



STEPHAN FRÖHLICH

Fragen aus dem arbeitsrechtlichen Zivilprozess

1. Einleitung

Bis zur Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 regelte Art. 343 OR die Minimalanforderungen an das Prozessrecht betreffend arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.–. Vorgesehen war für diese Streitigkeiten ein einfaches und rasches Verfahren, in welchem keine Gerichtskosten erhoben werden durften und in dem die Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen vorzunehmen war. Damit dem Rechtsuchenden (i.d.R. Arbeitnehmer) diese besonderen Prozess erleichterungen nicht mittels Widerklage abspenstig gemacht werden konnten, wurde der Streitwert des Prozesses ausschliesslich nach der eingeklagten Forderung bemessen; ohne Rücksicht auf allfällige Widerklagebegehren. Mit diesen Vorgaben richtete sich der Bundesgesetzgeber an die Kantone, frei nach dem Motto «macht was draus». Die Kantone kamen dieser Aufforderung mit sehr unterschiedlichem Elan nach. Während einzelne nur minimale Anpassungen in ihren jeweiligen Prozessordnungen vornahmen, entwarfen andere im Rahmen ihrer kantonalen Zivilprozessordnung oder gar in eigenen Gesetzen umfassende Regelwerke zum arbeitsrechtlichen Prozess. Mancherorts wurden eigene Arbeitsgerichte ins Leben gerufen. In anderen Kantonen wurden die Parteikosten im einfachen und raschen Verfahren nicht nach Obsiegen oder Unterliegen verteilt, sondern in jedem Fall wettgeschlagen. Wer also ausserkantonale klagte, tat gut daran, sich zunächst über die kantonalen Besonderheiten des Arbeitsprozesses zu informieren.

Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung wurden Art. 343 OR sowie die kantonalen Zivilprozessordnungen abgeschafft. In einzelnen Kantonen brachen damit umfassende Regelwerke zum arbeitsrechtlichen Prozess weg (z.B. §§ 354–396 ZPO Aargau oder das Gesetz über das Arbeitsgericht des Kantons Lu-

zern). Vereinzelt verschwanden die bisherigen Arbeitsgerichte wieder¹. Wer nun aber hoffte, die Schweizerische ZPO trage das Ende der kantonalen Individualität im Arbeitsprozess im Gepäck, der wurde enttäuscht. Gerade im Arbeitsprozess greift der Föderalismus trotz vereinheitlichtem Prozessrecht so stark um sich wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet. Die Gefahr, im Rahmen der ausserkantonalen arbeitsrechtlichen Prozessführung bei einer versteckten kantonalen Norm Schiffbruch zu erleiden, ist trotz «vereinheitlichtem» Prozessrecht damit keineswegs gebannt.

Gerade Vertreter jener Kantone, die einen ausgefeilten und umfassend geregelten Arbeitsprozess kannten, werden sich bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH verstanden fühlen, wenn diese ihr Werk mit den Worten «Den Arbeitsprozess gibt es nicht!» eröffnen². Ganz so drastisch stellt sich die Lage freilich nicht dar. Richtig ist aber, dass es anders als unter Art. 343 OR keine zentral geregelte Normierung des wesentlichen Verfahrensrechts auf kantonaler Ebene mehr geben kann. Der Arbeitsprozess ist nunmehr als normaler Zivilprozess ausgestaltet, der durch über die Zivilprozessordnung verstreute Sonderregelungen seine eigene Identität bekommt. Vergleichbares war etwa bei der alten Zivilprozessordnung des Kantons Zürich anzutreffen. Die wesentlichen Elemente von Art. 343 ZPO sind so, teils weit verstreut, in die Schweizerische Zivilprozessordnung eingeflossen. Gleichzeitig nimmt aber auch der Föderalismus im Arbeitsprozess weiterhin eine bedeutende Rolle ein, indem die Schweizerische Zivilprozessordnung den Kantonen wesentliche Kompetenzen bei der Organisation des Arbeitsprozesses einräumt. Daraus

STEPHAN FRÖHLICH, Dr. iur., Rechtsanwalt, Geissmann Rechtsanwälte, Baden.

¹ So etwa im Kanton Solothurn, vgl. REGULA ZEHNDER/SYLIVIE FISCHER, Plädoyer 3/10 vom 21. Juni 2010, 25 ff., für einen guten Überblick über die unterschiedlichen kantonalen Lösungsansätze bei Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (aktualisiert unter: <https://www.plaedoyer.ch/artikel/d/organisatorisch-bleibt-alles-anders/>).

² ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 13.

resultiert in der Praxis denn auch vielerorts ein Verfahren, welches sich trotz gänzlich neuer Gesetzesquellen im Wesentlichen kaum vom bislang Bekannten unterscheidet³.

2. Orientierungshilfen im arbeitsrechtlichen Zivilprozess

Um Überraschungen im arbeitsrechtlichen Zivilprozess zu vermeiden und die Besonderheiten bzw. kantonalen Ausnahmen rechtzeitig zu erkennen, ist der Praktiker gut beraten, seinen prozessualen Handlungen folgende Fragestellungen voranzustellen:

1. Welche Normen der ZPO betreffen mich?
2. Sind in der ZPO verankerte arbeitsrechtliche Sondernormen relevant?
3. Gibt es kantonale Sondernormen, die es zu beachten gilt?

Um diese Fragen beantworten zu können, muss sich der Praktiker zunächst überlegen, in welche Verfahrensart sein Fall überhaupt fällt. Kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung oder wird der Prozess im ordentlichen Verfahren abgehandelt? Mehr als andernorts kommt dieser Frage im Arbeitsprozess Bedeutung zu, weil wesentliche Besonderheiten und Ausnahmen an die Prozessart des vereinfachten Verfahrens bzw. an die Streitwertgrenze von CHF 30'000 anknüpfen. Als Ausgangslage für die arbeitsrechtliche Problemlösung diene – als Faustregel – das folgende Schema:

Grafik 1

< 30'000		Ordentliches Verfahren Verhandlungsmaxime I.d.R. keine Gerichtskostenbefreiung
< 30'000	Vereinfachtes Verfahren Soziale Untersuchungsmaxime Gerichtskostenbefreiung vereinzelt Parteikostenbefreiung	I.d.R. keine Parteikostenbefreiung (ausgenommen Genf)

Mit dem vorstehenden Diagramm vor Augen, lässt sich in aller Regel ganz grundlegend eruieren, ob und auf welche Besonderheiten des Arbeitsprozesses es zu achten gilt; wir werden nachstehend darauf zurückkommen. Im Rahmen des vorliegenden Beitrages werden darüber hinaus aber auch jene Besonderheiten des arbeitsrechtlichen Zivilprozesses von Interesse sein, welche sich für den Praktiker anhand des Gesetzestextes nicht eindeutig erschliessen und welche auch fünf Jahre nach Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung noch einer Beantwortung durch die Rechtsprechung harren. Um zu diesen Problemen vorzudringen und der Sache gleichzeitig etwas Leben einzuhauchen, wird im Folgenden mit einem praktischen, sich fortlaufend weiterentwickelnden Fall gearbeitet. Dies im Bewusstsein, dass es sich die wenigsten Praktiker freiwillig antun, dem Prozessrecht um seiner selbst willen, gleichsam zum Spass und ohne konkreten Anlass, auf den Grund zu gehen. Vorab ist also eine Klientschaft mit einem konkreten Problem vonnö-

ten. Nehmen wir also an, diese sitzt Ihnen als VertreterIn der Anwaltschaft, einer Rechtsschutzversicherung, einer Behörde etc. in Ihrem Sitzungszimmer vis à vis und beginnt ihre arbeitsrechtliche Problematik zu schildern. Generell geht es darum, dass Ihre Klientin eben erst die Kündigung ihres Arbeitsvertrages erhalten hat.

3. Zuständigkeiten im Arbeitsrecht

3.1. Ausgangslage

Vorab will der konsultierte Praktiker ganz grundlegend einmal wissen, wo gegebenenfalls geklagt werden kann. Ein kurzer Blick in den Arbeitsvertrag fördert im vorliegenden gewählten fiktiven Beispiel zutage, dass der Sitz der Arbeitgeberin in der Stadt Luzern liegt. Tatsächlich gearbeitet hat die Arbeitnehmerin zu 50 % in einer Niederlassung in Baden AG und zu 50 % in einer Filiale in Solothurn. In Kenntnis von Art. 34 Abs. 1 ZPO ist der arbeitsrechtlich geschulte Praktiker nun selbstverständlich darüber im Bilde, dass am Sitz der Arbeitgeberin sowie am Ort, an dem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wurde, je ein Gerichtsstand liegt.

3.2. Gesetzliche Gerichtsstände

Klar ist im konkreten Fall nun also, dass am Sitz in Luzern ohne Weiteres geklagt werden könnte. Wer nun nicht im Kanton Luzern praktiziert, der wird sich fragen, ob eine Klage auch am Ort der Niederlassung im allenfalls vertrauteren Baden oder auch am Standort der Filiale in Solothurn möglich wäre. Eine Klageeinreichung in Baden scheint möglich, weil dort ein Gerichtsstand am Ort der Niederlassung bzw. Zweigniederlassung gemäss Art. 12 ZPO vorhanden ist. Tatsächlich schliesst Art. 34 ZPO die Anwendung von Art. 12 ZPO im hier gewählten Beispiel nicht aus⁴. Für den Arbeitnehmer handelt es sich hier nämlich um alternative Gerichtsstände. Dem Arbeitgeber wäre der Gerichtsstand am Ort der Niederlassung aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 34 Abs. 1 ZPO indes verwehrt⁵.

In Solothurn arbeitet die Klientin bloss in einer einfachen Filiale. Der Gerichtsstand der Geschäftsniederlassung entfällt hier, weil es dieser Filiale an der wirtschaftlichen und geschäftlichen Unabhängigkeit von der Hauptniederlassung fehlt⁶. Um all Ihre Möglichkeiten auszuloten, überlegen Sie sich weiter, ob in Solothurn allenfalls ein Gerichtsstand der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung gegeben

⁴ BGE 129 III 31, E. 3.

⁵ CHRISTOPH SENTI, Kommentar zu Art. 34 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 34, N 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 25.

⁶ BGE 129 III 31, E. 3.1.; WOLFGANG PORTMANN, Kommentar zu Art. 319 bis 362 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 bis 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Vor Art. 319 ff. N 47.

³ Vgl. ZEHNDER/FISCHER (FN 1), 24 ff.

sein könnte. Immerhin arbeitet die Klientin hier zu 50 %, also knapp drei Tage die Woche. Nach längerer Lektüre folgt unvermeidlich die Erkenntnis, dass die Fachwelt zu dieser Frage in zwei Lager gespalten ist und eine höchst-richterliche Beurteilung aussteht. Wohl eine Mehrheit der Lehrmeinungen hält mit Blick auf die Singularität des Gerichtsstandes dafür, dass Arbeitnehmer mit mehr als einem Arbeitsort gleichzeitig oder mit ständig wechselnden Arbeitsorten nicht etwa mehrere, sondern in der Regel gar keinen gewöhnlichen Arbeitsort haben⁷.

Wer gewillt ist, in der Angelegenheit etwas mutiger zu agieren, der kann indes der differenzierenden Auffassung einer kleineren Anzahl von Autoren folgen. Nach deren Ansicht können einem Arbeitnehmer, der mehrere geografisch getrennte Arbeitsstellen in zeitlich einigermaßen ausgewogenen Abständen aufsucht, durchaus auch mehrere Gerichtsstände am gewöhnlichen Arbeitsort parallel zur Verfügung stehen⁸. Das ist nach hier vertretener Auffassung aus folgenden Überlegungen richtig: Der Gerichtsstand am Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung soll zum einen sicherstellen, dass dem Arbeitnehmer ein Gerichtsstand gegeben wird, zu dem er einen Bezug hat oder auf den er seine Lebenssituation (Wohnort etc.) zumindest ein Stück weit abgestimmt hat. An diesem Ort erwirtschaftet der Arbeitnehmer immerhin einen erheblichen Teil seines Lohnes. Zum anderen soll auch das urteilende Gericht nach Möglichkeit mit den lokalen Gegebenheiten vertraut sein⁹. Wenn die Arbeitnehmerin in unserem Beispiel nun in Baden und Solothurn gearbeitet hat, sind diese beiden Kriterien nur erfüllt, wenn sie ihre Streitigkeit auch an dem Arbeitsort beurteilen lassen kann, an dem sich die für die Kündigung massgeblichen Vorfälle ereignet haben¹⁰.

3.3. Prorogation und Gerichtsstandvereinbarung

3.3.1. Verbot des Vorausverzichts

Die Durchsicht des Arbeitsvertrages ergibt im konkreten Beispiel nun weiter, dass die Parteien für Streitigkeiten

aus dem Arbeitsverhältnis mit Vertragsunterzeichnung verbindlich den Gerichtsstand Genf festgeschrieben haben. Im Wissen um die eigenen Kenntnisse der französischen Sprache dürfte nun manch ein Praktiker den Drang verspüren, sich von diesem Gerichtsstand möglichst zu befreien. Es kann hier sogleich festgestellt werden, dass die Zivilprozessordnung für dieses Vorhaben interpretationsfrei eine Lösung bereithält, welche bereits mit Art. 21 GestG geschaffen worden war. Gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO kann der Arbeitnehmer (oder auch die stellensuchende Partei) auf die gesetzlichen Gerichtsstände nicht im Voraus oder durch Einlassung verzichten. Da die Gerichtsstandvereinbarung im konkreten Fall bereits bei Unterzeichnung des Arbeitsvertrages eingegangen wurde, kann sie für die erst mit der Kündigung entstandene Streitigkeit also nicht herangezogen werden. Somit besteht im vorliegenden Fall auf Arbeitnehmerseite auch kein Zwang, eine allfällige Klage in Genf einreichen zu müssen. Möglich wäre indes, die Gerichtsstandvereinbarung nun, da die Streitigkeit ganz offensichtlich ausgebrochen ist, neu aufzusetzen.

3.3.2. Nichtigkeit oder einseitige Unverbindlichkeit der im Voraus getroffenen Gerichtsstandvereinbarung

Der erleichterte Praktiker wird seiner Klientin im vorliegenden Beispiel also erklären, dass sie sich über den Gerichtsstand in Genf nicht den Kopf zerbrechen müsse; der Arbeitgeber könne nicht auf der getroffenen Gerichtsstandvereinbarung beharren. Zu seinem grossen Erstaunen äussert die Klientin – um das gewählte Beispiel um eine Facette reicher zu gestalten – nun aber, durchaus in Genf klagen zu wollen. Sie sei seit kurzer Zeit dort glücklich liiert und habe volles Vertrauen in die Genfer Justiz, die ja – wie sie gehört habe – vor allem arbeitnehmerfreundlich sein solle. Überrascht will der Praktiker ausführen, dass das leider nicht möglich sei, weil die Gerichtsstandvereinbarung in der vorliegenden Form ja nichtig sei, prüft genau das aber noch einmal gewissenhaft nach. Und völlig unverhofft steht er vor dem nächsten Problem des arbeitsrechtlichen Zivilprozesses.

Zwar teilt eine beachtliche Zahl von Autoren den Standpunkt, dass eine im Voraus getroffene Gerichtsstandabrede im Arbeitsverhältnis schlicht nichtig und damit sowohl für den Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeber unbeachtlich sei¹¹. Hingegen stuft das Bundes-

⁷ ROLAND MÜLLER/CÉLINE HOFER/MANUEL STENGEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP/PJA 4/2015, 571; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 28; SENTI (FN 5), Art. 34 N 29; BALZ GROSS, Kommentar zu Art. 21–24 GestG, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 24 N 91, für den allerdings Ausnahmen denkbar sind, wenn zu zwei Arbeitsorten eine tatsächliche, effektive Beziehung vorliegt und keiner als hauptsächlicher Arbeitsort gelten kann.

⁸ STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Bern 2014, N 142; PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Diss. Neuchâtel, Basel 2011, N 91; HANS-PETER EGLI, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, ZZZ 2004, 26; URS FELLER/JÜRIG BLOCH, Kommentar zu Art. 11, 12 19, 32–34 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 34 N 30.

⁹ So auch EGLI (FN 8), 24.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen FRÖHLICH (FN 8), N 136 ff. m.w.H.

¹¹ ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Zivilverfahren: ein Überblick, ZZZ, 2008/09, 534; EGLI (FN 8), 27; THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDIGER, Kommentar zu Art. 1, 13–15 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 35 N 29; MARIANNE HRISTIĆ, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandsgesetzes, Unter Einbezug des internationalen Verfahrensrechts, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, 80 f.; GROSS (FN 7), Art. 21 N 84; FRIDOLIN WALTHER, Kommentar zu Art. 21–24, 39, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichts-

gericht mit einer Reihe weiterer Autoren eine im Voraus getroffene Gerichtsstandabrede keineswegs als nichtig, sondern lediglich als für den *Arbeitnehmer* einseitig unverbindlich ein¹². Dies im Wesentlichen, mit der zunächst richtigen Argumentation, dem Arbeitnehmer würden dadurch keine Nachteile entstehen; immerhin erhalte dieser nebst den gesetzlichen Gerichtsständen einen zusätzlichen dritten Gerichtsstand. Ergänzt wird diese Argumentation um den Hinweis, dem Arbeitgeber selbst sei ein Vorausverzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände immer möglich und die Annahme der einseitigen Verbindlichkeit damit auch gänzlich unbedenklich. In der Literatur wird diese Sichtweise vereinzelt um das Postulat ergänzt, auch die Interessenslage der Parteien spreche für die Annahme der einseitigen Verbindlichkeit der Gerichtsstandvereinbarung, weil der Arbeitgeber so doch noch zum gewünschten Gerichtsstand komme¹³ – eine Sichtweise, die nach hier vertretener Auffassung nicht ohne Kritik bleiben kann.

Zunächst erscheint es fraglich, ob der Arbeitgeber überhaupt eine Gerichtsstandvereinbarung hätte treffen wollen, wenn er um deren bloss einseitige Verbindlichkeit gewusst hätte¹⁴. Immerhin führt er so einen Gerichtsstand ein, an dem er bestenfalls verklagt werden kann, an dem er aber nie selber mit Sicherheit klagen kann. Ob er im Bewusstsein um dieses Ungleichgewicht tatsächlich noch ein Interesse an der Prorogation des Gerichtsstandes hat, erscheint fraglich. Es wäre in diesem Zusammenhang insbesondere auch falsch, dem Arbeitgeber entgegenzuhalten, er habe die Gerichtsstandvereinbarung als vermeintlich stärkere Partei in voller Kenntnis der Rechtslage aufgesetzt¹⁵. Diese Fiktion der Rechtskenntnis des Arbeitgebers dürfte in den meisten Fällen an der Realität vorbeigehen¹⁶. Es sollte daher davon ausgegangen werden, dass es sich bei einer zum Voraus abgeschlossenen Gerichtsstandvereinbarung um einen prozessrechtlichen Vertrag handelt, zu dessen Abschluss es mangels der Verfügungsfähigkeit auf Seiten des Arbeitnehmers gar nie gekommen ist¹⁷. Die gegenteilige Sichtweise führt zu einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Schlechterstellung des Arbeitgebers,

welche zur Verwirklichung des in Art. 35 ZPO implementierten Arbeitnehmerschutzes darüber hinaus nichts beiträgt. Denn Sinn und Zweck von Art. 35 ZPO werden durch die Nichtigkeit der Gerichtsstandvereinbarung vollumfänglich gewahrt, indem dem Arbeitnehmer die ohnehin privilegierten gesetzlichen Gerichtsstände weiterhin uneingeschränkt – wenn nach dieser Auffassung auch ausschliesslich – zur Verfügung stehen¹⁸.

Mit Blick auf die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung ist für den Praktiker unter dem Strich aber letztlich von Interesse, dass im vorliegenden Beispiel eine Klage der Arbeitnehmerin in Genf ebenfalls möglich wäre.

3.4. Sachliche Zuständigkeit

Da nun klar ist, dass der hier fiktiv ausgetragene Fall örtlich in Zürich, Baden (AG), Genf und gegebenenfalls sogar in Solothurn verhandelt werden könnte, gilt es die Frage zu beantworten, welches dieser Foren im konkreten Fall opportun wäre. Immerhin handelt es sich um eine Entscheidung, die mit Blick auf die zahlreichen kantonalen Kompetenzen bei der Gestaltung des arbeitsgerichtlichen Prozesses durchaus Relevanz für den Verlauf des Verfahrens haben kann. In der Frage der Zuständigkeit von besonderem Interesse wird dabei sein, dass in einzelnen Kantonen im Stadium des Schlichtungsverfahrens die allgemein zuständigen Friedensrichter mit arbeitsrechtlichen Streitigkeiten befasst werden¹⁹, während sich in anderen Kantonen bereits in diesem Stadium Fachbehörden der Streitigkeit annehmen²⁰. Dabei sei aber auch gesagt, dass die des Öfteren geäußerte Skepsis an der Fähigkeit der gewöhnlichen Friedensrichter, komplexere arbeitsrechtliche Sachverhalte korrekt einzuordnen und einen tauglichen Schlichtungsversuch zu unternehmen, nicht in jedem Fall gerechtfertigt sein muss²¹. In der Praxis stellen gut vorbereitete Friedensrichter bisweilen das Gegenteil unter Beweis.

Auch bei einer Klage vor erster Instanz ergeben sich Unterschiede, indem einzelne Kantone eigentliche Arbeitsgerichte kennen, während sich in anderen die Bezirks- bzw. Amtsgerichte selbst mit diesen Prozessen befassen. Die Arbeitsgerichte wiederum beschäftigen sich in einzelnen Kantonen (z.B. Genf und Luzern) ausschliesslich mit arbeitsrechtlichen Fragen. In anderen Kantonen (z.B. Aargau) sind sie den Bezirksgerichten angegliedert, sodass sich die Gerichtspersonen gleichzeitig auch mehr oder weniger stark mit anderen Rechtsgebieten auseinandersetzen müssen. Im Kanton Genf wiederum setzt sich das Arbeitsgericht ausschliesslich aus Laienrichtern zusammen²².

standsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 21 N 7; FRÖHLICH (FN 8), N 166.

¹² BGer, Urteil vom 21.3.2006, 4C.29/2006, E. 4.1.

¹³ DANIEL FÜLLEMANN, Kommentar zu Art. 14, 17, 18, 29, 30, 35, 84–88, 90, 406 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 35 N 6; THOMAS ROHNER/OLIVER FRIEDMANN, Kommentar zu Art. 31–35 ZPO, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, Art. 35 N 5; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, 123; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 30; DIETSCHY (FN 8), N 101; vgl. hierzu auch die zutreffende Kritik bei HRISTIĆ (FN 11), 80 f.

¹⁴ FRÖHLICH (FN 8), N 157 ff.

¹⁵ Vgl. etwa PETER REETZ, Die allgemeinen Bestimmungen des Gerichtsstandsgesetzes, Diss. Zürich, Zürich 2001, 66.

¹⁶ FRÖHLICH (FN 8), N 161.

¹⁷ FRÖHLICH (FN 8), N 162.

¹⁸ FRÖHLICH (FN 8), N 161.

¹⁹ Z.B. Kanton Zürich, § 52 lit. a GOG ZH und § 20 Abs. 1 GOG ZH, Kanton Solothurn § 5 GO SO.

²⁰ Z.B. Kanton Aargau, § 4 und 8 EG ZPO AG sowie § 53 GOG AG, Kanton Luzern § 3 Abs. 1 lit. c JusG.

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 43; FRÖHLICH (FN 8), N 72.

²² Vgl. ZEHNDER/FISCHER (FN 1), 24 ff.

Der Entscheid, ob gegebenenfalls ein weiter Weg zu einem anderen Gerichtsstand in Kauf genommen werden soll, um die Beurteilung durch eine Fachbehörde herbeizuführen, wird unter anderem auch von der Komplexität der Materie abhängen. Wo – wie etwa im Kanton Aargau – eine Personalunion zwischen dem Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde und dem Präsidenten des Arbeitsgerichts möglich ist, kann sich der Rechtsuchende vom fachkundigen Schlichter oft eine Einschätzung der Rechtslage und der Prozesschancen vor erster Instanz erhoffen. Auch das kann ein Antrieb für die Gerichtsstandwahl sein, wenn auch eine solche Vorbefassung des erstinstanzlichen Richters mit Blick auf die von Art. 205 Abs. 1 ZPO vorgesehene Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens nach hier vertretener Auffassung keineswegs unbedenklich ist. Dies, weil die mit Art. 205 Abs. 1 ZPO eingeführte Informationssperre zwischen Schlichtungs- und Hauptverfahren auf diese Weise faktisch ausgehebelt wird²³. Im Kanton Genf wurde eine derartige Vorbefassung mit Art. 7 Abs. 4 LTPH denn auch gänzlich ausgeschlossen.

3.5. Sonderfall Gleichstellungsgesetz

Eine besondere Wende erfährt der hier diskutierte Beispielfall, als die Klientin mitteilt, sie sei während des Arbeitsverhältnisses regelmässig mit anzüglichen Sprüchen belästigt und gegen ihren Willen mehrfach geküsst worden. Aufgrund dieser Ausführungen erübrigt sich vorab die Frage danach, ob der neu erwähnte Sachverhalt von einer Fachbehörde zu beurteilen sein wird oder nicht. Gemäss Art. 200 Abs. 2 ZPO sind derartige Fragen nach dem Gleichstellungsgesetz zwingend durch eine paritätisch besetzte Schlichtungsbehörde zu beurteilen. Da es sich dabei um eine bundesrechtliche Vorschrift handelt, sind Überraschungen seitens des kantonalen Gesetzgebers nicht zu erwarten.

Zu Recht kommt aber die Frage auf, ob, aufgrund dieser Weiterung des Sachverhalts, für die Klage aus Gleichstellungsgesetz auf der einen Seite und für die übrigen Fragen aus Arbeitsrecht auf der anderen Seite, getrennt die jeweils zuständigen Schlichtungsbehörden anzurufen sind. Eine Antwort auf diese Frage findet sich in Literatur und Rechtsprechung nicht, obschon sie in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gelegentlich kontrovers diskutiert wird. Klar dürfte sein, dass ausschliesslich die Schlichtungsbehörde für Gleichstellungsfragen zuständig ist, sofern sich die rein arbeitsrechtliche Problematik und die Gleichstellungsproblematik überlagern. Dies ist etwa der Fall, wenn eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung oder eine missbräuchliche Kündigung mit geschlechterdiskriminierenden Argumenten begründet werden.

Wo aber eine Kündigung im Raum steht, welche völlig losgelöst von der Gleichstellungsproblematik beurteilt werden muss, stellt sich die aufgeworfene Frage durchaus,

wobei die Lösung dieses Problems über Art. 201 Abs. 1 ZPO führen muss. Gemäss Art. 201 Abs. 1 ZPO kann die Schlichtungsbehörde in einen Vergleich auch Streitfragen zwischen den Parteien einbeziehen, welche ausserhalb des Verfahrens liegen, sofern dies der Beilegung des Streites dient. Diese Norm muss nach hier vertretener Auffassung so interpretiert werden, dass es der rechtsuchenden Person gestattet ist, die Schlichtungsbehörde für Gleichstellungsfragen mit dem *gesamten* arbeitsrechtlichen Sachverhalt und den in diesem Zusammenhang zu lösenden Rechtsproblemen zu befassen, um eine Zweiteilung des Schlichtungsverfahrens zu vermeiden. Abgesehen davon, dass sich kaum je eine Schlichtungsbehörde finden dürfte, welche dieses pragmatische Vorgehen ablehnt, lässt sich meines Erachtens gestützt auf Art. 201 ZPO auch ein Anspruch darauf ableiten, derart verknüpfte Sachverhalte gesamthaft vor der Schlichtungsbehörde für Gleichstellungsfragen behandeln zu lassen. Denn es muss der Gesuchstellerin von vorneherein möglich sein, «ausserhalb des Verfahrens liegende Streitigkeiten» zum Gegenstand des Schlichtungsversuches zu machen, wenn diese hernach in einen Vergleich einfließen sollen.

3.6. Übersicht zum konkreten Fallbeispiel

Nachstehende Aufstellung diene exemplarisch als Beispiel für die grossen kantonalen Unterschiede bei der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit in arbeitsrechtlichen Prozessen:

	Luzern	Baden AG	Solothurn	Genf
Schlichtungsstelle	(Kantonale) Schlichtungsbehörde Arbeit (§ 3 Abs. 1 lit. c JusG)	Präsidium des Arbeitsgerichts Baden (§ 4 Abs. 1 lit. b EG ZPO)	Friedensrichter, sofern alle Parteien in derselben Gemeinde wohnen oder ihren Sitz haben (§ 5 Abs. 1 GO). Präsidium des Amtsgerichts in den übrigen Fällen (§ 10 Abs. 1 GO)	Conciliateurs du Tribunal des Prud'hommes (Art. 11 Abs. 1 LTPH)
Schlichtungsstelle nach GIG	(Kantonale) Schlichtungsbehörde Gleichstellung	(Kantonale) Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen (§ 4 Abs. 1 lit. d EG ZPO)	(Kantonale) Schlichtungsbehörde für Gleichstellung von Frau und Mann (§ 34 ^{er} GO)	Conciliateurs du Tribunal des prud'hommes (Art. 11 LACC i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. J LTPH i.V.m. Art. 11 Abs. 3 LTPH)
1. Instanz	(Kantonales) Arbeitsgericht (§ 32 Abs. 1 lit. a JusG)	Arbeitsgericht Baden (§ 8 Abs. 1 EG ZPO)	Präsidium Amtsgericht im vereinfachten Verfahren § 10 Abs. 2 lit. a GO. Amtsgericht in den übrigen Fällen (§ 14 GO)	le Tribunal des prud'hommes (Art. 1 Abs. 1 lit. a LTPH)

²³ Vgl. dazu ausführlich mit kritischen Bemerkungen: FRÖHLICH (FN 8), N 203 ff.

	Luzern	Baden AG	Solothurn	Genf
2. Instanz	Kantonsgericht (§ 15 Abs. 1 lit. b JusG); bis CHF 10'000 Einzelrichter (§ 18a Abs. 1 lit. a JusG)	Obergericht (§ 10 Abs. 1 lit. c EG ZPO)	Obergericht (§ 30 Abs. 1 lit. a OG)	la chambre des prud'hommes de la Cour de justice (Art. 1 lit. a LOJ)

4. Prozesskosten

Nebst der Klärung der Prozesschancen im konkreten Fall brennt dem Rechtsuchenden regelmässig eine Frage ganz besonders unter den Nägeln: «Was kostet mich das alles?» Auch der Anhebung eines arbeitsrechtlichen Zivilprozesses hat seitens des Praktikers entsprechend eine Kosten-Nutzen-Analyse voranzugehen.

4.1. Schlichtungsverfahren

Die Antwort auf die Kostenfrage geht mit Blick auf das Schlichtungsverfahren leicht von der Hand. Bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.– fallen keine Gerichtskosten an (Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO). In Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz entfallen Gerichtskosten streitwertunabhängig (Art. 113 Abs. 2 lit. a ZPO)²⁴. Parteikosten werden im Schlichtungsverfahren ganz generell keine verlegt (Art. 113 Abs. 1 ZPO).

4.2. Gerichtsverfahren

Wer nicht regelmässig in der ganzen Schweiz arbeitsrechtliche Prozesse führt, der gerät dann aber bei der Frage, wie die Kostenentwicklung in den Gerichtsinstanzen einzuordnen ist, häufig ins Stocken. Manch einer ist sich – was zu äusserst unangenehmen Überraschungen führen kann – der kantonalen Unterschiede oft gar nicht erst bewusst. Ganz grundsätzlich ist dem Bundesrecht in Art. 114 lit. c ZPO zu entnehmen, dass in Verfahren bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 keine Gerichtskosten erhoben werden. Das gilt auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren²⁵. Mit Blick auf die Gerichtskostenverteilung öffnet Art. 116 Abs. 1 ZPO dem Föderalismus dann aber

in weitem Masse Tür und Tor, indem er den kantonalen Gesetzgebern die Freiheit gewährt, die Streitwertgrenze, bis zu welcher keine Gerichtskosten erhoben werden, nach freiem Ermessen anzuheben²⁶.

Von absolut zentraler Bedeutung ist weiter, dass die Kantone gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO auch befugt sind, eine Streitwertgrenze festzulegen, bis zu der die Parteikosten in Abweichung der Art. 104 ff. ZPO von jeder Partei selbst zu tragen sind²⁷. Eine solche Regelung kann der Gesetzgeber sowohl für die erste als auch für sämtliche weiteren kantonalen Instanzen treffen. Im hier diskutierten fiktiven Beispiel ergäbe sich für den Praktiker an den in Frage kommenden Gerichtsständen (vgl. Ziff. 3 vorstehend) folgende Kostensituation:

Gerichtsstand	Gerichtskostenbefreiung 1. Instanz	Parteikostenbefreiung 1. Instanz	Gerichtskostenbefreiung 2. Instanz	Parteikostenbefreiung 2. Instanz
Baden AG ²⁸	Bis Streitwert CHF 30'000	Bis Streitwert CHF 30'000	Bis Streitwert CHF 30'000	Bis Streitwert CHF 30'000
Luzern	Bis Streitwert CHF 30'000	Keine	Bis Streitwert CHF 30'000	Keine
Genf ²⁹	Bis Streitwert CHF 75'000	Streitwertunabhängig	Bis Streitwert CHF 50'000	Streitwertunabhängig
Solothurn	Bis Streitwert CHF 30'000	Keine	Bis Streitwert CHF 30'000	Keine

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Wahl des Gerichtsstandes durchaus auch mit Blick auf die Prozesskostenentwicklung zu erfolgen hat. Wer sich besonders siegessicher ist, wird die Verlegung der Parteikosten nach Obsiegen und Unterliegen vorziehen. Wer dagegen eine Forderung mit ungewissem Ausgang bzw. grossem Ermessen auf Seiten des Gerichts einklagt, der wird es gegebenenfalls vorziehen, bereits vor Klageeinreichung Gewissheit über die bei diesem Unterfangen potentiell anfallenden Kosten zu erhalten.

4.3. Sonderfall Gleichstellungsgesetz

Wo eine Problematik nach Gleichstellungsgesetz zu behandeln ist, ergibt sich insofern eine Entschärfung der Kostenlage, als dort sowohl im Schlichtungs- als auch im Hauptverfahren streitwertunabhängig keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 113 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 114 lit. a ZPO). Die Frage der Parteikosten, welche in der Regel wesentlich höher ausfallen werden, ist allerdings auch hier nach dem kantonalen Gesetz geregelt.

²⁴ Gilt gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. e und f ZPO im Übrigen auch für Streitigkeiten aus dem Mitwirkungsgesetz und aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung.

²⁵ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7299; ADRIAN URWYLER, Kommentar zu Art. 95–116 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 114 N 7; VIKTOR RÜEGG, Kommentar zu Art. 91–123 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 114 N 2.

²⁶ So bislang im Kanton Genf geschehen (Art. 19 Abs. 3 lit. c LaCC GE).

²⁷ Bestätigt in BGE 139 III 182.

²⁸ Art. 116 ZPO i.V.m. §25 EG ZPO.

²⁹ Art. 116 ZPO i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. c und Art. 22 Abs. 2 LaCC GE.

5. Soziale Untersuchungsmaxime

Oft zeigt sich im Rahmen einer Erstbesprechung mit dem Klienten, dass das zu erwartende Kostenrisiko – insbesondere mit Blick auf die Parteikosten – in keinem Verhältnis zu dem im Prozess Erreichbaren steht. Hier stellt sich dann die Frage, ob denn der Prozess aus Kostengründen nicht auch ohne anwaltliche Vertretung geführt werden könnte. Ziel der sozialen Untersuchungsmaxime ist es ja gerade, dem Rechtsunkundigen genau das zu ermöglichen. So sieht etwa das Bundesgericht den Zweck der sozialen Untersuchungsmaxime darin, die wirtschaftlich schwächere Partei zu unterstützen und so die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen³⁰.

Den Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime regelt der Bundesgesetzgeber abschliessend. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO kommt sie in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.– zur Anwendung. Bis zu diesem Streitwert hat das Gericht den Sachverhalt *von Amtes wegen* festzustellen. Für Streitigkeiten über dieser Streitwertgrenze gilt die Verhandlungsmaxime. Wer bei der Sachverhaltsaufklärung also auf die Hilfe des Gerichts hofft und mit Blick auf die Behauptungs- und Beweislast keine prozessualen Fehler in Kauf nehmen will, der hat seine Klage auf maximal CHF 30'000.– zu beschränken. Soweit ist guter Rat an den Laien auch schnell erteilt. Was aber der Rechtsuchende vom Geltungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime im Einzelnen erwarten darf, ist bisweilen von Kanton zu Kanton und von Lehrmeinung zu Lehrmeinung recht verschieden.

Im Zentrum der sozialen Untersuchungsmaxime steht die Frage nach der Mitwirkungspflicht des Gerichts. Diese Pflicht gipfelt für die herrschende Lehre in einer Fragepflicht, welche über die in Art. 56 ZPO und auch Art. 247 Abs. 1 ZPO statuierte gerichtliche Fragepflicht hinausgeht. Bei der Klarstellung, inwiefern die Fragepflicht von Art. 247 Abs. 2 ZPO insbesondere gegenüber Art. 247 Abs. 1 ZPO erweitert sein soll, tun sich die meisten Autoren indes schwer. Meist wird bemerkt, dass das Ergebnis einer Befragung nach Art. 247 Abs. 1 ZPO und einer Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen nach Art. 247 Abs. 2 ZPO mangels klarer Unterscheidungskriterien in der Praxis wohl auf dasselbe hinauslaufe³¹. Teilweise wird

sehr weitreichend propagiert, das Gericht habe generell die Pflicht, seine Aufklärungstätigkeit – auch ohne Vorhandensein ernsthafter Zweifel – auf den gesamten für den Entscheid erheblichen Sachverhalt und somit auf sämtliche möglicherweise relevanten Tatsachen auszuweiten³². Das Gericht solle die Parteien proaktiv zur Ergänzung ihrer Vorbringen anhalten, wenn nur schon die Möglichkeit von weiteren rechtsrelevanten Umständen bestehe³³.

Dieser äusserst laienfreundlichen Ansicht steht indes eine wesentlich restriktivere Praxis des Bundesgerichts gegenüber, welche von weiten Teilen der Lehre gestützt wird. Nach dieser Praxis hat das Gericht nur nachzuforschen, wenn an der Vollständigkeit der Parteibehauptungen oder der Beweise ernsthafte Zweifel bestehen³⁴. Gemäss dieser Rechtsprechung bleiben die Parteien ganz grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich³⁵.

Es dürfte bei allem guten Willen letztlich illusorisch sein, die Unterschiede der Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO daran aufhängen zu wollen, wie intensiv die Befragung der Parteien zu erfolgen hat bzw. wie gross Zweifel an der Vollständigkeit des Vorgebrachten sein müssen, ehe ein Eingreifen des Richters notwendig und legitim ist. Zu unterschiedlich sind die verschiedenen Anwender der ZPO in der Schweizerischen Justizlandschaft, als dass anhand dieser Kriterien eine Vereinheitlichung hergestellt werden könnte. Eine Differenzierung dieser beiden Normen ist letztlich einzig zu erreichen, indem man sich ihre zeitliche und inhaltliche Dimension im Prozess vor Augen führt.

In zeitlicher Hinsicht unterscheidet sich Art. 247 Abs. 2 ZPO von Art. 247 Abs. 1 ZPO dadurch, dass dem Gericht die Möglichkeit gegeben wird, eine Ergänzung des Sachverhalts bis zur Urteilsberatung vorzunehmen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). In Verfahren, bei denen lediglich eine Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO greift, ist sowohl den Parteien als auch dem Gericht die Einführung weiterer Noven im Zuge der Befragung mit Blick auf die Eventualmaxime hingegen verwehrt³⁶.

parlamentarischen Gesetzgebungsprozess, Amtl. Bull. SR 2007, 532.

³² CHRISTIAN FRAEFEL, Kommentar zu Art. 243–247 ZPO in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 247 N 11.

³³ MEIER (FN 13), 395; ähnlich MARTIN SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel, Am Beispiel der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime, in: Benjamin Schindler/Regula Schläuri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2001, 150.

³⁴ BGer, Urteil vom 16.5.2007, 4A_32/2007 E.4.1. sowie anstelle vieler HAUCK (FN 31), Art. 247 N 33; vgl. für eine umfassende Übersicht zu den Lehrmeinungen FRÖHLICH (FN 8), N 25 ff.

³⁵ BGer, Urteil vom 14.12.2011, 4A_338/2011 E. 4.2.

³⁶ Zu beachten gilt, dass dieser Wegfall der Eventualmaxime gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich vor erster Instanz, nicht aber im Berufungsverfahren Anwendung findet. Gemäss BGE 138 III 625, E.2 ist Art. 317 Abs. 1 ZPO in dieser Hinsicht abschliessend.

³⁰ BGE 125 III 231 E.4a.

³¹ BERND HAUCK, Kommentar zu Art. 243–247, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 247 N 32; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 247 N 4; MEIER (FN 13), 395; DANIEL GLASL, Kommentar zu Art. 55–58 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 56 N 8; STEPHAN MAZAN, Kommentar zu Art. 243–256 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 247 N 10 und auch N 7 m.w.H. auf ähnliche Voten im

Aus dem Gesetzestext weniger ersichtlich, nach der hier vertretenen Auffassung aber von weiterreichender Bedeutung, ist die Differenzierung zwischen den Fragepflichten mit Blick auf die inhaltliche Dimension. Während die Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO dazu dient, ungenügende Angaben zum Sachverhalt und zu Beweismitteln zu ergänzen, soll das Gericht gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit haben, den Sachverhalt ganz grundsätzlich zu ermitteln. Das heisst in erster Linie, dass die Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO an Parteibehauptungen oder Beweismittel anknüpfen muss, welche mindestens im Ansatz bereits vorhanden sind und die es zu vervollständigen oder zu ergänzen gilt.

Anders ist das im Fall von Art. 247 Abs. 2 ZPO, wo das Gericht Tatsachen oder Beweisen nachforschen kann, obwohl sie bislang von keiner Partei behauptet oder angeboten worden sind. Das Gericht hat hier gleichsam die Möglichkeit, zu Gunsten oder zu Lasten einer Partei Noven in den Prozess einzuführen, was ihm unter dem Diktat der Verhandlungsmaxime verwehrt wäre. Wie bei der Bildung eines Kristalls bedarf es also bei Art. 247 Abs. 1 ZPO zumindest eines klitzekleinen Sachverhaltskorns, dessen Gehalt nach und nach durch die Fragepflicht herauskristallisiert werden kann. Im Fall von Art. 247 Abs. 2 ZPO ist, wenn man so will, die Bildung eines Kristalls aus dem luftleeren Raum möglich³⁷, eines bislang unbehaupteten Sachverhaltselements also, das als Ganzes ein eigentliches Novum darstellt. Darin besteht für den Laien der wahre Wert der sozialen Untersuchungsmaxime. Er ist zumindest vor erster Instanz nicht an die prozessualen Zwänge von Verhandlungs- und Eventualmaxime gebunden, die ihm in der Regel gänzlich fremd sein werden.

6. Teilklage und negative Feststellungswiderklage im Arbeitsprozess

6.1. Teilklage

Wie die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, sind wesentliche prozessuale Annehmlichkeiten, wie die soziale Untersuchungsmaxime, die Prozesskostenbefreiung sowie gegebenenfalls auch eine für die rasche Erledigung förderliche sachliche Zuständigkeit von der Höhe des Streitwerts abhängig. Darauf ist zurückzuführen, dass die Teilklage gerade auch in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten einen besonderen Stellenwert einnimmt, weil sie es dem Rechtsuchenden erlaubt, Einfluss auf die vorerwähnten Prozessfaktoren zu nehmen.

Möglich ist das zunächst deshalb, weil das Bundesgericht mit weiten Teilen der Lehre festgestellt hat, dass sich der Streitwert einer Teilklage nach dem *tatsächlich eingeklagten Teilanspruch* und nicht nach dem hypothetischen Gesamtanspruch bemisst und dass auch *die Rechtskraftwirkung* des Urteils über eine echte Teilklage lediglich in

diesem Umfang besteht³⁸. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt die Anwendung der Teilklage zur Erlangung prozessualer Vorteile – wie etwa einer bestimmten Zuständigkeit, der Gerichts- oder Parteikostenbefreiung oder der sozialen Untersuchungsmaxime – denn auch grosszügig zu³⁹. Die Grenze zu dieser Rechtsprechung zieht das Bundesgericht lediglich da, wo die Anwendung der Teilklage gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst. Paradebeispiel hierfür wäre etwa das schikanöse Einklagen ganz kleiner Streitwerte⁴⁰.

Auch nach hier verteilter Auffassung muss es dem Rechtsuchenden im Sinne eines Pilotprozesses möglich sein, eine Teilklage anzustrengen, um im sicheren Hafen der sozialen Untersuchungsmaxime und gegebenenfalls der Kostenbefreiung zu prozessieren. Soweit der die Teilklage übersteigende Restanspruch CHF 30'000.– übersteigt, wäre es nach hier verteilter Auffassung aber in aller Regel rechtsmissbräuchlich, im darauffolgenden Zweitprozess neuerlich eine Teilklage anzustrengen⁴¹. Ein Fragezeichen ist meines Erachtens auch hinter die Zulässigkeit von Teilklagen zu stellen, welche mit dem Einklagen einer geringen Teilsumme einzig und allein den Zweck verfolgen, im weiteren Verlauf des Verfahrens durch Unterschreiten der relevanten Streitwertgrenzen Rechtsmittel auszuschliessen⁴². Denn die Motive für ein solches Vorgehen unterscheiden sich fundamental von jenen, welche etwa bei der Erlangung der Gerichts- und Parteikostenfreiheit oder der sozialen Untersuchungsmaxime eine Rolle spielen. Letztere sollen dem Rechtsuchenden bis zu einer bestimmten Streitwertgrenze Schutz bieten, welcher gleichzeitig auch der Gegenpartei gewährt wird. Hingegen soll mit der Limitierung der rechtsmittelfähigen Verfahren nicht ein besonderer Schutz für einen bestimmten Parteienkreis geschaffen werden. Es geht hier vielmehr darum, dass für tiefere (Gesamt-)Streitwerte aus rein verfahrensökonomischen Überlegungen eine Verringerung des Schutzes der einzelnen Partei vor unrichtigen Entscheiden in Kauf genommen wird⁴³. Durch den Ausschluss eines Rechtsmittels mittels die Teilklage würde der beklagten Partei somit ein prozessuales Recht entzogen, ohne dass dem ein legitimer Vorteil auf Seiten des Klägers gegenüberstünde. Solches Taktieren darf keinen Rechtsschutz finden.

6.2. Negative Feststellungswiderklage als eigenes Rechtsinstitut?

Wer sich nun aus prozesstaktischen Gründen für die Erhebung einer Teilklage entscheidet, muss sich auch mit der Frage beschäftigen, inwiefern die Gegenpartei diesen

³⁸ BGer, Urteil vom 3.4.2009, 2C_110/2008 E.8.3; BGer, Urteil vom 5.9.2007, 4A_209/2007 E.2.2.2.; BGE 128 III 191 E.4a.

³⁹ BGer, Urteil vom 27.9.2011, 4A_104/2011, E.3.4.

⁴⁰ BGer, Urteil vom 3.4.2009, 2C_110/2008, E.8.4.; vgl. für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit von Teilklagen auch FRÖHLICH (FN 8), N 241 ff. m.w.H.

⁴¹ FRÖHLICH (FN 8), N 275 ff.

⁴² FRÖHLICH (FN 8), N 285 ff.

⁴³ FRÖHLICH (FN 8), N 288 ff.

³⁷ Vgl. zum Ganzen FRÖHLICH (FN 8), N 43 ff.

prozessualen «Kniff» mittels einer negativen Feststellungswiderklage aushebeln könnte. Und auch hier ergibt das Literaturstudium anfangs kein klares Bild. Die herrschende Lehre hält dafür, dass die negative Feststellungswiderklage in ihrer Doppelnatur sowohl die Voraussetzungen der Widerklage (insbesondere der gleichen Verfahrensart i.S.v. Art. 224 Abs. 1 ZPO) als auch die Voraussetzungen der Feststellungsklage (insb. des Feststellungsinteresses) zu erfüllen hat. Weitgehende Einigkeit herrscht weiter dahingehend, dass das Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine echte Teilklage ohne Weiteres gegeben ist⁴⁴.

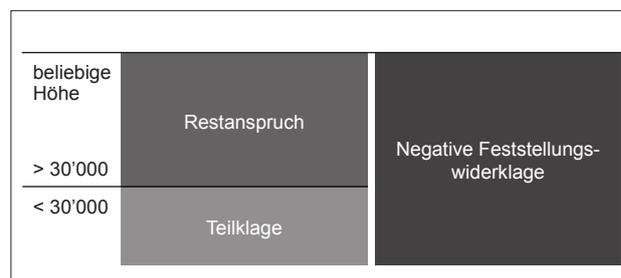
Differenziert betrachtet wird die Frage des Feststellungsinteresses hingegen im Falle der unechten Teilklage. Eine Zahl von Autoren ist der Ansicht, dass ein Feststellungsinteresse zumindest gegeben sein muss, wenn von mehreren fälligen Ansprüchen, die auf demselben Rechtsgrund beruhen, teilklageweise nur einzelne geltend gemacht werden⁴⁵. Paradebeispiel hierfür wären mehrere fällige Monatslöhne. Auch die Rechtsprechung scheint sich dieser Sichtweise tendenziell nicht zu verschliessen⁴⁶.

Wo mittels unechter Teilklage indes Forderungen eingeklagt bzw. eben ausgespart werden, die nicht dem gleichen Sachverhalt bzw. Rechtsverhältnis entspringen und nicht auf derselben Anspruchsgrundlage fussen, muss man an sich vom Verzicht auf eine objektive Klagehäufung sprechen⁴⁷. Ob hier noch ein Interesse an der Feststellung des Nichtbestandes einer noch nicht im Ansatz geltend gemachten Forderung gegeben sein kann, erscheint fraglich. So etwa, wenn am Ende des Arbeitsverhältnisses noch über mehrere Monatslöhne, eine Entschädigungszahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR und ein

Arbeitszeugnis diskutiert wurde, letztere beiden Positionen hernach aber nicht im Ansatz zum Gegenstand der Klage gemacht werden.

Für die Bedeutung der negativen Feststellungswiderklage als Antwort auf eine Teilklage von absolut zentraler Bedeutung ist die Beurteilung, ob die negative Feststellungswiderklage auch die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO zu erfüllen hat. Obschon Teile der Lehre dies für möglich⁴⁸ oder zumindest für wünschenswert⁴⁹ halten, dürfte ein solches Vorhaben de lege lata dem klaren Gesetzeswortlaut der ZPO entgegenstehen⁵⁰. Würde man das Erfordernis der gleichen Verfahrensart indes verneinen, so könnte die negative Feststellungsklage aufgrund ihrer Sonderstellung auch tatsächlich als eigenständiges Rechtsinstitut angesehen werden, dem bei der Beantwortung einer Teilklage erhebliche Bedeutung zukäme, weil diese in unbeschränkter Höhe erhoben werden könnte⁵¹. Dadurch würden gleichzeitig die mit der Teilklage angestrebten prozessualen Vorteile ausgehebelt. Immerhin nimmt die negative Feststellungswiderklage ganz grundsätzlich eine Sonderstellung ein, weil sie ausschliesslich als Reaktion auf eine Teilklage in Frage kommt. Der einer gewöhnlichen Widerklage zugrunde liegende Anspruch könnte demgegenüber auch mittels selbständiger Klage geltend gemacht werden⁵².

Grafik 2



Nach hier vertretener Auffassung wäre ein Verzicht auf das Erfordernis der gleichen Verfahrensart bei der Anwendung der negativen Feststellungswiderklage tatsächlich wünschenswert. Dies, insbesondere im Sinne der Waffengleichheit, der Verfahrensökonomie und einer vernünftigen Begrenzung des sozialen Prozesses auf die dafür vorgesehenen Streitwerte⁵³. Indes scheint offensichtlich, dass ein solches Vorgehen mit den gesetzlichen Vorgaben derzeit nicht vereinbar wäre⁵⁴. Eine Gesetzes-

⁴⁴ BGer, Urteil vom 1.5.2007, 5C.252/2006, E. 5; BGer, Urteil vom 3.4.2009, 2C_110/2008, E. 7; BGer, Urteil vom 28.10.2013, 4A_414/2013, E.3.3.; BGer, Urteil vom 30.7.2013, 4A_80/2013, E.6.4.; bereits auch BGE 42 II 701, E. 4; MEIER (FN 13), 212; FÜLLEMANN (FN 13), Art. 86 N 5 m.w.H.; LUKAS BOPP/BALTHASAR BESSENICH, Kommentar zu Art. 84–90 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 Art. 86 N 8; HANS SCHMID, Negative Feststellungsklagen, AJP/PJA 2002, 781; FRÖHLICH (FN 8), N 339; a.M. STEPHEN V. BERTI, Gedanken zur Teil(anspruchs)klage nach Art. 84 E ZPO CH, SZZZP 2007, 85 f.; MICHEL HEINZMANN/WILLI EGLOFF, Das zukünftige arbeitsgerichtliche Verfahren im Kanton Bern, ZBJV 2010, 1059, die dem Entscheid über die Teilklage volle Rechtskraftwirkung über den gesamten Forderungsbetrag zukommen lassen wollen, sofern die Teilklage zu einem abweisenden Urteil führt.

⁴⁵ FRÖHLICH (FN 8), N 340 ff. m.w.H.; SCHMID (FN 44), 781; BOPP/BESSENICH (FN 44), Art. 86 N 8, ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 14 N 40.

⁴⁶ Versicherungsgericht SG, Urteil vom 16.4.2014, KV-Z 2013/6, E. 6.2.; und im Sinne eines historischen Rückblicks auch BGE 42 II 696, E. 4.

⁴⁷ Vgl. auch BOPP/BESSENICH (FN 44), Art. 86 N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 51; FRANK EMMEL, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage, BJM 2012, 66; FRÖHLICH (FN 8), N 582.

⁴⁸ MEIER (FN 13), 212.

⁴⁹ PHILIPP GREMPER/JAKOB MARTIN, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungswiderklage, AJP/PJA 2011, 98; FRÖHLICH (FN 8), N 331.

⁵⁰ GREMPER/MARTIN (FN 49), 94; GASSER/RICKLI (FN 31), Art. 87 N 3; FÜLLEMANN (FN 13), Art. 86 N 5; HENSCH (FN 11), 540; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 52; BOPP/BESSENICH (FN 44), Art. 86 N 9; EMMEL (FN 47), 69; STEPHEN V. BERTI, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, 360; FRÖHLICH (FN 8), N 331.

⁵¹ Vgl. dazu FRÖHLICH (FN 8), N 310 ff.

⁵² GREMPER/MARTIN (FN 49), 93.

⁵³ Vgl. dazu ausführlich FRÖHLICH (FN 8), N 321 ff.

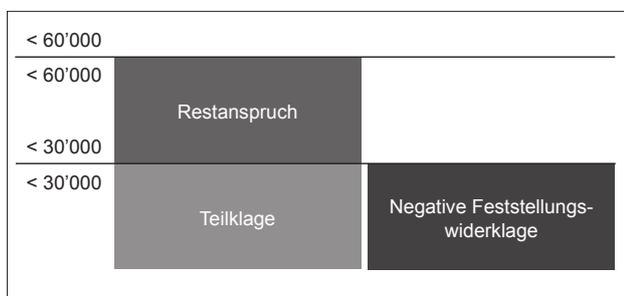
⁵⁴ FRÖHLICH (FN 8), N 316 ff.

änderung, welche die uneingeschränkte Anwendbarkeit der negativen Feststellungswiderklage über die Gesamtforderung zuliesse, wäre daher zu begrüssen⁵⁵.

6.3. Streitwert der negativen Feststellungswiderklage

Geht man beim aktuellen Stand der Gesetzgebung nun also davon aus, dass eine negative Feststellungswiderklage als Antwort auf eine Widerklage in die gleiche Verfahrensart wie die Hauptklage fallen muss, so stellt sich unweigerlich die Problematik, dass auch der Streitwert der negativen Feststellungswiderklage CHF 30'000.– nicht überschreiten darf (Art 224 Abs. 1 ZPO). Mit dieser Feststellung einher geht für den Praktiker die Frage, was mit einer negativen Feststellungswiderklage überhaupt noch zu erreichen ist. Ein Anwendungsbereich ist kaum mehr ersichtlich, sofern sich die negative Feststellungswiderklage bereits gegen den mit der Teilklage eingeklagten Anspruch richten muss. Der Streitwert der Widerklage wird in aller Regel nahe bei CHF 30'000.– liegen, sodass für Feststellung des Nichtbestandes einer darüber liegenden Restforderung kein Spielraum mehr bliebe. Dies, weil jener Teil der negativen Feststellungswiderklage, welcher zwangsläufig auch die Feststellung des Nichtbestandes des geltend gemachten Teilanspruches begehren müsste, bereits nahe oder genau auf der Streitwertgrenze von CHF 30'000 läge. Der Verdeutlichung diene nachstehende Grafik.

Grafik 3

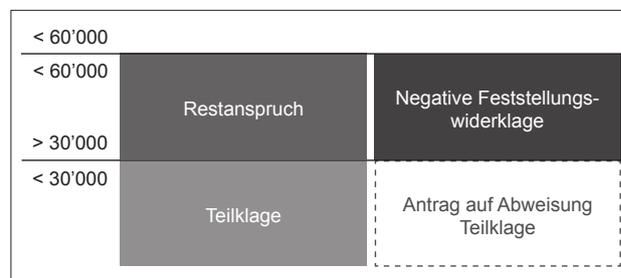


Gäbe es allerdings eine Möglichkeit, den Streitwert der negativen Feststellungswiderklage auf den die Teilklage übersteigenden Restanspruch zu begrenzen oder die negative Feststellungswiderklage im Sinne einer negativen Feststellungsteilwiderklage nur gegen diesen Restanspruch zu richten, so würde das die Sachlage ändern. In diesem Fall könnte zum teilklageweise eingeklagten Anspruch mit der negativen Feststellungswiderklage zusätzlich ein die Teilklage übersteigender Restanspruch von maximal CHF 30'000 beurteilt werden, sodass letztlich über Bestand oder Nichtbestand einer Forderung von maximal CHF 60'000 Klarheit gewonnen werden könnte.

Vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung bestand in der Lehre weitgehend Einigkeit darüber, dass der Streitwert der negativen Feststellungswiderklage mit der Gesamtforderung identisch sei und sich

damit auch auf den eingeklagten Teilanspruch erstrecken müsse⁵⁶. Mit der vorerwähnten Problematik, dass einer negativen Feststellungswiderklage nach neuer ZPO im vereinfachten Verfahren so kaum mehr Bedeutung zukommen würde, wurde diese Sichtweise in der neueren Literatur mehrfach kritisch hinterfragt und teilweise als überholt erachtet⁵⁷. Ganz allgemein würden es einzelne Autoren begrüssen, wenn der Streitwert der negativen Feststellungswiderklage auf den die Teilklage übersteigenden Teil der Gesamtforderung beschränkt würde. Dies, wie erwähnt mit dem Effekt, dass im vereinfachten Verfahren generell eine negative Feststellungswiderklage bis zu einem strittigen Restanspruch von CHF 30'000.– möglich wäre. Dieselben Autoren sind sich gleichzeitig einig, dass eine solche Handhabung der ZPO nicht direkt entnommen werden kann. Sie liesse sich lediglich durch Auslegung des Gesetzes bzw. eine analoge Anwendung von Art. 94 Abs. 2 ZPO rechtfertigen; unter Berücksichtigung der vorerwähnten Sonderstellung der negativen Feststellungswiderklage⁵⁸. Eine entsprechende Gesetzesauslegung würde im Resultat dazu führen, dass das Begehren, wonach die der Teilklage zugrunde liegende Gesamtforderung nicht geschuldet sei, dahingehend zu verstehen wäre, dass die Teilklage in ihrem Umfang (also in dem Umfang, in dem sich Teilklage und negative Feststellungsklage gegenüberstehen bzw. ausschliessen) abzuweisen und darüber hinaus der Nichtbestand der darüberliegenden Restforderung festzustellen sei (vgl. nachstehende Grafik).

Grafik 4



⁵⁵ FRÖHLICH (FN 8), N 333.

⁵⁶ PETER DIGGELMANN, Kommentar zu Art. 47–51, 91–94 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 94 N 6; CHRISTOPH LEUENBERGER, Kommentar zu Art. 219–235 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 224 N 6; MATTHIAS STEIN-WIGGER, Kommentar zu Art. 91–94, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 94 N 7; EMMEL (FN 47), 69; DIETSCHY (FN 8), N 419.

⁵⁷ GREMPER/MARTIN (FN 49), 69; DOMINIK GASSER, Das vereinfachte Verfahren, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 83 Fn. 34; HAUCK (FN 31), Art. 243 N13; PORTMANN (FN 6), Vor Art. 319 ff. N 57; FRÖHLICH (FN 8), N 357 ff.

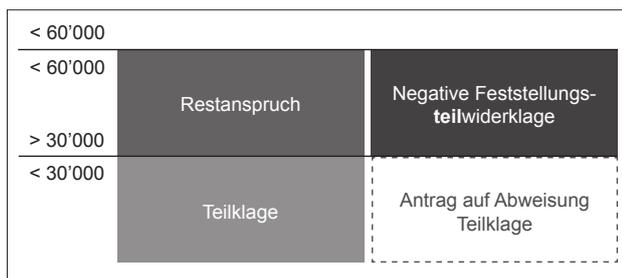
⁵⁸ GREMPER/MARTIN (FN 49), 96; FRÖHLICH (FN 8), N 380.

Das Resultat dieser Auslegungsarbeit überzeugt vor dem Hintergrund, dass einer negativen Feststellungswiderklage über den bereits eingeklagten Teilanspruch die Identität der gestellten Ansprüche ohnedies entgegenstehen müsste⁵⁹. Ob damit am klaren Wortlaut des Gesetzes vorbei eine an sich opportune Lösung herbeigeführt werden kann, erscheint fraglich. Nötig erschiene vielmehr eine entsprechende Sonderregelung für die negative Feststellungswiderklage im Rahmen einer Neuordnung von Art. 94 Abs. 1 ZPO⁶⁰.

6.4. Alternative: Negative Feststellungsteilwiderklage

Eine Alternative zur vorbeschriebenen auslegungsweisen Begrenzung des Streitwertes der negativen Feststellungswiderklage auf den die Teilklage überschreitenden Restanspruch würde die Zulassung einer negativen Feststellungsteilwiderklage darstellen. Die Zulässigkeit einer negativen Feststellungsteilwiderklage wird in der Lehre tendenziell abgelehnt⁶¹. Vereinzelt wird indes die Meinung vertreten, eine solche Teilwiderklage solle dort zugelassen werden, wo sie lediglich die bereits erhobene Leistungsklage der Gegenpartei ausspare⁶².

Grafik 5

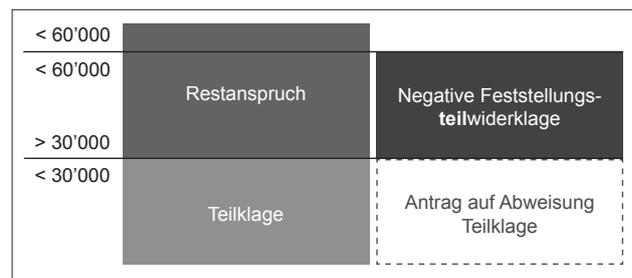


Dieser Ansicht ist nach hier vertretener Auffassung beizupflichten, weil so grundsätzlich ein Entscheid über die Gesamtforderung herbeigeführt werden kann, sofern diese insgesamt CHF 60'000.– nicht übersteigt. Ein Feststellungsinteresse ist in diesem Fall nach hier vertretener Auffassung ohne Weiteres gegeben. Das muss auch in den seltenen Fällen gelten, in denen die Klage einmal «angebrachtermassen» zurückgezogen wird und der Klagerückzug ausnahmsweise keine Rechtskraftwirkung entfaltet⁶³. Denn auch in diesen Fällen besteht auf Seiten der

ehemals beklagten Partei ein Interesse an der definitiven Beurteilung der weiterhin unsicheren Rechtslage⁶⁴.

Auch in Fällen, in denen die noch nicht mit Teilklage geltend gemachte Restforderung den Betrag von CHF 30'000 übersteigt, muss nach hier vertretener Auffassung eine negative Feststellungsteilwiderklage auf einen weiteren Teil der Gesamtforderung von CHF 30'000 möglich sein. Das zumindest solange, als der Gesamtanspruch CHF 60'000.– nicht erheblich übersteigt. Führt die negative Feststellungswiderklage etwa dazu, dass von einem Gesamtanspruch von CHF 70'000.– via Teilklage und negative Feststellungsteilwiderklage gesamthaft über CHF 60'000.– Klarheit geschaffen wird, so erleichtert dies dem Beklagten das wirtschaftliche Fortkommen, weil der wesentliche Teil seiner Verbindlichkeiten danach feststehen wird. Wo hingegen über einen wesentlich höheren Gesamtbetrag zu urteilen ist, dürfte der Entscheid über weitere CHF 30'000 für die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Beklagten kaum relevant sein⁶⁵. In diesen Fällen wäre das Interesse an der negativen Feststellungsteilwiderklage wohl tatsächlich zu gering, als dass sich deren Zulassung rechtfertigen würde.

Grafik 6



Alles in allem wird hier die Auffassung vertreten, dass einer Feststellungsteilwiderklage nicht generell und nur mit Zurückhaltung das Feststellungsinteresse abgesprochen werden darf. Diese Sichtweise stellt gleichzeitig eine gangbare Alternative zur Streitwertbestimmung der negativen Feststellungswiderklage auf dem Auslegungsweg dar. Es wäre dem Teilbeklagten so auch möglich, den Streitwert seiner negativen Feststellungswiderklage selbst auf einen die Teilklage übersteigenden Betrag von maximal CHF 30'000.– zu begrenzen und gleichzeitig die Abweisung der Teilklagen zu verlangen.

6.5. Alternative: Negative Feststellungsklage im ordentlichen Verfahren

Als Alternative zur vorbesprochenen negativen Feststellungswiderklage wollen weite Teile der Lehre und wohl auch das Bundesgericht eine separat geführte negative Feststellungsklage grundsätzlich zulassen⁶⁶. Die-

⁵⁹ EMMEL (FN 47), 79; FRÖHLICH (FN 8), N 373; a.M., ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO, SJZ 2011, 307 f.

⁶⁰ FRÖHLICH (FN 8), N 381.

⁶¹ GREMPER/MARTIN (FN 49), 97; HAUCK (FN 31), Art. 243 N 13; THOMAS GEISER, Die Mängel einer grossen Kodifikation, Plädoyer 2/2004, 39; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 52 f.

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), 53 Fn. 280. Für eine negative Feststellungswiderklage über den bereits eingeklagten Teil besteht nach dieser Lehrmeinung von vorneherein kein Feststellungsinteresse; vgl. weiterführend auch FRÖHLICH (FN 8), N 355 f.

⁶³ Vgl. dazu EMMEL (FN 47), 79.

⁶⁴ FRÖHLICH (FN 8), N 374.

⁶⁵ FRÖHLICH (FN 8), N 351.

⁶⁶ HAAS/SCHLUMPF (FN 59), 309; FÜLLEMANN (FN 13), Art. 66 N 6 u. Art. 88 N 20; GREMPER/MARTIN (FN 49), 99; a.M. BERTI (FN 44), 80; MARTIN HABLÜTZEL, Schweizerische ZPO: Hat

ser Ansatz stellt letztlich aber nur eine unbefriedigende Notlösung dar, weil er sowohl auf Seiten der Parteien als auch der Gerichte einen erheblichen Mehraufwand mit sich bringt⁶⁷. Um diesen Mehraufwand zu vermeiden, wird in der Literatur denn auch dafür gehalten, dass das Verfahren über die später eingereichte negative Feststellungsklage in der Regel zu sistieren sei, bis über die Teilklage entschieden ist⁶⁸. Das wiederum geht zulasten des Justizgewährungsanspruchs der beklagten Partei und bietet deshalb ebenfalls keine überzeugende Lösung des Problems⁶⁹.

7. Fazit

Abschliessend kann festgehalten werden, dass der arbeitsgerichtliche Zivilprozess für den Praktiker auch nach Einführung der Eidgenössischen Zivilprozessordnung spannende Fragen bereithält. Einzelne – und angesichts der Breite der Thematik bei Weitem nicht alle – wurden vorstehend thematisiert. Fest steht, dass der Föderalismus auch in der Eidgenössischen Zivilprozessordnung seinen Platz eingenommen hat. Gerade in den Bereichen der sachlichen Zuständigkeit und der Kostenverlegung haben die kantonalen Gesetzgeber von den ihnen zugestandenen Kompetenzen mit äusserst vielfältigen Resultaten rege Gebrauch gemacht. Manch grundsätzliche Frage, wie etwa der Anwendungsrahmen der negativen Feststellungswiderklage, erhielt mit der neuen Zivilprozessordnung zusätzliche Brisanz und harret einer höchstrichterlichen Entscheidung. Das alles macht den arbeitsrechtlichen Zivilprozess lebendig, gebietet dem Praktiker aber auch eine gewisse Umsicht, insbesondere wenn er den Schritt über die eigenen Kantonsgrenzen hinaus wagt.

der Berg eine Maus geboren?, HAVE 3/2014, 297; PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID/BENOÎT SANTSCHI, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren: ein Instrument zur risikoärmeren und schnelleren Durchsetzung von Forderungen aus Personenschäden, HAVE 2013, 322; vgl. auch BGer, Urteil vom 3.4.2008, 2C_110/2008, E. 7.

⁶⁷ HAAS/SCHLUMPF (FN 59), 307.

⁶⁸ HAAS/SCHLUMPF (FN 59), 309; WAGNER/SCHMID/SANTSCHI (FN 66), 322.

⁶⁹ HAAS/SCHLUMPF (FN 59), 309.