



4A\_402/2023

**Urteil vom 26. Februar 2024**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Hohl, Kiss,  
Gerichtsschreiber Kistler.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Benjamin Lukas Lörtscher, Beschwerdeführerin,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Serge Flury,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Arbeitsvertrag,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer,  
vom 28. Juni 2023 (ZOR.2022.49 [OZ.2020.18]).

**Sachverhalt:**

**A.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Ausführung von Trax-, Bagger- und Aushubarbeiten, Transporte, Kieslieferungen, Kehrriechtabfuhr und Welaki (Wechseladungskipper) sowie den Betrieb von Grosscontainern und Möbeltransportkasten. Gemäss ihrem Internetauftritt ist sie in den Bereichen Rückbau, Umgebungsgestaltung, Wandkies, Recyclingmaterial, Aushubmaterial, Erdarbeiten, Mulden und Containerservice sowie Transporte tätig. B. \_\_\_\_\_ (Kläger, Beschwerdegegner) war ab 1. März 2008 bei der Beklagten als Chauffeur angestellt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 28. November 2019 auf den 29. Februar 2020, wobei sich das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. Juni 2020 verlängerte.

**B.**

**B.a.** Am 14. Dezember 2020 beantragte der Kläger beim Bezirksgericht Brugg, Arbeitsgericht, es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien dem Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) unterstellt sei. Zudem sei die Arbeitgeberin zu verpflichten, ihm Fr. 36'050.-- abzüglich der üblichen Sozialleistungen sowie Fr. 37'179.90, beides zuzüglich Zinsen, zu bezahlen.

Mit Urteil vom 16. März 2022 hiess das Bezirksgericht die Klage teilweise gut und verpflichtete die Arbeitgeberin zur Zahlung einer Überstundenentschädigung von Fr. 26'035.-- sowie einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von Fr. 24'786.60, je zuzüglich Zinsen.

**B.b.** Das Obergericht des Kantons Aargau wies die dagegen erhobene Berufung der Beklagten mit Urteil

vom 28. Juni 2023 ab. Es erwog, die Beklagte sei im massgebenden Zeitraum von 2015 bis 2019 überwiegend im Bauhauptgewerbe tätig gewesen. Auf das Arbeitsverhältnis sei deshalb der allgemeinverbindlich erklärte LMV (AVE LMV) anwendbar gewesen. Folglich sei gemäss Art. 24 Abs. 2 AVE LMV von einer Jahresarbeitszeit des Klägers von 2112 Stunden auszugehen, weshalb ihm für die darüber hinaus geleisteten Arbeitsstunden eine Überstundenentschädigung von Fr. 26'035.-- zustehe. Zudem sei dem Kläger missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR gekündigt worden, weshalb ihm eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von Fr. 24'786.60 auszurichten sei.

### C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage voll umfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Der Beschwerdegegner schloss in seiner Stellungnahme auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

### Erwägungen:

#### 1.

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

#### 2.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 86 E. 2; 115 E. 2**).

Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 86 E. 2; 134 II 244 E. 2.1**).

#### 3.

**3.1.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen**). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (**BGE 145 IV 154 E. 1.1; 143 IV 241 E. 2.3.1**). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen**). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen**). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86 E. 2**). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16 E. 1.3.1**).

**3.2.** Soweit die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Beweiswürdigung rügt, ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in diese nur eingreift, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (**BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen**). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der Beschwerdeführerin übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (**BGE 141 III 564 E. 4.1; 135 II 356 E. 4.2.1**). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges oder entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (**BGE 140 III 264 E. 3.2; 137 III 226 E. 4.2; 136 III 552 E. 4.2**). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid zudem nur auf, wenn er nicht bloss in der

Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (**BGE 141 III 564** E. 4.1; **140 III 16** E. 2.1; 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (**BGE 134 II 244** E. 2.2). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise aufzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. **BGE 140 III 264** E. 2.3; **116 Ia 85** E. 2b).

**3.3.** Die Beschwerdeführerin genügt diesen Anforderungen über weite Strecken nicht. So gibt die Beschwerdeführerin über Seiten hinweg insbesondere im Zusammenhang mit der Qualifikation ihres Betriebs und ihres Betriebsteils "Transport" sowie im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses den aus ihrer Sicht "unbestrittenen" Sachverhalt wieder und ergänzt dabei den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt nach Belieben. Dabei zeigt sie allerdings weder hinreichend auf, inwiefern sie diese Tatsachen bereits vor den Vorinstanzen prozesskonform geltend machte, noch inwiefern die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis offensichtlich unhaltbar sein sollen. Es ist daher vollumfänglich vom Sachverhalt auszugehen, wie ihn die Vorinstanz festgestellt hat, und die Beschwerdeführerin ist nicht zu hören, soweit sie ihre Rügen auf einen Sachverhalt stützt, der in den Tatsachenfeststellungen des angefochtenen Urteils keine Grundlage findet.

#### 4.

Umstritten ist, ob das zwischen den Parteien gekündigte Arbeitsverhältnis dem AVE LMV unterstellt war und der Beschwerdegegner deshalb einen Anspruch auf Überstundenentschädigung von Fr. 26'035.-- hat. Dabei ist einerseits umstritten, ob der Betrieb der Beschwerdeführerin als Ganzes dem AVE LMV untersteht. Andererseits ist umstritten, ob es sich bei der Beschwerdeführerin um einen echten Mischbetrieb handelt, dessen Betriebsteil "Transport" als selbstständiger Betriebsteil nicht dem AVE LMV untersteht.

**4.1.** Der LMV stellt einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) in Form eines Branchenvertrages dar (**BGE 134 III 11** E. 2.3; Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 E. 3). Gemäss Art. 357 Abs. 1 OR gilt ein GAV grundsätzlich nur für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände sind. Für Arbeitnehmer, die keine Mitglieder sind, kann die Unterstellung unter einen GAV verschiedene Formen annehmen. Insbesondere kann der Geltungsbereich eines GAV auf Anordnung einer kantonalen Behörde oder einer Bundesbehörde ausgedehnt werden (Art. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG; SR 221.215.311]) (**BGE 141 III 418** E. 2.1). Die Parteien waren im relevanten Zeitraum von 2015 bis 2019 nicht Mitglieder der Vertragsparteien des LMV. Es geht somit um eine de-facto Unterstellung. Der LMV wurde unter anderem mit Bundesratsbeschluss vom 15. Januar 2013 [BBI 2013 611], vom 14. Juni 2016 [BBI 2016 5031] sowie vom 6. Februar 2019 [BBI 2019 1445] für allgemeinverbindlich erklärt. Der LMV war daher nur insoweit auf das Arbeitsverhältnis anwendbar, als er für allgemeinverbindlich erklärt wurde (AVE LMV).

**4.2.** Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin, bei der es sich unbestrittenermassen um ein Mischunternehmen handelt, als Betrieb im relevanten Zeitraum von 2015 - 2019 dem AVE LMV unterstellt war.

**4.2.1.** Der betriebliche Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung lautete gemäss Art. 2 Abs. 3 AVE LMV ab 1. Februar 2013 wie folgt:

" Die allgemeinverbindlich erklärten [...] Bestimmungen des [...] LMV gelten für die Arbeitgeber (Betriebe, Betriebsteile und selbständige Akkordanten), deren Haupttätigkeit, d.h. ihr Gepräge, im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt.

Das Gepräge Bauhauptgewerbe liegt vor, wenn eine oder mehrere der nachstehenden Tätigkeiten durch den Betrieb oder den Betriebsteil hauptsächlich, d.h. überwiegend ausgeführt werden:

[...]

b. Aushub, Abbruch, Deponie- und Recyclingbetriebe; ausgenommen sind stationäre Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle und das in ihnen beschäftigte Personal;

[...]"

Mit Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe vom 2. Mai 2017 (BBI 2017 3575) wurde Art. 2 Abs. 3 lit. b AVE LMV auf den 1. Juni 2017 wie folgt geändert:

"b. Aushub, Abbruch, Lagerung und Recycling von Aushub, Abbruch- und anderen nicht industriell hergestellten Baumaterialien; ausgenommen sind stationäre Recyclinganlagen ausserhalb der Baustelle und bewilligte Deponien gemäss Artikel 35 Abfallverordnung (VVEA) sowie das in ihnen beschäftigte Personal;"

**4.2.2.** Massgebliches Kriterium für den betrieblichen Geltungsbereich ist die Branche, der ein Betrieb zuzuordnen ist. Dafür ausschlaggebend sind die Tätigkeiten, die ihm das Gepräge geben, nicht hingegen der Handelsregistereintrag oder die Art und Weise, wie die Tätigkeiten ausgeführt resp. welche Hilfsmittel dabei eingesetzt werden (**BGE 139 III 165** E. 3.1; **134 III 11** E. 2.1; Urteil 4A\_269/2023 vom 5. Juli 2023 E. 5.2). Tatfrage ist, welche Tätigkeiten in einem Betrieb oder selbstständigen Betriebsteil in welchem Ausmass vorkommen. Hingegen ist Rechtsfrage, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben resp. nach welchen Gesichtspunkten die Zuordnung zu einem bestimmten Wirtschaftszweig erfolgt

(**BGE 139 III 165** E. 3.3; Urteil 4A\_269/2023 E. 5.2).

**4.2.3.** Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin sei unbestrittenermassen ein Mischbetrieb und führe sowohl Tätigkeiten im Bauhauptgewerbe als auch solche ausserhalb des Bauhauptgewerbes aus. Mit ihren Aushub- und Abbruchtätigkeiten bzw. mit ihrem Betriebsteil "Tiefbau, Erdarbeiten, Rückbau" sowie bis zum 31. Mai 2017 mit ihrer Deponietätigkeit (nachfolgend: bauhauptgewerbliche Tätigkeiten) habe die Beschwerdeführerin Tätigkeiten ausgeübt, die dem Bauhauptgewerbe gemäss Art. II Abs. 3 AVE LMV zuzuordnen seien. Zudem seien die im Zusammenhang mit den Aushub- und Abbruchtätigkeiten ausgeführten Transporte als integrierender Bestandteil dieser Tätigkeiten ebenfalls dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen. Der Beschwerdegegner habe vorgetragen, dass die Beschwerdeführerin überwiegend in typischen Bereichen des Bauhauptgewerbes tätig gewesen sei. Er habe ausgeführt, dass von 2015 bis 2020 nur 40 % der Lohnsumme der Beschwerdeführerin im Transportbereich auf Transporte für Dritte entfielen. Die Transporte für den Eigenbedarf würden hingegen ausschliesslich als Bestandteil des Dienstleistungsangebots anfallen, das zum betrieblichen Geltungsbereich des AVE LMV gehöre, namentlich der Aushub- und Abbrucharbeiten, des Betriebs eines Kieswerks, einer Deponie und einer Recyclinganlage.

Die Behauptung des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin sei überwiegend im Bauhauptgewerbe tätig gewesen, hätte nach Ansicht der Vorinstanz sodann qualifiziert bestritten werden müssen. Zwischen dem Beschwerdegegner und der Beschwerdeführerin habe ein erhebliches Informationsgefälle über die Frage bestanden, in welchem Verhältnis die jeweiligen Tätigkeiten im Betrieb der Beschwerdeführerin ausgeübt worden seien. Der Beschwerdeführerin seien diese Informationen im Rahmen ihrer Buchhaltung zugänglich gewesen und es wäre ihr zumutbar gewesen, die Behauptung der überwiegenden Tätigkeit im Bauhauptgewerbe begründet zu bestreiten, indem sie Angaben zum Verhältnis der in ihrem Betrieb ausgeübten Tätigkeiten des Bauhauptgewerbes zu den übrigen Tätigkeiten gemacht hätte. Dazu hätte sie insbesondere darlegen müssen, welchen Anteil der Transportleistungen sie im Zusammenhang mit ihren Aushub- und Abbrucharbeiten und allenfalls ihrer Deponietätigkeit erbracht habe. Indem die Beschwerdeführerin lediglich den Anteil des Betriebsteils "Transporte" als Ganzes für das Jahr 2019 angegeben habe, habe sie die Behauptung der überwiegenden Tätigkeit im Bauhauptgewerbe nicht hinreichend begründet bestritten. Die Beschwerdeführerin weise demnach ein bauhauptgewerbliches Gepräge auf und sei dem Geltungsbereich des AVE LMV unterstellt.

**4.2.4.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 7 LMV. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Bestimmung sehe eine kaskadenartige Reihenfolge vor, wonach primär auf die Arbeitsstunden und Stellenprozente und erst sekundär auf weitere Hilfskriterien abzustellen sei. Sie habe vor der Vorinstanz die für das Jahr 2019 relevanten primären Parameter zur Bestimmung ihrer Prägung vorgelegt. Die vorgelegten Parameter würden zeigen, dass lediglich 12 % der Arbeitsstunden und Stellenprozente im LMV-relevanten Bereich geleistet worden seien. Gemäss Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 7 LMV hätte die Vorinstanz ausschliesslich auf diese Parameter abstellen und nicht in der Buchhaltung der Beschwerdeführerin nach weiteren Hilfskriterien zur Geprägebestimmung suchen dürfen. Zudem habe sie bereits vor der Erstinstanz umfassende Buchhaltungsinformationen in Form der revidierten Jahresabschlüsse für die Jahre 2015 bis 2019 sowie jeweils einen Auszug aus diesen Jahresabschlüssen eingereicht. Dabei habe sie jedoch beantragt, dass die sensiblen Buchhaltungsinformationen in den vollständigen revidierten Jahresabschlüssen dem Beschwerdegegner nicht vollumfänglich, sondern nur in Form des eingereichten Auszugs der Jahresabschlüsse offenzulegen seien. Mit verschiedenen Verfügungen habe die Erstinstanz nur die Auszüge aus den Jahresabschlüssen für relevant erachtet. Dagegen habe der Beschwerdegegner kein Rechtsmittel eingelegt. Damit sei bereits vor der Erstinstanz in kontradiktorischer Weise geklärt worden, welche Informationen aus der Buchhaltung in das vorliegende Verfahren einfließen sollten. Es könne daher nicht angehen, dass die Vorinstanz die von der Erstinstanz rechtskräftig vorgenommene Beweisabgrenzung missachte.

**4.2.5.** Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO müssen nur diejenigen Behauptungen bewiesen werden, die ausdrücklich bestritten werden. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden. Die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche Tatsachenbehauptungen sie beweisen muss (**BGE 147 III 440** E. 5.3; **141 III 433** E. 2.6).

Ein qualifiziertes (begründetes) Bestreiten kann verlangt werden bei Sachverhalten, die Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden. Es bedarf eines Informationsgefälles zwischen den Parteien in dem Sinne, dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei, und dieser ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind (Urteile 4A\_36/2021 vom 1. November 2021 E. 5.1.3; 4A\_251/2020 vom 29. September 2020 E. 3.7.1).

#### **4.2.6.**

**4.2.6.1.** Im Ergebnis stellte die Vorinstanz bei der Bestimmung der Prägung der Beschwerdeführerin darauf ab, dass die Behauptungen des Beschwerdegegners nicht qualifiziert bestritten worden seien. Daraus folgerte sie, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin überwiegend in Bereichen des Bauhauptgewerbes tätig gewesen sei. Bei dieser Ausgangslage hätte die Beschwerdeführerin für eine erfolgreiche Anfechtung des Entscheids darlegen müssen, dass die Vorinstanz entweder in unzulässiger Weise von zu hohen bzw. falschen Bestreitungsanforderungen ausgegangen ist oder dass der

Beschwerdegegner entgegen den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz die für die Geprägebestimmung relevanten Tatsachen nicht hinreichend behauptet hat bzw. dass diese behaupteten Tatsachen von der Beschwerdeführerin qualifiziert bestritten worden sind.

**4.2.6.2.** Die Beschwerdeführerin macht zwar verschiedene Umstände geltend, die zeigen sollen, dass sie die Behauptungen des Beschwerdegegners hinreichend qualifiziert bestritten habe. Mit diesen Rügen geht sie jedoch weitgehend an den Erwägungen der Vorinstanz vorbei. Soweit sie geltend macht, sie habe die relevanten Parameter für die Geprägebestimmung für das Jahr 2019 vorgebracht, übergeht sie die Begründung der Vorinstanz, die dieses Vorbringen berücksichtigt hat. Die Vorinstanz hielt dazu fest, die Beschwerdeführerin habe nicht aufgezeigt, welcher Anteil der Arbeitsstunden und Stellenprozente des mit diesem Vorbringen ausgewiesenen Betriebsteils "Transport" lediglich zur Unterstützung der dem AVE LMV unterstellten bauhauptgewerblichen Tätigkeiten erbracht worden sei. Zudem habe die Beschwerdeführerin keine Angaben zu den Stellenprozenten und Arbeitsstunden in den übrigen Jahren des massgeblichen Zeitraums (konkret 2015 bis 2018) gemacht. Die Beschwerdeführerin hat somit aus Sicht der Vorinstanz die relevanten Parameter zur Geprägebestimmung (d.h. Arbeitsstunden und Stellenprozente) gerade nicht hinreichend dargelegt. Vielmehr hätte sie aus Sicht der Vorinstanz, um die Behauptung des Beschwerdegegners rechtsgenügend zu bestreiten, noch darlegen müssen, welcher Anteil der auf den Transportbetrieb entfallenden Arbeitsstunden und Stellenprozente im Jahr 2019 im Zusammenhang mit dem Betrieb "Tiefbau, Erdarbeiten und Rückbau" geleistet wurde, respektive die entsprechenden Arbeitsstunden und Stellenprozente für die übrigen Jahre darlegen müssen.

Im Vorgehen der Vorinstanz ist keine Verletzung von Bundesrecht zu erkennen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als notorisch, dass Transportleistungen unter anderem im Bereich des Aushubs und Wegtransports von Aushubmaterial den Abnehmern von Bauleistungen (Bauherrschaft) als einheitliche Leistungen angeboten werden und damit integrierende Bestandteile der auf dem Markt angebotenen und dem AVE LMV unterstellten Aushub- und Abbruchtätigkeiten darstellen (Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 E. 5.2). In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung sind auch die Transportleistungen, die im Zusammenhang mit den Abbruch- und Abbautätigkeiten erbracht werden, dem AVE LMV unterstellt. Soweit die Beschwerdeführerin sodann eine Verletzung von Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 7 LMV rügt, übersieht sie, dass diese Bestimmung nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde und daher auf das vorliegende Arbeitsverhältnis nicht anwendbar ist. Ohnehin hätte die Vorinstanz Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 7 LMV nicht verletzt, da die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten in Bezug auf die Arbeitsleistung in Arbeitsstunden unbestrittenermassen überwiegend in bauhauptgewerblichen Bereichen tätig war, die dem AVE LMV unterstehen.

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe bereits vor der ersten Instanz umfassende buchhalterische Informationen in Form der revidierten Jahresrechnungen für die Jahre 2015 bis 2019 eingereicht, ist schliesslich Folgendes zu bemerken. Dieses Vorbringen stellt eine unzulässige Ergänzung des vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalts dar, weshalb es von vornherein unbeachtlich ist. Zudem zeigt die Beschwerdeführerin damit nicht auf, dass die entsprechenden Angaben zu ihrem Transportbetrieb in den eingereichten Unterlagen enthalten gewesen wären und sie damit die Behauptungen des Beschwerdegegners hinreichend bestritten hätte. Ebenso wenig legt sie damit dar, dass ihr die entsprechenden Informationen zu ihren Transportleistungen nicht zugänglich waren. In diesem Zusammenhang greift auch der Einwand nicht durch, die Erstinstanz habe rechtskräftig entschieden, welche ihrer buchhalterischen Informationen relevant gewesen seien. Die Berufungsinstanz verfügt über die volle Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht und kann daher Tatfragen frei prüfen (**BGE 144 III 394 E. 4.3.2.1; 142 III 413 E. 2.2.4**).

**4.2.6.3.** Insgesamt hat die Beschwerdeführerin somit weder hinreichend dargetan, dass die Vorinstanz in unzulässiger Weise von zu hohen Bestreitungsanforderungen ausgegangen ist, noch dass sie in willkürlicher Weise eine rechtsgenügende Behauptung bzw. eine nicht hinreichend qualifizierte Bestreitung der für die Geprägebestimmung relevanten Tatsachen angenommen hat. Die Rüge erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Es bleibt somit beim Ergebnis der Vorinstanz, wonach unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin im massgebenden Zeitraum überwiegend im Bauhauptgewerbe tätig war. Folglich ist auch keine Bundesrechtsverletzung darin zu erblicken, dass die Vorinstanz eine bauhauptgewerbliche Prägung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 2 Abs. 3 AVE LMV bejaht und damit den AVE LMV auf den Betrieb der Beschwerdeführerin für anwendbar erklärt hat.

**4.3.** Zu prüfen ist, ob es sich bei der Beschwerdeführerin um einen echten Mischbetrieb handelt, wobei der Betriebsteil "Transport" einen selbstständigen Betriebsteil darstellt.

**4.3.1.** Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt ein GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und desselben Betriebs mehrere Teile bestehen, die eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbstständigkeit aufweisen (sog. echter Mischbetrieb). In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche GAV zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil - und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe - das Gepräge gibt (**BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1; 134 III 11 E. 2.1; je mit Hinweisen**). Von einem selbstständigen Betrieb oder einem selbstständigen Betriebsteil innerhalb eines

Mischunternehmens kann nur gesprochen werden, wenn dieser eine eigene organisatorische Einheit bildet. Das setzt voraus, dass die einzelnen Arbeitnehmer klar zugeordnet werden können und die entsprechenden Arbeiten im Rahmen der übrigen Tätigkeiten des Unternehmens nicht nur hilfweise erbracht werden. Erforderlich ist zudem, dass der Betriebsteil mit seinen besonderen Produktionen oder Dienstleistungen insofern auch nach aussen als entsprechender Anbieter gegenüber den Kunden in Erscheinung tritt. Demgegenüber bedarf der Betriebsteil keiner eigenen Verwaltung oder gar einer separaten Rechnungsführung, um als solcher gelten zu können (**BGE 141 V 657** E. 4.5.2.2 mit Hinweisen). Die Frage nach einer Durchbrechung des Grundsatzes der Tarifeinheit und damit nach einer Ausnahme von selbstständigen Betriebsteilen von der Unterstellung unter einen GAV stellt sich von vornherein nur für solche Betriebsteile, die mit Leistungen am Markt auftreten, die anderen Branchen zuzuordnen sind bzw. nicht konkurrierend auf demselben Markt angeboten werden (Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 E. 6.1). Ob ein Betriebsteil im soeben dargelegten Sinn eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbstständigkeit aufweist, ist eine vom Bundesgericht frei zu prüfende Rechtsfrage (**BGE 141 V 657** E. 4.6.1).

**4.3.2.** Die Vorinstanz hielt fest, dass der Betriebsteil "Transport" der Beschwerdeführerin keinen selbstständigen Betriebsteil darstelle. Sie führte im Wesentlichen aus, der Beschwerdegegner habe vorgetragen, er und seine Arbeitskollegen hätten während seiner gesamten Arbeitszeit unter anderem Material abtransportiert, das von Mitarbeitern der Beschwerdeführerin auf Baustellen ausgehoben worden sei. Er habe auch Material abtransportiert, das im Zusammenhang mit den Abbruch- und Rückbautätigkeiten der Beschwerdeführerin gestanden habe. Dies sei von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden. Der Betriebsteil "Transport", in dem der Beschwerdegegner beschäftigt gewesen sei, habe somit im relevanten Zeitraum von 2015 bis 2019 Material abtransportiert, das aus den Aushub- und Abbruchtätigkeiten der Beschwerdeführerin stammte. Die Transporttätigkeiten stellten somit einen integrierenden Bestandteil der am Markt angebotenen Aushub- und Abbruchtätigkeiten der Beschwerdeführerin dar. Da der Betriebsteil "Transport" somit Leistungen erbracht habe, die dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen seien, komme eine Ausnahme des Betriebsteils "Transport" als selbstständiger Betriebsteil von der Unterstellung unter den AVE LMV nicht in Frage. Nur Transportleistungen, die nicht im Rahmen von Leistungen des Bauhauptgewerbes erbracht würden, könnten als selbstständiger Betriebsteil von der Unterstellung ausgenommen werden. Die Beschwerdeführerin mache jedoch keine solche organisatorische Einheit geltend, sondern berufe sich einzig auf die Nichtunterstellung des Betriebsteils "Transport" als Ganzes, weshalb darauf nicht weiter einzugehen sei. Die Beschwerdeführerin stelle somit einen unechten Mischbetrieb dar.

**4.3.3.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 5 LMV. Im Einzelnen macht sie geltend, die Vorinstanz habe die kumulativen und abschliessenden Kriterien von Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 5 LMV, welche die Beschwerdeführerin allesamt erfülle, nicht geprüft. Stattdessen habe die Vorinstanz gestützt auf das Bundesgerichtsurteil 4A\_377/2009 die falsche und mittlerweile überholte Feststellung getroffen, dass nur Transportleistungen, die nicht im Rahmen von Leistungen der Baubranche erbracht würden, zu einem selbstständigen Betriebsteil ausgegliedert werden könnten. So habe das Bundesgericht in **BGE 142 III 758** festgehalten, dass Transportleistungen grundsätzlich zum Transportgewerbe gehörten und Chauffeure nur dann vom Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) erfasst seien, wenn sie in einem Betrieb oder Betriebsteil tätig seien, der überwiegend Bauleistungen im klar und abschliessend umschriebenen Sinne von Art. 2 Abs. 1 GAV FAR erbringe. Was das Bundesgericht zum GAV FAR ausführe, gelte auch für den AVE LMV, da sich die Geltungsbereiche weitgehend deckten. Zudem habe sich die Vorinstanz in keiner Weise mit der Betriebskontrolle und den Entscheiden der Geschäftsstelle der Stiftung FAR sowie der paritätischen Baukommission des Kantons Aargau auseinandergesetzt. Hätte die Vorinstanz eine von diesen Entscheiden abweichende Beurteilung vornehmen wollen, hätte sie aufzeigen müssen, inwiefern die erfolgte Betriebskontrolle und der Entscheid des Vollzugsorgans fehlerhaft gewesen sein sollen. Sodann hätte sie weitere konkrete Abklärungen (konkret: Betriebskontrollen) vornehmen müssen, um überhaupt über eine der AVE LMV entsprechende Entscheidungsgrundlage zu verfügen. Solche Abklärungen seien unterblieben. Entsprechende Abklärungen könnten heute auch nicht mehr vorgenommen werden, da eine Betriebskontrolle nicht rückwirkend für die Jahre 2015-2019 durchgeführt werden könne. Vielmehr sei auf die damalige Betriebskontrolle und die damaligen Entscheide der zuständigen Vollzugsorgane abzustellen.

#### **4.3.4.**

**4.3.4.1.** Der Transport von und zu Baustellen ist zwar - mit Ausnahme der Anlieferung von industriell hergestellten Baumaterialien - vom Geltungsbereich des LMV erfasst (Art. 2 Abs. 2 lit. k LMV). Die Bestimmung wurde jedoch nicht für allgemeinverbindlich erklärt, weshalb der Geltungsbereich des AVE LMV an sich Transporte von und zu Baustellen nicht erfasst (Urteil 4A\_377/2009 vom 25. November 2009 E. 5.2; vgl. auch Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe vom 15. Januar 2013, BBI 2013 611). Fraglich ist daher, ob dies die Unterstellung von Transportleistungen von und zu Baustellen generell ausschliesst, unabhängig von der Art der transportierten Güter. Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen zu schaffen und damit zu verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen unlauteren Wettbewerbsvorteil erlangen kann (**BGE 141 V 657** E. 4.5.2.2), ist dies zu verneinen (Urteil 4A\_377/2009 E. 5.2). Zu der auf dem Markt angebotenen Leistung in den Tätigkeitsbereichen Aushub, Abbruch, Deponie

gehört neben der Grundleistung der Aushub-, Abbruch- oder Deponietätigkeit notwendigerweise auch als integrierender Bestandteil der Zu- oder Abtransport des gewonnenen oder zu entsorgenden Materials. Es ist notorisch, dass die Grundleistungen und die Transportleistungen in den fraglichen Bereichen (Aushub und Wegtransport des Aushubmaterials, Entsorgung und Abtransport des Entsorgungsguts) den Abnehmern von Bauleistungen (Bauherrschaft) als einheitliche Leistungen angeboten werden, wenn auch die Transportleistungen von Fall zu Fall an selbstständige Unterakkordanten weitervergeben werden mögen. Die Transportleistungen bilden damit Bestandteil des Angebots auf den entsprechenden Märkten, d.h. der Leistungen Aushub, Abbruch und Entsorgung von Bauschutt. Daran ändert nichts, wenn der Transportbereich in einem Betrieb, der sich schwergewichtig auf diesem Markt bewegt, eine grössere Lohnsumme oder einen grösseren Personalbestand aufweist als die Betriebsbereiche, in denen die Grundleistungen wie Aushub oder Deponietätigkeit erbracht werden. Denn es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Arbeitsaufwand für den Transport von Aushubmaterial oder Deponiegut denjenigen übersteigt, der für den Abbau, die Aufladung oder die Entladung und Ablagerung des Materials mit Baggern anfällt. Wenn aufgrund dieses Umstands Unternehmen, die sich hauptsächlich mit Aushub-, Abbruch- oder Deponietätigkeiten betätigen, von der Unterstellung unter den LMV ausgenommen wären, könnten diese gegenüber Bauunternehmen, die lediglich in untergeordnetem Ausmass Leistungen in diesen Bereichen mit dem dazugehörigen Transport erbringen und damit dem LMV unterstehen, einen unlauteren Wettbewerbsvorteil erlangen, indem sie ihren Arbeitnehmern gegenüber jenen dieses Bauunternehmens schlechtere Arbeitsbedingungen anböten. Daraus ergibt sich, dass unter den vom Geltungsbereich des AVE LMV ausgenommenen "Transportleistungen von und zu Baustellen" nur solche zu verstehen sind, die Güter betreffen, deren Transport nicht als integrierender Bestandteil der mit diesen zu erbringenden Bauleistungen erscheint, wie namentlich der Transport von industriell hergestellten Baumaterialien wie Backsteinen, Armierungseisen u.s.w. Sind die Transportleistungen hingegen wie beim Aushub oder der Deponie als integrierender Bestandteil der Grundleistung zu betrachten, die dem AVE LMV unterstehen, werden sie von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst (Urteil 4A\_377/2009 E. 5.2). Folglich können nur die Transportleistungen, die nicht im Zusammenhang mit den vom AVE LMV erfassten bauhauptgewerblichen Tätigkeiten erbracht werden, als selbstständiger Betriebsteil von der Unterstellung unter dem AVE LMV ausgenommen werden (vgl. Urteil 4A\_377/2009 E. 6.2).

An diesen Erwägungen ändert die von der Beschwerdeführerin zitierte Rechtsprechung in **BGE 142 III 758** nichts. Zum einen betraf dieser Leitentscheid reine Transportunternehmen und gerade nicht Mischbetriebe, die wie die Besschwerdeführerin sowohl Bau- als auch Transportleistungen anbieten (**BGE 142 III 758** E. 4.1 ff.). Zum anderen bezog sich dieser Leitentscheid auf den Geltungsbereich des GAV FAR. Zwar wurden der LMV und der GAV FAR zwischen denselben Parteien abgeschlossen, doch regelt der GAV FAR ausschliesslich die Sonderfrage des flexiblen Altersrücktritts, wobei gemäss seiner Präambel der körperlichen Belastung der Arbeitnehmenden im Bauhauptgewerbe Rechnung getragen werden sollte (**BGE 142 III 758** E. 4.4.1 und E. 4.4.3.2). Dabei ist davon auszugehen, dass Chauffeure, die ausschliesslich im Transportbereich tätig sind, grundsätzlich nicht der gleichen körperlichen Beanspruchung ausgesetzt sind wie das Baustellenpersonal (vgl. **BGE 142 III 758** E. 4.4.3.2). Dementsprechend werden Transporttätigkeiten im Geltungsbereich des GAV FAR im Gegensatz zum LMV nicht erwähnt. Daraus folgerte das Bundesgericht, dass reine (Bau-) Transportbetriebe nicht dem GAV FAR zu unterstellen seien (**BGE 142 III 758** E. 4.4.3.3). Der Entscheid hing somit eng mit den Besonderheiten des GAV FAR zusammen. Insgesamt lassen sich daher aus diesem Entscheid keine Rückschlüsse auf den vorliegenden Fall entnehmen.

Aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Beschluss des Bundesrates vom 14. Juni 2016 zur Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR - den die Beschwerdeführerin fälschlicherweise als Beschluss zur Allgemeinverbindlicherklärung des LMV bezeichnet - lässt sich ebenso wenig etwas Abweichendes ableiten. So bestätigt dieser Bericht im Wesentlichen die Aussagen des Bundesgerichts in Urteil 4A\_377/2009 und trifft im Hinblick auf den LMV keine abweichenden Aussagen.

**4.3.4.2.** Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ist unbestritten geblieben, dass der Beschwerdegegner im relevanten Zeitraum von 2015 bis 2019 Material abtransportiert hat, das aus den Aushub- und Abbruchtätigkeiten der Beschwerdeführerin stammte. Dabei ist die Vorinstanz in Übereinstimmung mit den vorstehenden Erwägungen zu Recht davon ausgegangen, dass diese Arbeiten einen integrierenden Bestandteil der auf dem Markt angebotenen Aushub- und Abbruchtätigkeiten der Beschwerdeführerin bildeten, die unter den Geltungsbereich des AVE LMV fallen. Hieraus folgerte die Vorinstanz ebenfalls zu Recht, dass nur diejenigen Transportleistungen, die keine integrierenden Bestandteile der auf dem Markt angebotenen Abbruch- und Aushubtätigkeiten darstellen, überhaupt in einem selbstständigen Betriebsteil ausgegliedert werden könnten (Urteil 4A\_377/2009 E. 6.2). Die Vorinstanz stellte sodann verbindlich fest, dass die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dargelegt habe, welche Transportleistungen nicht als einen solchen integrierenden Bestandteil der Aushub- und Abbruchtätigkeiten erbracht würden, sondern bloss die Nichtunterstellung des Betriebsteils "Transporte" als Ganzes behauptete.

Insgesamt stellte somit die Vorinstanz auf die unbestritten gebliebene Behauptung des Beschwerdegegners ab, dass der Betriebsteil "Transporte" Transportleistungen im Zusammenhang mit den von der Beschwerdeführerin ausgeübten und dem AVE LMV unterstellten Abbruch- und Aushubtätigkeiten erbrachte. Die Beschwerdeführerin zeigte sodann nicht hinreichend auf, inwiefern es sich beim Betriebsteil "Transporte" um einen selbstständigen Betriebsteil handelte. Insbesondere zeigte sie weder hinreichend auf, welche Transportleistungen nicht im Zusammenhang mit den dem AVE LMV unterstellten Tätigkeiten erbracht wurden, noch machte sie eine eigenständige organisatorische Einheit für diese Transportleistungen

geltend. Vielmehr behauptete sie bloss die Nichtunterstellung der Transportleistungen als Ganzes. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht hinreichend auf, inwiefern diese Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz geradezu willkürlich sein sollen (vgl. E. 3.2 hiavor). Gestützt auf diese Ausgangslage ging die Vorinstanz sodann zu Recht in Übereinstimmung mit der oberwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 4.3.4.1 hiavor) davon aus, dass es sich beim Betriebsteil "Transporte" nicht um einen selbstständigen, branchenfremden Betriebsteil der Beschwerdeführerin handle. Bei diesem Ergebnis blieb auch mangels hinreichender Bestreitung kein Raum für weitergehende Abklärungen im Zusammenhang mit dem Betriebsteil "Transporte" (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).

Unbehehlich ist in diesem Zusammenhang auch die geltend gemachte Verletzung von Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 5 LMV. Zum einen ist diese Bestimmung nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden und findet auf das strittige Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Zum anderen ergänzt die Beschwerdeführerin soweit sie darzulegen versucht, dass sie die kumulativen Voraussetzungen von Art. 2bis Abs. 5 LMV erfülle, den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt nach Belieben, ohne eine zulässige Sachverhaltsrüge zu erheben. Dementsprechend sind ihre Ausführungen hierzu unbeachtlich (vgl. E. 3.1 hiavor).

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, die Vorinstanz habe sich unzureichend mit den Entscheiden der Geschäftsstelle der Stiftung FAR sowie der paritätischen Baukommission des Kantons Aargau auseinandergesetzt, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Bei der paritätischen Berufskommission für das Bauhauptgewerbe Aargau (PBK Bau Aargau) handelt es sich um einen privatrechtlichen Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB zur gemeinsamen lokalen Durchführung des GAV LMV (vgl. Art. 357b OR, Art. 75 ff. LMV). Die Stiftung FAR stellt ihrerseits eine im Handelsregister eingetragene privatrechtliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB zur gemeinsamen Durchführung des GAV FAR dar (vgl. Art. 357b OR, Art. 23 GAV FAR). Es handelt sich sowohl bei der PBK Bau Aargau als auch bei der Stiftung GAV FAR um Vollzugsorgane des jeweiligen GAV (vgl. CHRISTOPH SENTI, Die paritätische Kommission: Funktion, Kompetenzen und Verfahren, ARV 2021, S. 216). Dabei legt das Bundesgericht die Grundsätze und Leitplanken fest, nach denen sich die paritätischen Kommissionen bzw. die Stiftung GAV FAR in der Anwendung des LMV bzw. des GAV FAR zu richten haben. Die Beschlüsse dieser Vollzugsorgane haben nur den Stellenwert eines Rechtsgutachtens (vgl. Urteil 4A\_68/2018 vom 13. November 2018 E. 7.2.2.2). Dementsprechend sind die Gerichte nicht an die Beschlüsse gebunden, weshalb auch allein der Richter und nicht die Vollzugsorgane darüber zu entscheiden hat, ob ein Betrieb unter den allgemeinverbindlichen GAV fällt (Urteile 4A\_597/2017 vom 23. April 2017 E. 2.2 f.; 4A\_351/2014 vom 9. September 2014 E. 5.2). Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass sie nicht an die Entscheidungen dieser Vollzugsorgane gebunden ist. Dementsprechend bestand auch keine Pflicht zu einer gesonderten Begründung, weshalb sie abweichend von diesen Vollzugsorganen entscheiden konnte. Vielmehr hatte die Vorinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO).

**4.3.4.3.** Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie davon ausging, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um einen unechten Mischbetrieb handle, dessen Betriebsteil "Transporte" als nicht selbstständiger Betriebsteil dem AVE LMV unterstellt gewesen sei.

**4.4.** Die Beschwerdeführerin rügt in verschiedener Hinsicht eine Verletzung der Begründungspflicht und damit ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Im Einzelnen macht sie geltend, die Vorinstanz hätte den Entscheid der Geschäftsstelle der Stiftung FAR vom 7. Juli 2017, das Schreiben der Geschäftsstelle der Stiftung FAR vom 22. März 2017, den Bundesratsbeschluss vom 14. Juni 2016 über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR sowie die vor der Erstinstanz eingereichten Buchhaltungsinformationen berücksichtigen müssen.

**4.4.1.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des Betroffenen in seiner Rechtsstellung auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Nicht erforderlich ist es jedoch, dass sie sich mit allen Parteipunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (Art. 29 Abs. 2 BV; **BGE 143 III 65** E. 5.2; mit Hinweisen).

**4.4.2.** Das angefochtene Urteil genügt diesen Anforderungen. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil zum einen dargelegt, dass sie aufgrund der fehlenden qualifizierten Bestreitung der Behauptungen des Beschwerdegegners von einer überwiegenden Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin im Bauhauptgewerbe ausging. Zum anderen legte sie dar, weshalb sie aufgrund der unbestritten gebliebenen Behauptungen des Beschwerdegegners nicht von einem selbstständigen Betriebsteil "Transporte" der Beschwerdeführerin ausging und daher die Beschwerdeführerin als unechten Mischbetrieb qualifizierte. Insgesamt ist das Urteil sachgerecht anfechtbar.

Soweit die Beschwerdeführerin sodann in diesem Zusammenhang erneut die Nichtberücksichtigung der Entscheide der Stiftung FAR geltend macht, ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen (vgl. E. 4.3.4.2 hiavor). Hinsichtlich der angeblichen Nichtberücksichtigung der Buchhaltungsinformationen zeigt die Beschwerdeführerin sodann nicht hinreichend auf, inwiefern die Berücksichtigung dieser Buchhaltungsinformationen sich auf den Entscheid ausgewirkt hätte. Diese Rüge ist daher bereits von vornherein nicht hinreichend begründet und damit unzulässig (vgl. Urteil 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.3).

**4.4.3.** Die Rüge erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

#### **4.5.**

**4.5.1.** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ein Überraschungsurteil gefällt und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Im Einzelnen macht sie geltend, die Vorinstanz habe eine von der Erstinstanz abweichende Beweislastverteilung vorgenommen, ohne ihr die Gelegenheit einzuräumen, angehört zu werden.

**4.5.2.** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht kein Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden. Ebenso wenig folgt aus dem Gehörsanspruch, dass die Parteien vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen wären (**BGE 130 III 35** E. 5; **108 Ia 293** E. 4c; Urteil 4A\_508/2020 vom 25. März 2021 E. 4.4). Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn das Gericht seinem Entscheid eine Rechtsnorm oder einen Grundsatz zu Grunde zu legen gedenkt, der im vorangehenden Verfahren nicht zur Sprache gekommen ist, auf den sich keine Partei berufen hat und dessen Erheblichkeit die Parteien im konkreten Fall auch nicht voraussehen konnten (**BGE 130 III 35** E. 5; Urteil 4A\_508/2020 E. 4.4.). Die Rechtsanwendung ist für die Parteien insbesondere dann nicht voraussehbar, wenn die rechtliche Würdigung des Gerichts in keinem Zusammenhang mit dem steht, worüber die Parteien im Prozess verhandelt haben (Urteil 4A\_378/2022 vom 30. März 2023 E. 7.2; vgl. auch **BGE 130 III 35** E. 6.2).

**4.5.3.** Die Vorinstanz hat - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - keine Umkehr der Beweislastverteilung vorgenommen. Vielmehr stützte sie sich bei ihrer Qualifikation der Beschwerdeführerin als unechten Mischbetrieb, der überwiegend im Bauhauptgewerbe tätig sei und daher dem AVE LMV unterstehe, im Wesentlichen auf die unbestritten gebliebenen Behauptungen des Beschwerdegegners. Für die Parteien eines Zivilverfahrens ist ohne Weiteres voraussehbar, dass die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung gelangen und sie daher unter anderem ihre Vorbringen hinreichend substantiiert behaupten bzw. die Vorbringen der Gegenpartei hinreichend substantiiert bestreiten müssen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Darüber hinaus bildete die Unterstellung unter den LMV das massgebende Streitthema des Prozesses. Unter solchen Umständen ist nicht von einer überraschenden Rechtsanwendung auszugehen und es liegt daher auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

**4.6.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots direkter Konkurrenten im Transportgewerbe. Dabei listet sie verschiedene Unternehmen auf, die angeblich mit ihr vergleichbar seien, aber nicht dem LMV unterstehen würden. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, es bestünde eine unzulässige und signifikante Schlechterstellung, wenn sie im Unterschied zu ihren Konkurrenten dem LMV unterstellt würde. Vorliegend ist einzig fraglich, ob die Beschwerdeführerin dem AVE LMV zu unterstellen ist. Nicht Gegenstand des Verfahrens bildet hingegen die Frage, ob allenfalls andere Unternehmen ebenfalls dem AVE LMV zu unterstellen sind. Es fehlt mithin bereits an der Tatsachengrundlage, um eine solche Verletzung des Gleichbehandlungsgebots geltend machen zu können. Insbesondere vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, inwiefern ein gleicher Sachverhalt mit gleichen relevanten Tatsachen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt wurde (vgl. **BGE 136 I 345** E. 4; **131 I 105** E. 3.1). Auf die Rüge ist daher mangels Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) nicht einzutreten (vgl. E. 2 hiavor).

**4.7.** Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich eine Verletzung des Rechtssicherheitsgebots und des Gebots zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheide geltend macht, zeigt sie nicht hinreichend auf, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung vorliegen soll. Vielmehr begnügt sie sich im Wesentlichen mit der erneuten Behauptung, die Vorinstanz habe die Abklärungen der zuständigen Vollzugsorgane (d.h. die Entscheidungen der Paritätischen Kommission Bau Aargau sowie der Geschäftsstelle der Stiftung FAR) sowie Art. 2bis Abs. 5 und 7 LMV nicht rechtsgenügend berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin erhebt somit in diesem Zusammenhang keine neue eigenständige Rüge. Auf die Rüge ist daher ebenfalls mangels Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) nicht einzutreten (vgl. E. 2 hiavor).

**4.8.** Insgesamt hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie davon ausging, dass das Arbeitsverhältnis dem AVE LMV unterstand und daher der Beschwerdegegner einen Anspruch auf Überzeitemtschädigung von Fr. 26'035.-- habe. Die Beschwerde erweist sich insoweit als unbegründet, soweit überhaupt darauf eingetreten wird.

#### **5.**

Umstritten ist, ob der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung hat.

**5.1.** Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht mithin vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe (**BGE 136 III 513** E. 2.3; **132 III 115** E. 2.1). Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenze am Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben

werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist (**BGE 136 III 513 E. 2.3;** **134 III 108 E. 7.1**). Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, die erfolgt ist, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat. Diese Bestimmung bezweckt die Verhinderung sog. Rachekündigungen, das heisst von Kündigungen, die ausgesprochen werden, um den Arbeitnehmer dafür zu bestrafen, dass er in guten Treuen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat. Vorausgesetzt ist, dass er effektiv Ansprüche geltend machen wollte. Dabei ist nicht nur die Geltendmachung tatsächlich bestehender Ansprüche gemeint, sondern auch vermeintlicher Ansprüche. Diesfalls muss der Arbeitnehmer aber in guten Treuen daran geglaubt haben, dass seine Ansprüche bestehen. Der Arbeitnehmer kann also eine zulässige Kündigung nicht dadurch abwenden, dass er offensichtlich unberechtigte Ansprüche erhebt (BGE 136 III 513 E. 2.4; **123 III 246 E. 4d**).

**5.2.** Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdegegner habe gegenüber der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von Fr. 24'786.60 zuzüglich Zins. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass sich aus dem erstinstanzlich festgestellten und im Berufungsverfahren unbestritten gebliebenen Sachverhalt ergebe, dass die Beschwerdeführerin die Kündigung ausgesprochen habe, weil der Beschwerdegegner in Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht habe. Es handle sich damit um eine missbräuchliche Kündigung im Sinne einer Rachekündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners habe mit Schreiben vom 31. Oktober 2019 um einen Verjährungseinredeverzicht in Bezug auf allfällige Ansprüche aus Überstundenentschädigung gebeten. Die Beschwerdeführerin habe kurz darauf, am 19. November 2019 die Kündigung gegenüber dem Beschwerdegegner ausgesprochen. Im Kündigungsgespräch sei das Anwaltsschreiben thematisiert und eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr gewünscht worden. Die in der Kündigung genannten Kündigungsgründe seien nicht substantiiert dargelegt worden und den beiden anderen Arbeitnehmenden, die ebenfalls Ansprüche aus dem LMV geltend gemacht hätten, sei ebenfalls gekündigt worden. All dies lasse keinen anderen Schluss zu, als dass die Geltendmachung des Anspruchs auf Überstundenentschädigung durch den Beschwerdegegner das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung durch die Beschwerdeführerin gewesen sei.

**5.3.** Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung von Art. 336 OR. Im Wesentlichen macht sie geltend, die Vorinstanz sei zum unhaltbaren Schluss gelangt, dass die Korrespondenz des Vertreters des Beschwerdegegners die Geltendmachung eines Anspruchs im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR darstelle. Vielmehr sei in der Korrespondenz lediglich eine Prüfung und allfällige Geltendmachung von Ansprüchen in Aussicht gestellt und um einen Verjährungseinredeverzicht ersucht worden. Zudem habe die Vorinstanz erhebliche Beweise und Ausführungen der Beschwerdeführerin übersehen und aktenwidrig festgestellt, dass die Beschwerdeführerin die Umstrukturierung und das Ergebnis des Qualifikationsgesprächs nicht genügend substantiiert habe. Der dringende Re- und Umstrukturierungsbedarf sowie das Ergebnis des Qualifikationsgesprächs seien nachgewiesen worden.

#### **5.4.**

**5.4.1.** Mit ihren Rügen geht die Beschwerdeführerin weitgehend an der Begründung der Vorinstanz vorbei. Die Vorinstanz hat sich bei der Erstellung ihres Sachverhalts auf die Sachverhaltsfeststellungen der Erstinstanz gestützt und diese als unbestritten bezeichnet. Die Beschwerdeführerin zeigt in ihrer Beschwerde weder auf, dass die Erstinstanz diese Sachverhaltsfeststellungen nicht getroffen hat, noch dass diese Sachverhaltsfeststellungen vor der Vorinstanz hinreichend bestritten wurden. Erst recht vermag sie mit ihrem Vorbringen keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung darzutun. Soweit sie sodann im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG neue Tatsachen und Beweismittel vor Bundesgericht einzubringen versucht, legt sie weder hinreichend dar, inwiefern sie nicht im Stande gewesen sei, diese Tatsachen und Beweismittel bereits vor den Vorinstanzen prozesskonform geltend zu machen noch inwiefern erst der vorinstanzliche Entscheid zur Einbringung dieser neuen Tatsachen Anlass gegeben hat (vgl. **BGE 136 III 123 E. 4.4.3;** **143 V 19 E. 1.2**). Ohnehin ist der als Beweismittel vorgelegte Entscheid des Bezirksgerichts Brugg vom 21. September 2022 für das vorliegende Verfahren irrelevant. Aus der Abweisung der Klage eines anderen ehemaligen Arbeitnehmers des Beschwerdeführers (C. \_\_\_\_\_) können keine Rückschlüsse auf das vorliegende Verfahren gezogen werden. So betrifft diese Klage einen anderen Streitgegenstand und andere Parteien. Diese Eingabe ist daher unbeachtlich und es ist vollumfänglich auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt abzustellen.

**5.4.2.** Nach den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz hat der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners mit Schreiben vom 31. Oktober 2019 um einen Verjährungseinredeverzicht für allfällige Forderungen aus Überstunden gebeten, wobei dieses Schreiben das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung darstellte. Es ist fraglich, ob der Beschwerdegegner mit dem Verlangen eines Verjährungseinredeverzichts für allfällige Überstundenansprüche bereits einen Anspruch im Sinne von Art. 336 lit. d OR "geltend gemacht" hat. Der Beschwerdegegner gab der Beschwerdeführerin mit seinem Ersuchen um einen Verjährungseinredeverzicht zu verstehen, dass er von einem Anspruch aus dem Arbeitsvertrag ausging und bereit war, diesen notfalls gerichtlich durchzusetzen. Er forderte die Arbeitgeberin auch bereits zur Vornahme einer Rechtshandlung in Form des Verjährungseinredeverzichts auf. Wertungsmässig ist ein solches Vorgehen mit der Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Arbeitsvertrag gleichzusetzen. Stellt der geforderte Verjährungseinredeverzicht und die in Aussicht gestellte anwaltliche Prüfung von Ansprüchen aus dem

Arbeitsverhältnis sodann den ausschlaggebenden Grund für eine Kündigung dar, so ist diese als Rache Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR zu werten.

**5.4.3.** Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie von einer Rache Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ausging und dem Beschwerdegegner eine Entschädigung von Fr. 24'786.60 zuzüglich Zinsen zuerkannt hat. Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Rüge der Beschwerdeführerin, die Prozesskosten seien unrichtig verteilt worden.

**6.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Februar 2024

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Kistler