Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A 300/2007 /len

Urteil vom 6. Mai 2008
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch, Kiss, nebenamtlicher Bundesrichter Geiser,
Gerichtsschreiber Leemann.

Parteien
Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Schwyz,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Roger Ulrich,

gegen

A._____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Rechtsanwalt Urs Huber.

Gegenstand
Landesmantelvertrag; Lohnbuchkontrolle,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz, Zivilkammer, vom 15. Mai 2007.

Sachverhalt:

A.
A._____ (Beschwerdegegner) betreibt ein Akkordunternehmen im Bereich des Bauhauptgewerbes. Die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Schwyz (Beschwerdeführerin) hatte für die Zeit vom 1. Januar 2000 bis zum 31. März 2002 und vom 1. Dezember 2002 bis zum 31. März 2003 eine Lohnbuchkontrolle beim Beschwerdegegner durchgeführt. Diese Kontrollen hatten nach ihrer Auffassung ergeben, dass der Beschwerdegegner verschiedene vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen des Landesmantelvertrages für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) verletzt und dadurch seinen Mitarbeitern geldwerte Leistungen von über Fr. 909'567.15 vorenthalten habe. Die Beschwerdeführerin verhängte dafür eine Konventionalstrafe von Fr. 300'000.– gegen den Beschwerdegegner und forderte von ihm die Untersuchungskosten im Betrag von Fr. 8'915.– sowie Neben- und Verfahrenskosten von Fr. 1'985.– ein.

B.
Nachdem der Beschwerdegegner nicht bereit war, diese Beträge zu bezahlen, klagte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Oktober 2004 beim Bezirksgericht Höfe auf Bezahlung von Fr. 310'900.– zuzüglich Zins und Kosten. Mit Urteil vom 13. Februar 2006 hiess das Bezirksgericht Höfe die Klage teilweise gut und verurteilte den Beschwerdegegner zur Bezahlung von Fr. 100'900.– (entsprechend Fr. 90'000.– Konventionalstrafe sowie Fr. 10'900.– Untersuchungs- und Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin) nebst Gerichtskosten.
Auf Berufung des Beschwerdegegners hin, reduzierte das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 15. Mai 2007 die Konventionalstrafe von Fr. 90'000.– auf Fr. 24'000.– und verurteilte ihn folglich zur Bezahlung von Fr.

34’900.– zuzüglich eines Teils der Gerichtskosten.

C.
Die Beschwerdeführerin gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen gegen diesen Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz an das Bundesgericht und beantragt, die Konventionalstrafe auf Fr. 90’000.– festzusetzen.
Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung des Rechtsmittels. Auch die Vorinstanz beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen:

1.
Gemäss Art. 72 BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden in Zivilsachen. Ob ein Verfahren als Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG gilt, weil es auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse durch behördlichen Entscheid abzielt, hängt einzig von der Rechtsnatur des durch das Klagebegehren und die klägerischen Sachvorbringen umrissenen Streitgegenstandes ab (vgl. Kathrin Klett/Elisabeth Escher, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 72 BGG; vgl. ferner die im altrechtlichen Berufungsverfahren ergangenen Urteile BGE 123 III 346 E. 1a S. 349; 120 II 11 E. 2a; 101 II 366 E. 2a). Unerheblich bleibt, ob die kantonale Instanz Privatrecht oder öffentliches Recht angewendet hat, ob das Verfahren im Kanton in die Zivilrechtspflege oder auf den Verwaltungsweg gewiesen worden ist und ob als Parteien Privatpersonen oder staatliche Behörden auftreten. Eine Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG liegt vor, sobald sich der Streit nicht um öffentlichrechtliche Positionen, sondern um Ansprüche aus Bundesprivatrecht dreht (Urteil des Bundesgerichts 5C.109/2005 vom 19. August 2005, E.1.1).
Vorliegend handelt es sich um eine Zivilsache in diesem Sinne. Gemäss Art. 357b OR können die Vertragsparteien eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV) vereinbaren, dass ihnen ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern bezüglich gewisser Punkte, namentlich der Kosten für die Kontrollen und der Konventionalstrafen, zusteht. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages richten sich die entsprechenden Ansprüche auch gegen die nicht beteiligten Arbeitgeber, auf die der Geltungsbereich ausgedehnt wird (Art. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG; SR 221.215.311]). Ansprüche aus Gesamtarbeitsverträgen werden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann dem Privatrecht zugeordnet, wenn sie auf allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen beruhen und gegenüber Aussenseitern geltend gemacht werden (BGE 118 II 528 E. 2a S. 531; 98 II 205 E. 1 S. 208 f.). Entsprechend war vor Inkrafttreten des BGG in solchen Fällen die Berufung als Rechtsmittel an das Bundesgericht grundsätzlich gegeben (vgl. etwa BGE 123 III 176 ff.; 111 II 358 ff.).
Vorliegend sind auch die weiteren Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen erfüllt. Namentlich ist der dafür notwendige Streitwert gegeben (Art. 74 BGG). Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von allgemeinverbindlich erklärten normativen und indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen eines GAV. Die normativen Bestimmungen eines GAV wirken auf die dem GAV unterstellten Arbeitsverträge wie einseitig zwingendes Bundesrecht (Art. 357 OR). Sie sind insofern dem Bundeszivilrecht gleichzustellen. Entsprechend kann ihre Verletzung auch als Bundesrechtsverletzung mit der Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht gerügt werden und auf die vorliegende Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2.
Gemäss Art. 79 LMV kann die paritätische Berufskommission einem Arbeitgeber, der den Gesamtarbeitsvertrag verletzt hat, eine Konventionalstrafe auferlegen. Diese kann bis zu Fr. 20’000.– betragen. In Fällen vorenthaltener geldwerter Ansprüche darf sie darüber hinaus bis zur Höhe der geschuldeten Leistung gehen (Art. 79 Abs. 2 Bst. b LMV).
Wie die Vorinstanz richtig festhält, hat die Konventionalstrafe sowohl eine general- wie auch eine spezialpräventive Funktion. Sie ist folglich so zu bemessen, dass sie sowohl den betroffenen wie auch andere Arbeitgeber von künftigen Verletzungen des GAV abhält. Sie bemisst sich auf Grund der gesamten Umstände des Einzelfalls, wobei namentlich die Schwere der Verletzung des GAV wie auch des Verschuldens des Arbeitgebers zu berücksichtigen sind. Damit beruht die Bemessung der Konventionalstrafe weitgehend auf der Ausübung gerichtlichen Ermessens im Sinne von Art. 4 ZGB. Bei solchen Entscheiden steht dem kantonalen

Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Bundesgericht gemäss ständiger Praxis nur mit Zurückhaltung eingreift. Es ersetzt namentlich das Ermessen der Vorinstanz nicht durch sein eigenes, sondern schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als
offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 133 III 201 E. 5.4 S. 211; 130 III 504 E. 4.1 S. 508; 129 III 380 E. 2 S. 382, je mit Hinweisen).
Das Bundesgericht kann folglich auch im vorliegenden Fall im Wesentlichen nur überprüfen, ob die Vorinstanz die richtigen Kriterien angewendet hat.

3.
Ausgehend vom Zweck der Konventionalstrafe, nämlich künftige Verletzungen des GAV möglichst zu verhindern, hat die Vorinstanz in zutreffender Weise festgehalten, dass gemäss Art. 79 Abs. 3 LMV folgende Kriterien für die Höhe der Konventionalstrafe massgebend sein müssen: Höhe der vorenthaltenen geldwerten Leistungen; Verletzung der nicht-geldwerten gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen; einmalige oder mehrmalige Verletzung (inkl. Rückfall) sowie Schwere der Verletzung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen; Grösse des Betriebes; Umstand, ob der fehlbare Arbeitgeber inzwischen seinen Verpflichtungen nachgekommen ist und ob er die nicht bezahlten Leistungen den Arbeitnehmenden noch wird ausrichten müssen oder nicht. Es wird auch zu Recht nicht bestritten, dass das Gericht diese Kriterien im Einzelfall dem Grundsatz nach korrekt angewendet hat. Vorgeworfen wird der Vorinstanz ausschliesslich, dass sie die Höhe der den Arbeitnehmenden widerrechtlich vorenthaltenen Leistungen falsch berechnet habe, weil sie von einer falschen Auslegung der entsprechenden Regeln des GAV ausgegangen sei. Es ist damit die Auslegung und Anwendung dieser GAV-Regeln nachzuprüfen.

3.1 Beide kantonalen Instanzen haben festgehalten, dass der Beschwerdegegner seinen Arbeitnehmenden in der fraglichen Zeit Fr. 3'266.85 für Überstunden nicht ausgerichtet und damit den GAV verletzt hat. Dieser Betrag wird auch vom Beschwerdegegner nicht mehr bestritten. Darauf ist folglich nicht mehr einzugehen.

3.2 Streitig ist demgegenüber die Frage, ob der Beschwerdegegner während der fraglichen Zeit seinen Arbeitnehmenden den Ferienlohn vollständig ausbezahlt habe oder - wie die erste Instanz angenommen hat - ihnen diesbezüglich insgesamt ungefähr Fr. 352'000.– in der fraglichen Zeit vorenthalten habe.
3.2.1 Art. 34 LMV sieht vor, dass Arbeitnehmer im Monatslohn ab vollendetem 20. Altersjahr bis zum vollendeten 50. Altersjahr einen Ferienanspruch von fünf Wochen (= 25 Arbeitstage) und bis zum vollendeten 20. Altersjahr sowie ab zurückgelegtem 50. Altersjahr von sechs Wochen (= 30 Arbeitstage) haben. Für Arbeitnehmer im Stundenlohn ergibt sich nach der gleichen Bestimmung des LMV dafür ein Ansatz der Ferienvergütung von 10,6 % bei fünf Wochen und von 13 % bei sechs Wochen Ferien. Demgegenüber hatte der Beschwerdegegner in den Jahren 2000 und 2002 in den Arbeitsverträgen mit seinen Arbeitnehmern vereinbart, im Stundenlohn seien sämtliche Nebenleistungen wie 8,33 % Gratifikation, 7,7 % Ferien- und 3,1 % Feiertagsentschädigung inbegriffen. Ebenso hat die Vorinstanz festgestellt, dass für die Zeit ab dem Jahre 2003 bei einem Teil der Arbeitsverträge eine Berechnung der Ferientagsentschädigung in absoluten Zahlen ausgewiesen wurde, ausgehend vom Bruttostundenlohn. Schliesslich ist erstellt, dass für die Zeit der durchgeführten Lohnbuchkontrolle den Lohnabrechnungen der Monate Januar 2000 bis März 2002 die Höhe des Feriengeldes weder prozent- noch betragsmässig zu entnehmen ist und in den Lohnabrechnungen von Januar 2003 bis März 2003
zwar ein Ferienlohn aufgeführt wird, jedoch wiederum zu einem zu tiefen Prozentsatz, nämlich zu 7,7 % statt der im LMV vorgesehenen 10,6 bzw. 13 %.
Die Vorinstanz kam in ihrem Urteil zum Schluss, dass der Beschwerdegegner mit diesem Vorgehen grundsätzlich den LMV verletzt habe. Sie hielt dann aber fest, dass es den Parteien unbenommen sei, einzelarbeitsvertragliche Vereinbarungen zu treffen, die von den Regelungen des GAV abweichen, sofern diese für die Arbeitnehmenden günstiger seien. Dabei sei ein so genannter Gruppenvergleich vorzunehmen, wonach rechtlich und sachlich eng zusammenhängende Regelungen in den Vergleich einzubeziehen seien. Ein solcher Zusammenhang sei gegeben, wenn ein untertariflicher Ferienlohn durch einen höheren Monats- bzw. Stundenlohn kompensiert werde. Demgegenüber sei es nicht zulässig, reduzierte Ferien gegen mehr Lohn aufzuwägen. Auf-

grund eines auf dieser Basis angestellten Lohnvergleiches kam die Vorinstanz dann zum Ergebnis, dass der Beschwerdegegner seinen Arbeitnehmenden unter dem Titel Gratifikation, Ferien- und Feiertagsentschädigung insgesamt Fr. 17'196.70 und nicht Fr. 352'000.– vorenthalten habe. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ein Gruppenvergleich in dieser Weise nicht zulässig sei.

3.2.2 Der Anspruch auf Ferien hat insofern einen Doppelcharakter, als es einerseits um die Befreiung von der Arbeitspflicht während einer bestimmten Dauer und andererseits um die Entschädigung während dieser Zeit geht (Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, Basel/Genf/München 2005, S. 183). Dabei steht der Anspruch auf Freizeit im Vordergrund (Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 329a OR). Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass während der Ferien der gesamte auf die entsprechende Zeit entfallende Lohn auszurichten ist (Art. 329d Abs. 1 OR) und dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (Art. 329d Abs. 2 OR). Von Gesetzes wegen besteht ein Anspruch von wenigstens vier Wochen Ferien bzw. bis zum vollendeten 20. Altersjahr von fünf Wochen (Art. 329a Abs. 1 OR). In Abweichung zu diesen Regeln hat Art. 34 LMV diesen Anspruch für Arbeitnehmer ab vollendetem 20. Altersjahr bis zum vollendeten 50. Altersjahr auf fünf Wochen und bis zum vollendeten 20. Altersjahr sowie ab zurückgelegtem 50. Altersjahr auf sechs Wochen erhöht. Der LMV hält zudem fest, wie der Ferienlohn zu berechnen ist, wenn
ein Arbeitnehmer im Stundenlohn beschäftigt wird. Soweit nicht absolut zwingende Bestimmungen zur Diskussion stehen, kann ein GAV von den Regeln des OR abweichende Normen enthalten, wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind (Art. 358 OR).

Vorliegend wird vom Beschwerdegegner eine Verletzung der Bestimmungen des GAV geltend gemacht. Es geht deshalb um die Auslegung von Art. 34 LMV und nicht des Obligationenrechts. Allerdings ist der Gesamtarbeitsvertrag im Lichte des Gesetzes auszulegen. Das ergibt sich schon daraus, dass der GAV nur für den Arbeitnehmer gegenüber dem Gesetz günstigere Regelungen enthalten darf.

Auszulegen und auf den konkreten Fall anzuwenden ist somit Art. 34 LMV. Es ist zu Recht unbestritten, dass es sich dabei um eine normative Bestimmung mit einseitig zwingendem Charakter handelt. Die Parteien können im Einzelarbeitsvertrag von dieser Bestimmung nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abweichen. Wie sich diese Günstigkeit bestimmt, ist im Nachfolgenden noch darzulegen (dazu E. 3.2.4).

3.2.3 Wie die Vorinstanz richtig festhält, geht es vorliegend nicht um die Frage, ob den Arbeitnehmern die Ferien tatsächlich gewährt worden sind und damit der Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht erfüllt worden ist. Die Parteien streiten ausschliesslich um die Frage, ob der auf diese Zeit entfallende Lohn richtig ausbezahlt worden ist. Beide Fragen sind in Art. 34 LMV geregelt. Soweit auf die Bestimmungen des Gesetzes zurückzugreifen ist, geht es um Art. 329d Abs. 1 OR und nicht um den zweiten Absatz des gleichen Artikels. Auch von dieser Bestimmung kann aber nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (vgl. zum einseitig zwingenden Charakter: Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 18 zu Art. 329d OR).

Der Ferienlohn ist grundsätzlich dann zu bezahlen, wenn die Ferien bezogen werden. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während der Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 132 III 172 E. 3.1 S. 174; 129 III 493 E. 3.1; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 1 zu Art. 329d OR; Rémy Wyler, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, S. 353; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 329d OR). Dabei erscheint fraglich, ob während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bei unregelmässigem Beschäftigungsgrad oder unregelmässiger Entlöhnung der Ferienlohn auch schon laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden darf. Das Bundesgericht hat dies in seiner bisherigen Rechtsprechung unter der doppelten formellen Voraussetzung zugelassen, dass in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil ausdrücklich ausgewiesen wird und zudem - sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt - auch in diesem schriftlich der entsprechende Lohnanteil festgehalten wird. Die in der Lehre daran geübte Kritik (vgl. insbesondere Eric Cerottini, Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001, S. 212; Gabriel Aubert, Commentaire
romand, N. 5 zu Art. 329d OR) aufnehmend, hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid die Zulässigkeit dieser laufenden Ausrichtung auch unter den genannten strengen formellen Bedingungen in Frage gestellt, dann aber die Frage der Zulässigkeit offen gelassen (BGE 129 III 493 E. 3.2 und 3.3 S. 495 f.; vgl. nun auch ausführlich: Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 9 zu Art. 329d OR).

Den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz lässt sich vorliegend nicht klar entnehmen, wann der Ferienlohn jeweils ausbezahlt worden ist. Es wird lediglich festgehalten, dass einerseits in den Arbeitsverträgen ein

entsprechender Prozentsatz des Lohnes als Ferienlohn bezeichnet und nur teilweise auf den einzelnen Lohnabrechnungen ausgewiesen worden ist. Daher erweist sich als fraglich, ob der Beschwerdegegner mit den unter diesem Titel erfolgten Zahlungen seine Schuld erfüllt hat. Die Frage kann indessen offen bleiben, weil sich die Zahlungen aus einem anderen Grund als ungenügend erweisen, wie noch zu zeigen ist.
3.2.4 Es bleibt zu prüfen, ob der vom Beschwerdegegner bezahlte übertarifliche Lohn die Differenz zwischen der vom Beschwerdegegner berechneten und der im Landesmantelvertrag vorgesehenen Ferienentschädigung ausgleichen konnte.
3.2.4.1 Mit der Vorinstanz ist der Ansicht des Beschwerdegegners zu folgen, wonach sich der vom Arbeitgeber einem Arbeitnehmer für ein volles Arbeitsjahr zu bezahlende Lohn aus dem laufenden Lohn einerseits und dem Ferienlohn andererseits zusammensetzt. Es liegt auch auf der Hand, dass für den Arbeitgeber wirtschaftlich nur der Gesamtbetrag von Bedeutung ist. Das gilt weitgehend - aber nicht vollständig - auch für den Arbeitnehmer. Für diesen hat meist auch der Zeitpunkt der Fälligkeit eine wesentliche Bedeutung. In der Regel ist der Lohn für den Arbeitnehmer das einzige wesentliche Einkommen und er ist für sein tägliches Leben darauf angewiesen. Deshalb enthält das Gesetz eine Vielzahl von Bestimmungen, welche die Ausrichtung des Lohnes innert bestimmten Fristen und zu bestimmten Zeiten regeln. Dazu gehört auch Art. 329d OR, der sicherstellen will, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich bezieht, auch über das notwendige Geld verfügt, um diese sorgenfrei verbringen zu können. Das Gesetz will, dass der Arbeitnehmer im richtigen Zeitpunkt weiss, welches Geld für diesen Zeitabschnitt gespart ist (vgl. Aubert, Commentaire romand, N. 5 zu Art. 329d OR). Aus diesem Grund ist es - wie aufgezeigt - nach der
bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch notwendig, dass der auf die Ferien entfallende Teil der Zahlungen genau ausgewiesen wird.
3.2.4.2 Soweit es um den gesetzlichen Anspruch nach Art. 329d Abs. 1 OR geht, steht auf Grund dieser Überlegungen ausser Zweifel, dass als Ferienlohn nur gelten kann, was zusätzlich zum vereinbarten Lohn bezahlt wird. Andernfalls wäre die Bestimmung ohne jede Bedeutung. Das Gesetz kennt keine Mindestlöhne. Damit könnte bei jedem noch so geringen Lohn geltend gemacht werden, darin sei auch der Lohn für die Ferien enthalten. Mangels Mindestlohn besteht gar keine Grösse, mit der ein Gruppenvergleich angestellt werden könnte. Die Parteien hätten es immer in der Hand gehabt, einen niedrigeren Lohn zu vereinbaren, so dass der Arbeitgeber jeweils geltend machen könnte, er hätte einen niedrigeren Lohn vereinbart, wenn er gewusst hätte, dass er noch zusätzlich etwas für die Ferien bezahlen müsse. Insofern ist für die Frage, ob die Mindestvorschrift von Art. 329d Abs. 1 OR eingehalten worden ist, nur massgebend, ob der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Ferien gleich viel bezahlt bekommen hat, wie er erhalten hätte, wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte.
3.2.4.3 Vorliegend geht es aber in erster Linie nicht um die Einhaltung des Gesetzes, sondern der Bestimmungen des GAV. Die Vorinstanz erblickte zu Recht in Art. 34 des LMV, der den Ferienanspruch regelt, eine normative Bestimmung, die einen Mindestanspruch festsetzt. Dass der LMV auf das vorliegende Arbeitsverhältnis anwendbar ist, wird zu Recht nicht mehr bestritten.
Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Jedoch können abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist somit ein so genannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht (Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, N. 37 zu Art. 357 OR). Dabei kommt es nicht darauf an, welche Regelung dem konkreten Arbeitnehmer lieber ist. Vielmehr muss von einem objektiven Massstab ausgegangen werden (BGE 116 II 153 E. 2a/aa). Es ist darauf abzustellen, wie ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung die Bewertung treffen würde (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 23 zu Art. 357 OR; Stöckli, Berner Kommentar, N. 38 zu Art. 357 OR). Die Objektivierung des Massstabs hat auch zur Folge, dass man nicht die einzelnen Bestimmungen isoliert miteinander vergleichen kann. Andererseits ist es aber auch
nicht zulässig, in einem so genannten Gesamtvergleich den Einzelarbeitsvertrag insgesamt mit dem GAV zu vergleichen. Vielmehr ist ein so genannter Gruppenvergleich vorzunehmen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156; Vischer, Zürcher Kommentar, N. 23 f. zu Art. 357 OR; Stöckli, Berner Kommentar, N. 39 zu Art. 357 OR). Mit dem Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 357 OR). Daraus ergibt sich, dass beispielsweise verschiedene Lohnsysteme als Ganzes einander gegenübergestellt werden

können.
Der Vergleich kann aber nur innerhalb eines zusammenhängenden Regelwerkes erfolgen. Das Erfordernis des inneren Zusammenhangs ist dabei eng zu verstehen (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 357 OR). Selbst bei einem Vergleich der Lohnsysteme kann deshalb nicht in jedem Fall das gesamte mutmassliche Jahreseinkommen mit der Regelung des GAV verglichen werden. Vielmehr ist - wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156) - die Gegenüberstellung des Gesamtlohnes gemäss GAV sowie gemäss Einzelarbeitsvertrag auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen. Dabei ist der Schutzgedanke der entsprechenden GAV-Norm von zentraler Bedeutung. Im damals zu entscheidenden Fall gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der entsprechende GAV dem Arbeitnehmer während einer kurz bemessenen Zeitspanne den Mindestlohn gewährleisten wollte und es deshalb unbillig gewesen wäre, den Vergleich aufgrund des Jahresgesamtlohns vorzunehmen. Vielmehr erschien es dem Bundesgericht angemessen, den Vergleich auf die Zeitspanne eines Monats zu begrenzen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156 f.).
Die Vorinstanz hat nun in den Gruppenvergleich nicht nur die Berechnung der Ferienentschädigung einbezogen, sondern den gesamten Lohn. Sie hat geklärt, welcher Anspruch sich auf Grund des einzelarbeitsvertraglich vereinbarten Lohnes zusammen mit der im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen Ferienentschädigung (7,7 %) in Franken ergibt und ob dieser Betrag mindestens gleich hoch ist wie der Betrag, der sich aus dem im GAV festgesetzten Mindestlohn und der im GAV vorgesehenen Ferienlohnberechnung (10,6 bzw. 13 %) in Franken errechnet.
Damit hat die Vorinstanz den Rahmen eines Gruppenvergleichs gesprengt. Wohl geht es - wie aufgezeigt - beim Ferienanspruch auch um Entgelt für die geleistete Arbeit. Es können aber nicht einfach alle Teile des Entgelts miteinander verglichen werden. Zweck der Ferienregelung ist es, dass der Arbeitnehmer einerseits während der vorgesehenen fünf bzw. sechs Wochen im Jahr tatsächlich in die Ferien gehen kann und andererseits in dieser Zeit tatsächlich das entsprechende Geld zur Verfügung hat. "Entsprechend" ist in diesem Zusammenhang jener Betrag, den er gemäss Lohnabrechnung für diese Periode erhalten würde, wenn er arbeiten würde. Nach der vorliegenden einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung erhält er in dieser Zeit aber weniger ausbezahlt, als er (abzüglich des für die Ferien bestimmten Teils des Lohnes) erhalten würde, wenn er nicht in den Ferien wäre. Ob er dafür vorher mehr als laufenden Lohn ausbezahlt erhalten hat, ist dabei ohne Bedeutung. Die Ferienregelung sowohl des Gesamtarbeitsvertrages wie auch des Gesetzes will sicherstellen, dass derjenige Arbeitnehmer, der seinen Lohn unter dem Jahr ausgibt, während der Ferien den gleichen Betrag ausgeben kann. Das ist aber bei der im vorliegenden Fall einzelarbeitsvertraglich
getroffenen Lösung nicht gewährleistet. Die Berechnung der Vorinstanz widerspricht auch dem vom Bundesgericht für den Vergleich von Lohnsystemen aufgestellten zeitlichen Rahmen von einem Monat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156 f.).
Zu beachten ist auch, dass der Festsetzung der Löhne einerseits und der Ferienregelung andererseits eine für das Wirtschaftsleben wichtige Transparenzfunktion zukommt. Die Bezahlung übertariflicher Löhne ist auf einem hoch kompetitiven Arbeitsmarkt, wie er im Baugewerbe namentlich bei Akkordunternehmen besteht, ein wesentliches Element, um gute Arbeitskräfte zu finden. Dabei wird regelmässig der Stunden-, Monats- oder Akkordlohnansatz angegeben.
Die Arbeitnehmer können diese dann mit den Angeboten anderer Unternehmen vergleichen. Wird dann aber in Tat und Wahrheit gar nicht dieser Ansatz, sondern ein tieferer bezahlt, weil entgegen den entsprechenden Angaben im Vertrag darin auch ein Teil der Ferienentschädigung enthalten ist, fehlt es an der Vergleichbarkeit. Die klare Trennung zwischen dem Lohn für die Zeit, in der der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet, und dem Ferienlohn bezweckt auch, diese Transparenz zu schützen.
Dass eine Rechnung, wie sie die Vorinstanz angestellt hat, mit den Regeln von Art. 357 OR nicht vereinbar ist, zeigt auch eine weitere Überlegung. Wäre die Ferienregelung und das Lohnsystem im Sinne einer einheitlichen Normgruppe miteinander zu vergleichen, müsste umgekehrt auch mit einer Erhöhung des Ferienanspruchs ein untertariflicher Lohn ausgeglichen werden können. Davon geht aber wohl auch die Vorinstanz nicht aus.
3.2.4.1 Auch wenn bezüglich der Regelung des GAV anders zu entscheiden wäre, könnte die Berechnung der Vorinstanz keinen Bestand haben. Das Günstigkeitsprinzip gilt auch im Verhältnis zwischen dem GAV und dem Gesetz. Der GAV ist nur insoweit verbindlich, wie er nicht gegen zwingende Bestimmungen des Gesetzes verstösst. Die in Art. 329d Abs. 1 OR aufgestellte Regel ist aber einseitig zwingend. Ein GAV kann somit nicht eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelung vorsehen. Für den Vergleich des Gesamtarbeitsvertrages mit dem Gesetz hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Ferienentschädigung kann aber der Lohn nicht mit einbezo-

gen werden. Wie aufgezeigt (siehe vorn E. 3.2.4.2), kennt das Gesetz gar keine Mindestlöhne, die einen solchen Vergleich zulassen würden. Die Regelung der Ferienentschädigung im GAV kann damit immer nur mit der entsprechenden Ferienregelung im Gesetz verglichen werden, ohne dass das Lohnsystem zusätzlich einzubeziehen wäre. Daher steht ausser Zweifel, dass die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung jedenfalls die Vorgaben des Art. 329d OR einhalten muss.
Diesen Voraussetzungen genügen aber die streitigen Einzelarbeitsverträge nicht. Bei einem Anspruch von fünf Wochen Ferien beträgt der entsprechende Ansatz für den Ferienlohn bei einem Bezug während der Anstellung bereits 9,62 % und nach dem Ende der Anstellung 10,64 % (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 329d OR). Die fraglichen Arbeitsverträge rechnen aber nur mit 7,7 %.
Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Jedoch können abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Regelung getroffen, ist somit ein so genannter Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Es muss bezogen auf das einzelne Arbeitsverhältnis geprüft werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Regelung im GAV oder nicht (Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, N. 37 zu Art. 357 OR). Dabei kommt es nicht darauf an, welche Regelung dem konkreten Arbeitnehmer lieber ist. Vielmehr muss von einem objektiven Massstab ausgegangen werden (BGE 116 II 153 E. 2a/aa). Es ist darauf abzustellen, wie ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Berufsstandes und der Verkehrsanschauung die Bewertung treffen würde (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 23 zu Art. 357 OR; Stöckli, Berner Kommentar, N. 38 zu Art. 357 OR). Die Objektivierung des Massstabs hat auch zur Folge, dass man nicht die einzelnen Bestimmungen isoliert miteinander vergleichen kann. Andererseits ist es aber auch
nicht zulässig, in einem so genannten Gesamtvergleich den Einzelarbeitsvertrag insgesamt mit dem GAV zu vergleichen. Vielmehr ist ein so genannter Gruppenvergleich vorzunehmen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156; Vischer, Zürcher Kommentar, N. 23 f. zu Art. 357 OR; Stöckli, Berner Kommentar, N. 39 zu Art. 357 OR). Mit dem Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 357 OR). Daraus ergibt sich, dass beispielsweise verschiedene Lohnsysteme als Ganzes einander gegenübergestellt werden können.
Der Vergleich kann aber nur innerhalb eines zusammenhängenden Regelwerkes erfolgen. Das Erfordernis des inneren Zusammenhangs ist dabei eng zu verstehen (Vischer, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 357 OR). Selbst bei einem Vergleich der Lohnsysteme kann deshalb nicht in jedem Fall das gesamte mutmassliche Jahreseinkommen mit der Regelung des GAV verglichen werden. Vielmehr ist - wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156) - die Gegenüberstellung des Gesamtlohnes gemäss GAV sowie gemäss Einzelarbeitsvertrag auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen. Dabei ist der Schutzgedanke der entsprechenden GAV-Norm von zentraler Bedeutung. Im damals zu entscheidenden Fall gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der entsprechende GAV dem Arbeitnehmer während einer kurz bemessenen Zeitspanne den Mindestlohn gewährleisten wollte und es deshalb unbillig gewesen wäre, den Vergleich aufgrund des Jahresgesamtlohns vorzunehmen. Vielmehr erschien es dem Bundesgericht angemessen, den Vergleich auf die Zeitspanne eines Monats zu begrenzen (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156 f.).
Die Vorinstanz hat nun in den Gruppenvergleich nicht nur die Berechnung der Ferienentschädigung einbezogen, sondern den gesamten Lohn. Sie hat geklärt, welcher Anspruch sich auf Grund des einzelarbeitsvertraglich vereinbarten Lohnes zusammen mit der im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen Ferienentschädigung (7,7 %) in Franken ergibt und ob dieser Betrag mindestens gleich hoch ist wie der Betrag, der sich aus dem im GAV festgesetzten Mindestlohn und der im GAV vorgesehenen Ferienlohnberechnung (10,6 bzw. 13 %) in Franken errechnet.
Damit hat die Vorinstanz den Rahmen eines Gruppenvergleichs gesprengt. Wohl geht es - wie aufgezeigt - beim Ferienanspruch auch um Entgelt für die geleistete Arbeit. Es können aber nicht einfach alle Teile des Entgelts miteinander verglichen werden. Zweck der Ferienregelung ist es, dass der Arbeitnehmer einerseits während der vorgesehenen fünf bzw. sechs Wochen im Jahr tatsächlich in die Ferien gehen kann und andererseits in dieser Zeit tatsächlich das entsprechende Geld zur Verfügung hat. "Entsprechend" ist in diesem Zusammenhang jener Betrag, den er gemäss Lohnabrechnung für diese Periode erhalten würde, wenn er arbeiten würde. Nach der vorliegenden einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung erhält er in dieser Zeit aber weniger ausbezahlt, als er (abzüglich des für die Ferien bestimmten Teils des Lohnes) erhalten würde, wenn er nicht in den Ferien wäre.

Ob er dafür vorher mehr als laufenden Lohn ausbezahlt erhalten hat, ist dabei ohne Bedeutung. Die Ferienregelung sowohl des Gesamtarbeitsvertrages wie auch des Gesetzes will sicherstellen, dass derjenige Arbeitnehmer, der seinen Lohn unter dem Jahr ausgibt, während der Ferien den gleichen Betrag ausgeben kann. Das ist aber bei der im vorliegenden Fall einzelarbeitsvertraglich
getroffenen Lösung nicht gewährleistet. Die Berechnung der Vorinstanz widerspricht auch dem vom Bundesgericht für den Vergleich von Lohnsystemen aufgestellten zeitlichen Rahmen von einem Monat (BGE 116 II 153 E. 2a/bb S. 156 f.).
Zu beachten ist auch, dass der Festsetzung der Löhne einerseits und der Ferienregelung andererseits eine für das Wirtschaftsleben wichtige Transparenzfunktion zukommt. Die Bezahlung übertariflicher Löhne ist auf einem hoch kompetitiven Arbeitsmarkt, wie er im Baugewerbe namentlich bei Akkordunternehmen besteht, ein wesentliches Element, um gute Arbeitskräfte zu finden. Dabei wird regelmässig der Stunden-, Monats- oder Akkordlohnansatz angegeben.
Die Arbeitnehmer können diese dann mit den Angeboten anderer Unternehmen vergleichen. Wird dann aber in Tat und Wahrheit gar nicht dieser Ansatz, sondern ein tieferer bezahlt, weil entgegen den entsprechenden Angaben im Vertrag darin auch ein Teil der Ferienentschädigung enthalten ist, fehlt es an der Vergleichbarkeit. Die klare Trennung zwischen dem Lohn für die Zeit, in der der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet, und dem Ferienlohn bezweckt auch, diese Transparenz zu schützen.
Dass eine Rechnung, wie sie die Vorinstanz angestellt hat, mit den Regeln von Art. 357 OR nicht vereinbar ist, zeigt auch eine weitere Überlegung. Wäre die Ferienregelung und das Lohnsystem im Sinne einer einheitlichen Normgruppe miteinander zu vergleichen, müsste umgekehrt auch mit einer Erhöhung des Ferienanspruchs ein untertariflicher Lohn ausgeglichen werden können. Davon geht aber wohl auch die Vorinstanz nicht aus.
3.2.4.1 Auch wenn bezüglich der Regelung des GAV anders zu entscheiden wäre, könnte die Berechnung der Vorinstanz keinen Bestand haben. Das Günstigkeitsprinzip gilt auch im Verhältnis zwischen dem GAV und dem Gesetz. Der GAV ist nur insoweit verbindlich, wie er nicht gegen zwingende Bestimmungen des Gesetzes verstösst. Die in Art. 329d Abs. 1 OR aufgestellte Regel ist aber einseitig zwingend. Ein GAV kann somit nicht eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelung vorsehen. Für den Vergleich des Gesamtarbeitsvertrages mit dem Gesetz hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Ferienentschädigung kann aber der Lohn nicht mit einbezogen werden. Wie aufgezeigt (siehe vorn E. 3.2.4.2), kennt das Gesetz gar keine Mindestlöhne, die einen solchen Vergleich zulassen würden. Die Regelung der Ferienentschädigung im GAV kann damit immer nur mit der entsprechenden Ferienregelung im Gesetz verglichen werden, ohne dass das Lohnsystem zusätzlich einzubeziehen wäre. Daher steht ausser Zweifel, dass die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung jedenfalls die Vorgaben des Art. 329d OR einhalten muss.
Diesen Voraussetzungen genügen aber die streitigen Einzelarbeitsverträge nicht. Bei einem Anspruch von fünf Wochen Ferien beträgt der entsprechende Ansatz für den Ferienlohn bei einem Bezug während der Anstellung bereits 9,62 % und nach dem Ende der Anstellung 10,64 % (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 329d OR). Die fraglichen Arbeitsverträge rechnen aber nur mit 7,7 %.
Diesen Voraussetzungen genügen aber die streitigen Einzelarbeitsverträge nicht. Bei einem Anspruch von fünf Wochen Ferien beträgt der entsprechende Ansatz für den Ferienlohn bei einem Bezug während der Anstellung bereits 9,62 % und nach dem Ende der Anstellung 10,64 % (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 329d OR). Die fraglichen Arbeitsverträge rechnen aber nur mit 7,7 %.
3.2.5 Es erweist sich somit, dass die Berechnung des vorenthaltenen Ferienlohnes, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, nicht haltbar ist. Das Kantonsgericht ist von einer bundesrechtswidrigen Berechnung der Ferieneldansprüche ausgegangen. Richtig ist vielmehr die Berechnungsweise des Bezirksgerichts. Dass diese in anderen Punkten falsch sei, wird nicht behauptet. Es ist folglich festzuhalten, dass der Beschwerdegegner in der fraglichen Zeit seinen Arbeitnehmenden ungefähr Fr. 352'000.– vorenthalten hat.

3.3 Dass der Beschwerdegegner seinen Arbeitnehmern im Weiteren Fr. 11'760.– Lohnerhöhungen und Fr. 1'763.– Krankentaggelder vorenthalten hat, war bereits vor dem Kantonsgericht nicht mehr bestritten. Dass er ihnen auch noch Fr. 5'034.– SUVA-Karenztage und Fr. 2'250.– Mindestlohn vorenthielt, hat die Vorinstanz zudem in ihrem Urteil festgestellt und ist mangels Rechtsmittels des Beschwerdegegners vor Bundesgericht nicht mehr streitig.

4.

Es erweist sich somit, dass die Vorinstanz die den Arbeitnehmern in der fraglichen Periode vorenthaltenen Beträge im Gegensatz zur Erstinstanz falsch berechnet hat. Statt den im angefochtenen Urteil errechneten Fr. 41'270.–, handelt es sich um ungefähr Fr. 376'000.–. Dieser Betrag setzt sich folgendermassen zusammen:
5. Nicht ausgerichtete Überstundenentschädigung
Nicht ausgerichtete Überstundenentschädigung
3'266.85
5. Nicht ausgerichtetes Krankentaggeld
1'763.00
5. Nicht ausgerichteter Ferienlohn
352'000.00
5. Nicht ausgerichtete Lohnerhöhungen
11'760.00
5. Nicht ausgerichtete SUVA-Karenztage
5'034.00
5. Nicht ausgerichteter Mindestlohn
2'250.00
5. Total:
376'073.85

5

5. Ausgehend von diesem Betrag hatte das Bezirksgericht die Konventionalstrafe auf Fr. 90'000.– festgelegt. Das Kantonsgericht hat die Überlegungen zur Festsetzung dieser Konventionalstrafe mit Bezug auf die Beurteilung des Verschuldens sowie die weiteren Umstände des Falles nicht beanstandet. Die Reduktion hat nur stattgefunden, weil die Vorinstanz die vorenthaltenen Leistungen anders berechnet hat. Diese abweichende Berechnung hat sich nunmehr als unzutreffend und jene der ersten Instanz als richtig erwiesen. Es ist daher ohne weiteres möglich, dass das Bundesgericht selber die Konventionalstrafe festsetzt, nämlich in der gleichen Höhe, wie sie die Erstinstanz bestimmt hatte. Sie beträgt somit Fr. 90'000.– Zu dieser Konventionalstrafe kommen die unbestrittenen Untersuchungs- und Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin für die Lohnbuchkontrolle im Betrag von Fr. 10'900.– hinzu. Der Beschwerdegegner schuldet der Beschwerdeführerin somit insgesamt Fr. 100'900.–.

6.
Dem Ausgang des Verfahrens gemäss trägt der Beschwerdegegner die Kosten und hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen. Für die Neufestsetzung der Kosten und Entschädigungen im kantonalen Verfahren ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 15. Mai 2007 wird aufgehoben und der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin Fr. 100'900.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. Juni 2004 zu bezahlen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

3.
Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.– zu entschädigen.

4.
Für die Neufestsetzung der Kosten und Entschädigungen im kantonalen Verfahren wird die Sache an die Vor-

instanz zurückgewiesen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Mai 2008

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Corboz Leemann