

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180056-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Vesely sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Beschluss vom 5. November 2019

in Sachen

A._____ Kanton Zürich,
Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20. September 2018 (CG160016-K)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 36'695.20 nebst Zins zu 5% seit 21.1.2016 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Kosten des Friedensrichteramtes C. _____ von Fr. 500.– und Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur:

(Urk. 43)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Ein verbleibender Betrag wird der Klägerin zurückerstattet. Vorbehalten bleibt das Verrechnungsrecht des Staates.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'180.– (inkl. 8% MWSt) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 48 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20.09.2018, Geschäfts-Nr. CG160016-K, sei aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Prozesses und Beurteilung des klägerischen Rechtsbegehrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuern) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 56 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

**I.
(Sachverhaltsübersicht)**

Im März 2012 schlossen der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) mit den Gewerkschaften Unia und Syna den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe ab (LMV 2012). Mit Bundesratsbeschluss vom 15. Januar 2013 wurde der LMV 2012 per 1. Februar 2013 bis 31. Dezember 2015 allgemeinverbindlich erklärt. Am 8. Dezember 2015 verlängerten die Vertragsparteien den LMV per 1. Januar 2016 mit einzelnen Anpassungen (LMV 2016), worauf der Bundesrat mit Beschluss vom 14. Juni 2016 diesen bis Ende 2018 für allgemeinverbindlich erklärte. Eine weitere Verlängerung dieses Vertrags erfolgte am 3. Dezember 2018 mit zahlreichen Anpassungen per 1. Januar 2019 (LMV 2019), welcher vom Bundesrat mit Beschlüssen vom 6. Februar 2019 bzw. 2. April 2019 allgemeinverbindlich erklärt wurde.

Gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV 2019 (ebenso in LMV 2016) bestellen die Vertragsparteien des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) lokalekommissionen (A._____) in der Rechtsform eines Vereines. Der A._____ obliegt die Kontrolle der Einhaltung des GAV. Nach Art. 76 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 der LMV ist es unter anderem auch Aufgabe der A._____, Lohnkontrollen durchzuführen.

Die Klägerin ist dieser Verein. Sie ist parteifähig (vgl. Urteil 4C.60/2007 des Bundesgerichts vom 28. Juni 2007, E. 1.2.1).

Die Beklagte bezweckt gemäss ihrem Handelsregistereintrag "die Ausführung von Arbeiten im Baubereich, im Besonderen Schalungen, den Umbau oder Neubau von Wohn- und Geschäftshäusern". Sie bestreitet nicht, dass ihr Betrieb in den sachlichen Anwendungsbereich des LMV fällt und dieser im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung auf sie anwendbar ist (Urk. 14 S. 4).

Mit Beschluss vom 8. Dezember 2015 belegte die Klägerin die Beklagte mit einer Konventionalstrafe von Fr. 19'480.– und auferlegte ihr Kontroll- und Administrativkosten in Höhe von Fr. 17'215.20 (Urk. 1 S. 5). Die Beklagte bestreitet den mit der Klage geltend gemachten Anspruch der Klägerin (Urk. 14 S. 4).

II. **(Prozessgeschichte)**

Am 18. Oktober 2016 machte die Klägerin unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts C._____ die vorliegende Klage beim Bezirksgericht Winterthur anhängig (Urk. 1 und 3). Mit der Klageantwort vom 17. Februar 2017 brachte die Beklagte vor, die Klägerin sei für die gerichtliche Durchsetzung der von ihr verhängten Konventionalstrafe und der Kontrollkosten gemäss AVE LMV Bau nicht zuständig und damit für den vorliegenden Prozess nicht aktivlegitimiert (vgl. Urk. 14 S. 3 f.).

Die Vorinstanz führte in der Folge einen zweiten Schriftenwechsel durch, den sie einstweilen auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin beschränkte (Urk. 17). Mit Eingabe vom 6. Juni 2017 (Urk. 22) liess die Klägerin innert mehrfach erstreckter Frist (Urk. 19-21) zu dieser Frage Stellung nehmen, wobei sie drei Abtretungserklärungen der LMV-Vertragsparteien zum Beweis offerierte (Urk. 22 S. 4). Die Abtretungserklärung der Gewerkschaft Syna wurde als Beilage 2 zur Replik eingereicht (Urk. 23/2); die Nachreichung der Abtretungserklärungen des Schweizerischen Baumeisterverbands (SBV) und der Gewerkschaft Unia wurde in Aussicht gestellt.

Mit Verfügung vom 26. Juni 2017 übermittelte die Vorinstanz das Doppel der auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkten Replik samt den mittlerweile eingereichten Abtretungserklärungen (Urk. 25 und 27) der Beklagten und setzte dieser Frist zur Duplik an (Urk. 28). Mit Eingabe vom 2. Oktober 2017 liess die Beklagte fristgerecht die Duplik folgen (Urk. 32).

In der Folge verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Urk. 40 f.).

Mit Urteil vom 20. September 2018 wies die Vorinstanz die Klage mit der Begründung einer fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin ab (Urk. 43 = Urk. 49).

Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 29. Oktober 2018 Berufung und stellte die eingangs genannten Anträge (Urk. 48). Mit Eingabe vom 31. Januar 2019 erstattete die Beklagte die Berufungsantwort (Urk. 56), zu welcher die Klägerin mit Eingabe vom 13. Februar 2019 Stellung nahm (Urk. 58).

Mit Datum vom 2. Mai 2019 reichte die Klägerin sodann eine als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe ins Recht, mit welcher sie darauf hinwies, dass der neue Artikel 76 des LMV Bau am 1. Mai 2019 vom Bundesrat als allgemeinverbindlich erklärt worden sei. Demnach seien die lokalenkommissionen nunmehr explizit zur Geltendmachung des gemeinsamen Anspruchs der Vertragsparteien in eigenem Namen auch in gerichtlichen Verfahren befugt (vgl. Urk. 60). Mit Eingabe vom 15. Mai 2019 bestritt die Beklagte, dass es sich bei der "Noveneingabe" um eine solche handle, weil es sich beim geltend gemachten Umstand um keine Tatsache und kein Beweismittel handle. Im Übrigen wies sie darauf hin, dass dieser Bundesratsbeschluss im vorinstanzlichen Verfahren sowie zum grösseren Teil des Berufungsverfahrens noch nicht vorgelegen sei und diese Situation im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen "entscheidend" zu berücksichtigen sei (Urk. 64). Die Eingabe vom 15. Mai 2019 wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 64 und 65). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

III. (Vorbemerkungen)

1. Allgemeines

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen grundsätzlich nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig.

2. "Noveneingabe"

Die Klägerin reichte wie erwähnt die als "Noveneingabe" bezeichnete Eingabe ins Recht, worin sie auf den neuen LMV 2019 bzw. dessen Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat hinwies (Urk. 60). Der Einwand der Beklagten, es handle sich beim Vorgebrachten um keine Tatsache (Urk. 64), ist zutreffend. Ein neues Gesetz hat Norm-, nicht Tatsachencharakter (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5F_6/2015 vom 22. Mai 2015, E. 5.). Dasselbe gilt bei einer Allgemeinverbindlicherklärung, ist diese doch gegenüber Aussenseitern als Erlass zu erachten (vgl. Urteil 4C_1/2008 des Bundesgerichts vom 9. März 2009, E. 2 m.w.H.).

Gleichwohl wird dieser Umstand im Rahmen der Prüfung der Aktivlegitimation im Berufungsverfahren wie auch im Verfahren der Vorinstanz zu prüfen sein.

IV. **(Aktivlegitimation)**

1. Zession

Die Vorinstanz verneinte eine rechtsgenügende Zession im Wesentlichen mit dem Argument, die Abtretungserklärung vom 11. Mai 2017 (Urk. 23/2) genüge nicht. Damit habe lediglich eine der drei Vertragsparteien die Forderung abgetreten (Urk. 49 S. 6). Die Vorinstanz äusserte sich indes nicht zum Umstand, dass die beiden anderen Abtretungserklärungen der übrigen Vertragsparteien ebenfalls bei den Akten lagen (Urk. 25 und 27) und begründete nicht, weshalb diese unbeachtlich sein sollten. Damit verletzte sie ihre Begründungspflicht. Offensichtlich ging die Vorinstanz zunächst von der Massgeblichkeit der eingereichten Vollmachten aus, stellte sie diese doch ohne Weiteres der Beklagten zusammen mit der Replik zu (vgl. Urk. 28).

Im Rahmen der Berufungsantwort stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe nach Ablauf der Replikfrist die eingereichten Zessionserklärungen quasi stillschweigend als offensichtlich verspätet aus dem Recht gewiesen (Urk. 56 S. 3). Diese Auffassung ist nicht stichhaltig.

Gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen Beweismittel abnimmt.

Die Klägerin hat die Behauptung, der Anspruch sei abgetreten worden, mit der Replik geltend gemacht und hierzu auch die entsprechenden Beweise offeriert (Urk. 22 S. 4). Die Abtretungserklärung der Gewerkschaft Syna wurde gleichzeitig mit der Replik vom 6. Juni 2017 eingereicht, während die beiden anderen Abtretungserklärungen vom 22. Mai bzw. 15. Juni 2017 mit Eingaben vom 9. bzw. 15. Juli 2017 nachgereicht wurden (Urk. 24 - 27). Die Novenschranke bezieht sich nur auf das Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln bzw. entsprechende

Behauptungen. Die Abnahme der Beweise obliegt dem Gericht, was nach den Parteivorträgen zu erfolgen hat (Art. 231 ZPO).

Unter diesen Umständen hat die Klägerin die Abtretung mit der Replik rechtzeitig behauptet und die entsprechenden Beweismittel rechtzeitig vorgebracht bzw. genannt. Indem die Vorinstanz ohne Begründung keine Beweise abnahm bzw. sich dazu nicht äusserte, weshalb die im Recht liegenden Vollmachten unbeachtlich sein sollten, verletzte sie das rechtliche Gehör der Klägerin bzw. deren Recht auf einen Beweis.

Die Beklagte bringt weiter vor, eine Abtretung sei im vorliegenden Fall materiell unzulässig (Urk. 56 S. 4).

Diese Frage, ob es zulässig ist, den Anspruch auf die Konventionalstrafe an die A. _____ abzutreten oder ihr zumindest das Recht einzuräumen, diesen im Rahmen einer Prozessstandschaft im eigenen Namen gerichtlich durchzusetzen, wird in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Das Bundesgericht ging in BGE 137 III 556 davon aus, die Frage stelle sich nur, wenn gemäss dem GAV der A. _____ entsprechende Kompetenzen zugewiesen werden sollten, wobei es "zweifelhaft" erscheine, ob dies im Falle des LMV Bau der Fall sei. Es hielt jedoch fest, in einer separaten Vereinbarung könnten andere Lösungen getroffen werden. Als Ausnahme von der Regel müsste sich dies aber klar ergeben (a.a.O., E. 4.5 m.w.H.).

Vorliegend wurde jedoch mit der Abtretungserklärung explizit eine solche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung getroffen. Die Klägerin macht nicht geltend, die Abtretung sei im Rahmen des LMV erfolgt. Die explizit im Hinblick auf das vorliegende Verfahren erfolgte Abtretung geschah "zum Zwecke des Inkassos" (act. 23/2, 25, 27) und ist entsprechend ohne Weiteres vom Vereinszweck der Klägerin bzw. vom LMV gedeckt. Sie ist damit zulässig und zu beachten.

Angesichts der rechtzeitig behaupteten Zession und der dazu gehörigen Beweismittellofferten bzw. verfügbaren Beweismittel ging die Vorinstanz zu Unrecht von

einer ungenügenden Zession aus. Die Klägerin ist gestützt auf die rechtgültige Zession zur Führung des Verfahrens in eigenem Namen legitimiert.

2. Ergebnis

Die Klägerin ist zur Klage aktivlegitimiert. Dies führt zur Gutheissung der Berufung. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache ist zur Weiterführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist auf die Erwägungen des Bundesgerichts zu verweisen, wonach der Anspruch der Bezahlung einer entsprechenden Konventionalstrafe der A._____ gemäss Art. 79 Abs. 5 LMV 2005 ohnehin zusteht. Dieselbe Bestimmung wurde in den späteren LMV der Jahre 2012, 2016 und 2016 übernommen. Die Vertragsparteien des LMV - so das Bundesgericht weiter - müssten sich nämlich gestützt auf die erteilten Vollmachten das Verhalten der A._____ entgegenhalten lassen. Die Gegenseite wäre durch eine Zahlung an die A._____ in jedem Fall befreit. Ob die Konventionalstrafe als eigener Anspruch der A._____ angesehen werde oder nicht, ändere nichts daran, dass die Gegenseite an diese leisten müsse und durch die Leistung befreit werde. Es könne ihr gleichgültig sein, wem der Anspruch im Verhältnis der lokalenkommission zu den Vertragsparteien des LMV zustehe. Selbst wenn die A._____ formell im Namen der LMV-Vertragspartner hätte klagen müssen, erweise sich die Einwendung [der fehlenden Aktivlegitimation] als blosser Schikane, um sich der in jedem Fall gegenüber der A._____ zu erbringenden Zahlung zu entziehen. Dieses Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz (BGE 137 III 556, E. 4.6). Dieser Auffassung pflichtet die hiesige Kammer vollumfänglich bei.

IV. **(Kosten)**

Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung) rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h.

(grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16).

In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 2'200.– festzusetzen. Zudem ist vorzumerken, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. September 2018 aufgehoben und die Sache zur Weiterführung des Verfahrens an dieses zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.– festgesetzt.
3. Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Berufungsverfahren und die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
6. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 36'695.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG,

Zürich, 5. November 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
am