

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE180251-O

U/mk

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber  
Jan Busslinger

## Urteil vom 16. August 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin

vertreten durch Advokatin X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ (**B.** \_\_\_\_\_),

Beklagter

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. LL.M. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

"1. Es sei die Beklagte vorsorglich zu verpflichten, der Klägerin die GAV - Bestätigung unverzüglich auszustellen.

2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz für entgangenen Gewinn von mindestens CHF 97'728.29 zu bezahlen. Mehrforderungen werden vorbehalten.

3. Unter o/e - Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Das Verfahren wurde am 6. Juni 2018 eingeleitet (act. 1).

2. In der ersten Verfügung wurden nicht nur Fristen angesetzt, sondern auch Klarstellungen vorgenommen (act. 4):

"2. Die Parteien werden nachfolgend Klägerin und Beklagter genannt. Das hat die gleiche Bedeutung wie Gesuchstellerin und Gesuchsgegner. Da die Gegenseite als Verein besteht, haben wir es mit *einem Beklagten* zu tun. Ins Rubrum wurde die *Adresse gemäss Handelsregistereintrag* aufgenommen.

3. Aus Rz. I.1. von act. 1 erhellt, dass die Klägerin ein Massnahmebegehren vor Einleitung des Hauptsacheprozesses stellen wollte. Deshalb ist das Einzelgericht zuständig (§ 45 lit. b GOG).

4. Aus Rz. II.B.4. von act. 1 erhellt, dass die Forderung gemäss Rechtsbegehren 2 erst im Hauptsacheverfahren erhoben werden soll. Insofern ist das Begehren im vorliegenden Massnahmeverfahren nicht zu beachten. Zu behandeln ist vorliegend einzig Rechtsbegehren 1.

5. Sollte die Massnahme ausgesprochen werden, so wäre das Hauptsacheverfahren (vgl. Art. 263 ZPO) allerdings eine *Klage auf definitive Ausstellung der GAV - Bestätigung*.

6. Bezüglich Schlüssigkeit liegt act. 1 am unteren Rand. Insbesondere ist unklar, worauf die Klägerin den Anspruch auf Ausstellung einer GAV - Bestätigung stützt. Da die Gegenseite diesbezüglich über ein grosses Wissen verfügen dürfte, rechtfertigt es sich, ihre Stellungnahme abzuwarten.

7. Der Beklagte hat Anspruch auf Stellungnahme (Art. 253 ZPO).
8. Der Streitwert wird auf CHF 100'000 geschätzt. Bei diesem Streitwert ist mit Gerichtskosten von etwa CHF 6'600 zu rechnen und hat eine voll unterliegende Partei eine voll obsiegende und anwaltlich vertretene Partei mit bis zu CHF 7'000 zu entschädigen (Hinweis nach Art. 97 ZPO). Die Klägerin ist vorschusspflichtig (Art. 98 ZPO).
3. Es geht um den für allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag des schweizerischen Elektro- und Telekommunikationsinstallationsgewerbes (fortan kurz AVE GAV; vgl. act. 3/5). Er gilt im Rahmen des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).
4. Die Klägerin ist im erwähnten Bereich tätig, der Beklagte - kurz B.\_\_\_\_\_ für Paritätische Landeskommision - hat diverse Kompetenzen gemäss dem AVE GAV, darunter den Vollzug des AVE GAV (Art. 10.4 lit b und f), Aussprechen und Inkasso von Kontrollkosten, Nachforderungen, Verfahrenskosten und Konventionalstrafen (Art. 10.4 lit. k), spezifisch die Durchführung von Kontrollen betr. Einhaltung des AVE GAV (Art. 13.1) und die Aufforderung zu Nachzahlung und die Verhängung einer Konventionalstrafe (Art. 13.5).
5. Soweit ersichtlich, erhält der AVE GAV keine Bestimmung über die sogenannte GAV - Bestätigung. Wie der Begriff schon zum Ausdruck bringt, geht es dabei um die Bestätigung seitens der zuständigen Stelle, das dürfte vorliegend unstrittig der Beklagte sein, dass eine Unternehmerin wie die Klägerin den GAV einhält. Unstrittig ist auch, dass die öffentliche Hand oftmals eine GAV - Bestätigung verlangt, damit man überhaupt bei einer Submission zugelassen wird (act. 3/12; vgl. auch die Präjudizien gemäss BGE 130 I 258 und Verwaltungsgericht Graubünden, U 17 66, Urteil vom 27. September 2017).
6. Der Beklagte weigert(e) sich, der Klägerin eine GAV - Bestätigung zu ausstellen (act. 14/8). Die Klägerin konnte belegen, dass sie wegen der fehlenden Bestätigung zumindest in einem Fall nicht bei einer öffentlichen Ausschreibung zugelassen wurde (act. 3/12). Insofern dürfte der relevante Nachteil gemäss Art. 261 ZPO vorliegen, wäre alleine schon der Schadensnachweis schwierig.

7. In seiner Stellungnahme vom 17. Juli 2018 zum Massnahmebegehren (act. 13) bestritt der Beklagte die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes. Soweit auf die Abklärung von Amtes wegen hingewiesen wird, reicht ein Hinweis auf Art. 6 Abs. 2 ZPO. Die Bestreitung der gerichtlichen Streitwertschätzung ist abwegig. Wie der Beklagte selber darlegt, geht es um Offerten im jeweiligen Bereich von mehreren hunderttausend Franken. Entsprechend darf das klägerische Interesse mit CHF 100'000 bewertet werden, was noch wohlfeil ist.

8. Kern der Auseinandersetzung ist, dass der Beklagte auch nach Ausschöpfen des internen Rechtsmittelweges im Februar 2018 daran festhielt, dass die Klägerin über CHF 67'000 an Mitarbeitende zu zahlen habe, sodann geht es noch um die Kosten der Lohnbuchkontrolle und eine Konventionalstrafe von rund CHF 23'500 (act. 3/9). Die Klägerin störte sich im Wesentlichen daran, dass der Beklagte in einem Vorschlag vom November 2018 (act. 3/6) bereit war, auf die Zahlung von über CHF 67'000 an Mitarbeitende zu verzichten. Die Klägerin behauptet nicht, der Vorschlag sei akzeptiert worden, sie störte sich vielmehr an der Höhe der Lohnbuchkontrollkosten und diejenige der Konventionalstrafe, insbesondere weil diese in keinem Verhältnis zu der anerkannten Lohnnachzahlungspflicht - mithin ohne die mehr als CHF 67'000 - gestanden sei. Nachdem der Vorschlag seitens der Klägerin nicht akzeptiert worden war, beharrte der Beklagte auch auf der Bezahlung des erwähnten Betrages, dies ebenfalls im sogenannten Rekursentscheid vom Februar 2018 (act. 3/9).

9.1 Hintergrund dieses Betrages ist der Folgende: Die bei der Klägerin durchgeführte Kontrolle hatte ergeben, dass drei Mitarbeitern nicht der Mindestlohn bezahlt worden war (act. 14/3). Es ging um Art. 35 AVE GAV sowie den Anhang 8.2. (vgl. auch die unstrittig festgehaltene Zahlenangabe in act. 3/9 S. 4 oben). Der Mindestlohn wurde massiv unterschritten. Allerdings eröffnet Art. 35 Ziff. 5 AVE GAV die Möglichkeit, der B. \_\_\_\_\_ ein Gesuch betreffend Unterschreitung der Mindestlöhne zu stellen, falls Gründe bestehen, die bei den Arbeitnehmern vorliegen. Unstrittig hatte die Klägerin ein solches Gesuch bezüglich der drei Mitarbeiter nicht gestellt.

9.2 In der Begründung des Massnahmebegehrens machte die Klägerin geltend, die "Verletzung dieser Vorschrift kann aber nicht dazu führen, dass aus rechtmässig als Praktikanten Beschäftigten plötzlich mindestlohnberechtigter Arbeitnehmer werden" (act. 1 Rz. 7). Dieser Begründung fehlt es an Schlüssigkeit. Offenbar gibt Art. 35 Ziff. 5 AVE GAV dem Beklagten einen erheblichen Ermessensspielraum, welcher nicht missbraucht werden darf. Die Klägerin hat aber keine Beispiele und auch keine Praxis genannt, welche hinreichende Kriterien für einen Entscheid abgeben würden. Alleine die Bezeichnung eines Mitarbeiters als "Praktikant" kann nicht genügen. Es geht ja schon um Leute ohne Berufsabschluss in der Branche (vgl. Art. 35 Ziff. 4 lit e AVE GAV). Früher hätte man wohl von Hilfsarbeitern gesprochen. Liesse man solche Begründungen gelten, wäre Missbrauch (Umgehung der Mindestlohnvorschriften) Tür und Tor geöffnet. Der Ansicht der Beklagten (act. 3/9 S. 4), ohne Stellung und Gutheissung des Gesuchs sei der Mindestlohn geschuldet, ist grundsätzlich beizupflichten. Dies unter Vorbehalt eines Ermessensmissbrauches, sei es beim Entscheid über das Gesuch, sei es bei einem späteren Beharren auf der Einhaltung der Obliegenheit. Ein solcher Missbrauch ist vorliegend nicht glaubhaft gemacht. Damit ist aber glaubhaft gemacht, dass sich die Klägerin nicht an den GAV hält. Dass die Beklagte vergleichsweise bereit gewesen wäre, nicht auf dieser Nachzahlung zu beharren, kann ihr angesichts des Umstandes, dass die Klägerin den Vorschlag ablehnte, nicht zum Vorwurf reichen. Geht man davon aus, dass eine Nachzahlung von rund CHF 67'000 geschuldet ist und die Klägerin dazu keine Bereitschaft zeigt, dann rechtfertigt dies die Annahme, dass sie sich nicht an den AVE GAV hält. Damit fehlt die Grundlage zur Bejahung eines Anspruches auf Ausstellung einer GAV - Bestätigung. Mangels Glaubhaftmachens eines materiellen Anspruches ist das Massnahmebegehren abzuweisen. Auf die weiteren Punkte - Kontrollkosten, Konventionalstrafe - muss nicht mehr eingegangen werden.

10 Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 6'600 wird der Klägerin auferlegt.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'000 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.

Zürich, 16. August 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger