Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.60/2007 /len

Urteil vom 28. Juni 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss, Ersatzrichter Geiser, Gerichtsschreiber Leemann.

Parteien
Kommission X._____,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Willi Egloff,

gegen

Y._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Fürsprecher Marcel Grass.

Gegenstand
Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Lohnbuchkontrolle,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Bern, Appellationshof, 1. Zivilkammer,
vom 11. Dezember 2006.

Sachverhalt:
A.
A.a Am 13. Februar 1998 schlossen der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) und die Gewerkschaft Bau & Industrie (GBI), der Christliche Holz- und Bauarbeiterverband der Schweiz (CHB) sowie der Landesverband Freier Schweizer Arbeitnehmer (LSFA) den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe ab (LMV 2000). Mit Bundesbeschluss vom 10. November 1998 wurde die Mehrzahl der darin enthaltenen Bestimmungen für allgemeinverbindlich erklärt.
Gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV, der allgemeinverbindlich erklärt ist, bestellen die Vertragsparteien des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) lokale paritätische Berufskommissionen (PBK) in der Rechtsform eines Vereines. Der PBK obliegt die Kontrolle der Einhaltung des GAV. Nach Art. 76 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 LMV ist es unter anderem auch Aufgabe der PBKs, Lohnkontrollen durchzuführen.
Die Kommission X._____ (Klägerin) ist als Verein organisiert. Die Y._____ AG (Beklagte) ist eine Personalverleihfirma, die unter anderem auch Personal an Betriebe des Bauhauptgewerbes verleiht.
A.b Im September 2003 beschloss die Klägerin, bei der Beklagten eine Lohnbuchkontrolle im Sinne von Art. 76 LMV durchzuführen und informierte diese mit Schreiben vom 18. September 2003. Am 30. September 2003 teilte die Beklagte mit, sie sei der Ansicht, dass eine derartige Kontrolle der kantonalen Bewilligungsbehörde für den Personalverleih obliege, nicht aber der paritätischen Berufskommission und widersetzte sich dieser Kontrolle.
A.c Mit Verfügung vom 14. Oktober 2003 wurde die Beklagte durch das beco Berner Wirtschaft unter anderem aufgefordert, bis Ende Oktober 2003 mitzuteilen, ob sie die Lohnbuchkontrollen durch die Klägerin und zwei andere PBKs akzeptiere. Gegen die Verfügung des beco reichte die Beklagte bei der Volkswirtschaftsdirektion

des Kantons Bern Beschwerde ein. Mit Entscheid vom 24. Mai 2004 hiess diese die Beschwerde gut und hielt fest, die Zulässigkeit von Lohnbuchkontrollen sei durch das Zivilgericht zu klären.
B.
Am 20. Mai 2005 erhob sodann die Klägerin beim Gerichtskreis VIII Bern-Laupen Klage und beantragte im Wesentlichen, die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen der Jahre 2000 bis 2003 insoweit zu gewähren, als diese zur Durchführung einer Lohnbuchkontrolle im Sinne von Art. 76 LMV für das Bauhauptgewerbe erforderlich sei. Mit Urteil vom 2. März 2006 wies der Gerichtspräsident 3 die Klage ab.
Auf Appellation der Klägerin hin bestätigte das Obergericht des Kantons Bern am 11. Dezember 2006 diesen Entscheid.
C.
Die Klägerin gelangt gegen dieses Urteil mit Berufung an das Bundesgericht und verlangt im Wesentlichen die Gutheissung ihrer Klage. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Rechtsmittels.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).
1.2
1.2.1 Die Klägerin ist gemäss ihren Statuten ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB. Zweck des Vereines ist insbesondere die Überwachung der Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge. Da es sich bei der Klägerin demnach um eine juristische Person handelt, ist die von Amtes wegen zu prüfende Frage ihrer Parteifähigkeit (vgl. Georg Messmer/Herrmann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 14 Rz. 11; BGE 118 II 528 E. 1 S. 530) zu bejahen.
1.2.2 Die Berufung ist abgesehen von den in Art. 44 lit. a bis f und Art. 45 lit. b OG abschliessend aufgezählten Fällen nur in Zivilrechtsstreitigkeiten zulässig (Art. 44 Abs. 1 und Art. 46 OG). Zu verstehen sind darunter Streitigkeiten, die in einem kontradiktorischen Verfahren ausgetragen werden, das die endgültige Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse zum Ziel hat (BGE 124 III 44 E. 1a S. 46; 123 III 346 E. 1a S. 348 f.; 120 II 11 E. 2a S. 12 f. mit Hinweisen).
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.). Mit dem Entscheid darüber, ob jemand sich einer Lohnbuchkontrolle unterziehen muss oder nicht, wird über einen Anspruch entschieden (BGE 124 III 478 E. 2 S. 479; 118 II 528 E. 2 S. 530 ff.).
Das sich aus Art. 76 LMV ergebende Kontrollrecht kann sodann selbständigen Charakter haben, wenn seine Durchsetzung - wie im vorliegenden Fall - nicht bloss eine vorsorgliche oder vorbereitende Massnahme darstellt, und in einem eigenen Verfahren durchgeführt wird, in dem endgültig über dessen Bestand zu entscheiden ist (vgl. BGE 118 II 528 E. 2a S. 531).
Erfüllt ist auch die Voraussetzung eines kontradiktorischen Verfahrens, da bereits vor den kantonalen Gerichten die PBK und das zu kontrollierende Unternehmen sich als Klägerin und Beklagte mit voller Parteistellung gegenüberstanden (vgl. BGE 118 II 528 E. 2a S. 531).
Verfahren über Lohnbuchkontrollen im vorliegenden Sinn gelten sodann als vermögensrechtliche Streitsachen gemäss Art. 46 OG (BGE 118 II 528 E. 2c S. 531 ff.). Es ist somit auf die Berufung nur einzutreten, wenn der Streitwert von Fr. 8'000.– erreicht wird (Art. 46 OG). Gegenstand der Kontrolle sind die Lohnzahlungen der Beklagten. Diese bilden aber nicht den Streitwert. Ausschlaggebend sind vielmehr in erster Linie die der Klage zu Grunde liegenden Vermögensinteressen der Klägerin bzw. der ihr als Mitglieder angehörenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen. Es ist deshalb darauf abzustellen, welche Beträge sich mutmasslich aus einer Verletzung der einschlägigen GAV-Bestimmungen für die betroffenen Arbeitnehmer ergäben. Weil einer Lohnbuchkontrolle auch eine präventive Wirkung zukommt, kann allerdings dabei nicht nur auf die Vergangenheit abgestellt werden, d.h. auf die Zeitspanne der beabsichtigten Kontrolle. Vielmehr ist mit zu berücksichtigen, welche Verstösse durch die Kontrolle in der Zukunft hätten vermieden werden können (vgl. BGE 118 II 528 E. 2c S. 532 f.). Von daher ist die in der Berufungsschrift angegebene Streitwertsumme von Fr. 24'000.– sicher

nicht zu hoch und die Berufungsfähigkeit gegeben.
1.3 Die Klägerin rügt eine Verletzung von Art. 20 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) in Verbindung mit den einschlägigen übergangsrechtlichen Normen sowie eventuell eine Verletzung von aArt. 20 AVG. Sie macht somit eine Verletzung von Bundesrecht geltend und auf die Berufung ist einzutreten.
2.
Vorliegend geht es um die Frage, ob die Beklagte sich als Personalverleiherin eine Lohnbuchkontrolle durch die Klägerin gefallen lassen muss. Dabei ist unbestritten, dass eine solche Verpflichtung nach dem derzeit geltenden Art. 20 AVG besteht. Die Bestimmung wurde im Zusammenhang mit der Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der EG und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit 2004 revidiert und auf den 1. April 2006 in Kraft gesetzt (AS 2006 994; BBl 2004 6565). Die frühere und die nunmehr gültige Fassung lauten:
Fassung von 1989 (in Kraft bis 31. März 2006):
Art. 20 Allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge
Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag, so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten.
Fassung von 2004 (in Kraft seit 1. April 2006):
Art. 20 Allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge
1 Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten. Sieht ein allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag einen obligatorischen Beitrag an Weiterbildungs- und Vollzugskosten vor, so gelten die entsprechenden Bestimmungen auch für den Verleiher, wobei die Beiträge anteilsmässig nach Massgabe der Dauer des Einsatzes zu leisten sind. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.
2 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:
a) nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages eine Konventionalstrafe auferlegen;
b) die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen.
3 Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, der den flexiblen Altersrücktritt regelt, so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer diese Regelung ebenfalls einhalten. Der Bundesrat kann Vorschriften darüber erlassen, ab welcher Mindestanstellungsdauer der Arbeitnehmer einer solchen Regelung zu unterstellen ist.
3.
3.1 Das Obergericht hat mit ausführlicher Begründung auf den vorliegenden Fall altes Recht angewendet, weil es um Einsicht in die Unterlagen für einen Zeitpunkt geht, der vor dem Inkrafttreten des revidierten Art. 20 AVG liegt. Nach seiner Auffassung handelt es sich um einen in der Vergangenheit liegenden, abgeschlossenen Sachverhalt. Die Klägerin hält demgegenüber den zu beurteilenden Sachverhalt als nicht abgeschlossen, weil sie erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts Einsicht verlangt habe. Zudem sei die Revision im öffentlichen Interesse erfolgt, so dass eine Rückwirkung anzunehmen sei.
3.2 Anlässlich der Revision von 2004 regelte der Gesetzgeber die Frage des Übergangs vom alten zum neuen Recht nicht. Das AVG selber enthält nur eine einzige Übergangsbestimmung, welche aber ausschliesslich die Frage der Bewilligungen für den Personalverleih und die Personalvermittlung betrifft (Art. 43 AVG). Von daher ist auf die allgemeinen Grundsätze des Übergangsrechts gemäss Art. 1 bis 4 SchlT ZGB zurückzugreifen (BGE 133 III 105 E. 2.1 S. 108; Markus Vischer, Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 1 SchlT ZGB).
Die Fragen, ob vorliegend im Sinne einer zulässigen unechten Rückwirkung oder einer Ausnahme vom Verbot der echten Rückwirkung das neue Recht für die ganze Periode der verlangten Lohnbuchkontrolle zur Anwendung gelangt oder nicht, kann indessen offen bleiben, weil - wie sich noch zeigen wird - der Anspruch auf Kontrolle auch bereits unter dem alten Recht bestanden hat.
4.
Für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist somit, ob bereits vor der Revision von 2004 (in Kraft getreten am 1. April 2006) ein Kontrollanspruch der paritätischen Kommission bestanden hat. Art. 20 AVG in

der Fassung von 1989 regelte diese Frage nicht ausdrücklich. Die Rechtslage ist somit durch Auslegung dieser Norm zu ermitteln. Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Sind jedoch mehrere Auslegungen möglich und ist der Gesetzestext nicht klar, so ist der Sinn der Norm aufgrund der systematischen, teleologischen und historischen Auslegungsmethode zu bestimmen (statt vieler: BGE 124 III 126 E. 1b aa S. 129; siehe auch BGE 133 III 175 E. 3.3.1 S. 178; 132 III 708 E. 2 S. 710 f.). Bezüglich der historischen Auslegungsmethode kommt es diesbezüglich darauf an, was der Gesetzgeber dachte, als er aArt. 20 AVG erliess, nicht was er wollte, als er diese Bestimmung 2004 revidierte.
4.1 Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen des Personalverleihs. Für die Frage, ob ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag auf die entsprechenden Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, empfiehlt sich ein Blick auf die Rechtsnatur des Personalverleihs.
Beim Personalverleih sind immer drei Rechtssubjekte beteiligt. Der Personalverleiher stellt seine Arbeitnehmer für eine bestimmte Dauer einem anderen Arbeitgeber, dem Einsatzbetrieb, gewerbsmässig für Arbeitsleistungen zur Verfügung. Zwischen dem Personalverleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein Einzelarbeitsvertrag und zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb ein Verleihvertrag. Dabei tritt der Verleiher dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer ab (Art. 26 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVV; SR 823.111). Trotzdem steht der Arbeitnehmer in keiner unmittelbaren vertraglichen Beziehung zum Einsatzbetrieb (Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 333 OR mit weiteren Verweisen). Insbesondere die Lohnzahlungs- und die allgemeine Fürsorgepflicht bleiben beim Verleiher (BBl 1985 III 565; ausführlich: Andreas Ritter, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Diss. Bern 1994, S. 19 ff.).
4.2
4.2.1 Für die systematische Bedeutung von aArt. 20 AVG in der Fassung von 1989 ist die Rechtslage vor Erlass dieses Gesetzes von Bedeutung.
In der Botschaft zum AVG ging der Bundesrat davon aus, dass ein Gesamtarbeitsvertrag, dem ein Einsatzbetrieb unterstehe, auf das Leiharbeitsverhältnis nach dem damaligen Recht nicht anwendbar sei, selbst wenn der Gesamtarbeitsvertrag allgemeinverbindlich erklärt werde (BBl 1985 III 615 f.). Diese Auffassung wird in der Botschaft des Bundesrates nicht belegt. Sie erscheint denn auch als fragwürdig. Die Literatur zum Leiharbeitsverhältnis war damals noch relativ spärlich. Die ersten grundlegenden Arbeiten zu diesem Thema stammen von 1971. Während von Büren sich zur Anwendbarkeit der GAV ausschweigt (Roland von Büren, Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistung im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1971), gelten diese nach Ansicht von Nef auch für das Leiharbeitsverhältnis, wenn der GAV dies vorsieht oder er sich zu dieser Frage ausschweigt und der Einsatzbetrieb dem GAV untersteht (Urs Christoph Nef, Temporäre Arbeit, Diss. Zürich, Bern 1971, S. 87). Als das AVG bereits in der parlamentarischen Beratung war - aber noch vor seiner Verabschiedung - legte Thévenoz in seiner Dissertation ausführlich dar, warum die Meinung des Bundesrates nicht der damals geltenden Rechtslage entspreche und weshalb die vom
Bundesrat vorgeschlagene Einschränkung der Anwendbarkeit nicht haltbar sei (Luc Thévenoz, Le travail intérimaire, Diss. Genf, Lausanne 1987, Rz. 540 ff.). Auch die Rechtsprechung deutet in keiner Weise in die vom Bundesrat aufgeführte Richtung. So entschied das Tribunal de prud'hommes de La Chaux-de-Fonds zwar schon nach Inkrafttreten des AVG aber noch bezüglich eines Falles, der sich unter altem Recht ereignet hatte, dass sich ein Leiharbeitnehmer auf den GAV berufen könne, dem der Einsatzbetrieb unterstellt sei (Urteil des Tribunal de prud'hommes de La Chaux-de-Fonds vom 8. Februar 1991, in: JAR 1992, S. 350 ff.; insofern ungenau: Ritter, a.a.O., S. 139; richtig dagegen: Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, N. 87 zu Art. 356b OR).
Diese Darlegungen in der Lehre zum früheren Recht zeigen ausführlich, dass es sehr gute Argumente dafür gibt, dass bereits vor Inkrafttreten von aArt. 20 AVG auf den Einsatzbetrieb anwendbare GAV das Leiharbeitsverhältnis beherrscht haben. Insofern erscheint fraglich, ob der Gesetzgeber mit dem Erlass dieser Bestimmung die Anwendbarkeit der GAV ausgedehnt oder eingeengt hat. Die Frage scheint indessen heute obsolet. Mit aArt. 20 AVG hat der Gesetzgeber - wie noch zu zeigen sein wird - bewusst einen Entscheid gefällt, der nunmehr massgebend ist. Die Rechtsunsicherheit vor Erlass des AVG zeigt indessen, dass keinerlei dogmatische Gründe bestehen, aArt. 20 AVG restriktiv auszulegen.
Wie dargelegt, waren vor dem Inkrafttreten des Arbeitsvermittlungsgesetzes gemäss der Auffassung des Bundesrates allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge für Leiharbeitnehmer nicht anwendbar, obwohl sie in einem Einsatzbetrieb beschäftigt waren, der einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstand (BBl 1985 III 615 f.). Diese Situation hatte Personalverleihbetrieben einen Konkurrenzvorteil zum

Nachteil der beteiligten Arbeitnehmer wie auch Arbeitgeber verschafft (Frank Vischer, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel VII/4, S. 56). Insbesondere auch wegen Missbräuchen bei der Vermittlung ausländischer "Schwarzarbeiter" wurde die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Arbeitsvermittlung bei der Beratung in den beiden Räten hervorgehoben (Amtl. Bull. NR 1987 S. 178).
Der Inhalt von aArt. 20 AGV führte sowohl in den vorberatenden Kommissionen (vgl. Amtl. Bull. NR 1987 S. 178) wie auch in den beiden Räten (Amtl. Bull. NR 1987 S. 205 ff.; Amtl. Bull. SR 1988 S. 582 f.) zu ausgiebigen Diskussionen. Die Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (BBI 1985 III 556 ff.) sah die Einhaltung von Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Verleihers gegenüber seinen Arbeitnehmern nur dann vor, wenn der Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag untersteht (BBl 1985 III 649). In der Erstberatung folgte der Nationalrat dem Antrag der Kommissionsmehrheit. Diese beantragte zum einen die Erweiterung der Bestimmung auf alle Arbeitsbedingungen und zum anderen auf sämtliche Einsatzbetriebe, die einem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen (Amtl. Bull. NR 1987 S. 205, Titel zu aArt. 20 AGV: "Gesamtarbeitsverträge"; Abstimmung, S. 209). Im Gegensatz dazu folgte der Ständerat der bundesrätlichen Vorgabe mit der Beschränkung auf die allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge und die Arbeitszeitbestimmungen. Im Differenzbereinigungsverfahren beantragte die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission, dem Beschluss des Ständerats zuzustimmen. Eine Kommissionsminderheit beschränkte sich im Sinne der bundesrätlichen Vorgabe auf die Arbeitszeitbestimmungen, wollte jedoch die Anwendung von aArt. 20 AGV auf alle einem Gesamtarbeitsvertrag unterstehenden Einsatzbetriebe beibehalten (Amtl. Bull. NR 1989 S. 1248). Der Nationalrat folgte schliesslich dem Ständerat und stimmte damit der ursprünglichen bundesrätlichen Version zu (Amtl. Bull. 1989 NR S. 1250).
Die Entstehungsgeschichte von aArt. 20 AVG zeigt somit, dass ein bewusster gesetzgeberischer Entscheid vorlag, selbst wenn der Gesetzgeber möglicherweise aufgrund der Ausführungen in der Botschaft von einer falschen Auffassung über die damals gültige Rechtslage ausgegangen war. Fraglich erscheint höchstens, ob der gesetzgeberische Entscheid auch jene Verleihbetriebe erfassen kann, welche ausschliesslich im Bereich eines einzigen Gewerbes tätig sind, so dass alle seine Einsatzbetriebe dem gleichen GAV unterstehen. Dort trifft nämlich die Argumentation des Parlamentes und des Bundesrates nicht zu, es sei zu schwierig, die verschiedenen GAV zu kennen. Die Verleihunternehmen, die nur in einer einzigen Branche tätig sind, können ohne weiteres als Betriebe dieser Branche angesehen werden. Die Besonderheit ihrer Tätigkeit besteht nur darin, dass sie ausschliesslich durch die Vermittlung von Arbeitskräften in dieser Branche tätig sind.
4.2.2 Es fragt sich damit, was aArt. 20 AVG materiell tatsächlich regelte. Im Arbeitsvermittlungsgesetz von 1989 war die Bestimmung über den Umfang der Geltung von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen im 2. Abschnitt (Art. 18 - 22 AVG) des 3. Kapitels (Art. 12 - 23 AVG) geregelt. Das 3. Kapitel regelt den Personalverleih, der bis zum Inkrafttreten des Arbeitsvermittlungsgesetzes nicht speziell gesetzlich normiert war. Nicht erfasst ist die echte Leiharbeit, bei welcher der Arbeitgeber eigene Arbeitnehmer einem anderen Betrieb überlässt, um eigene Produktionslücken auszugleichen oder die Personalengpässe des anderen Betriebs zu überbrücken (BBl 1985 III 589 f.). Der 2. Abschnitt enthielt Vorschriften über die Verleihtätigkeit. Der Personalverleiher wurde bei der öffentlichen Ausschreibung zu bestimmten formellen Hinweisen und zum sorgfältigen Umgang mit den Daten seiner Arbeitnehmer verpflichtet (Art. 18 AVG). Sowohl der Arbeitsvertrag wie auch der Verleihvertrag sind schriftlich abzuschliessen und bedürfen bestimmter Mindestinhalte (Art. 19 und 22 AVG). Die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen werden in der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) ausführlich konkretisiert.
Gemäss dem Wortlaut von aArt. 12 Abs. 1 AVG gilt als Einsatzbetrieb der Dritte, dem der Personalverleiher gewerbsmässig Arbeitnehmer überlässt. Untersteht dieser Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, so gelten nach aArt. 20 AVG die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen bezüglich Lohn und Arbeitszeit auch für die Arbeitsverträge zwischen dem Personalverleiher und seinen im Einsatzbetrieb tätigen Arbeitnehmern. Hierbei handelt es sich um eine Privilegierung der Personalverleiher gegenüber anderen nicht am allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, auf die gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) der Geltungsbereich ausgedehnt wird, denn für diese gelten die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der Einzelarbeitsverträge (vgl. Art. 357 OR) wie auch die Verpflichtungen gegenüber den Gesamtarbeitsvertragsparteien. Unter diesem Aspekt kann aArt. 20 AVG, mit seiner Einschränkung auf bestimmte Regelungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages, als lex specialis zu Art. 4 AVEG

betrachtet werden. Die Einschränkung auf bestimmte Regelungen eines Gesamtarbeitsvertrages verursachte insofern Schwierigkeiten, als die allgemein gehaltene Umschreibung "Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen" in aArt. 20 AVG einer Konkretisierung bedurfte, da die gängige Rechtspraxis von den Personalverleihern immer wieder in Zweifel gezogen worden war (Pressemitteilung, Bern, vom 20. November 1999: «http://www.dfe.admin.ch/archived/cp/ARBEITSVERMITTLUNG/D/ARBEITNEHMERSCHUTZ.html» [8. Mai 2000]). Aus diesem Grund veröffentlichte das damalige Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) 1990 eine Liste möglicher gesamtarbeitsvertraglicher Regelungen, die im Sinne von aArt. 20 AVG als Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen gelten (BIGA, Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 und zur Verordnung über Gebühr, Provisionen und Kautionen im Personalverleih vom 16. Januar 1991, Bern 1990, S. 45 f.). In einem Kreisschreiben (Kreisschreiben des Bundesamtes für Wirtschaft und Arbeit [BWA]an die kantonalen Arbeitsämter vom 18. September 1998 über den Vollzug von Art. 20 des
Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [AVG], Ergänzungen zu den "Weisungen und Erläuterungen zum AVG" von 1990) des BWA als Nachfolgeorganisation des BIGA und Vorläufer des Staatssekretariats für Wirtschaft und Arbeit SECO wurden die Weisungen zu aArt. 20 AVG ergänzt. Die Auffassung des BIGA bzw. BWA über die Tragweite der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen wird von Lehre (Manfred Rehbinder, Arbeitsvermittlungsgesetz, Zürich 1992, N. 3 f. zu aArt. 20 AVG) und Rechtsprechung (BGE 124 III 126 ff.) geteilt. Der Bundesrat hiess schliesslich 1999 eine Änderung der Arbeitsvermittlungsverordnung gut und hielt neu in Art. 48a AVV fest, welche gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen unter Art. 20 AVG fallen. Dabei hielt er sich inhaltlich an die beiden genannten Publikationen des Staatssekretariats für Wirtschaft. Die Begriffe "Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen" werden nun in Art. 48a AVV konkretisiert. Folglich waren für Arbeitnehmer eines Personalverleihers, welche in einem Einsatzbetrieb mit allgemeinverbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag tätig waren, derartige gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen anwendbar.
4.2.3 Das Gesetz und die Verordnung äusserten sich wie dargestellt ausführlich dazu, welche normativen Bestimmungen eines für den Einsatzbetrieb geltenden allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages für ein Leiharbeitsverhältnis gültig waren. Insofern war die Aufzählung in der Verordnung auch als abschliessend anzusehen (Thomas Geiser, Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Zürich 2004, S. 137 ff. Rz. 2.20). Sie schwiegen sich aber dazu aus, wie die Kontrolle der Einhaltung von aArt. 20 AVG zu erfolgen hatte.
Das BIGA hielt jedoch fest, dass "die Vertragsparteien der jeweiligen allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge [...]für Einhaltung, Durchsetzung und Vollzug dieser Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen im Rahmen der gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Ordnung besorgt" sind (BIGA, Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 und zur Verordnung über Gebühr, Provisionen und Kautionen im Personalverleih vom 16. Januar 1991, Bern 1990, S. 46). Im Kreisschreiben des BWA vom 18. September 1998 wurde die Kontrolle der Einhaltung von aArt. 20 AVG ausführlich behandelt (Kreisschreiben des BWA vom 18. September 1998, S. 4 f.). Danach war für die Kontrolle über den privaten Personalverleih - und ist immer noch - grundsätzlich die zuständige kantonale Behörde verantwortlich (Art. 32 AVG). Diese aufsichtsrechtliche Kontrolle kann jedoch in keiner Weise der verbandsrechtlichen Kontrolle der GAV-Parteien gleichgestellt werden. Fehlt die verbandsrechtliche Kontrolle, so kommt es zu einer von aArt. 20 AVG nicht vorgesehenen Ungleichbehandlung zwischen den Personalverleihern und den
Einsatzbetrieben bzw. deren Arbeitnehmern. Die Einhaltung der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen gemäss aArt. 20 AVG ist somit in einem weiteren Sinn zu verstehen und erfasst auch das Dulden einer verbandsrechtlichen Kontrolle im Sinne von Art. 357b Abs. 1 lit. c OR, soweit eine solche im allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen ist. Es wäre im Übrigen auch unzweckmässig, wenn sowohl die zuständige kantonale Behörde wie auch das verbandsrechtliche Kontrollorgan je nach der Konstellation parallel die Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen überprüfen. Zudem könnte eine unterschiedliche Handhabung der Kontrolle die Personalverleiher entweder bevorteilen oder benachteiligen.
Nach Ansicht des BWA waren die Kontrollorgane berechtigt, einem fehlbaren Verleiher die Kontrollkosten in Rechnung zu stellen. Die im GAV gemäss Art. 357b Abs. 1 lit. c OR allenfalls vorgesehene Konventionalstrafe konnte ihm jedoch nicht auferlegt werden, da aArt. 20 AVG - im Gegensatz zur nunmehr geltenden Bestimmung

- den Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages auf Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen beschränkt. Im Gegensatz dazu galten für andere am Vertrag nicht beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der GAV mittels Allgemeinverbindlicherklärung ausgedehnt wird, alle Bestimmungen und somit auch die Regelungen bezüglich Konventionalstrafen (zur Möglichkeit, Konventionalstrafen allgemeinverbindlich zu erklären vgl. Art. 3 AVEG). Gemäss AVG bestehen zudem andere Sanktionsmöglichkeiten, um gegen einen fehlbaren Verleiher vorzugehen. So konnte dem Verleiher bei wiederholtem oder schwerwiegendem Verstoss gegen das AVG die Betriebsbewilligung entzogen werden (Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG; vgl. Kreisschreiben des BWA vom 18. September 1998, S. 5).
Von den GAV-Kontrollorganen wurde erwartet, dass sie Verstösse gegen aArt. 20 AVG den zuständigen kantonalen Behörden unverzüglich melden. Gegebenenfalls konnten sie auch Strafanzeige erheben. Die kantonalen Behörden ihrerseits durften im Zusammenhang mit aArt. 20 AVG den GAV-Kontrollorganen diesbezügliche Hinweise und Informationen zukommen lassen. Die Rücksichtnahme auf Datenschutzbestimmungen wurde unter Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Einhaltung von aArt. 20 AVG verneint (Kreisschreiben des BWA vom 18. September 1998, S. 5).
Gemäss Art. 6 Abs. 1 AVEG können Arbeitgeber, auf die bei einer Allgemeinverbindlicherklärung der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt wird, jederzeit bei der zuständigen kantonalen Behörde die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans an Stelle der im Vertrag vorgesehenen Kontrollorgane verlangen. Dieser Anspruch stand selbstverständlich auch dem Personalverleiher zu. Nach der Anhörung des Verleihers und der GAV-Parteien bestimmte die zuständige kantonale Behörde Gegenstand und Umfang der Kontrolle (Art. 6 Abs. 2 AVEG). In diesem Fall trug der Verleiher die Kontrollkosten, ausser besondere Umstände rechtfertigten eine andere Kostentragung (Art. 6 Abs. 3 AVEG; vgl. Kreisschreiben des BWA vom 18. September 1998, S. 5).
4.3 Bis zum Inkrafttreten des AVG bestand somit eine Rechtsunsicherheit darüber, ob für den Einsatzbetrieb gültige Gesamtarbeitsverträge auf Leiharbeitnehmer anwendbar waren oder nicht (vgl. einerseits Thévenoz, a.a.O., Rz. 540 ff. und andererseits Rehbinder, Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung, Zürich 1992, N. 1 zu aArt. 20 AVG). Gemäss aArt. 20 AVG musste nunmehr der Personalverleiher gegenüber seinen Arbeitnehmern, die in einem Einsatzbetrieb mit geltendem allgemeinverbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag arbeiten, die entsprechenden Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einhalten, aber nur diese. Die Einschränkung galt jedenfalls, solange die Verleihtätigkeit sich nicht auf eine einzige Branche beschränkte. Soweit der Personalverleiher dem GAV unterstand, konnte aber auch das für die Überprüfung der Einhaltung dieser Bestimmungen zuständige GAV-Kontrollorgan die entsprechenden Kontrollen vornehmen. Der betroffene Personalverleiher musste somit schon unter dem alten Recht jene betrieblichen Unterlagen dem Kontrollorgan offen legen. Soweit muss sich auch der Personalverleiher den Kontrollen unterziehen. Eine weitergehende Überprüfung der Tätigkeit des Personalverleihers ist demgegenüber Aufgabe der zuständigen kantonalen
Behörde.
4.4 An diesem Ergebnis kann die Revision von Art. 20 AVG von 2004 nichts ändern. Wohl war das Anliegen in dieser Revision, die Möglichkeiten der Kontrolle gegenüber den Personalverleihern zu stärken, weil die damals geltende Rechtslage vom Parlament als ungenügend angesehen worden war. Bei jeder Gesetzesänderung geht das Parlament regelmässig von einer bestimmten Interpretation des im entsprechenden Moment geltenden Rechts aus, welches es verändern will. Für die Interpretation des neuen Rechts kann es sehr wohl von Bedeutung sein, wie das Parlament das alte Recht ausgelegt hat. Für die Auslegung des alten Rechts ist dies aber ohne jede Bedeutung. Eine Rückwirkung der Materialien gibt es nicht. Folglich kann für die Interpretation von aArt. 20 AVG auch nicht von Bedeutung sein, was der Gesetzgeber 2004 wollte und dachte. Auf die entsprechenden Argumente im angefochtenen Urteil und in den Rechtsschriften braucht deshalb auch nicht eingegangen zu werden.
5.
Es hat sich ergeben, dass die Beklagte als Personalverleiherin sich somit auch für die fragliche Zeit einer Lohnbuchkontrolle unterziehen muss. Wie die Beklagte aber zu Recht festhält, hat sie die Möglichkeit, die Lohnbuchkontrolle anstelle des gemäss GAV zuständigen Kontrollorgans durch ein unabhängiges Kontrollorgan durchführen zu lassen (Art. 6 AVEG). Ob die Beklagte dies verlangt hat oder nicht, ist dem angefochtenen Entscheid nicht schlüssig zu entnehmen. Zudem verlangt die Klägerin selber, dass das Gericht die genaueren Modalitäten für die Durchführung der Lohnbuchkontrolle festsetze. Dies hat das Obergericht des Kantons Bern nicht getan, weil es bereits den Anspruch auf Kontrolle verneint hatte. Nachdem sich Letzteres nunmehr als

falsch erwiesen hat, ist die Sache zur weiteren Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beklagte die Kosten zu tragen und der Klägerin eine Parteientschädigung auszurichten. Der Streitwert liegt zwar unter Fr. 30'000.–; Art. 343 OR ist indessen auf dieses Verfahren nicht anwendbar. Diese Bestimmung erfasst - anders als Art. 115 IPRG - nur Streitigkeiten aus dem Einzelarbeitsverhältnis (vgl. Staehelin, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 343 OR), nicht jedoch kollektivvertragliche Streitigkeiten zwischen einem einzelnen Arbeitgeber und einem Verband bzw. einem Organ eines GAV.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird gutheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Dezember 2006 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3.
Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. Juni 2007
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: