Weiterführung von Einsätzen vorgelegt habe und bezweifelt die Authentizität der nun im gerichtlichen Verfahren eingereichten Bestätigungsschreiben (act. 58 S. 8). Es mag in der Tat wenig nachvollziehbar sein, weshalb die Beklagte einzelne dieser Bestätigungsschreiben nicht eher vorgelegt hat, datieren diese doch teilweise vom Februar 2016 (act. 42/13a; act. 15) und müssten an sich im Zeitpunkt der Lohnbuchkontrolle bereits vorhanden gewesen sein. Es steht auch fest, dass sämtliche Mitarbeiter keiner über die in den Unterlagen der E. _____ AG dokumentierten Einsätze hinausgehenden Beschäftigung für die Beklagte nachgegangen sind. Ausschlaggebend muss jedoch sein, ob die Mitarbeiter und die Beklagte nach Abschluss der – retrospektiv betrachtet – letztmaligen Einsätze davon ausgegangen sind, dass weitere Einsätze folgen werden. Die daherige Behauptung der Beklagten (act. 41 S. 15) wurde von der Klägerin nicht bestritten. Im Übrigen hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen (act. 41 S. 14; Prot. S. 23), dass im Zeitpunkt des Abschlusses der Lohnbuchkontrolle (31. August 2016) naturgemäss gar noch nicht bekannt sein konnte, ob es im Laufe des Jahres 2016 noch zu wei-

teren Einsätzen kommen würde. Auch von daher gesehen kann kein unrechtmässiges Verhalten der Beklagten darin gesehen werden, dass sie die fraglichen Ferienguthaben bis dahin noch nicht ausbezahlt hat. Wie es sich bezüglich der Mitarbeiter H11._____ und H2._____ mit der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung des Ferienguthabens mit einer Konventionalstrafe verhält (vgl. act. 41 S. 15; act. 58 S. 10; Prot. S. 24), kann im Grunde dahin gestellt bleiben. Bei diesem Ergebnis brauchen die zu diesem Sachverhaltskomplex beantragten Zeugen (act. 41 S. 14 f.; Prot. S. 33) nicht einvernommen zu werden.

4. Verletzung von Bestimmungen über die Arbeitszeit (Art. 324 OR)

4.1 Bezüglich einem der kontrollierten Arbeitsverhältnisse behauptet die Klägerin schliesslich, die Beklagte habe dem betroffenen Mitarbeiter Lohn in der Höhe von Fr. 2'480.40 nicht ausbezahlt, wobei zur Begründung zunächst auf den Kontrollbericht der E._____AG verwiesen wird (act. 17 S. 13). Der Kontrollbericht bemängelte betreffend den Mitarbeiter H12._____ (geb. ...[Name]), dass gemäss den Einsatzverträgen keine Arbeitszeitbeschränkung vereinbart worden sei und der Mitarbeiter die jeweiligen Soll-Arbeitsstunden nicht habe leisten können, weshalb sich die Beklagte in einem Annahmeverzug befunden habe (act. 4/6 Anhang "Individuelle geldwerte Verfehlungen" [Beilage 3 S. 6]). Die Beklagte hält diesem Vorwurf entgegen, dass die festgestellten Fehlzeiten auf Wunsch des Arbeitsnehmers und im gegenseitigen Einverständnis erfolgt seien und somit kein Arbeitgeberverzug vorliege (act. 41 S. 18). Zudem reichte die Beklagte eine entsprechende Bestätigung des betroffenen Mitarbeiters zu den Akten (act. 42/17). Diese Argumentation lässt die Klägerin jedoch nicht gelten und weist darauf hin, dass die von der Beklagten im gerichtlichen Verfahren eingereichte Bestätigung weder der E._____AG noch ihrem Ausschuss oder Vorstand vorgelegen habe. Ausserdem gelte nach dem AVG die Schriftform für den Arbeitsvertrag und es sei nicht nachvollziehbar, dass die Beklagte nicht zeitnah mit dem Mitarbeiter eine schriftliche Vereinbarung über die Änderung der Arbeitszeiten getroffen habe. Die Arbeitszeit sei gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG schriftlich festzulegen (act. 58 S. 12 f.). Die

Beklagte entgegnete ihrerseits, dass es keine Vorschrift gebe, die Vertragsänderungen oder eine vorübergehende Reduktion des Arbeitspensums verbieten würde (Prot. S. 26).

4.2 Unangetroffen steht fest, dass die Beklagte den Mitarbeiter H12. _____ wiederholt angestellt hat. Es liegen für den Zeitraum vom 16. März 2015 bis 20. Mai 2015 insgesamt drei Einsatzverträge vor, die – was von der Beklagten nicht bestritten wurde – keine Änderung der Regelarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche vorsahen (act. 36/21 pag. 1040, pag. 1041 und pag. 1042). Die E. _____ AG ermittelte für die verschiedenen Arbeitseinsätze Differenzen der Ist- von der Soll-Arbeitszeit von 20.12 Stunden (act. 36/21 pag. 1059), von 9.95 Stunden (act. 36/21 pag. 1060) und von 46.3 Stunden (act. 36/21 pag. 1061). Die Beklagte bestreitet weder Bestand noch Höhe der im Kontrollbericht aufgeführten Abweichungen bei den Arbeitszeiten. Sie beruft sich jedoch auf eine einverständliche Vertragsänderung und legt eine von H12. _____ schriftlich verfasste und auf den 4. August 2016 datierte Bestätigung ins Recht, wonach die Fehlzeiten während seines Arbeitseinsatzes bei der Beklagten im Jahre 2015 und die damit verbundene Unterschreitung der vereinbarten Arbeitszeit jeweils auf eigenen Wunsch und im eigenen Interesse stattgefunden hätten (act. 42/17). Dass dem nicht so gewesen wäre, behauptet die Klägerin nicht. Wenn die Klägerin ausführt, dass interessant wäre, den Beweggrund dieser Bestätigung zu erfahren, und ihr Unverständnis darüber zum Ausdruck bringt, dass dem Mitarbeiter nicht einfach unbezahlter Urlaub gewährt worden sei (act. 58 S. 13), ist darin keine rechtswirksame Bestreitung der inhaltlichen Richtigkeit des Schreibens von H12. _____ zu sehen. Es ist auch nichts ersichtlich, was zu objektiven Zweifeln am entsprechenden Schreiben veranlassen müsste.

4.3 Damit ist davon auszugehen, dass die Unterschreitung der Arbeitszeit tatsächlich dem übereinstimmenden Willen der Beklagten und des Arbeitnehmers entsprochen hat. Dass diese Abmachung nicht in schriftlicher Form getroffen wurde, ist unbestritten. Entgegen dem Standpunkt der Klägerin musste eine Änderung der Arbeitszeit nicht schriftlich erfolgen. Die Klägerin weist zwar zu Recht da-

rauf hin, dass der Verleiher den Vertrag mit dem Arbeitnehmer in der Regel schriftlich abzuschliessen hat und vom Schriftformerfordernis auch die Regelung der Arbeitszeiten umfasst ist (Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c AVG). Die Schriftform ist aber kein Gültigkeitserfordernis (Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, S. 121). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Änderungen von schriftlichen Arbeitsverträgen auch formlos, also auch mündlich oder gar stillschweigend erfolgen (BGer vom 12. Juli 2010, 4A_223/2010 E. 2.1; BGer vom 26. November 2010, 4A_443/2010 E. 10.1.2). Damit ist die von der Beklagten behauptete und durch die Bestätigung des Arbeitnehmers belegte Vertragsänderung als gültig zu betrachten. Im vorliegenden Verfahren ist demnach davon auszugehen, dass sich die Beklagte und der Mitarbeiter H12._____ tatsächlich auf eine reduzierte Arbeitszeit verständigt haben. Die von der Beklagten beantragte Befragung von H12._____ als Zeuge (act. 41 S. 18; Prot. S. 26) erweist sich als entbehrlich.

4.4 Mit der Feststellung einer einvernehmlichen Vertragsänderung bezüglich der Arbeitszeit fällt der an die Adresse der Beklagten gerichtete Vorwurf eines Annahmeverzuges in sich zusammen. Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Von einem Annahmeverzug könnte nur ausgegangen werden, wenn sich beweisen liesse, dass keine einvernehmliche Vertragsänderung oder Vertragsaufhebung vorliegt. Das ist vorliegend nicht der Fall, weshalb auch der Lohnanspruch des Mitarbeiters H12._____ entfiel. Dass der Mitarbeiter für die tatsächlich geleistete Arbeit nicht vertragsgemäss entlöhnt worden wäre, wird von der Klägerin nicht behauptet. Es ist weder von einer Gesetzesverletzung noch von einer Verletzung von GAV-Bestimmungen durch die Beklagte auszugehen. Dass die Bestätigung von H12._____ offenbar nicht bereits der E._____AG oder den klägerischen Instanzen vorgelegt wurde und diese zu einem anderen als dem hier gezogenen Schluss gekommen sind, ist unerheblich.

5. Verletzung von GAV-Bestimmungen über die Überstundenzuschläge (Art. 44 AVE GAV) und über die Wochenend-/Nachtschicht- und Schichtzulagen (Art. 45 AVE GAV)

Zur Diskussion stehen schliesslich mehrere geldwerte Verfehlungen im Bereich von Lohnzuschlägen und Zuschlägen für Wochenend-, Nacht- oder Schichtarbeit. Die nach Ansicht der Klägerin begangenen Verfehlungen belaufen sich bei den Überstundenzuschlägen auf einen Betrag von Fr. 75.– (act. 58 S. 10; act. 4/6 Anhang "Zusammenzug festgestellte individuelle geldwerte Verfehlungen" [Beilage 5 zum Kontrollbericht]). Diese Verfehlungen werden von der Beklagten allesamt bestritten (act. 41 S. 15 ff.; Prot. S. 24 f.). Die geldwerten Verfehlungen im Bereich der übrigen Lohnzuschläge werden von der Klägerin mit Fr. 724.70 beziffert (act. 4/6 Anhang "Zusammenzug festgestellte individuelle geldwerte Verfehlungen" [Beilage 5 zum Kontrollbericht]). Die Beklagte hat davon einzig einen Verstoss im Umfang von Fr. 156.80 nicht anerkannt, der ihr deshalb vorgeworfen wird, weil ein Mitarbeiter am 5. Mai 2016 an einem Feiertag gearbeitet haben und ihm der dafür zustehende Lohnzuschlag nicht ausbezahlt worden sein soll. Die Beklagte bringt dazu vor, dass die Arbeitsstunden des Mitarbeiters im Arbeitsrapport in der falschen Spalte eingetragen worden seien (act. 4/8 S. 4). Im Übrigen wurden in diesem Bereich – wie bereits aufgezeigt wurde – Verfehlungen im Gesamtbetrag von Fr. 567.90 eingeräumt (act. 4/8 S. 1 ff.; act. 41 S. 18; Prot. S. 26). Selbst wenn der Beklagten die hier umstrittenen geldwerten Verfehlungen vollständig vorzuwerfen wären, würde sich der Gesamtbetrag der von ihr verschuldeten Verstösse um lediglich Fr. 231.80 (Fr. 75.– + Fr. 156.80) erhöhen. Für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens sind diese zusätzlichen Verstösse – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergeben wird – nicht von Bedeutung. Mangels Entscheidrelevanz braucht auf die in diesem Sachzusammenhang vorgetragenen Ausführungen und Beweisofferten der Parteien nicht im Einzelnen eingegangen zu werden.

6. Zusammenfassung

Nach den vorstehenden Erwägungen sind der Beklagten geldwerte Verfehlungen im Bereich des Gesamtarbeitsvertrages für das A. _____-gewerbe im von ihr anerkannten Umfang von Fr. 1'279.90, höchstens aber im Umfang von Fr. 1'511.60 vorzuwerfen. Alle übrigen Verfehlungen, die von der Klägerin behauptet wurden, konnten demgegenüber nicht rechtsgenügend dargelegt werden.

d) Rechtsfolgen der Verstösse gegen Bestimmungen des GAV A. _____-gewerbe

Nachdem die geldwerten Verfehlungen der Beklagten im Bereich des Gesamtarbeitsvertrages für das A. _____-gewerbe konkret beziffert wurden, ist in einem letzten Schritt über den Anspruch der Klägerin auf Erstattung der entstandenen Kontrollkosten, auf Auferlegung der Verfahrenskosten und auf Ausrichtung einer Konventionalstrafe zu befinden. Diese Ansprüche könnten – wie gesehen – nur dann geschützt werden, wenn sich die Beklagte "nicht geringfügige Verstösse" zuschulden hätte kommen lassen. Der Erfolg der vorliegenden Klage hängt damit massgeblich von der Interpretation des Begriffes "nicht geringfügige Verstösse" ab. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Rein grammatikalisch lässt sich festlegen, dass sich das Adjektiv "geringfügig" auf die Verstösse des fehlbaren Verleihunternehmens und damit auf die materielle Bedeutung der Verfehlungen bezieht. Nach dem Wortsinn und dem allgemeinen Sprachgebrauch meint "geringfügig" so viel wie "unwesentlich", "unerheblich", "unbedeutend" oder "nebensächlich". Der Wortlaut liefert ein eindeutiges Auslegungsergebnis und spricht offensichtlich für eine quantitative Begriffsbestimmung. Gleichzeitig kann die Summe der vom fehlbaren Verleiher vorenthaltenen geldwerten Leistungen nur als Gradmesser für die Bedeutung der Verfehlungen gelten, wenn sie in Relation zu den korrekt erbrachten geldwerten Leistungen gesetzt wird. Aus dem Anwendungsbereich von Kostentragung und Konventionalstrafen sollen Verfehlungen herausfallen, die gemessen daran nicht ins Gewicht fallen. Selbst wenn diesbezüglich mit der Klägerin (act. 58 S. 13) auf die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitsverhältnisse (Fr. 660'000.– gemäss unbestrittener Angabe der Beklagten [act. 41 S. 7]) abgestellt würde, würden sich die Verfehlungen auf deutlich weniger als ein Prozent der Lohnsumme (exakt 0.23 %) beziehen. Damit bedarf es keiner

weiteren Erläuterung, dass die der Beklagten anzulastenden Verfehlungen betrags- und verhältnismässig als geringfügig zu qualifizieren sind. Bei geringfügigen Verfehlungen dürfen der Beklagten aber im Umkehrschluss nach Art. 20 Abs. 2 AVG keine Kontrollkosten (einschliesslich Verfahrenskosten) überbunden und keine Konventionalstrafe auferlegt werden.

E. Fazit

Insgesamt ergibt sich somit, dass die Beklagte weder zur Übernahme von Kontroll- und Verfahrenskosten verpflichtet werden kann noch eine Konventionalstrafe schuldet. Die Klage ist folglich vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Beseitigung des Rechtsvorschlages in der von der Klägerin gegen die Beklagte angehobenen Betreuung.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Ausgangsgemäss hat die unterliegende Klägerin die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 18'802.45 ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts (Durchführung einer Hauptverhandlung und eines zweiten Schriftenwechsels) und der Schwierigkeit des vorliegenden Falles auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Als Folge ihres Unterliegens hat die Klägerin die anwaltlich vertretene Beklagte für ihre Aufwendungen im Verfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung ist

nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 18'802.45 ergibt sich eine Grundgebühr von Fr. 3'720.–. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass vor der Hauptverhandlung ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Es rechtfertigt sich daher in Anwendung von § 11 AnwGebV eine leichte Erhöhung der Grundgebühr um rund 10 %. Zuzüglich der einzurechnenden Mehrwertsteuer resultiert eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'500.–. Entsprechend ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagte eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (mit Gerichtsurkunde).
6. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Oberge-

richt des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 24. April 2020

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
10. Abteilung - Einzelgericht

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Th. M. Meyer

MLaw Z. Heiduschke