



---

Geschäfts-Nr. PN060061

**III. Zivilkammer**

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Seeger, Vorsitzender,  
Dr. iur. H. Schmid und Dr. iur. J. Zürcher  
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

**Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 15. August 2006**

in Sachen

**A.**

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

**B. AG,**

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Unterstellung unter den Gesamtarbeitsvertrag**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Schiedsspruch  
des Zürcher Einigungsamts vom 19. Januar 2006 (Gesch.-Nr. ...)**

## **Das Gericht zieht in Erwägung:**

### **I.**

1. Die Parteien trafen am 12. Juni 2003 zwecks Beendigung einer Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmer der B. AG die Vereinbarung, dass die Gesuchstellerin sich rückwirkend ab 1. Januar 2003 dem Landesmantelvertrag (LMV) für das Bauhauptgewerbe und ab 1. Juli 2003 dem dazugehörigen Gesamtarbeitsvertrag GAV FAR unterstelle, wobei das Einigungsamt des Kantons Zürich über die streitige Unterstellung der Gesuchstellerin unter den Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Dach und Wand endgültig zu entscheiden habe. Mit Eingabe vom 3. Juli 2003 stellte die Gesuchstellerin dem kantonalen Einigungsamt den Antrag, es sei festzustellen, dass sie aufgrund ihrer Tätigkeit, die dem Betrieb das Gepräge gebe, ab 1. Januar 2003 dem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag im Bereich des schweizerischen Dach- und Wandgewerbes unterstehe. A. (Gesuchsgegnerin) beantragte in ihrer Antwort vom 13. August 2003, es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin aufgrund ihrer Tätigkeit weiterhin dem allgemeinverbindlich erklärten LMV für das Bauhauptgewerbe unterstehe; eventualiter sei das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement (seco) gemäss Art. 12 Abs. 4 AVEG bezüglich der Abgrenzung der Geltungsbereiche zwischen dem LMV für das Bauhauptgewerbe und dem GAV für das schweizerische Dach- und Wandgewerbe im konkreten Fall anzuhören; subeventualiter sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin einen Mischbetrieb führe; der Betriebsteil, der vorwiegend Arbeiten aus dem Bereich Bauhauptgewerbe tätige, sei zu bestimmen und es sei festzustellen, dass dieser dem LMV für das Bauhauptgewerbe unterstehe. Das von der Gesuchsgegnerin gegen den von der Gesuchstellerin vorgeschlagenen Schiedsrichter erhobene Ablehnungsbegehren wies die Verwaltungskommission des Obergerichts mit Beschluss vom 24. November 2003 ab. Am 29. März 2004 führte das Einigungsamt mit den Parteien eine Vergleichsverhandlung durch, die jedoch keine Einigung

brachte; in der Folge wurden ein Beweisverfahren durchgeführt (...). Mit Urteil vom 19. Januar 2006 erkannte das Einigungsamt wie folgt:

1. *Die Gesuchstellerin untersteht seit 1. Januar 2003 dem Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Dach- und Wandgewerbe.*
  2. *Die Kosten fallen ausser Ansatz.*
  3. *(Prozessentschädigung)*
  4. *(Schriftliche Mitteilung)*
  5. *(Rechtsmittelbelehrung: Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 36 KSG)*
2. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 9. März 2006 stellte die Gesuchsgegnerin das Rechtsbegehren, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Eingabe vom 13. März 2006 beantragte sie zudem, der Nichtigkeitsbeschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen; mit Präsidialverfügung vom 14. März 2006 wurde diesem prozessualen Antrag entsprochen. Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. April 2006, die Nichtigkeitsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge vollumfänglich abzuweisen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

## II.

1. Die Beschwerdeführerin ruft vorab den Nichtigkeitsgrund des Art. 36 lit. b KSG (Unzuständigkeit) an. Sie argumentiert, das angefochtene Urteil sei absolut nichtig, weil die Vorinstanz für die Beurteilung dieser *nicht* schiedsfähigen Streitigkeit sachlich nicht zuständig gewesen sei. Nach der zwingenden Bestimmung von Art. 5 KSG könne Gegenstand eines Schiedsverfahrens nur ein Anspruch sein, welcher der "*freien Verfügung der Parteien*" unterliege, so dass die diesbezügliche Ungültigkeit der Schiedsabrede der Parteien vom 12. Juni 2003 (Ziff. 6) auch nicht durch Einlassung vor dem Schiedsgericht habe geheilt werden können (m. Hinw. auf RÜEDE/HADENFELDT, Schweiz. Schiedsgerichtsrecht, 2.A. S. 343). Das Einigungsamt mache keine Ausführungen zu den Grundlagen seiner Zuständigkeit und Entscheidungskompetenz. Es habe jedoch offensichtlich als

Schiedsgericht geurteilt, was sich aus dem Urteilkopf und der Rechtsmittelbelehrung ergebe. Da Ausgangspunkt des Entscheids die Parteivereinbarung vom 12. Juni 2003 (Ziff. 6) gewesen sei, stehe fest, dass die Vorinstanz als privates Schiedsgericht tätig geworden sei (m. Hinw. auf BGE 107 Ia 152). Gegenstand der Schiedsabrede der Parteien sei die Frage der Unterstellung der B. AG unter einen der erwähnten Gesamtarbeitsverträge gewesen. Die Parteien hätten aber über diese Unterstellung nicht frei verfügen können, weil die Anerkennung oder Ablehnung der Unterstellung eines einzelnen Arbeitgebers den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Vertragsparteien nur zur *gesamten* Hand zustehe (m. Hinw. auf STÖCKLI, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 356b OR). Die fehlende Verfügungsfreiheit der Parteien und damit die Unzuständigkeit des Einigungsamts ergäben sich aber auch aus der Allgemeinverbindlicherklärung der beiden Gesamtarbeitsverträge. Nach Lehre und konstanter Rechtsprechung entscheide allein der Zivilrichter über den Geltungsbereich eines allgemeinverbindlich erklärten GAV bzw. die Unterstellung eines Betriebs unter einen solchen (m. Hinw. auf STÖCKLI, a.a.O., N 104 zu Art. 356b OR; ZR 1983 Nr. 118 und ZR 1982 Nr. 53; act. 1 S. 2 ff. Ziff. 2 bis 7).

3. Des Weiteren wird gerügt, das angefochtene Urteil vom 19. Januar 2006 sei willkürlich i.S. von Art. 36 lit. f KSG, die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin seien widersprüchlich und hätten gegen Treu und Glauben verstossen. Dazu wird vorgetragen, die Gesuchstellerin habe sich in der Vereinbarung vom 12. Juni 2003 "*bedingungslos*" verpflichtet, sich rückwirkend ab 1. Januar 2003 dem LMV für das Bauhauptgewerbe und ab 1. Juli 2003 dem GAV FAR zu unterstellen. Die mit dem angefochtenen Urteil festgestellte *rückwirkende* Unterstellung unter den GAV Dach und Wand setze eine Rückabwicklung der Unterstellung unter den LMV für das Bauhauptgewerbe voraus, die unmöglich sei, weil bereits Leistungen und Gegenleistungen mehrerer Beteiligter erfolgt seien. Die Gesuchstellerin habe ihren Mitarbeitern z.B. getreu Art. 8 LMV Beiträge für Vollzugs- und Bildungskosten abgezogen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen dem paritätischen Fonds überwiesen. Die damit finanzierten Leistungen im Betrage von Fr. (...) liessen

sich nicht rückgängig machen. Die Vorinstanz habe sich mit der ab 1. Januar 2003 rückwirkenden Unterstellung in krassen Widerspruch zum seither faktisch gelebten Willen der Gesuchstellerin wie auch zum Text der Vereinbarung vom 12. Juni 2003 gesetzt, aus deren gesamtem Sinn sich nichts anderes herauslesen lasse, als dass der Entscheid des Einigungsamts frühestens ab seiner Rechtskraft Wirkung entfalten könne und solle.

### III.

1. Nach Art. 36 KSG kann bei der in Art. 3 KSG vorgesehenen richterlichen Behörde Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, um die in Art. 36 lit. a bis lit. i KSG aufgezählten qualifizierten Verfahrensfehler geltend zu machen. Art. 3 KSG bezeichnet das obere ordentliche Zivilgericht des Kantons, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, als zuständige richterliche Behörde, welche über Nichtigkeitsbeschwerden zu entscheiden hat (Art. 3 lit. f KSG). Nach Art. 1 Abs. 1 und 2 KSG ist das Konkordat auf jedes Verfahren vor einem Schiedsgericht anwendbar, welches auf Privatabrede beruht und kraft gesetzlicher Ermächtigung berufen ist, eine zivilrechtliche Streitigkeit durch vollstreckbaren Entscheid zu erledigen (WIGET/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. Zürich 1997, vor §§ 238-258 N 6). Es ist demzufolge zu prüfen, ob das angefochtene Urteil vom 19. Januar 2006 von einem Schiedsgericht i.S. des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit ergangen ist, mithin ob auf die Nichtigkeitsbeschwerde eingetreten werden kann.
4. Die Streitparteien sind sich im Schiedsverfahren vor Einigungsamt als gleichberechtigte Rechtssubjekte entgegengetreten, was für die zivilrechtliche Qualifikation der vorliegenden Streitigkeit spricht (IMBODEN/RHINOW, a.a.O., S. 25, Nr. 4, B.II. und S. 4, Nr. 1, B.II.a). Gegenstand der aus dieser gleichberechtigten Rechtsbeziehung entstandenen Streitigkeit war die Zuordnung der B. AG zum Geltungsbereich des vom Bund allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags des schweizerischen Dach- und Wandgewerbes bzw. zu demjenigen des vom Bund ebenfalls allgemeinverbindlich erklärten Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe. Nach der Lehre

sind Unklarheiten über den Geltungsbereich eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags nach Anhörung der Parteien vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement (EVD) bzw. von der zuständigen kantonalen Behörde zu beheben (Art. 12 AVEG; vgl. hinten E. III.3). Streitigkeiten über den Geltungsbereich im *Einzelfall* entscheidet aber der Zivilrichter (STÖCKLI, a.a.O., N 104 zu Art. 356b OR; VISCHER, Zürcher Kommentar, N 125 zu Art. 356 b OR; STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6.A. Zürich 2006, N 11 zu Art. 356b OR, S. 1048). Dieser Auffassung schliesst sich auch die Beschwerdeführerin an (vorne E. II.1 in fine).

5. Das Einigungsamt trat auf die Feststellungsklage vom 3. Juli 2003 ein, weil sie sich gestützt auf Art. 12 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) i.V.m. § 1 des Gesetzes über das kantonale Einigungsamt als die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige kantonale Behörde erachtet (act. 2 S. 18, E. 2). Die einschlägigen Abs. 2 und 4 von Art. 12 AVEG lauten:

<sup>2</sup> *Wird die Allgemeinverbindlichkeit angeordnet, so setzt die zuständige Behörde den räumlichen, beruflichen und betrieblichen Geltungsbereich fest und bestimmt Beginn und Dauer der Allgemeinverbindlichkeit.*

<sup>4</sup> *Ergeben sich nachträglich Zweifel über den Geltungsbereich, so wird dieser nach Anhörung der Vertragsparteien vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement oder von der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen kantonalen Behörde näher bestimmt.*

Zuständige Behörde i.S. von Abs. 2 ist der Bundesrat, wenn sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet mehrerer Kantone erstreckt (Art. 7 Abs. 1 AVEG), andernfalls bezeichnet der Kanton die zuständige Behörde (Art. 7 Abs. 2 AVEG). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Bundesrat für die Allgemeinverbindlicherklärung der streitigen Gesamtarbeitsverträge zuständig war (vgl. act. 3/2-7). Die Aufgaben des Einigungsamts des Kantons Zürich sind in § 1 des Gesetzes über das kantonale Einigungsamt vom 16. Mai 1943 (LS 821.5) aufgezählt:

Dem Einigungsamt werden übertragen:

1. die Vermittlung bei Kollektivstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über das Arbeitsverhältnis;
2. die Auslegung von Gesamtarbeitsverträgen in Streitfällen;
3. die Begutachtung von Gesamtarbeitsverträgen, deren Allgemeinverbindlicherklärung verlangt wird;
4. die Abfassung von Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 359 und 360 OR;
5. die Führung eines Registers der Normalarbeitsverträge, der Gesamtarbeitsverträge und der sonstigen kollektiven Vereinbarungen über das Arbeitsverhältnis, deren örtlicher Geltungsbereich sich auf das Gebiet des Kantons Zürich erstreckt.

Seine Zuständigkeit gründet im vorliegenden Fall aber weder auf Art. 12 AVEG noch auf § 1 Ziff. 1 des kantonalen Gesetzes, weil weder ein unklar umschriebener Geltungsbereich näher zu definieren war (vgl. vorne E. III.2) noch die *Vermittlung* einer Kollektivstreitigkeit über das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Thema des Schiedsverfahrens war. Das Einigungsamt wurde vielmehr zur *Entscheidung* einer zivilrechtlichen Streitigkeit angerufen, gestützt auf die zwischen den Parteien am 12. Juni 2003 (Ziff. 6) vereinbarte Schiedsklausel. Es amtierte als Schiedsgericht *anstelle* des staatlichen Richters, wozu es das Gesetz über das kantonale Einigungsamt mit § 9 (das Einigungsamt als Schiedsgericht) und § 10 ermächtigt:

#### § 9

*Die Parteien können Kollektivstreitigkeiten über das Arbeitsverhältnis dem Einigungsamt zur schiedsgerichtlichen Erledigung übertragen.*

#### § 10

*Die vor dem Einigungsamt abgeschlossenen Vergleiche und die von ihm gefällten Schiedssprüche sind rechtsverbindlich und wie gerichtliche Urteile vollstreckbar.*

Das Einigungsamt ist damit nicht mehr bloss Schlichtungsbehörde, sondern wird zum Organ der Rechtspflege, dessen Entscheidungskompetenz auf Privatabrede beruht und welches kraft gesetzlicher Ermächtigung berufen ist, eine Zivilrechtsstreitigkeit nach einem kontradiktorischen Verfahren durch rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu erledigen (WIGET/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., ZPO vor §§ 238-258 N 6, vgl. N 7 lit. a;

GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 594 ff. § 69 Ziff. I; BGE 107 Ia 152 [n. publ. E. 1, vgl. Regeste]).

6. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin steht nun aber Art. 356b Abs. 1 OR der sachlichen Zuständigkeit des Einigungsamts zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeit der Parteien nicht entgegen (vgl. vorne E. II.1): Mit der beantragten Unterstellung der B. AG unter den vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten GAV Dach und Wand wurde der persönliche Geltungsbereich der normativen Bestimmungen dieses Gesamtarbeitsvertrags mittels richterlichem Akt autoritativ auf die Arbeitgeberin selbst und die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer/innen ausgedehnt; inwieweit auch sog. indirekt schuldrechtliche Bestimmungen sowie gemeinsame Einrichtungen und Kassen mit den entsprechenden Beitragsleistungen von der Allgemeinverbindlichkeit erfasst wurden (SCHÖNENBERGER/VISCHER, N 92, N 95 ff. zu Art. 356b OR; STÖCKLI, a.a.O., N 77, N 85 zu Art. 356b OR, insb. zum Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG] vom 28. September 1956 [SR 221.215.311]), kann dem Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des GAV für das schweizerische Dach- und Wandgewerbe vom 25. Mai 2000/18. Februar 2003 entnommen werden. Der Anschluss der B. AG an den Gesamtarbeitsvertrag ist der Zustimmungsbefähigung der Parteien des Gesamtarbeitsvertrags i.S. von Art. 356b OR daher insoweit entzogen, als Bestimmungen betroffen sind, welche vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt wurden. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung werden die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags zu objektivem Privatrecht, die (ausschliesslich) auf dem Weg der zivilprozessualen Klage durchsetzbar sind. Der Zivilrichter ist zuständig, endgültig und rechtsverbindlich über die Auslegung und den *Geltungsbereich* des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags zu befinden (ZR 81 Nr. 53 E. 4.2 [Abs. 2 und 4]; SCHÖNENBERGER/VISCHER, N 88, N 92 in fine; vgl. vorne E. III.2 in fine). Die Rechtsbegehren der Parteien bringen klar zum Ausdruck, dass lediglich die (zwingende) Anwendbarkeit der "*allgemeinverbindlich erklärten*" Bestimmungen des jeweiligen Gesamtarbeitsvertrags Prozessthema war, und nicht

etwa ein umfassender Anschluss der Gesuchstellerin an einen der beiden Verträge. Es handelt sich auch um einen Streitgegenstand, über den die Parteien des Zivilverfahrens i.S. von Art. 5 KSG "*frei verfügen*" konnten, d.h. um eine Streitigkeit, die durch rechtsverbindlichen aussergerichtlichen Vergleich oder durch Anerkennung vor dem staatlichen Zivilrichter hätte erledigt werden können (WIGET/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., ZPO vor §§ 238-258 N 18; ZR 89 Nr. 79). Die Rechtslage ist dieselbe, wie wenn der Zivilrichter die Anwendbarkeit einer *zwingenden* Norm des Arbeitsvertragsrechts auf einen streitigen Sachverhalt zu beurteilen hat und - sei es zur Vermeidung eines aufwändigen Beweisverfahrens oder wegen nicht eindeutigem Beweisergebnis - Vergleichsverhandlungen mit den Parteien erfolgen, die zur formellen Streiterledigung führen. Eine solche Streitigkeit ist i.S. des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit schiedsfähig, und zwar selbst dann, wenn die Streitigkeit der Untersuchungs- oder Officialmaxime unterliegt (WIGET/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 18 in fine).

7. Die Beschwerdeführerin behauptet sodann zu Recht nicht, dass kantonales oder Bundesrecht die Schiedsgerichtsbarkeit - an Stelle des staatlichen Zivilgerichts - ausschliesse (Art. 5 KSG; vgl. vorne E.II.1 in fine). Nach § 13 Abs. 3 GVG ist der Ausschluss des Arbeitsgerichts zulässig, kann jedoch nicht "*zum voraus*" vereinbart werden (WIGET/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 18, S. 775 f.). Die Parteien dürfen daher eine vom Arbeitsgericht abweichende Zuständigkeitsregelung treffen, wenn ein Streit aktuell geworden ist (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 31 zu § 13 GVG; ZR 85 Nr. 29), was auf die vorliegende Streitigkeit zweifellos zutrifft (vgl. vorne E. I.1 am Anfang).

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde kann somit eingetreten werden. Sie ist abzuweisen, soweit mit ihr gestützt auf Art. 36 lit. b KSG die fehlende Zuständigkeit der Vorinstanz gerügt wird.