



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Ivo Eltschinger, Kaspar Wälti und Dr. Arnold Huber sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Beschluss und Urteil vom 10. Dezember 2020

in Sachen

Verein A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ ag,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1, S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 241'273.98 zu bezahlen, zuzüglich 5% Verzugszins auf CHF 44'181.99 seit 26.10.2014
CHF 48'934.85 seit 13.04.2015
CHF 40'949.39 seit 28.03.2016
CHF 36'541.78 seit 31.07.2017
CHF 38'844.47 seit 23.07.2018
CHF 22'000.00 seit 15.06.2018
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Uster gemäss Zahlungsbefehl vom 30. Mai 2018 sei aufzuheben und im Umfang der geschützten Forderung die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger ist ein im Handelsregister eingetragener Verein mit Sitz in Bern. Er ist das paritätische Vollzugsorgan im Sinne von Art. 357b OR des Gesamtarbeitsvertrags für den Personalverleih (nachfolgend: GAV Personalverleih).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft, die im Personalverleih tätig ist und ihren Sitz in C._____ hat. Sie verfügt über die eidgenössische und über die kantonale Bewilligung zum Personalverleih. Sie untersteht als Aussenseiterin dem allgemeinverbindlich erklärten GAV Personalverleih.

b. Prozessgegenstand

Der Kläger verlangt von der Beklagten gestützt auf den GAV Personalverleih die im GAV vorgesehenen Beiträge für die Vollzugskosten, die Weiterbildung und den

Sozialfonds. Der Kläger macht die Beiträge für die Jahre 2013 bis Mitte 2017 sowie die erste Akontozahlung für das Jahr 2018 geltend (vgl. act. 1 S. 5). Art. 7 Abs. 4 des GAV Personalverleih bestimmt, dass zur Finanzierung des GAV von den Arbeitnehmenden und den Arbeitgebern zusammen Berufsbeiträge von 1,0 Lohnprozent erhoben werden. Dabei beträgt der Arbeitgeberanteil 0,3%, der Anteil der Arbeitnehmenden 0,7%. Mit den Beiträgen werden gemäss GAV Personalverleih der Vollzug des GAV, die berufliche Weiterbildung sowie ein Sozialfonds zur Unterstützung der kollektiven Krankentaggeldversicherung finanziert. Der Einfachheit halber werden auch die Beiträge der Arbeitnehmer jeweils von den Arbeitgebern bezogen (die Arbeitgeber berücksichtigen die entsprechenden Beiträge bereits bei der Lohnabrechnung).

Der GAV-Personalverleih wurde vom Bundesrat erstmals 2012 allgemeinverbindlich erklärt. Die Allgemeinverbindlicherklärung wurde seit 2012 mehrmals verlängert, letztmals bis zum 31. Dezember 2020 (vgl. Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih vom 12. Dezember 2018). Mit der Allgemeinverbindlicherklärung wird der Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrags auf Antrag aller Vertragsparteien durch behördliche Anordnung auf alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt, die am Vertrag nicht beteiligt sind.

Die Beklagte beantragt, es sei die Klage infolge Fehlens einer rechtskräftigen Feststellung der beitragspflichtigen Lohnsumme abzuweisen bzw. allenfalls nicht darauf einzutreten. Eventualiter sei die Klage materiell im Umfang von 80% (CHF 193'019.20) abzuweisen (vgl. act. 11 S. 1).

B. Prozessverlauf

Am 22. Oktober 2018 (Datum Poststempel) reichte der Kläger seine Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/2–33). Den ihm mit Verfügung vom 24. Oktober 2018 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 15'000.00 leistete der Kläger fristgemäss (act. 6). Der Beklagten wurde mit gleicher Verfügung Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt (act. 4). Sie reichte ihre Klageantwort vom 28. Januar 2019 (Datum Poststempel)

innert angesetzter Nachfrist (act. 9) ein (act. 11; act. 12/1–4). Mit Verfügung vom 30. Januar 2019 wurde die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander als Instruktionsrichter delegiert und die Klageantwort einschliesslich der Beilagen an den Kläger zugestellt (vgl. act. 13). Anschliessend wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung auf den 9. April 2019 vorgeladen. Anlässlich der Vergleichsverhandlung konnten sich die Parteien nicht einigen (Prot. S. 6 f.). Mit Verfügung vom 11. April 2019 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Kläger Frist angesetzt, um seine schriftliche Replik einzureichen (act. 17). Mit Eingabe vom 27. Mai 2019 (Datum Poststempel) reichte der Kläger seine Replik fristgerecht ein (act. 19; act. 20/34 – 36). Mit Verfügung vom 29. Mai 2019 wurde die Replik der Beklagten zugestellt und ihr Frist zur schriftlichen Duplik angesetzt (act. 21). Die Beklagte reichte ihre Duplik innert erstreckter Frist (Prot. S. 9) mit Eingabe vom 14. August 2019 (Datum Poststempel) ein (act. 26). Mit Verfügung vom 19. August 2019 wurde die Duplik dem Kläger zugestellt und der Aktenschluss verfügt (act. 27). Mit Eingabe vom 2. September 2019 (Datum Poststempel) reichte der Kläger eine als "nachträgliche Eingabe" bezeichnete Eingabe ein, in welchem er unter anderem die Durchführung einer Hauptverhandlung beantragte (act. 30, Antrag auf Hauptverhandlung: S. 2 f. Rz. 5; act. 31/37–41). Die Beklagte äusserte sich mit Eingabe vom 16. September 2019 (Datum Poststempel) zur nachträglichen klägerischen Eingabe (act. 34). Der Kläger reagierte auf diese Stellungnahme der Beklagten seinerseits mit neuen Beilagen und einem Schreiben vom 30. September 2019, in welchem er unter anderem nochmals wiederholte, dass er ausdrücklich eine Hauptverhandlung wünsche (Datum Poststempel; act. 35; act. 36/42a–c). Mit Verfügung vom 15. September 2020 wurde den Parteien dennoch Gelegenheit eingeräumt, um (nachträglich) auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 37). Der Kläger teilte mit Schreiben vom 16. September 2020 (Datum Poststempel) mit, dass er nicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichte (act. 39). Die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Mit Schreiben vom 28. September 2020 zeigte das hiesige Gericht den Parteien an, dass eine Hauptverhandlung stattfinden werde und erläuterte den Parteien die Modalitäten der Hauptverhandlung, insbesondere unter Darlegung der Protokollierungsvorschriften. Gleichzeitig wurden der Beklagten die

Doppel der act. 35, act. 36/42a–c und act. 39 zugestellt (act. 40). Nachdem die Parteien auf den 28. Oktober 2020 zur Hauptverhandlung vorgeladen worden waren, musste diese verschoben werden. So fand die Hauptverhandlung schliesslich am 10. Dezember 2020 statt (act. 41 und act. 44). Aus den Ausführungen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung ergaben sich keine Noven, welche entscheidungsrelevant wären. (vgl. Prot. S. 15 ff.; act. 45 und act. 46). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

I. Formelles

1. Zivilsache

Ansprüche aus einem vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag werden grundsätzlich – von hier nicht anwendbaren Ausnahmen abgesehen (vgl. etwa BGE 137 III 556, S. 558 E. 3) – auch dann dem Privatrecht zugeordnet, wenn sie gegenüber Aussenseitern geltend gemacht werden (vgl. BGE 118 II 528, S. 531 E. 2a; BGE 98 II 205, S. 208 f. E. 1; Urteil des Bundesgerichts 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008, E. 1; siehe auch Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit vom 29. Januar 1954 (Botschaft GAV-AVE), BBl. 1954, Band I, S. 125 ff., S. 149).

2. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Zürich. Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist damit gegeben (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Handelsgericht ist auch sachlich zuständig: Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Parteien, gegen den Entscheid steht die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen und beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO).

3. Novenrecht

3.1. Mit Verfügung vom 19. August 2019 wurde der Aktenschluss festgehalten (act. 27). Die Parteien reichten in der Folge weitere Eingaben bzw. Stellungnahmen ein (vgl. act. 30; act. 31/37–41; act. 34; act. 35; act. 36/42a–c).

3.2. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss ein. Aufgrund dessen können Noven nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgetragen werden; insbesondere sind sie ohne Verzug vorzubringen. Das Gesetz unterscheidet zwischen echten und unechten Noven. Erstere sind erst nach Aktenschluss entstanden, während Letztere zwar bereits vor Aktenschluss vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten.

3.3. Mangels Entscheidrelevanz kann offen bleiben, inwiefern die nach Aktenschluss erfolgten Eingaben der Parteien unter Massgabe des Novenrechts zu berücksichtigen wären.

4. Hauptantrag der Beklagten

4.1. Die Beklagte beantragt, es sei die Klage "infolge Fehlens einer rechtskräftigen Feststellung der beitragspflichtigen Lohnsumme vollumfänglich abzuweisen bzw. allenfalls nicht darauf einzutreten".

4.2. Laut der Beklagten ist im GAV Personalverleih ein GAV-internes Verfahren vorgeschrieben, um die relevanten Lohnsummen festzustellen. Dieses interne Taxationsverfahren sei zwingend und liege ausserhalb der handelsgerichtlichen Zuständigkeit. Die Feststellung der Beitragshöhe erfolge nämlich in einem zweistufigen Verfahren. Auf einer ersten Stufe sei zunächst die Lohnsumme festzustellen, auf einer zweiten Stufe sei gestützt auf die Lohnsumme die Beitragshöhe festzusetzen. Für die Feststellung der Lohnsumme sei gemäss dem GAV Personalverleih und des dazugehörigen Reglements nicht ein staatliches Gericht zuständig, sondern die *D._____*. Erst wenn die Lohnsumme rechtskräftig bestimmt sei, könne die Höhe der Abgabe in einem Gerichtsverfahren überprüft werden (vgl. act. 11 S. 2; act. 26 S. 5). Die Beklagte stützt ihre Ausführungen auf Art. 7

des Reglements des Klägers: "Als Teil ihrer jeweiligen Inkassozuständigkeit (Art. 12), ist die "Geschäftsstelle Vollzug" bzw. die "D._____" berechtigt, bei fehlender Lohndeklaration das Inkasso auf Grund einer Einschätzung (Taxation) vorzunehmen. [...]" (vgl. act. 12/1, Art. 7).

4.3. Eine Partei muss in ihrem Rechtsbegehren stets genau bezeichnen, was sie verlangt und folglich, über was das Gericht entscheiden soll. Es schadet der Beklagten vorliegend aber nicht, dass sie in ihrem Rechtsbegehren gleichzeitig eine Klageabweisung und ein Nichteintreten beantragt. Die Prozessvoraussetzungen, deren Fehlen zu einem Nichteintreten führen, sind ohnehin von Amtes wegen zu prüfen. Ein Nichteintreten geht einer Klageabweisung vor. Das Hauptbegehren der Beklagten ist so zu lesen, dass mangels einer rechtskräftigen Feststellung der beitragspflichtigen Lohnsumme auf die Klage nicht einzutreten sei. Sei auf diese einzutreten, sei die Klage aus demselben Grund abzuweisen.

4.4. Sinngemäss macht die Beklagte eine Art Schiedsabrede geltend (vgl. act. 26 S. 5). Der GAV Personalverleih schliesse für die Feststellung der Lohnsummen die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte aus. Die Beklagte vermag aber nicht aufzuzeigen, dass überhaupt eine solche Schiedsabrede vorliegt, weshalb ihrem Anliegen nicht stattzugeben ist.

4.5. Selbst wenn man Art. 7 des Reglements als Schiedsabrede verstehen würde, wäre der Beklagten damit nicht gedient: Wie die Beklagte selbst zu Recht ausführt, bezieht sich die von ihr angerufene Bestimmung im Reglement auf Fälle, in denen eine Angabe der Lohnsumme durch die Arbeitgeberin fehlt. Die Beklagte behauptet nicht, dass sie die jährlichen Lohnsummen nicht gemeldet habe. Sie verhält sich treuwidrig, wenn sie über Jahre die Lohnsummen freiwillig deklariert, nur um anschliessend vorzubringen, ihre Deklarationen seien bedeutungslos, ein Taxationsverfahren hingegen zwingend. Es erschliesst sich auch nicht, weshalb für jede einzelne Lohnsumme stets ein internes Feststellungsverfahren stattfinden muss, selbst dann, wenn eine Selbstdeklaration der Lohnsumme vorliegt. Das Gesetz schreibt kein bestimmtes Verfahren für die Feststellung der Lohnsumme vor. Es liegt an den GAV-Parteien, ein entsprechendes Verfahren oder Vorgehen zu vereinbaren. Nichts spricht dagegen, die Feststellung der Lohnsumme gestützt

auf die Selbstdeklaration der Lohnsummen durch die Arbeitgeber vorzunehmen. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass die Feststellung der Lohnsumme aus Gründen der Praktikabilität, der Kostenersparnis und nicht zuletzt als Zeichen des Vertrauens in die meldepflichtigen Arbeitgeber grundsätzlich gestützt auf eine Selbstdeklaration erfolgen darf. Genau diese Lösung haben die GAV-Parteien vereinbart. Unverständlich bleiben die Hinweise der Beklagten auf das Steuerrecht, namentlich auf die Art. 131 und Art. 132 DBG: Dort geht es um die Veranlagungsverfügung im Steuerrecht. Die Verweise der Beklagten auf andere Rechtsgebiete sind unbehelflich, weil diese Rechtsgebiete erstens hier nicht relevant sind, zweitens die Beklagte mit ihren Verweisen kein zu ihren Gunsten wirkendes, allgemeingültiges Rechtsprinzip nachzuweisen vermag. Es sei immerhin bemerkt, dass sich die Steuerrechnung regelmässig auf die Selbstdeklaration in der Steuererklärung stützt.

4.6. Am 7. Dezember 2018 wurde durch die *E._____* für die Jahre 2016 und 2017 eine Betriebsprüfung der Beklagten angeordnet, die – soweit bekannt – noch läuft. Gegenstand der Betriebsprüfung ist unter anderem die korrekte Lohnhöhe (vgl. act. 11 S. 3 f.; act. 12/2). Die Beklagte leitet hieraus ab, dass es ausgeschlossen sei, Beiträge für die Jahre 2016 und 2017 zuzusprechen. Die Höhe der Lohnsumme sei hier gerade fraglich und Gegenstand der Betriebsprüfung, die staatlichen Gerichte unzuständig. Dem ist nicht zu folgen. Die angeordnete Betriebsprüfung führt hinsichtlich der Jahre 2016 und 2017 nicht zu einer Unzuständigkeit des hiesigen Gerichts. Die Betriebsprüfung umfasst zwar laut der Beklagten auch die Höhe der Lohnsumme. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann zunächst auch in einem solchen Fall allein gestützt auf die freiwillig deklarierte Lohnsumme Rechnung gestellt und die Forderung gerichtlich durchgesetzt werden. Sollte sich nach Durchführung der Betriebsprüfung erweisen, dass die Lohnsumme unzutreffend war, kann eine nachträgliche Korrektur stattfinden (vgl. auch act. 3/32 Art. 12 Abs. 4). Die materielle Rechtskraft stünde einer Neubeurteilung jedenfalls – anders als das die Beklagte anzunehmen scheint (vgl. act. 26 S. 5) – nicht entgegen. Mit der allfälligen Korrektur der Lohnsumme aufgrund der Betriebsprüfung bestünde ein neuer Sachverhalt (vgl. auch BGE 139 III 126, S. 130 E. 3.2.1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des

Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 24 N 18).

4.7. Zusammenfassend führen die dargelegten Einwände der Beklagten zum Hauptantrag weder zu einem Nichteintreten noch zu einer Klageabweisung.

5. Klageanerkennung durch die Beklagte

5.1. Der Hauptantrag der Beklagten gründet auf der irrigen Annahme, zuerst müssten in einem GAV-internen Verfahren die massgeblichen Lohnsummen festgestellt werden. Wie aufgezeigt, liegt kein Anwendungsfall des internen Taxationsverfahrens vor. Da dem Hauptbegehren der Beklagten nicht stattzugeben ist, ist ihr Eventualantrag zu beurteilen. Mit diesem beantragt die Beklagte, die Klage sei im Umfang von 80 % (CHF 193'019.20) abzuweisen.

5.2. Damit anerkennt die Beklagte die Klage im Umfang von 20 %, somit in der Höhe von CHF 48'254.80. Da der Kläger auch Verzugszinsen verlangt und die Beklagte die Klage im Umfang von 20% anerkennt, anerkennt sie auch die verlangten Verzugszinsen auf dem anerkannten Betrag. Die Beklagte äussert sich nicht zum Beginn der Verzugszinsen. Demnach ist auf Art. 87 Abs. 1 OR abzustellen: Liegt weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so ist die Zahlung auf die fällige Schuld anzurechnen, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, und hat keine Betreibung stattgefunden, *auf die früher verfallene*. Die Anerkennung erstreckt sich darum *betragsmässig* auch auf die früher verfallenen Verzugszinsen. Demnach anerkennt die Beklagte Verzugszinsen zu 5% auf CHF 44'181.99 seit 26. Oktober 2014 und Verzugszinsen zu 5% auf CHF 4'072.81 seit 13. April 2015 (vgl. Rechtsbegehren des Klägers).

5.3. Das Verfahren ist im genannten Umfang zufolge Klageanerkennung abzuschreiben (vgl. Art. 241 ZPO).

II. Materielles

1. Kognitionsbefugnis des Handelsgerichts

1.1. Parteivorbringen

Der Kläger verneint aus zwei Gründen die Kompetenz des hiesigen Gerichts, die Höhe der Beiträge zu prüfen. Zum einen liege eine *res iudicata* vor: Die Beklagte habe in einem Verfahren vor dem Berner Handelsgericht, welches mit einem Entscheid des Bundesgerichts geendet habe, nicht gegen die Höhe der Forderung remonstriert und damit auch die Berechnungsgrundlage im GAV Personalverleih von 1% der gemeldeten Lohnsumme endgültig akzeptiert (vgl. act. 1 S. 4 f.). Zum anderen sei die Höhe der Abgabe von 1% der Lohnsummen von den GAV-Partnern vereinbart und vom Bundesrat allgemeingültig erklärt worden. Auch kontrolliere das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) als Aufsichtsbehörde die GAV-Partner ausreichend. Die Beklagte widerspricht dem Kläger und hält dafür, dass das hiesige Gericht prüfen müsse, ob die vom Kläger eingeklagten Beiträge den gesetzlichen Vorgaben entsprächen.

1.2. Einrede der *res iudicata*

1.2.1. Sachverhalt

Am 21. Juni 2016 reichte die Beklagte beim Handelsgericht des Kantons Bern gegen den Kläger eine Klage ein und beantragte, es sei festzustellen, dass sie nicht Schuldnerin der betriebenen Forderung im Umfange von CHF 45'642.20 sei (vgl. act. 3/8 S. 2). Der Kläger beantragte Klageabweisung und erhob Widerklage mit dem Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, den Betrag von CHF 45'642.20 zuzüglich Zinsen von 5% seit 24. September 2013 zu bezahlen (vgl. act. 3/8 S. 2). Das Handelsgericht erwog, dass die Beklagte ihre Leistungspflicht einzig mit der Begründung bestreite, dass die Allgemeinverbindlicherklärung gegen Art. 1 Abs. 1 AVEG verstosse und damit ohne ausreichende gesetzliche Grundlage erfolgt sei (act. 3/8 S. 6). Das Handelsgericht des Kantons Bern erachtete die Voraussetzungen nach Art. 1 Abs. 1 AVEG für eine Allgemeinverbindlicherklärung für erfüllt

und wies die negative Feststellungsklage demzufolge ab (vgl. act. 3/8 S. 14). Hinsichtlich der Widerklage erwog das Handelsgericht Bern, dass es sich um eine Beitragsforderung (für das Jahr 2012) handle, welche in ihrem vollen Umfang unbestritten sei, weshalb keine Überprüfung derselben zu erfolgen habe. Die Widerklage wurde daher gutgeheissen (act. 3/8 S. 15). Das Urteil wurde vom Bundesgericht bestätigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts, 4A_408/2017, vom 31. Januar 2018). Die Frage nach der Angemessenheit der Beiträge stellte sich damals aufgrund der Parteivorbringen nicht und wurde weder vom Handelsgericht Bern noch vom Bundesgericht geprüft.

1.2.2. Rechtliches

Materielle Rechtskraft bedeutet Massgeblichkeit eines formell rechtskräftigen Urteils in jedem späteren Verfahren unter denselben Parteien (BGE 139 III 126, S. 128 E. 3.1). Eine Grundvoraussetzung der materiellen Rechtskraft ist die Identität des Streitgegenstands. Der materiellen Rechtskraft unterliegt einzig das Dispositiv, nicht die Urteilsbegründung mit den darin behandelten Rechtsfragen und dem Sachverhalt. Die Urteilerwägungen sind gegebenenfalls zur Klärung der Tragweite des Urteilsdispositivs beizuziehen (BGE 136 III 345, S. 348 E. 2.1). Von besonderer Bedeutung ist vorliegend die sogenannte Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft. Die Präklusionswirkung besagt, dass bestimmte *Angriffs- oder Verteidigungsmittel* aufgrund der materiellen Rechtskraft auch in späteren Prozessen nicht mehr angerufen werden können, sie mit anderen Worten von der materiellen Rechtskraft präkludiert werden. Die Prüfung der Präklusionswirkung bedingt die Beantwortung der Frage, "ob die zugrunde liegenden anspruchs- oder einwendungsbegründenden Tatsachen in den Rahmen des durch die Klage abgesteckten Lebenssachverhalts gehören" (OBERHAMMER, Paul, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 52 zu Art. 236). Dabei können nicht nur Angriffs- und Verteidigungsmittel von der materiellen Rechtskraft erfasst sein, die in einem Verfahren tatsächlich vorgebracht wurden, sondern auch solche Tatbestandsmerkmale, welche angesichts des Streitgegenstandes geltend zu machen gewesen

wären, aber nicht geltend gemacht wurden (vgl. OBERHAMMER, Paul, in: KuKo ZPO, a.a.O., N 52 zu Art. 236).

1.2.3. Würdigung

1.2.3.1. Laut dem Kläger kann die Höhe der Beiträge nicht mehr überprüft werden, weil die Beklagte im Berner Prozess nichts gegen die im GAV vorgesehene Bemessungsgrundlage von 1% der Lohnsummen eingewendet habe und die Bemessungsgrundlage demnach rechtskräftig sanktioniert sei.

1.2.3.2. Dem ist entgegenzuhalten, dass weder das Berner Handelsgericht noch das Bundesgericht die Höhe der Beiträge materiell überprüft haben. Zudem waren nur die Beiträge für das Jahr 2012 Thema. Vorliegend verlangt der Kläger aber die Beiträge für die Jahre 2013 bis Mitte 2017 und die erste Akontozahlung für das Jahr 2018. Die materielle Rechtskraft des Berner Urteils erstreckt sich nur auf die Beiträge 2012. Selbst wenn die Beklagte im Berner Verfahren allfällige Einreden gegen die Forderung betreffend die Beiträge 2012 versäumt haben sollte, vermag ihr das im vorliegenden Verfahren nicht zum Nachteil zu gereichen. Vielmehr kann sie sämtliche materiellen Einwände gegen die klägerische Forderung, welche spätere Beiträge betrifft, (neu) vorbringen.

1.2.4. Fazit

Die materielle Rechtskraft des bundesgerichtlichen Urteils entfaltet keine Wirkung auf das Quantitativ der vorliegend eingeklagten Forderung. Es besteht keine *res iudicata*.

1.3. Einwand der fehlenden Kognitionsbefugnis

Der Kläger macht geltend, dass das hiesige Gericht die Höhe der verlangten Berufsbeiträge nicht auf ihre Gesetzeskonformität prüfen dürfe, weil diese Frage ausserhalb seiner Kognitionsbefugnis liege. Der Bundesrat habe die Höhe bereits geprüft und das SECO übe eine ausreichende Aufsicht über die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben aus.

1.3.1. Rechtliches

Aus Art. 358 OR folgt, dass zwingende Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts einem GAV vorgehen, sofern nicht das Günstigkeitsprinzip zur Anwendung kommt (siehe sodann auch Art. 2 Ziffer 4 AVEG). Der Entscheid betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung präjudiziert nicht die Frage, ob eine GAV-Bestimmung mit den zwingenden Vorschriften übereinstimmt (vgl. Botschaft GAV-AVE, a.a.O., S. 175; STÖCKLI, Jean-Fritz, in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 3. Abschnitt: Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag (Art. 356–360 OR), Bern 1999, N 66 zu Art. 356b; RONCORONI, Giacomo, in: Andermatt et al (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, N 136). Als zwingende Bestimmungen des Bundesrechts kommen vorliegend insbesondere die Bestimmungen des Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) in Frage.

1.3.2. Würdigung

1.3.2.1. Gestützt auf Art. 358 OR sind die Gerichte verpflichtet, GAV-Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit den zwingenden Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts zu prüfen. Das gilt auch dann, wenn ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wurde, was in Art. 2 Ziffer 4 AVEG ausdrücklich wiederholt wird. Die Bestimmungen des AVEG sind zwingende Bestimmungen des Bundesrechts, weshalb die Kognitionsbefugnis des hiesigen Gerichts zu bejahen ist.

1.3.2.2. Wäre der Entscheid des Bundesrates betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung endgültig und unüberprüfbar, hätten weder das Handelsgericht des Kantons Bern noch das Bundesgericht die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih überprüfen dürfen. Keine der heutigen Verfahrensparteien zweifelt die damalige Kognitionsbefugnis der Gerichte an. Wenn aber die Zivilgerichte die weit folgenreichere Frage beurteilen können, ob bereits die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV zulässig ist, sind sie auch dafür zuständig, ein-

zelne für allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen und deren Anwendung zu prüfen.

1.3.2.3. Das SECO als Aufsichtsbehörde stellt sodann keine Gerichtsbehörde dar und ist auch nicht für die Beurteilung von Individualansprüchen zuständig, weshalb seine Aufsichtsfunktion ein Gerichtsverfahren nicht ausschliesst. In der Botschaft GAV-AVE vom 29. Januar 1954 wird denn auch festgehalten, der Zivilrichter entscheide über die Geltendmachung von Ansprüchen aus einem allgemeinverbindlich erklärten GAV (vgl. Botschaft GAV-AVE, a.a.O., S. 149, auch S. 154: "Der Aussenseiter soll sein Recht vor dem ordentlichen Richter geltend machen können").

1.3.2.4. Gemäss Art. 10 Abs. 1 AVEG kann gegen den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung schriftlich und begründet bei der zuständigen Behörde Einsprache erhoben werden, sofern ein Interesse hinsichtlich der Allgemeinverbindlicherklärung glaubhaft gemacht wird. Der Kläger leitet aus der Möglichkeit der Einsprache nach Art. 10 AVEG ab, dass die Beklagte gegen den Beschluss des Bundesrates über die Allgemeinverbindlicherklärung hätte Einsprache einreichen müssen (vgl. act. 30 S. 6 Rz. 7). Das ist unzutreffend: Die Einsprache gemäss Art. 10 AVEG ist keine Einsprache mit Rechtsmittelfunktion. Die Einsprache richtet sich nicht gegen den Beschluss des Bundesrates, einen GAV allgemeinverbindlich zu erklären, sondern sie ist diesem Entscheid vorgelagert. Sie sichert einzig das rechtliche Gehör, bevor der Bundesrat über die Allgemeinverbindlicherklärung entscheidet (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, B-4293/2015, vom 2. März 2016, E. 4.2). Die Einsprache ersetzt kein kontradiktorisches Gerichtsverfahren.

1.3.2.5. Schliesslich untersteht die Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat als Bundesratsbeschluss keiner demokratischen Kontrolle und ist daher einer akzessorischen Normenkontrolle durch die Gerichte zugänglich (vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Oktober 2015, in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 2016, S. 626 ff., S. 634). Der Entscheid des Bundesrates betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung kann auch nicht an das Bundesverwaltungsgericht oder an das Bundesgericht weitergezogen werden.

1.3.3. Fazit

Allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen eines GAV können von den Zivilgerichten auf ihre Vereinbarkeit mit zwingendem Recht überprüft werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt nicht vor. Weder die Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat noch die Aufsicht durch das SECO, noch die Möglichkeit der Einsprache nach Art. 10 AVEG verhindern eine Überprüfung durch die Zivilgerichte.

2. Höhe der Berufsbeiträge

2.1. Parteivorbringen

2.1.1. Der Kläger hält zusammengefasst fest, die Höhe der Forderung sei nicht mehr zu prüfen. Zur Begründung wiederholt er seine Argumentation, wonach sowohl der Bundesrat als auch das SECO sich mit der Höhe der bezogenen Beiträge befasst und nichts gegen die Höhe eingewendet hätten (vgl. act. 19 S. S. 7 Rz. 14, S. 10 Rz. 27, S. 11 Rz. 31). Es sei Sache der Beklagten nachzuweisen, dass die Beiträge übermässig seien (vgl. act. 30 S. 9 Rz. 14).

2.1.2. Die Beklagte bringt eine Vielzahl von Gründen vor, die ihrer Ansicht nach zur (teilweisen) Klageabweisung führen. Die Beiträge seien unverhältnismässig und verstiesse gegen das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip, die Koalitions- und Vereinsfreiheit, die "persönliche Dispositionsfreiheit" sowie das Legalitätsprinzip (vgl. act. 26 S. 6).

2.2. Rechtliches

2.2.1. Wie bereits festgehalten, liegt es in der Kompetenz des hiesigen Gerichts, die Beitragshöhe auf ihre Gesetzeskonformität hin zu überprüfen (vgl. Erw. II.1).

2.2.2. Die Behauptungslast hält die Parteien an, alle Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die geeignet und erforderlich sind, ihr Vorbringen zum Durchbruch zu verhelfen. Implizite Vorbringen gelten als mitbehauptet und sind für eine schlüssige Behauptung zunächst noch nicht darzulegen. Sie sind erst dann näher auszuführen, wenn die Gegenpartei die impliziten Sachvorbringen bestreitet (vgl.

WALTER, Hans Peter, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abteilung, Einleitung und Personenrecht: Einleitung, Bern 2012, N 184 ff. zu Art. 8 und Beispiele in N 185 zu Art. 8). Die Behauptungslast obliegt jener Partei, die auch die Beweislast trägt (vgl. JUNGO, Alexandra, in: Schmid, Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zu Art. 8 ZGB, Die Beweislast, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 25). Die Bestreitungslast trifft den Behauptungsgegner: Vorbringen der Gegenseite, die er nicht bestreitet, gelten als von ihm anerkannt (WALTER, Hans Peter, in: Berner Kommentar, a.a.O., N 191 zu Art. 8). Die Substanziierungslast hält schliesslich fest, wie ausführlich eine Behauptung zu halten ist (WALTER, Hans Peter, in: Berner Kommentar, a.a.O., N 199 zu Art. 8). Die Substanziierungslast hängt vom konkreten Parteiverhalten ab: Wird eine zunächst schlüssig, aber undifferenzierte Behauptung bestritten, ist die bestrittene Behauptung nicht mehr nur in ihren Grundzügen darzustellen, sondern so umfassend und klar, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III 365, S. 368 E. 2b; WALTER, Hans Peter, in: Berner Kommentar, a.a.O., N 200 zu Art. 8; BRÖNNIMANN, Jürgen C., Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989 (=ASR 522), S. 150).

2.2.3. Art. 3 Abs. 2 lit. b AVEG hält fest, dass Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen nur allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, wenn die Kontrollkostenbeiträge der am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anteile nicht übersteigen, die sich bei einer gleichmässigen Verteilung der tatsächlichen Kosten auf alle Arbeitgeber einerseits und auf alle Arbeitnehmer andererseits ergeben. Nach der Praxis des Bundesrates zur Allgemeinverbindlicherklärung wird die Höhe der Beiträge insbesondere durch zwei Kriterien begrenzt: Die effektive Verwendung der Gelder und die Höhe der Mitgliederbeiträge für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (vgl. Weisungen des SECO zur Allgemeinverbindlicherklärung von GAV, S. 5, abrufbar unter <<https://www.seco.admin.ch>>). Ausgeschlossen ist die Allgemeinverbindlicherklärung von Bestimmungen, die die Aussenseiter zur Leistung von Beiträgen verpflichten, die höher, gleich hoch oder nur wenig tiefer sind als die Mitgliederbeiträge (RONCORONI, Giacomo, in: Handbuch, a.a.O., N 172). Vollzugskostenbei-

träge sind zweckgebunden und die Vertragsparteien dürfen sich mit diesen nicht bereichern. Allfällige Überschüsse aus Kontrollkostenbeiträgen sind in erster Linie für allgemeine Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweiges zu verwenden (RONCORONI, Giacomo, Handbuch, a.a.O., N 175 f.).

2.2.4. Nicht zu den Vollzugskosten zählen die Kosten der beruflichen Weiterbildung sowie die Einzahlungen in den Sozialfonds zur Subventionierung der Krankentaggeldversicherung. Das AVEG regelt die Beiträge der beruflichen Weiterbildung sowie Beiträge für den Sozialfonds nicht ausdrücklich. Auch für diese Beiträge gilt ein Bereicherungsverbot der Vertragsparteien sowie das Gleichbehandlungsgebot, d.h. keine Schlechterstellung der Aussenseiter im Vergleich zu den Mitgliedern (vgl. RONCORONI, Giacomo, in: Handbuch, a.a.O., N 178 zu Art. 1–21 AVEG; vgl. auch Mitteilungsblatt des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Nr. 28 1980, S. 32 N 16).

2.2.5. Alle Beiträge müssen für die vorgesehenen Verwendungszwecke effektiv laufend gebraucht werden. Eine Vermögensbildung, die über normale Reserven hinausgeht, ist nicht zulässig (vgl. Weisungen des SECO zur Allgemeinverbindlicherklärung von GAV, a.a.O., S. 5).

2.3. Würdigung

2.3.1. Zwischen den Parteien ist strittig, ob die im GAV vorgesehene Beitragshöhe zulässig ist. Die Parteien sind sich auch darüber uneinig, wer hinsichtlich der Würdigungsbasis die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substanziierungslast trägt (vgl. act. 30 S. 9 Rz. 14; act. 11 S. 7).

2.3.2. Der Kläger hat seine Forderung in seiner ersten Rechtsschrift schlüssig behauptet. Die Beklagte entgegnet, die zu entrichtenden Beiträge seien, insbesondere was deren Höhe anbelange, rechtswidrig. Wer zur Abwehr eines vertraglichen Anspruchs Rechtswidrigkeit des Anspruchs behauptet, muss die Tatsachen beweisen, die eine Rechtswidrigkeit begründen (vgl. WALTER, Hans Peter, in: Berner Kommentar, a.a.O., N 288 ff. zu Art. 8). Dieser Grundsatz darf vorliegend indes nicht unbesehen angewendet werden, da er Fälle betrifft, in denen es um

vertragliche Ansprüche im engeren Sinn geht. Damit sind Sachverhalte innerhalb des Vertragsrechts gemeint, die von freiwillig eingegangenen, gegenseitigen Verbindlichkeiten handeln. Zentral ist für diese Sachverhalte der Begriff der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen (Art. 1 Abs. 1 OR). Wer etwas vereinbart, das er später für rechtswidrig hält, muss seine geänderte Rechtsauffassung erklären. Vorliegend wurde aber die Pflicht zur Leistung von Beiträgen (sowie deren Höhe) zwischen den GAV-Partnern vereinbart. Erst mit der Allgemeinverbindlicherklärung wurde die Wirkung dieser indirekt-schuldrechtlichen Bestimmung des GAV auf die Aussenseiter ausgedehnt. Es liegt folglich kein klassischer Vertragsschluss zwischen den Parteien vor. Die Allgemeinverbindlicherklärung muss gerade wegen des ihr innewohnenden Zwangs bestimmte rechtliche Anforderungen erfüllen. Damit ein Anspruch gegen den Aussenseiter bejaht werden kann, müssen die gesetzlichen Vorgaben an eine allgemeinverbindlich erklärte GAV-Bestimmung nicht bloss im Zeitpunkt des Entscheides über die Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt sein, sondern im Sinne von Dauervoraussetzungen auch im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs (vgl. auch Botschaft GAV-AVE, a.a.O., S. 178), zumal sich die Angemessenheit der später tatsächlich fälligen Beiträge im Zeitpunkt der Allgemeinverbindlicherklärung noch nicht abschliessend beurteilen lässt. Die Gesetzeskonformität der Beiträge ist eine Voraussetzung des klägerischen Anspruchs.

2.3.3. Die Beklagte hat ihre Einwände gegen die klägerische Forderung ausreichend klar behauptet. Auch wenn einzelne ihrer Ausführungen unzutreffend und teilweise auf einem falschen Verständnis des Instruments der Allgemeinverbindlicherklärung gründen, hat sie ihr Hauptanliegen, wonach insbesondere die Höhe der Beiträge nicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche, genügend schlüssig behauptet (vgl. act. 26 S. 4 oben). Dass sie dabei nicht mit konkreten Zahlen operiert, schadet ihr nicht.

2.3.4. Wer sich mit dem (nicht bloss pauschal erhobenen) Vorwurf eines Aussenseiters konfrontiert sieht, die geforderten GAV-Beiträge seien zu hoch und verletzen übergeordnetes Recht, darf sich mit den Einwänden der Gegenseite nicht bloss cursorisch auseinandersetzen. Daran ändert in einem Gerichtsverfahren

weder der Entscheid des Bundesrates betreffend die Allgemeinverbindlicherklärung noch die Aufsicht durch das SECO etwas. Kommt hinzu, dass die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der Regel keinen genügenden Einblick in die Verwaltung von Kassen und anderen Einrichtungen besitzen (vgl. Botschaft GAV-AVE, a.a.O., S. 178). Deshalb hat der Kläger – angesichts der beklaglichen Einwände – seine Ein- und Ausgaben aus den Beiträgen und die mit den Beiträgen tatsächlich verfolgten Verwendungszwecke darzulegen, um seine Forderung nachvollziehbar zu begründen, sowie entsprechende Beweismittel anzubieten.

2.3.5. Vorliegend hat der Kläger die rechtserheblichen Tatsachen seiner Klage jedoch nicht substantiiert dargelegt. Er begnügt sich mit dem Hinweis, dass der Bundesrat ausreichend geprüft habe, ob die Höhe der Beiträge den gesetzlichen Vorgaben entspreche (vgl. act. 19 Rz. 27) und das SECO die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften überprüfe, weshalb anzunehmen sei, dass die Forderung des Klägers gesetzeskonform sei (vgl. act. 19 S. 7). Dabei lässt der Kläger ausser Acht, dass der Bundesrat letztlich gestützt auf ihm vorgelegte Budgets sowie eines Finanzplanes eine bloss vorläufige Einschätzung der Angemessenheit der Beiträge vornehmen kann. Ob die Beiträge angemessen sind, muss in der Folge aber anhand der konkreten Zahlen und Verwendungszwecke beurteilt werden, nicht anhand von Annahmen. Unzutreffend ist auch das klägerische Vorbringen, die Mittelverwendung entziehe sich der Kognitionsbefugnis des Gerichtes (vgl. act. 30 S. 12 Rz. 20a). Die zulässigen Zwecke, die eine Beitragspflicht der *Aussenseiter* begründen können, sind begrenzt. Darum ist der mit den Einnahmen aus *Aussenseiterbeiträgen tatsächlich* verfolgte Zweck bedeutsam für die Frage, ob die Beiträge geschuldet sind. Der Kläger hätte sich auch deshalb veranlasst sehen sollen, sich mit der Höhe der Beiträge auseinanderzusetzen, weil das SECO den Kläger namentlich hinsichtlich des Verwendungszwecks sowie der Höhe der Beiträge bereits gerügt hat: So hielt F._____, Ressortleiterin beim SECO, in einer E-Mail vom 14. Februar 2018 fest, dass es sich bei den in einem Prüfergebnis vom 3. November 2017 aufgelisteten Verwendungszwecken nicht um solche handle, die über AVE-Beiträge finanziert werden können. Diese Zwecke seien von den Verbänden selbst zu finanzieren. Man habe von den Verbänden keine Bestätigung erhalten, dass die AVE-Beiträge in Zukunft nicht mehr für die erwähnten

Punkte verwendet würden. Man bitte um eine entsprechende Bestätigung (vgl. act. 20/34, S. 1 f.; act. 26 S. 6). Weiter geht aus der eingereichten Korrespondenz hervor, dass das SECO festhielt, dass die Vollzugskosten für das Jahr 2015 im Verhältnis zu den effektiven Kosten zu hoch seien. Das SECO verlangte in der Folge um Mitteilung, welche Massnahmen diesbezüglich vom Kläger ergriffen würden (vgl. act. 20/34 S. 3). Der Kläger führt hierzu einzig aus, das SECO sei mit den vom Kläger abgegebenen Erklärungen "offenbar zufrieden" gewesen (vgl. act. 30 S. 5 Rz. 7), ohne den Inhalt solcher Erklärungen darzulegen. Wenn der Kläger in seiner Eingabe vom 2. September 2019 (Datum Poststempel) nach Aktenschluss erstmals (unvollständiges) Zahlenmaterial präsentiert (vgl. act. 30 S. 7 Rz. 11), hilft ihm das nicht weiter (zumal Zahlen nur für das Jahr 2018 eingereicht werden, für welches der Kläger ohnehin einzig den Akontobetrag für die erste Jahreshälfte einklagt). Aus den dargelegten Zahlen lässt sich nichts entnehmen, was in Bezug auf das vorliegende Verfahren entscheidrelevant wäre, weshalb auch offen bleiben kann, ob die Eingabe novenrechtlich rechtzeitig erfolgte (vgl. bereits Erw. I. 3). Auch die klägerische Annahme, der Kläger könne eine Offenlegung der Zahlen nachholen, "sollte das Gericht zum Schluss gelangen, dass [...] die Vollzugskostenbeiträge nach den Grundsätzen des Kostendeckungs- und/oder Äquivalenzprinzips zu überprüfen sind", geht fehl (vgl. act. 30 Rz. III.14). Unzutreffend ist auch die Annahme, die Jahresberichte des Klägers seien online abrufbar und darum gerichtsnotorisch (vgl. act. 30 Rz. III.14). Es hätte am Kläger gelegen, die Jahresberichte als Prozessbeilagen einzureichen bzw. als Beweismittel zu offerieren, wenn er aus diesen etwas ableiten wollte. Auch geht der Kläger nicht auf das Vorbringen der Beklagten ein, die vorgesehene Beitragshöhe verletze die Koalitionsfreiheit, weil Verbandsmitglieder die im GAV vorgesehenen Berufsbeiträge im Umfang von bis zu 80% des Mitgliederbeitrages zurückerstattet erhielten, wenn sie ihre Mitgliederbeiträge entrichteten (vgl. 26 S. 19 f.; Art. 7 Abs. 5 GAV Personalverleih und act. 3/32 Art. 13). Der Kläger bestreitet in seiner Eingabe nach Aktenschluss, dass eine Rabattierung von 80% gegen die Koalitionsfreiheit der Nichtmitglieder verstossen solle. Das Ausmass dieser Rückzahlungen sei allgemein bekannt und werde öffentlich kommuniziert. Wie die gesamte Jahresrechnung werde auch diese Position durch das SECO jährlich kontrolliert

und sei bisher noch nie beanstandet worden (vgl. act. 30 S. 13 Rz. 20 lit. d). Damit setzt sich der Kläger ungenügend mit dem Einwand der Beklagten auseinander. Vollzugskosten- und Weiterbildungsbeiträge müssen deutlich tiefer sein als die Verbandsbeiträge (vgl. Weisungen des SECO zur Allgemeinverbindlicherklärung von GAV, a.a.O., S. 5).

2.3.6. Die Substanziierung des klägerischen Anspruchs erscheint vorliegend überdies ohne Weiteres zumutbar, zumal – entgegen der Auffassung der Beklagten in der Duplik – die relevanten Zahlen nicht jeweils auf die Beklagte einzeln aufgeschlüsselt werden müssten. Die Beklagte irrt namentlich mit ihrer Ansicht, sie schulde einzig die Weiterbildungsbeiträge für tatsächlich bezogene Weiterbildungsangebote, weil die von ihr verliehenen Arbeitnehmer kaum Weiterbildungsangebote in Anspruch genommen hätten (vgl. act. 26 S. 10): Die Allgemeinverbindlicherklärung soll durch gleiche Bedingungen für alle Marktteilnehmer gerade den Solidaritätsgedanken des GAV-Rechts branchenweit verwirklichen und zu verbesserten Arbeitsbedingungen führen. Das bedingt eine branchenweite Kostenverteilung, eine gemeinsame Kostentragung durch die Marktteilnehmer hinsichtlich bestimmter Zwecke. Diese Kostenverteilung bzw. Kostentragung erschöpft sich – anders als das die Beklagte annimmt – nicht darin, den Marktteilnehmern ausschliesslich die von ihnen *tatsächlich* bezogenen GAV-Leistungen in Rechnung zu stellen.

2.3.7. Der Kläger hat es bewusst unterlassen, sich mit den Argumenten der Beklagten und mit der Höhe der Beiträge auseinanderzusetzen. Mit diesem Vorgehen erfüllt der Kläger seine Obliegenheiten im vorliegenden Prozess nicht. Die GAV-Partner dürfen die Höhe der Aussenseiter-Beiträge nicht beliebig festsetzen, sondern müssen bestimmte gesetzliche Vorgaben einhalten. Die klägerseits gewählte Prozessstrategie verunmöglicht es dem hiesigen Gericht festzustellen, ob die Beiträge, welche der Kläger von der Beklagten verlangt, die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. Auch kann nicht unbesehen angenommen werden, allenfalls die Kosten übersteigende Einnahmen bewegten sich noch im Rahmen zulässiger Reserven. Die Ein- und Ausgaben sind schlichtweg unbekannt. Ebenso wenig ist erstellt beziehungsweise kann davon ausgegangen werden, allfällige Überschüs-

se seien zulässigerweise für allgemeine Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweiges verwendet worden, da diesbezügliche Behauptungen des Klägers fehlen.

2.4. Schliesslich ist zu bemerken, dass aufgrund der Parteibehauptungen unklar ist, ob und inwiefern die Beklagte die Arbeitnehmerbeiträge für die streitrelevanten Jahre von den Löhnen abgezogen und abgeliefert hat. Entsprechend kann nicht geprüft werden, ob und wie sich dieser mögliche Sachverhalt auf die vorliegend zu beurteilende Rechtsfrage auswirken würde. Unbeantwortet muss insbesondere die Frage bleiben, ob es rechtsmissbräuchlich ist, Arbeitnehmerbeiträge abzuziehen, diese nicht weiterzuleiten, und gleichzeitig jahrelang passiv abzuwarten, ob sich die Gegenseite um das Inkasso der Beiträge bemüht. Offenzulassen ist endlich auch, ob allenfalls abgezogene, aber nicht weitergeleitete Arbeitnehmerbeiträge den Arbeitnehmern oder dem Kläger zustünden.

2.5. Die Klage ist zusammenfassend im nicht anerkannten Umfang abzuweisen.

3. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

3.1. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Berufsbeiträge für die Jahre 2013 bis 2017 sowie den Akontobetrag für die erste Jahreshälfte 2018.

3.2. Laut der Beklagten kann das hiesige Gericht solange nicht über die Klage entscheiden, bis ein endgültiger Entscheid der D._____ über die Lohnsummen vorliege. Entsprechend verlangt sie mit ihrem Hauptbegehren, es sei auf die Klage nicht einzutreten beziehungsweise die Klage abzuweisen. Dieser Einwand geht fehl: Die Annahme, es müsse zuerst ein GAV-internes Taxationsverfahren stattfinden, ist ohne Rechtsgrundlage. Entsprechend ist dem Hauptbegehren der Beklagten nicht stattzugeben. Gemäss ihrem Eventualbegehren anerkennt die Beklagte die Klage im Umfang von 20% der geltend gemachten Forderungen. In diesem Umfang (inkl. Zinsen) ist das Verfahren zufolge Anerkennung abzuschreiben.

3.3. Der Kläger macht geltend, die Bemessungsgrundlage im GAV für die Beiträge sei bereits materiell-rechtskräftig entschieden worden, weil die Beklagte in

einem früheren Verfahren vor dem Berner Handelsgericht und anschliessend vor dem Bundesgericht nichts gegen die Höhe der dort strittigen Berufsbeiträge des Jahres 2012 eingewendet habe. Dieser Einwand des Klägers trifft nicht zu. Hinsichtlich des Quantitatifs liegt keine *res iudicata* vor.

3.4. Der Kläger bestreitet weiter zu Unrecht die Kognitionsbefugnis des hiesigen Gerichts, die Berufsbeiträge auf ihre Gesetzeskonformität hin zu überprüfen. Aufgrund der beklagischen Vorbringen hätte der Kläger sodann die für die Beurteilung der Gesetzeskonformität notwendige Würdigungsbasis substantzieren müssen. Er hat es unterlassen, die für die Prüfung der Beitragshöhe nötigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen. Demzufolge kann nicht beurteilt werden, ob die Beitragshöhe im GAV gesetzeskonform ist. Dies wirkt sich zulasten des Klägers aus, weshalb die Klage im nicht anerkannten Umfang abzuweisen ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 241'273.98 (siehe act. 1 Rz. 7), woraus eine Grundgebühr von rund CHF 15'000.00 resultiert. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss zu 4/5 dem Kläger und zu 1/5 der Beklagten aufzuerlegen und vorab aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

4.2. Parteientschädigungen

4.2.1. Beide Parteien verlangen eine Parteientschädigung. Der Rechtsvertreter der Beklagten ist in keinem kantonalen Anwaltsregister eingetragen. Nach Praxis des hiesigen Gerichts liegt bei einem einmaligen Auftreten in einem Gerichtsverfahren keine berufsmässige Vertretung vor, sondern eine nicht berufsmässige Vertretung (vgl. Prot. S. 7; vgl. auch Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO gelten unter anderem die Kosten einer berufsmässigen Vertretung als Parteientschädigung (lit. b). In begründeten Fällen kann als Parteientschädigung

sodann eine angemessene Umtriebsentschädigung (lit. c) zugesprochen werden, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist. Die Beklagte kann vorliegend keine Kosten einer berufsmässigen Vertretung geltend machen. Eine Umtriebsentschädigung ist substantiiert zu begründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_132/2020 vom 28. April 2020, E. 4.2.1; vgl. auch SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 95 N. 30). Die Beklagte macht keine Ausführungen zur Entschädigung, sondern beschränkt sich darauf, eine solche zu beantragen. Demnach ist ihr auch keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

4.2.2. Der Kläger hat im Ausmass seines Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für seine berufsmässige Vertretung. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 241'273.98 beträgt die Grundgebühr rund CHF 17'500.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist aufgrund der Vergleichsverhandlung und der zusätzlichen Rechtsschriften eine Erhöhung der Grundgebühr um die Hälfte angemessen. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 26'250.00. Dem Kläger ist eine Parteientschädigung von CHF 5'250.00 (1/5 der Parteientschädigung) zuzusprechen.

4.2.3. Der Kläger verlangt die Parteientschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer. Er weist die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug jedoch nicht nach. Entsprechend ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziffer 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>>; Urteil des Bundesgericht 4A_552/2015 vom 25.

Mai 2016, E. 4.5; KassGer ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Das Verfahren wird zufolge teilweiser Klageanerkennung im Umfang von CHF 48'254.80 nebst Zins zu 5% auf CHF 44'181.99 seit 26. Oktober 2014 und zu 5% auf CHF 4'072.81 seit 13. April 2015 abgeschrieben.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis;

und erkennt:

1. Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.00.
3. Die Kosten werden zu 4/5 (CHF 12'000.00) dem Kläger und zu 1/5 (CHF 3'000.00) der Beklagten auferlegt. Sie werden aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für den der Beklagten auferlegten Anteil der Kosten wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 5'250.00 zu bezahlen.
5. Der Beklagten wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 241'273.98.

Zürich, 10. Dezember 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Giulio Donati