
ArbOR

Mitteilungen des Instituts für
Schweizerisches Arbeitsrecht

2014
2015



Stämpfli Verlag

ArbOR

Mitteilungen des Instituts für
Schweizerisches Arbeitsrecht

2014
2015

unter Mitwirkung von
lic. iur. Thomas Pietruszak

und

Dr. Roland Bachmann
Prof. Dr. Roland A. Müller
Prof. Dr. Wolfgang Portmann
Dr. Adrian von Kaenel

herausgegeben von
Prof. em. Dr. Jean-Fritz Stöckli



© Stämpfli Verlag AG, Bern
Stämpfli Verlag

ArbR 2014/2015

Redaktion

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli, Kännelstrasse 13, CH-8753 Mollis,
Telefon +41 55 612 25 10

Verlag

Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, CH-3001 Bern,
Telefon +41 31 300 66 44, E-Mail verlag@staempfli.com
www.staempfliverlag.com

Inserate

beim Verlag

Erscheinungsweise

Jährlich erscheint in der Regel ein Band.

Bezugspreis

Abonnementspreis pro Band CHF 55.–/€ 55.–
bei Einzelbezug CHF 58.–/€ 58.–,
Sonderpreis für Mitglieder des Instituts: CHF 44.–/€ 44.–.

Alle Preise verstehen sich zuzüglich Zustellungsgebühr. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen. Der Verlag verfügt noch über gewisse Bestände an früheren Bänden. Diese können mit einem Rabatt von 50% bezogen werden.



Arbeitsrechtlicher Prozess – ausgewählte prozessuale und materiell-rechtliche Fallstricke

von Dr. René Hirsiger

Inhalt

I.	Einleitung.....	48
II.	Ausgewählte Fallstricke im arbeitsrechtlichen Prozess	49
1.	Prozessuale Probleme bei Klagen aus Konzern- Bonusplänen	49
a)	Die Passivlegitimation bei Konzern-Bonusplänen	49
b)	Rechtswahlklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen in internationalen Konzern-Bonusplänen	52
2.	Parteifähigkeit der Zweigniederlassung bzw. gerichtliche Korrektur der Parteibezeichnung.....	54
a)	Eine Zweigniederlassung ist nicht partei- und prozessfähig	54
b)	Die gerichtliche Korrektur des prozessualen Versehens.....	55
3.	(Arbeitsrechtliche) Probleme der Teilklage	56
a)	Zu den Gründen der Beliebtheit der Teilklage	57
b)	Die echten und unechten Teilklagen im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Forderungen.....	58
c)	Substantiierungslast bei echten und unechten Teilklagen	59
4.	Insbesondere: Die teilklageweise Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung.....	63
5.	Die gerichtliche Abänderung von fremdsprachigen Arbeitszeugnissen	66
a)	Zur Ausstellungssprache des Zeugnisses.....	66
b)	Zur gerichtlichen Abänderung eines in einer „Fremdsprache“ abgefassten Zeugnisses.....	68
III.	Schlusswort.....	70

I. **Einleitung**

Für den arbeitsrechtlichen Prozess ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung kein eigenes, vereinheitlichtes Verfahren vorgesehen. Vielmehr können auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten alle Verfahrensarten zur Anwendung kommen, so dass der prozessierende Arbeitsrechtler zwangsläufig mit den Eigenheiten aller Verfahrensarten in Kontakt kommt. In der Praxis ergeben sich dabei vielfältige Fragestellungen, die für ein sorgfältiges und erfolgreiches Prozessieren beachtet werden müssen, und deren Ursachen und teilweise auch Lösungen häufig in den Bestimmungen des materiellen Rechts zu suchen sind. Nachfolgend werden einzelne solcher Fragestellungen in arbeitsrechtlichen Verfahren selektiv aufgegriffen.

Bonusstreitigkeiten gehören nach wie vor zum Alltag eines Arbeitsrechtlers. Ein jüngeres Bonusurteil des Bundesgerichts gibt dabei Anlass, der Frage nachzugehen, welche Besonderheiten sich bei Bonusplänen in (internationalen) Konzernen ergeben können. Anschliessend wird auf prozessuale Missverständnisse und deren (gerichtlicher) Berichtigung im Zusammenhang mit Zweigniederlassungen eingegangen. Teilklagen (meist im vereinfachten Verfahren) erfreuen sich im arbeitsrechtlichen Zusammenhang grosser Beliebtheit. Es ergeben sich dabei prozessuale Besonderheiten, welche in der Prozessfreudigkeit des vereinfachten Verfahrens und unter der Vorfreude eines schnelleren und „günstigeren“ Urteils häufig vergessen gehen. Zwei dieser prozessualen Fallstricke sollen erörtert werden, nämlich die Frage der Substantiierung einer Teilklage und die Möglichkeit einer Teilklage bei einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Abgerundet wird die vorliegende Rundschau mit dem „fremdsprachigen“ Zeugnis, dessen klageweise Berichtigung zu prozessualen Schwierigkeiten führen kann.

Der vorliegende Beitrag beansprucht keinesfalls, eine repräsentative und schon gar nicht eine umfassende Darstellung der aktuellen Probleme des arbeitsrechtlichen Prozesses zu sein. Vielmehr wird damit eine Sensibilisierung sowohl der Parteien wie auch der Gerichte für einzelne (prozessuale und materiell-rechtliche) Fallstricke angestrebt.

II. **Ausgewählte Fallstricke im arbeitsrechtlichen Prozess**

I. *Prozessuale Probleme bei Klagen aus Konzern-Bonusplänen*

In der Praxis wird dem Arbeitnehmer häufig das Recht auf Teilnahme an einem Bonusplan zugesichert. In Konzernverhältnissen kommt es zuweilen vor, dass die Abwicklung von solchen Bonusplänen einer anderen als der arbeitgebenden Konzerngesellschaft übertragen wird¹, was insbesondere aus ökonomischen und administrativen Gesichtspunkten sinnvoll sein kann. In solchen Konstellationen stellen sich regelmässig Fragen der Passivlegitimation für Forderungen unter dem Bonusplan, der (international) örtlichen Zuständigkeit sowie des anwendbaren Rechts.

a) Die Passivlegitimation bei Konzern-Bonusplänen

Das Bundesgericht hatte im Urteil 4A_175/2014 vom 8. Juli 2014 eine Bonusklausel zu beurteilen, nach der ein Arbeitnehmer am Bonusplan der (ausländischen) Muttergesellschaft seiner Arbeitgeberin teilnehmen konnte („*will be eligible to participate*“). Nachdem der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, machte er Bonusforderungen aus diesem Plan gegenüber der (schweizerischen) Arbeitgeberin geltend. Das Bundesgericht führte aus, dass auch in einem Arbeitsverhältnis Leistungen von mehreren Schuldnerinnen versprochen werden können und dass entsprechend der Arbeitnehmer die jeweils versprechende Partei belangen muss. Es wies die Klage des Arbeitnehmers gegen die schweizerische Tochtergesellschaft mangels Passivlegitimation ab, da einzig die (ausländische) Muttergesellschaft als Schuldnerin von allfälligen Bonuszahlungen unter dem Bonusplan belangt werden könne.² Es verstand das Leistungsversprechen der eingeklagten Arbeitgeberin als reines Teilnahmerecht ohne weitere (materielle) Verpflichtung. Insbesondere sah es kein Versprechen auf Ausrichtung eines Bonus.

¹ BGer Urteil 4A_175/2014 vom 8. Juli 2014 Erw. 3; D. PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Bern 2005, Rn. 138.

² BGer Urteil 4A_175/2014 vom 8. Juli 2014 Erw. 4.

Diese Auffassung des Bundesgerichts überzeugt und ist auch dogmatisch richtig. Denn auch in einem Arbeitsvertragsverhältnis muss die Arbeitgeberseite nicht zwingend aus ein- und derselben Partei bestehen. Insbesondere in Konzernverhältnissen ist es denkbar und zulässig, dass ein Arbeitnehmer ein oder mehrere Vertragsverhältnisse mit mehreren arbeitgebenden Gesellschaften eingeht.³ Letztlich ist für die Frage der Passivlegitimation entscheidend, welche Forderung der Arbeitnehmer einklagt und welche Partei ihm die eingeklagte Leistung versprochen hat. Diese Frage muss insbesondere dann beachtet werden, wenn es – wie im Falle von Bonusplänen – darum geht, dass eine Partei lediglich eine allfällige Bonuszahlung verspricht, während die übrigen Rechte und Pflichten der Arbeitgeberin (namentlich Lohnzahlungen, Weisungsrechte, Fürsorgepflichten etc.) von einer anderen Gesellschaft wahrgenommen werden.⁴ Wie vom Bundesgericht bestätigt, können auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mehrere Schuldner auftreten, so dass je nach Umständen des Einzelfalls separate Abreden bestehen: Einerseits das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin, andererseits die Bonusabrede zwischen dem Arbeitnehmer und der Bonusplanpartei.⁵

³ Gl.M. CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Bern 2007, Rz. 67; REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 21 f.; VISCHER/MÜLLER, *Der Arbeitsvertrag*, 4. Aufl., Basel 2014, § 8 N 18; HEIZ, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern*, Bern 2005, S. 36; GEISER/UHLIG, *Arbeitsverhältnisse im Konzern*, in: ZBJV 139/2003, Rz. 2.13. Vgl. auch BGer Urteil 4A_564/2015 vom 11. Februar 2015, in dem das Bundesgericht separate arbeitsvertragliche Beziehungen im Konzern nicht ausschloss (Erw. 3.2.).

⁴ Dies war auch im Bundesgerichtsentscheid 4A_175/2014 vom 8. Juli 2014 massgebend, da der Arbeitnehmer offenbar mit der amerikanischen Muttergesellschaft einzig bezüglich möglicher Ansprüche unter dem Bonusplan verbunden war, während die schweizerische Tochtergesellschaft ansonsten die Rechte und Pflichten der arbeitgebenden Partei innehatte.

⁵ Es stellt sich sodann die Frage, wie das Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Partei, welche eine Leistung unter dem Bonusplan verspricht, zu qualifizieren ist. Diese Frage ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beantworten. Meist wird es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis handeln, da es an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers für die Bonusplanpartei mangelt und keine Eingliederung in den Betrieb der Bonusplanpartei erfolgt. Allein der Umstand, dass Leistungen unter dem Bonusplan an ein Arbeitsverhältnis mit einer anderen Konzerngesellschaft gebunden sind, macht die Nebenabrede nicht zu einem Arbeitsverhältnis. Vgl. dazu unten, Ziff. II 1.b.

Der Arbeitnehmer kann nur unter besonderen Umständen die Arbeitgeberin, welche nicht Bonusplanpartei ist, für behauptete Ansprüche unter dem Bonusplan ins Recht fassen. Zum einen, wenn die versprochene Leistung unter dem Bonusplan das Entgelt für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darstellt. Erweist sich der Bonus gemäss Bonusplan als Entgelt für die Arbeit, die der Arbeitnehmer für eine andere Konzerngesellschaft leistet, spricht dies für ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit beiden Gesellschaften. Denn ein Arbeitsverhältnis erfordert zwingend ein vom Arbeitgeber geschuldetes Entgelt. In einer solchen Konstellation (Arbeitsleistung für eine Partei, Entgelt von einer anderen Partei) teilen sich die beiden Parteien die arbeitgeberischen Rechte und Pflichten, was typisch ist für ein einheitliches Arbeitsverhältnis.⁶ Diese Situation hat zur Folge, dass auch die nicht am Bonusplan beteiligte Partei für Forderungen des Arbeitnehmers unter dem Bonusplan (mithin für das arbeitsrechtliche Entgelt) einzustehen hat, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde.⁷

Zum anderen ist die Inanspruchnahme der Arbeitgeberin auch dann möglich, wenn mit der Bonusklausel im Arbeitsvertrag ein Vertrag zulasten Dritter nach Art. 111 OR vereinbart wurde.⁸ Voraussetzung dazu ist jedoch, dass die versprochene, garantierte Leistung klar umschrieben ist und diese von der Bonusplanpartei nicht erbracht wird. Namentlich begründet lediglich die Zusicherung der Teilnahme an einem Bonusplan einer anderen Gesellschaft keine Schadenersatzpflicht, wenn dem Arbeitnehmer gestützt auf die anwendbaren Bestimmungen des Bonusplans kein Bonus auszurichten ist.

Im Weiteren kann die Unterscheidung zwischen der Arbeitgeberin und der Bonusplanpartei dann obsolet werden, wenn der Arbeitgeberin gemäss den Bestimmungen des Bonusplans bei der Bonusfestlegung für einen konkreten Arbeitnehmer (zumindest Mit-)Entscheidungsrechte hinsichtlich einer konkreten Bonuszahlung zufallen. Beispielsweise regelt die ausländische Muttergesellschaft in einem globalen Bonusplan die Rahmenbedingungen

⁶ Vgl. dazu GEISER/UHLIG (FN 3), Rz. 2.13 und Rz. 3.29 m.w.H.

⁷ Dies hat in der Praxis die Konsequenz, dass für eine Forderung unter dem Bonusplan (zumindest teilweise) auch die Arbeitgeberin einzustehen hat, wenn zwar ein Lohn von der Arbeitgeberin ausgerichtet wird, der Bonus im Vergleich mit dem Lohn aber als eigentliches Entgelt für die Arbeitsleistung erscheint. Vgl. auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Akzessorität von Gratifikationszahlungen (BGE 129 III 276), sofern der eigentliche Lohn nicht ein gewisses Mass erreicht (BGE 139 III 155).

⁸ Vgl. Urteil des Kantonsgerichts VD vom 9. März 2005 = JAR 2006, S. 541 ff.

für eine Teilnahme (z.B. persönlicher Anwendungsbereich des Plans, allgemeine Bemessungskriterien, Auszahlungsmodalitäten, Verfallsklauseln, etc.), während die Tochtergesellschaft (d.h. die Arbeitgeberin) das Ermessen bei der Festlegung der konkreten Bonushöhe ausübt. In einer solchen Konstellation ist es für den Arbeitnehmer unter Umständen schwierig nachzuvollziehen, welche Partei entscheidet, dass er keinen oder einen vermeintlich zu tiefen Bonus ausgerichtet erhält. Es ist in einer solchen Konstellation sachgerecht, dass der Arbeitnehmer gegen beide Parteien vorgehen kann. Erging der (zu korrigierende) Bonusentscheid in einem „gemeinsamen Akt“ der beiden Parteien, muss der Arbeitnehmer gegen beide Parteien gemeinsam vorgehen, da diese eine notwendige Streitgenossenschaft bilden und nur gemeinsam beklagt werden können (Art. 70 Abs. 2 ZPO).

Im Übrigen muss die Arbeitgeberin auch dann für Leistungsversprechen unter dem Bonusplan einstehen, wenn ein (internationales) Konstrukt einzig deshalb aufgesetzt wurde, um die Rechte des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen. Beispielsweise wäre es rechtsmissbräuchlich, eine Konzerngesellschaft in einem Land mit erschwertem Zugang zu staatlichem Rechtsschutz mit der Durchführung des Bonusplans zu betrauen, einzig um so möglichen Klagen von Teilnehmern am Bonusplan vorzugreifen.⁹

b) Rechtswahlklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen in internationalen Konzern-Bonusplänen

Im Weiteren fragt sich, inwieweit ein solches „Nebenverhältnis“ zwischen dem Arbeitnehmer und der Bonusplanpartei einer anderen Rechtsordnung als der Arbeitsvertrag mit der Arbeitgeberin unterstellt werden kann. Regelmässig finden sich in internationalen Konzern-Bonusplänen Rechtswahlklauseln zugunsten des Rechts am Sitz der Muttergesellschaft bzw. der Bonusplanpartei.

Unbestritten sollte sein, dass auch Arbeitsverhältnisse grundsätzlich einer Teilrechtswahl zugänglich sind, so dass gewisse Fragenkomplexe unter einer Rechtsordnung beurteilt werden, während andere Fragenkomplexe

⁹ Vgl. Urteil des Tribunal des prud'hommes GE vom 16. März 1999 = JAR 2001, S. 400 ff. bezüglich einer Gesellschaft auf den British Virgin Island.

einer anderen Rechtsordnung unterstellt werden.¹⁰ Insofern spielt es für die grundsätzliche Frage der Rechtswahl keine Rolle, ob die Bonusabrede ein separates Vertragsverhältnis oder Teil eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses darstellt. Die Grenzen einer Rechtswahl hängen aber zwangsläufig davon ab, wie das Vertragsverhältnis zu qualifizieren ist. Handelt es sich um ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit zwei verschiedenen Arbeitgeberparteien, sind die Einschränkungen nach Art. 121 IPRG (auch für die Bonusabrede) zu berücksichtigen. Das schweizerische (internationale) Arbeitsrecht gewährt die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung, sofern der Arbeitnehmer dort seinen Aufenthalt oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Niederlassung hat (Art. 121 Abs. 3 IPRG).¹¹ Die Einschränkungen in Art. 121 IPRG sind demgegenüber nicht zu beachten, wenn die Bonusabrede ein vom eigentlichen Arbeitsverhältnis losgelöstes Vertragsverhältnis darstellt. Das anwendbare Recht kann dann gemäss Art. 116 IPRG von den Parteien frei gewählt werden.

Eine (Teil-)Rechtswahl ist grundsätzlich zu beachten, sofern sie ausdrücklich erfolgte oder sich eindeutig aus dem Vertrag ergibt (Art. 116 Abs. 2 IPRG). Eine ausdrückliche Rechtswahlklausel in Bonusplänen ist zu empfehlen, obschon auch Hinweise in der Ausgestaltung des Bonusplans¹² auf die Wahl einer Rechtsordnung schliessen lassen können, so dass eine eindeutige Rechtswahl im Sinne von Art. 116 Abs. 2 IPRG bejaht werden kann.¹³ In aller Regel soll die Bonusabrede aber einer anderen Rechtsordnung als das Arbeitsverhältnis unterstellt werden, so dass die Parteien kaum um eine ausdrückliche Rechtswahlklausel umhin kommen werden.

Da Bonusansprüche vermögensrechtlich sind, sind diese schiedsfähig im Sinne von Art. 177 Abs. 1 IPRG und damit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit uneingeschränkt zugänglich. Eine Schiedsklausel in einem internationalen Bonusplan ist deshalb nach schweizerischem Verständnis zulässig und verbindlich. Demgegenüber kann sich eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 5 Abs. 2 IPRG als unbeachtlich erweisen, wenn ein

¹⁰ SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Besonderer Teil, St. Gallen/Lachen 1997, Rz. 492; GEISER, in: Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, N38 zu Art. 1 ArG.

¹¹ Vgl. dazu auch GEISER/UHLIG (FN 3), Rz. 2.19.

¹² Namentlich werden in internationalen Bonusplänen regelmässig fremdsprachige Begrifflichkeiten verwendet, welche dem schweizerischen (Arbeits-)Recht fremd sind und so auf die Wahl eines ausländischen Rechts hindeuten.

¹³ BSK-AMSTUTZ/WANG, 3. Aufl., Basel 2013, N42 zu Art. 116 IPRG; ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N67 zu Art. 116 IPRG.

Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird. Die Voraussetzungen einer gültigen Gerichtsstandsvereinbarung hinsichtlich arbeitsrechtlicher Streitigkeiten im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens sind strenger, da eine solche erst nach Entstehung der Streitigkeit vereinbart werden kann (Art. 21 LugÜ). Aus Sicht der Durchsetz- und damit Planbarkeit drängt sich daher eine Schiedsklausel in internationalen Bonusplänen auf.

2. *Parteifähigkeit der Zweigniederlassung und gerichtliche Korrektur der Parteibezeichnung*

Ein Arbeitnehmer kann seine Arbeitsleistung ohne Weiteres in einer Zweigniederlassung erbringen. Prozessual kann es dann zu Wirrungen kommen, wenn der Arbeitnehmer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen will und dabei (versehentlich) die Zweigniederlassung einklagt.

a) Eine Zweigniederlassung ist nicht partei- und prozessfähig

Zweigniederlassungen sind Geschäftsbetriebe, die einerseits durch eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der Hauptniederlassung in wirtschaftlicher Hinsicht und andererseits durch ihre rechtliche Abhängigkeit von einem Hauptunternehmen gekennzeichnet sind.¹⁴ Die Zweigniederlassung bleibt rechtlich Bestandteil des Hauptunternehmens. Sie verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist damit weder partei- noch prozessfähig.¹⁵ Im Prozess auftreten kann somit einzig das Hauptunternehmen.

Die Parteifähigkeit einer Partei ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Klagt der Arbeitnehmer gegen die Zweigniederlassung,

¹⁴ BGE 117 II 85 E. 3; vgl. auch BSK-GIRSBERGER/RODRIGUEZ, N2 zu Art. 160 IPRG; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 24 N 6 f.

¹⁵ BGE 120 III 11 E. 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 14), § 24 N 12; BSK-TENCHIO, N44 zu Art. 66 ZPO; KuKo-DOMEJ, N9 zu Art. 66 ZPO; ZK-STAEHELIN/SCHWEIZER, 2. Aufl., Zürich 2013, N10 zu Art. 66 ZPO.

ist auf seine Klage nicht einzutreten.¹⁶ Dies gilt auch bei einer Schweizer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft.¹⁷

Dass in der Praxis der Arbeitnehmer gelegentlich dennoch die Zweigniederlassung als beklagte Partei bezeichnet, ist vermutlich auf den Umstand zurückzuführen, dass diese dem Arbeitnehmer einen Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung eröffnet (Art. 12 ZPO) und in Arbeitsverträgen zuweilen (unzutreffend) als Arbeitgeberin aufgeführt wird. Es ist jedoch Vorsicht geboten: Am Ort der Zweigniederlassung muss dennoch die Hauptunternehmung belangt werden.

b) Die gerichtliche Korrektur des prozessualen Versehens einer Partei

Das „Malheur“, anstatt des Hauptunternehmens die Zweigniederlassung einzuklagen, passierte auch einem Arbeitnehmer, der nach seiner Entlassung gegen die schweizerische Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft vorging. Auf den entsprechenden Nichteintretensantrag der Zweigniederlassung korrigierte das angerufene Gericht die Parteibezeichnung und nahm stattdessen das ausländische Hauptunternehmen als beklagte Partei ins Rubrum auf. Dagegen wehrte sich die Beklagte bis vor Bundesgericht vergeblich.¹⁸

Die Beklagte rügte, eine Berichtigung der Parteibezeichnung komme von vornherein nicht in Betracht, wenn es sich nicht um eine versehentlich falsche Bezeichnung handle, die unfreiwillig erfolgt sei. Der Arbeitnehmer habe im zu beurteilenden Fall in seiner Klagebegründung wie auch im gesamten prozessrelevanten Verhalten stets unzweideutig manifestiert, seine Forderung gegen die Zweigniederlassung richten zu wollen. Es würden sich keinerlei Hinweise ergeben, dass es sich bei der Nennung der Zweigniederlassung um eine versehentliche, bloss fehlerhafte Parteibezeichnung gehandelt habe. Unbestritten war denn auch, dass der Kläger sowohl im Schlichtungsgesuch wie auch in der Klageschrift ausdrücklich

¹⁶ BSK-GEHRI, 2. Aufl., Basel 2013, N11 zu Art. 60 ZPO; KuKo-DOMEJ, N7 zu Art. 59 ZPO.

¹⁷ Vgl. BSK-TENCHIO, N62 zu Art. 66 ZPO; ZK-VISCHER, 2. Aufl., Zürich 2004, N7 zu Art. 160 ZPO; BSK-GIRSBERGER/RODRIGUEZ, N2 zu Art. 160 IPRG.

¹⁸ BGer Urteil 4A_129/2014 vom 1. Mai 2014.

die Zweigniederlassung als beklagte Partei führte und überdies dem Gericht nur einen Handelsregisterauszug der Zweigniederlassung einreichte.¹⁹

Das Bundesgericht machte es sich (zu) einfach, indem es ausführte, aus dem Umstand, eine Zweigniederlassung sei stets ein Teil des Hauptsitzes und weder prozess- noch parteifähig, hätte über die Identität der beklagten Partei keine Zweifel bestehen können, weshalb eine Berichtigung der Parteibezeichnung zulässig sei.²⁰ Dieses Argument zu Ende gedacht, würde die Unterscheidung zwischen (parteifähiger) Hauptgesellschaft und (nicht parteifähiger) Zweigniederlassung obsolet machen, da letztlich ungeachtet der konkreten Umstände immer die Hauptgesellschaft als Prozesspartei gemeint wäre. Gleiches müsste bei allen Gebilden ohne Parteifähigkeit (z.B. einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft) gelten. Dies ist nicht sachgerecht. Vielmehr muss ein Gericht im Einzelfall und gestützt auf die konkreten Vorbringen der Parteien beurteilen, ob die Nennung der Zweigniederlassung tatsächlich nur ein Versehen war, das unfreiwillig erfolgte und deshalb einer gerichtlichen Korrektur zugänglich ist, oder ob die klagende Partei absichtlich und freiwillig die Zweigniederlassung ins Recht zu fassen versuchte.²¹ In der Praxis sollte man sich als Partei zumindest nicht darauf verlassen, dass ein Gericht die – nach Ansicht des Bundesgerichts – „nicht sehr sachgemäss“ wiederholt falsche Bezeichnung der Partei²² ohne Weiteres berichtigen wird.

Berichtigt ein Gericht im Laufe eines Prozesses eine Parteibezeichnung, ist zu prüfen, ob die bis dahin vorgenommenen prozessualen Schritte durch die richtige Partei erfolgten bzw. von dieser allenfalls nachträglich genehmigt werden können, oder ob diese wiederholt werden müssten. Rechtschriften sind m.E. einer nachträglichen Genehmigung zugänglich, während Verhandlungen aufgrund einer fehlerhaften Vorladung mit einem formellen Mangel behaftet sind und deshalb wiederholt werden müssen, sofern keine Heilung des Mangels erfolgt.²³ Klar scheint immerhin, dass eine Berichtigung der Parteibezeichnung nach Ergehen des Urteils (durch das urteilende Gericht oder die Rechtsmittelinstanz) ausgeschlossen ist; vielmehr leidet das Urteil aufgrund fehlender Prozessvoraussetzung im Urteilszeitpunkt an einem formellen Mangel und ist nichtig.

¹⁹ BGer Urteil 4A_129/2014 vom 1. Mai 2014 Erw. 2.3 und 2.4.

²⁰ BGer Urteil 4A_129/2014 vom 1. Mai 2014 Erw. 2.5.

²¹ Entscheid des Handelsgerichts Bern vom 8. Juli 2011, CAN Online 2012 Nr. 34, Erw. 3.5; ZK-ZÜRCHER, N19 zu Art. 60 ZPO.

²² BGer Urteil 4A_129/2014 vom 1. Mai 2014 Erw. 2.5.

²³ Vgl. BSK-BÜHLER, N36 ff. zu Art. 133 ZPO.

3. (Arbeitsrechtliche) Probleme der Teilklage

a) Zu den Gründen der Beliebtheit der Teilklage

Die im Zivilprozess vorherrschende Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) ermöglicht dem Kläger, aus einem Lebenssachverhalt nicht alle Ansprüche gegen die beklagte Partei zur gleichen Zeit geltend zu machen. Vielmehr wird ihm zugestanden, mittels Teilklage nur einen Anspruch von mehreren oder einen Anspruch nur teilweise einzufordern.²⁴ Voraussetzung dazu ist, dass der Anspruch materiell-rechtlich teilbar ist, was bei einem Anspruch auf Geldzahlung grundsätzlich der Fall ist.²⁵

Die Teilklage erfreut sich in der arbeitsrechtlichen Praxis grosser Beliebtheit. Der Hauptgrund liegt vermutlich in der Kostenlosigkeit des Verfahrens bis zu einem Streitwert von CHF 30'000²⁶ und in den klägerfreundlichen Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens (unbegründete Klageeinleitung, weniger strikte formelle Anforderungen an die Klage, schnelleres Verfahren).²⁷ Bei einem unsicheren Anspruch kann der Kläger mittels Teilklage vorerst lediglich einen Teil seiner behaupteten Gesamtforderung einklagen und so die Prozesschancen mit einem geringeren Risiko testen.²⁸ Auch wenn ein allfälliges Zweitgericht nicht an die gerichtlichen Erwägungen des Erstprozess gebunden ist, kommt dem Urteil des Erstgerichts eine grosse Wirkung zu. Dies gilt insbesondere bei Leistungsklagen, wenn im Erstprozess über die grundsätzliche Leistungspflicht entschieden wird. Der Kläger erhofft sich im Falle einer Bejahung der Leistungspflicht, das

²⁴ Vgl. EMMEL, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungsklage, in: BJM 2012, S. 64; GREMPER/MARTIN, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungsklage im vereinfachten Verfahren nach der Schweizerischen ZPO, in: AJP 2011, S. 90.

²⁵ KuKo-OBERHAMMER, N1b zu Art. 86 ZPO; BSK-SPÜHLER, N1 zu Art. 86 ZPO.

²⁶ Ausnahmsweise kann statt des Streitwerts auf das tatsächliche (höhere) Streitinteresse abgestellt werden (vgl. z.B. § 2 Abs. 1 lit. 1 GebV OG/ZH; BGer Urteil 2C_110/2008 vom 3. April 2009).

²⁷ Vgl. SUTTER-SOMM/FUCHS, Ausgewählte Fragen des arbeitsrechtlichen Prozesses nach der ZPO, in: Bäni/Obrist (Hrsg.), Festschrift Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 622; GREMPER/MARTIN (FN 24), S. 91.

²⁸ In der Literatur findet sich deshalb auch der Begriff des „Testprozesses“ (BSK-OBERHAMMER, 1. Aufl., N4 zu Art. 86 ZPO) oder des „Pilotprozesses“ (FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2014, Rz. 235); vgl. auch GREMPER/MARTIN (FN 24), S. 91 f.

Quantum seiner (Gesamt-)Forderung in der Folge einfacher geltend machen zu können. So wird im Rahmen des Erstprozesses meist über mehr gestritten als eigentlich vom Kläger in den Prozess eingebracht wird.

b) Die echten und unechten Teilklagen im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Forderungen

Im arbeitsrechtlichen Kontext kommt es oft vor, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gegenüber der Arbeitgeberin diverse Forderungen gestützt auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen behauptet, die er von einem Gericht möglichst kostengünstig und ohne grosses Risiko beurteilt haben will und deshalb teilklageweise im vereinfachten Verfahren geltend macht.

Es ist dabei zwischen der echten und der unechten Teilklage zu unterscheiden. Bei einer *echten* Teilklage behauptet der Kläger einen Gesamtanspruch, macht einstweilen aber nur einen Teil davon geltend. Dies liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitnehmer einen Bonusanspruch von CHF 200'000 behauptet, vorerst aber nur CHF 30'000 einklagt. Bei der *unechten* Teilklage macht der Kläger von mehreren behaupteten Ansprüchen, die einem einzigen Rechtsgrund entspringen, vorerst nur einen geltend. Zum Beispiel behauptet der Kläger, mehrere monatliche Lohnzahlungen nicht erhalten zu haben, macht vorerst aber nur einen Monatslohn geltend.²⁹ Die beiden Teilklagearten können miteinander kombiniert werden, beispielsweise indem von mehreren ausstehenden Lohnzahlungen nur zwei geltend gemacht werden, diese jedoch im Sinne einer echten Teilklage wiederum nur teilweise eingeklagt werden.

Streng genommen sind die Teilklagen von der objektiven Klagehäufung zu unterscheiden: Fordert ein Kläger mehrere Ansprüche, die sich je auf verschiedene Rechtsgründe stützen, liegt eine objektive Klagehäufung vor.³⁰ Fordert ein Arbeitnehmer beispielsweise nebst Lohnzahlungen auch noch Auslagenersatz sowie eine Überstundenentschädigung, handelt es sich um eine objektive Häufung an sich selbständiger Klagen. Er kann diese Forderungen jeweils separat einklagen; es handelt sich dabei nicht um eine (unechte) Teilklage. Für die vorliegende Beurteilung spielt die Unterscheidung zwischen der unechten Teilklage und der nur teilweisen Geltendmachung mehrerer separater Klagen jedoch keine Rolle.

²⁹ SUTTER-SOMM/FUCHS (FN 27), S. 638.

³⁰ GREMPER/MARTIN (FN 24), S. 91; ZK-BOPP/BESSENICH, N5 zu Art. 86 ZPO.

c) Substantiierungslast bei echten und unechten Teilklagen

Aufgrund der prozessualen Vorteile des vereinfachten Verfahrens ergeben sich in der Praxis verschiedene Spielformen der Teilklage. Die echte und die unechte Teilklage werde dabei regelmässig derart miteinander kombiniert, dass möglichst viele Ansprüche in einen Prozess mit einem Streitwert von höchstens CHF 30'000 beurteilt werden. Bei einem solchen Vorgehen gilt der Substantiierung ein besonderes Augenmerk zu schenken. Dies namentlich auch deshalb, weil im Rahmen eines möglichen Folgeprozesses Klarheit bestehen muss, über welchen Teil der Forderung bereits entschieden wurde.

Vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung war die Praxis bezüglich Anforderungen an Teilklagen unterschiedlich streng. Das Obergericht Zürich hielt bezüglich Substantiierungserfordernis einer Teilklage fest:

„Die Möglichkeit der Erhebung einer blossen Teilklage kann aber nicht dazu führen, dass beim Vorliegen verschiedener Positionen diese im Sinne einer Auswahl der gerichtlichen Beurteilung anheimgestellt werden, wobei es dann Sache des Gerichts wäre, Position für Position in ihrer Gänze urteilsmässig abzuhandeln, idealiter so lange, bis der Betrag der Teilklage erreicht ist. Sofern die klagende Partei nur einen Teilbetrag geltend macht, muss sie angeben, welchen Teil jedes der Ansprüche sie in welcher Reihenfolge fordert. Ungenügend ist mithin die unterschiedslose Angabe mehrerer Schadenersatzansprüche ohne die betragsmässige Aufteilung auf das Rechtsbegehren. Der Anspruch ist eben so zu begründen, dass über dessen Identität kein Zweifel entstehen kann. Lässt die Klägerschaft offen, welchen Schaden in welcher Höhe aus welchem Verhalten eingeklagt wird, so ist das Rechtsbegehren nicht ausreichend begründet. Sie alleine bestimmt, über welche Ansprüche das Gericht entscheiden soll. Deshalb ist bei einer Teilklage auszuführen, welcher Anspruch aus welchem Lebensvorgang geltend gemacht wird. Dies ist erforderlich, damit eine spätere Klage über den noch nicht entschiedenen Teil möglich ist. Es liegt zusammengefasst bei Erhebung einer Teilklage, welche vor dem Hintergrund einer Vielzahl von Positionen erhoben wird, an der klagenden Partei, die

*Reihenfolge und eingeklagte Höhe dieser Positionen anzugeben.*³¹

Das Bundesgericht schützte unter dem alten Prozessregime indessen kantonale Entscheide, welche deutlich geringere Anforderungen an die Substantiierung einer Teilklage stellten. So hielt das Bundesgericht fest:

*„1.4 Zur Subsumtion unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts ist es nicht notwendig, dass der Kläger die Reihenfolge angibt, in welcher verschiedene Ansprüche, auf die er seine Teilforderung schützt, vom Gericht zu prüfen sind. Es genügt, hinreichend substantiiert zu behaupten, dass eine die eingeklagte Summe übersteigende Forderung besteht. Das materielle Bundesrecht verlangt vom Berechtigten nicht, dass er angibt, worauf die von ihm geforderte Teilzahlung angerechnet wird.“*³²

Unter dem Geltungsbereich der schweizerischen ZPO werden sich die Anforderungen bezüglich Substantiierungslast noch konkretisieren müssen. Orientieren sollten sich die Gerichte m.E. dabei einerseits am Grundsatz, dass Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert sein müssen, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann.³³ Wird ein Teilbetrag verlangt, muss der Kläger andererseits angeben, welchen Teil seines Anspruchs er fordert. Nur so kann die Identität des Anspruchs ausser Zweifel sein.³⁴ Dies führt im Ergebnis zu unterschiedlichen Anforderungen an die Substantiierung einer Teilklage:

- Bringt der Kläger vor, ihm stehe eine Gesamtforderung zu, von der er nur einen Teil geltend machen will (*echte Teilklage*), hat er die geltend gemachte Forderung gleich substantiiert zu behaupten wie eine normale (Voll-)Klage. Gleichzeitig obliegt ihm der Nachweis der Teilbarkeit der Gesamtforderung.

³¹ ZR 102/2003, Nr. 45, S. 223 f.; der Entscheid des Obergerichts Zürich wurde vom Bundesgericht geschützt (BGer 4P.19/2003 vom 25. März 2003, Erw. 3). Die Erwägungen des Obergerichts Zürich übernahm das Kantonsgericht Basel-Landschaft im Entscheid vom 16. Dezember 2008, 100 08 713/AFS, teilweise wörtlich.

³² BGer Urteil 4A_194/2012 vom 20. Juli 2012, Erw. 1.4.; zuletzt bestätigt in BGer Urteil 4A_91/2014 vom 11. Juli 2014, Erw. 5.

³³ BGE 127 III 365 Erw. 2.b); KuKo-NAEGELI/RICHERS, N22 zu Art. 221 ZPO; KuKo-OBERHAMMER, N12 zu Art. 55 ZPO.

³⁴ Vgl. ZR 102/2003, Nr. 45, S. 223 f.

- Behauptet der Kläger, er habe mehrere Forderungen, von denen er vorerst nur einen bestimmten Teil beurteilt haben will, muss er hinreichend deutlich machen, wie hoch seine behauptete Gesamtforderung ist und wie sich diese zusammensetzt, sowie auf welche dieser verschiedenen Forderungen und in welchem Umfang sich die Teilklage bezieht.³⁵ Er muss mithin deutlich machen, dass er eine *unechte Teilklage* anhängig macht und welchen Teil des Anspruchs er damit einfordert, und ob er gleichzeitig auch eine *echte Teilklage* erhebt.

Behauptet der Kläger beispielsweise ausgebliebene Bonuszahlungen, noch nicht bezahlte Spesen und eine Forderung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung, macht er aber einstweilen gesamthaft nur CHF 30'000 geltend, muss er die einzelnen Forderungen in ihrer jeweiligen Höhe behaupten und die Streitsumme klar auf die drei Anspruchsgrundlagen verteilen. Gleiches gilt, wenn der Kläger beispielsweise Lohnforderungen für verschiedene offene Monate nachfordert; er hat dabei klar aufzuzeigen, welchen Teilbetrag er für welche Zeitperiode einklagt.

Diese Anforderungen rechtfertigen sich aus mehreren Überlegungen: Die Möglichkeit der Teilklage wird erstens zutreffend als Ausfluss des Dispositionsgrundsatzes gesehen. Dieser ist jedoch bei Teilklagen nicht weniger streng: Ein Gericht kann dem Kläger nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als dieser verlangt.³⁶ Als Folge davon muss dem Gericht (und der beklagten Partei) klar sein, was der Kläger gestützt auf welche Anspruchsgrundlage und welche Tatsachenbehauptungen verlangt.³⁷ Dies gilt uneingeschränkt auch im vereinfachten Verfahren und auch bezüglich Teilklagen. Wenn jedoch nicht klar ist, was der Kläger genau fordert, weiss das Gericht letztlich nicht, ob es ihm mehr oder etwas anderes zuspricht, als dieser eigentlich verlangte.

Das vereinfachte Verfahren zeichnet sich zweitens insbesondere durch vereinfachte Formalien und der Mitwirkung des Gerichts bei der Feststellung des Sachverhalts aus.³⁸ Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens gelten jedoch auch im vereinfachten Verfahren sinngemäss (Art. 219 ZPO). Es sind keine Anhaltspunkte erkennbar, dass im vereinfachten Verfahren die Anforderungen an die Substantiierung einer Klage reduziert

³⁵ Dike-Komm-FÜLLEMANN, N7 zu Art. 86 ZPO [Online Stand 20.10.2013].

³⁶ *Ne eat iudex ultra petita partium*; vgl. KuKo-OBERHAMMER, N2 zu Art. 58 ZPO; ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX, N9 zu Art. 58 ZPO.

³⁷ Vgl. KuKo-OBERHAMMER, N2 zu Art. 58.

³⁸ BSK-MAZAN, N2 zu Vor Art. 243-247 ZPO.

würden. Vielmehr gelten diesbezüglich die gleichen Massstäbe wie im ordentlichen Verfahren. Gestützt auf Art. 247 ZPO kann das Gericht der klägerischen Partei bei der Sachverhaltserstellung helfen und durch entsprechende Hinweise oder Fragen an die klägerische Partei zur genügenden Substantiierung der Teilklage beitragen. Die Substantiierung darf jedoch auch im vereinfachten Verfahren nicht ungenügend bleiben.

Drittens ist allgemein anerkannt, dass die beklagte Partei einer Teilklage mittels negativer Feststellungsklage bezüglich des behaupteten, aber nicht geltend gemachten Forderungsteils begegnen kann.³⁹ Das mit der Feststellungsklage befasste Gericht muss für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen notwendigerweise wissen, ob die Streitsache nicht schon anderweitig rechtshängig ist (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Dies verlangt vom (Erst-) Kläger, die Teilklage soweit zu substantieren, dass das Zweitgericht eine allfällige Rechtshängigkeit der Streitsache prüfen kann. Wenn der Kläger im Rahmen einer Teilklage nicht hinreichend darlegt, welche Streitsache er gestützt auf welche Anspruchsgrundlage und welche Tatsachenbehauptungen geltend macht und welchen Teil er allenfalls in einem späteren Prozess nachklagen will, kann eine Rechtshängigkeit nicht geprüft werden.⁴⁰

Viertens kann die beklagte Partei die geltend gemachte Forderung substantiiert bestreiten und hat das Recht, den Gegenbeweis anzutreten.⁴¹ Ist aufgrund der klägerischen Vorbringen unklar, wie sich die geltend gemachte Forderung zusammensetzt, muss die Beklagte vorsichtshalber alle möglichen Anspruchsgrundlagen in ihrem vollen Quantitativ bestreiten. In diesem Fall wären die Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen an die Beklagte höher als an den Kläger, was nicht sachgerecht ist. Die Massstäbe für Behauptungs- und Bestreitungslast sind auf beiden Seiten gleich, was dazu führt, dass der Kläger durch genaue Bezeichnung des Streitgegenstands diesen durch die Beklagte bestreitbar machen muss.

Diese Anforderungen an die Substantiierungslast stehen im Übrigen nicht im Widerspruch zur zitierten (weniger strengen) bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter dem alten Prozessregime. Dort schützte das Bundesgericht eine abweichende kantonale Praxis mit dem Hinweis, das materielle Bundesrecht verlange vom Berechtigten nicht, dass er die von ihm ge-

³⁹ GREMPER/MARTIN (FN 24), S. 89 f.; EMMEL (FN 24), S. 58 f.

⁴⁰ Vgl. ZK-SUTTER-SOMM/HEDINGER, N12 zu Art. 64 ZPO; vgl. zur Frage der Identität des Streitgegenstandes grundlegend BGE 123 III 16 Erw. 2.

⁴¹ Vgl. BGE 127 III 365 Erw. 2.b); KuKo-NAEGELI/RICHERS, N22 zu Art. 221 ZPO.

forderte Teilzahlung genauer spezifiziere.⁴² In der Tat leiten sich die aufgezeigten Substantiierungsanforderungen nicht aus dem materiellen Bundesrecht ab; vielmehr ergeben sich diese aus prozessualen Bestimmungen und Grundsätzen.

Von den soeben diskutierten Szenarien ist eine verwandte Konstellation klar zu unterscheiden. Macht ein Kläger einen Forderungsbetrag anhängig und begründet diesen mit mehreren Forderungen, welche den eingeklagten Betrag insgesamt übersteigen, und macht der Kläger hinreichend deutlich, dass er keine Nachklage für den den eingeklagten Betrag überschüssenden Teil vorbehalten will, handelt es sich nicht um eine Teil-, sondern um eine Vollklage.⁴³ Es bleibt einem Kläger nämlich unbenommen, von einem behaupteten Gesamtanspruch nur einen Teil davon einzuklagen und diesen mit mehreren Eventualbegründungen zu untermauern. Beschränkt er den eingeklagten Forderungsbetrag dergestalt auf CHF 30'000, sind die Vorschriften des vereinfachten Verfahrens anwendbar, auch wenn das Gericht letztlich über Forderungen zu entscheiden hat, welche in der Summe die Streitwertgrenze übersteigen.⁴⁴

4. *Insbesondere: Die teilklageweise Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung*

Das Gesetz statuiert eine Verwirkungsfrist von 180 Tagen ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses, um eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung durch Anhängigmachung einer Klage zu fordern (Art. 336b Abs. 2 OR). Es stellt sich die Frage, ob eine fristgerecht anhängig gemachte Teilklage die Verwirkungsfrist bezüglich des gesamten (behaupteten) Anspruchs wahren kann.

Nach gewissen Lehrmeinungen wollte der Gesetzgeber mit der kurzen Verwirkungsfrist einzig die Unsicherheit darüber beseitigen, ob überhaupt geklagt wird oder nicht.⁴⁵ Bringt der Gekündigte mit einer Klage innert 180 Tagen zum Ausdruck, dass er die Kündigungsumstände als missbräuchlich erachtet, schafft er damit immerhin Klarheit, dass er den Kün-

⁴² BGer Urteil 4A_194/2012 vom 20. Juli 2012, Erw. 1.4.

⁴³ Vgl. BGer Urteil 4A_633/2012 vom 21. Februar 2013, Erw. 2.5.

⁴⁴ BGer Urteil 4A_633/2012 vom 21. Februar 2013, Erw. 2.5.

⁴⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N3 zu Art. 336b OR; wohl kritisch zu dieser Absicht STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N5 zu Art. 336b OR.

digenden ins Recht fassen will. Dieser Ansicht folgend, würde die gewünschte Rechtssicherheit auch erreicht, wenn der Gekündigte den Kündigenden mit einer Teilklage belangt, da diese unmissverständlich manifestiert, dass er den Kündigenden ins Recht fassen will. Die mit der Geltendmachung einer Teilklage verbleibende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, ob bzw. wieviel der Gekündigte allenfalls später noch geltend machen will, könnte der Kündigende mittels negativer Feststellungs(wider)klage beseitigen. Dieses Auslegungsergebnis wird durch den Wortlaut des Gesetzes gestützt: Es spricht von „einer Klage“ und nicht von „der Klage“. Zudem muss nicht „der Anspruch auf Entschädigung“ rechtshängig gemacht werden, sondern „eine Klage“.

Dieser Auffassung stehen jedoch die Materialien entgegen, wonach durch die kurze Verwirkungsfrist Klarheit geschaffen werden soll, „ob die Sache endgültig geregelt ist“.⁴⁶ Sollte die Teilklage fristwährend (auch) für eine vorbehaltenen Nachklage sein, wäre die Sache nicht endgültig, sondern nur bezüglich eines Teils geregelt. In der Botschaft wurde ebenfalls ausgeführt, dass „[d]ie Geltendmachung des Anspruchs auf Entschädigung“ innert der (damals noch 30-tägigen) Frist zu erfolgen hat.⁴⁷ Diese Auffassung wird auch von einem Teil der Lehre zur Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR gestützt, wonach ein Gericht bei der Bemessung der Entschädigung wegen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, die gleichzeitig auch missbräuchlich war, nur dann die missbräuchlichen Kündigungsumstände berücksichtigen darf, falls die Klage innert der Verwirkungsfrist nach Art. 336b Abs. 2 OR anhängig gemacht wird.⁴⁸

Die Frage, ob eine Teilklage fristwährend für den gesamten Anspruch ist, lässt sich m.E. mit Blick auf den Zweck von Art. 336a OR und einer prozessualen Überlegung klären. Eine Teilklage ist nur dann zulässig, wenn ein behaupteter Anspruch teilbar ist. Obwohl eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung an sich eine Forderung auf Zahlung einer Geldsumme darstellt, ist sie m.E. nicht teilbar und deshalb einer Teilklage nicht zugänglich. Denn letztlich geht es um die Frage der Missbräuchlichkeit, bei deren Beantwortung das Gericht alle Umstände zu würdigen hat. Gestützt auf diese Würdigung, bei der dem Gericht freies Ermessen zukommt, hat es anschliessend über den Anspruch zu entscheiden und allenfalls eine Entschädigung festzulegen. Der Anspruch auf Entschädigung hat

⁴⁶ Amtl.Bull. StR 1987, S. 347.

⁴⁷ BBl 1967 II S. 387.

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 45), N8 zu Art. 337c; a.M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, N13 zu Art. 337c OR.

dabei einerseits Strafcharakter zulasten des Kündigenden und andererseits Genugtuungscharakter zugunsten des Gekündigten.⁴⁹ Diesen Zwecken kann nur gedient werden, wenn alle Kündigungsumstände und damit die Frage der Missbräuchlichkeit umfassend und in einem „Aufwisch“ gewürdigt werden. Zwar mag die zugesprochene Entschädigung als Geldzahlung teilbar sein, nicht hingegen die vorangehende Würdigung der konkreten Kündigungsumstände als Grundlage des Entschädigungsanspruchs.

Würde demgegenüber die Teilklage zugelassen, drohten sich widersprechende Urteile. Da auch das Zweitgericht volles Ermessen bei der Würdigung der besonderen Umstände hat, muss es ihm unbenommen sein, die Würdigung anders als das Erstgericht vorzunehmen und zum Beispiel eine Missbräuchlichkeit und somit den Anspruch im Grundsatz zu verneinen. Auch wäre nicht klar, ob bei einer gutgeheissenen Teilklage *res iudicata* vorliegen würde, wenn das urteilende Gericht erwog, dass die Kündigungsumstände zwar die teilklageweise geforderte Pönale zu rechtfertigen vermögen, aber nicht mehr.

Der Anspruch auf Entschädigung eines missbräuchlich Gekündigten ist demzufolge einer Teilklage nicht zugänglich, obschon der behauptete Forderungsbetrag grundsätzlich teilbar wäre. Es bleibt dem Gekündigten in Anwendung von Art. 58 Abs. 1 ZPO selbstredend unbenommen, mittels reduzierter (Voll-)Klage in die Vorzüge des vereinfachten Verfahrens zu gelangen.

Diese Überlegungen gelten m.E. für alle Ansprüche, die im Grundsatz und bezüglich der Höhe von der Würdigung der Umstände durch das Gericht abhängen. Neben dem Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR) gilt dies namentlich auch für den Anspruch auf Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR) und den Genugtuungsanspruch (Art. 47 und 49 OR). All diesen Ansprüchen ist gemeinsam, dass ein Gericht unter Würdigung der konkreten Umstände zu entscheiden hat, ob überhaupt ein Anspruch besteht, um in einem zweiten Schritt dem Kläger eine den Umständen angemessene Entschädigung zuzusprechen. Solche Ansprüche sind mit einem Gestaltungsklagerecht zumindest verwandt, da das Gericht durch seinen Entscheid einen Anspruch begründen muss (vgl. Art. 87 ZPO), um eine Entschädigung gutheissen zu können. Der Anspruch an sich ist jedoch nicht teilbar im Sinne von Art. 86 ZPO. Ein Zweitgericht muss im Falle einer dennoch erhobenen Nachklage die Einrede der abgeurteilten Sache

⁴⁹ BGE 132 III 115 Erw. 5.6 m.w.H.

(Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) beachten und hat auf die Nachklage nicht einzutreten. Die besonderen Umstände, anhand denen der Anspruch begründet und die Höhe der Entschädigung festgelegt wurden, sind als entscheidrelevanter Sachverhalt bereits durch das Erstgericht umfassend gewürdigt worden.⁵⁰

5. *Die gerichtliche Abänderung von fremdsprachigen Arbeitszeugnissen*

Der Arbeitnehmer hat jederzeit einen Anspruch auf ein Arbeitszeugnis, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Art. 330a Abs. 1 OR). Das Arbeitszeugnis muss dabei wahrheitsgemäss abgefasst und aufgrund seines Zwecks der Förderung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers wohlwollend formuliert sein.⁵¹ Gemäss Bundesgericht ist das Wahrheitsgebot nach dem Verständnis eines unbeteiligten Dritten zu beurteilen. Dieses Verständnis soll den Tatsachen entsprechen.⁵²

Bezüglich der Sprache, in welcher ein Zeugnis ausgestellt wurde, ist zwischen zwei Fragen zu unterscheiden: In welcher Sprache ist erstens ein Zeugnis auszustellen, und wie kann zweitens ein fremdsprachiges Zeugnis gerichtlich berichtigt werden?

a) Zur Ausstellungssprache des Zeugnisses

Das Gesetz äussert sich zur Frage, in welcher Sprache das Zeugnis verfasst werden muss, nicht. Dies ist vor dem Zweck der Bestimmung, d.h. der Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers, zu beantworten. Letztlich gewährt das Gesetz einem Arbeitnehmer demzufolge einen Anspruch auf ein Zeugnis in der Sprache, welche sein wirtschaftliches Fortkommen am meisten fördert.

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung legt demgegenüber die Gesetzesbestimmung m.E. zu restriktiv aus. So wird allgemein dafür gehalten, dass das Zeugnis in der vorherrschenden bzw. üblichen Sprache am Ar-

⁵⁰ Vgl. BGE 125 III 241 Erw. 1.

⁵¹ BGE 129 III 177 Erw. 3.2.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N1 zu Art. 330a OR; JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 67.

⁵² BGer Urteil 4C.60/2005 vom 28. April 2005, Erw. 4.1.

beitsort abzufassen sei. Davon könne nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer einer Berufsgruppe mit klar überwiegender (besonderer) Berufssprache angehöre oder das Arbeitsverhältnis stark international geprägt sei.⁵³ In diesen Fällen habe der Arbeitnehmer Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses in beiden Sprachen.⁵⁴ Nach der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich sind die Anforderungen an die starke internationale Prägung bzw. die besondere Berufssprache sehr hoch. Demnach reiche es nicht, dass der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien in Englisch abgefasst wurde, ein (erstes) Arbeitszeugnis bereits in englischer Sprache ausgestellt wurde und die Arbeitgeberin international verflochten war, um auf ein stark international geprägtes Arbeitsverhältnis zu schliessen und dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf ein Zeugnis in englischer Sprache zuzugestehen.⁵⁵

Diese Anforderungen des Arbeitsgerichts Zürich sind m.E. angesichts des unbestrittenen Gesetzeszwecks nicht gerechtfertigt. Sofern sich der Arbeitnehmer in einer Branche bewegt, in welcher eine Fremdsprache regelmässig Geschäftssprache ist und die Arbeitsvertragsgrundlagen (namentlich der Arbeitsvertrag und relevante Reglemente) in dieser Fremdsprache abgefasst werden, dient dem Fortkommen des Arbeitnehmers primär ein in dieser Fremdsprache ausgestelltes Zeugnis. Der Arbeitnehmer soll in solchen Fällen selber entscheiden können, ob er ein Zeugnis in der Sprache des Arbeitsortes oder in dieser Geschäftssprache (zumeist Englisch) haben will. Dieser Grundsatz gilt für Zeugnisse in allen Fremdsprachen, d.h. auch in Sprachen, denen das Gericht nicht mächtig ist. Es liegt dann am Kläger, dem Gericht den (fremdsprachigen) Streitgegenstand zu erläutern und sein Begehren durch geeignete Beweismittel⁵⁶ zu substantiieren.

Die Grenze dieses Wahlrechts des Arbeitnehmers ist dort zu ziehen, wo der Arbeitgeber legitime Interessen vorbringen kann, weshalb ihm die Ausstellung eines fremdsprachigen Zeugnisses nicht möglich oder zumutbar ist. Dies wäre namentlich der Fall, wenn ihm die Fremdsprache die wahrheits-

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 45), N3c zu Art. 330a; ENZLER, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Zürich 2012, Rz. 97 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N13 zu Art. 330a OR. Als Beispiel einer solchen „besonderer Berufssprache“ wird regelmässig „Englisch bei Berufspiloten“ verwendet.

⁵⁴ BGer Urteil 4A_117/2007 vom 13. September 2007, Erw. 7.1.

⁵⁵ Entscheid des Arbeitsgerichts vom 13. Dezember 2011, AN100077, Erw. 3.b.

⁵⁶ Zu denken ist beispielsweise an eine beglaubigte Übersetzung des Zeugnisses in die Verfahrenssprache oder ein Gutachten zur Erläuterung eines Unterschieds einer beantragten Neuformulierung.

gemässe Abfassung des Zeugnisses verunmöglichen würde. Stellt der Arbeitgeber üblicherweise (auch) Zeugnisse in dieser Fremdsprache aus, oder ist diese Fremdsprache anerkanntermassen die Geschäftssprache des Arbeitgebers, spricht jedoch nichts gegen den Anspruch des Arbeitnehmers auf ein Zeugnis in dieser Fremdsprache.

- b) Zur gerichtlichen Abänderung eines in einer „Fremdsprache“ abgefassten Zeugnisses

Praktische Schwierigkeiten treten auf, wenn der Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis gerichtlich abgeändert haben will, das in einer Sprache abgefasst wurde, die nicht Verfahrenssprache des angerufenen Gerichts ist. Gemäss Art. 129 ZPO ist das Gerichtsverfahren in der Amtssprache des zuständigen Kantons zu führen. Insbesondere ist Englisch keine Verfahrenssprache. Aber auch Französisch ist in der deutschsprachigen Schweiz keine Verfahrenssprache (und umgekehrt).

Das Arbeitsgericht Zürich hat in seinem Entscheid vom 13. Dezember 2011 festgehalten, dass die Berichtigung eines in Französisch ausgestellten Zeugnisses in Deutsch verlangt werden müsse.⁵⁷ Diese Auffassung überzeugt nicht. Es ist zwischen der Verfahrenssprache und dem Streitgegenstand zu unterscheiden: Streitgegenstand kann ohne Weiteres etwas Fremdsprachiges sein, ohne dass der Kläger die Vorschriften zur Verfahrenssprache verletzen würde (sofern die Eingaben selber in der Verfahrenssprache erfolgen). Die Berichtigung eines in einer „Fremdsprache“ ausgestellten Zeugnisses kann demzufolge gerichtlich verlangt werden. Wurde beispielsweise ein Zeugnis in Englisch ausgestellt, kann sich der klagende Arbeitnehmer darauf beschränken, gerichtlich die Ergänzung oder Berichtigung des englischen Zeugnisses um einzelne (selbstverständlich englische) Passagen zu verlangen.

Diese Frage anders zu entscheiden, würde zu einer Vermischung des Streitgegenstands mit der Bestimmung über die Verfahrenssprache führen und in praktischer Hinsicht vom Arbeitnehmer verlangen, zuerst das ge-

⁵⁷ Entscheid des Arbeitsgerichts vom 13. Dezember 2011, AN100077, Erw. 3.b. Es verwies dabei auf einen früheren Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich, wobei die relevanten Sachverhaltselemente dort nicht restlos klar sind; insbesondere erhellt nicht, ob tatsächlich nur die Abänderung der ursprünglich in Französisch ausgestellten Arbeitsbestätigung oder die Ausstellung eines (neuen) Vollzeugnisses verlangt wurde (Entscheid AN070039 vom 13. März 2007, abgedruckt in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2007, S. 23).

samte Zeugnis in die Verfahrenssprache zu übersetzen und dann darin Ergänzungen oder Berichtigungen zu verlangen. Dies würde absehbar zu Streitereien über die Übersetzung des an sich nicht strittigen Teils des Zeugnisses führen. Auch brachte der Arbeitgeber durch Ausstellung eines Zeugnisses in einer Fremdsprache seinen Willen und seine Möglichkeiten zum Ausdruck, dieses nicht einzig in der „heimischen“ Sprache ausstellen zu wollen bzw. zu können. Zudem wäre eine Rückübersetzung des gerichtlich abgeänderten Zeugnisses in die ursprüngliche Ausstellungssprache notwendig, was Potential für neue Streitigkeiten birgt.

Diese Konstellation führt zu einer für den klagenden Arbeitnehmer besonderen Situation: Will er ein ausgestelltes Zeugnis gerichtlich abändern lassen, muss er einen neuen Text oder konkrete Abänderungsvorschläge in sein Rechtsbegehren aufnehmen.⁵⁸ Da der ursprüngliche, zu ändernde Text in einer Fremdsprache verfasst wurde, ist es ihm zuzugestehen, diese beantragten Änderungen im Rechtsbegehren ebenfalls in dieser Fremdsprache zu formulieren. Da ein Arbeitszeugnis sprachlich klar und unmissverständlich sein muss, muss das Gericht den Inhalt des Zeugnisses und damit den eigentlichen Streitgegenstand beurteilen können. Bestreitet die Arbeitgeberrin die Richtigkeit der vom Kläger beantragten Änderungen, ist es daher Sache des Klägers, dem Gericht den fremdsprachigen Streitgegenstand zu erläutern, mithin die gerügten und neu vorgeschlagenen Textpassagen in die Verfahrenssprache zu übersetzen und zu erklären.

Um dem Gericht die Beurteilung der beanstandeten Änderungen zu ermöglichen und damit insbesondere sicherzustellen, dass das Zeugnis wahr ist, muss der Arbeitnehmer dem Gericht die einzelnen strittigen Punkte deshalb im Detail erläutern. Konkret bedeutet dies, dass er dem Gericht (i) die Bedeutung der ursprünglichen Formulierungen darlegen muss (d.h. eine Übersetzung des beanstandeten, fremdsprachigen Texts in die Verfahrenssprache), (ii) substantiiert darlegen muss, weshalb diese Formulierung unrichtig oder unvollständig ist, (iii) erläutern muss, was die von ihm beantragte, fremdsprachige Formulierung bedeutet (d.h. wiederum eine Übersetzung des vorgeschlagenen, fremdsprachigen Texts in die Verfahrenssprache), und (iv) substantiiert darlegen, weshalb die von ihm vorgeschlagene Formulierung den Tatsachen entspricht.⁵⁹

⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 45), N5a zu Art. 330a; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N21 zu Art. 330a OR; JANSSEN (FN 51), S. 160.

⁵⁹ Vgl. allgemein zur Verteilung der Beweislast bei Abänderungsbegehren BK-REHBINDER/STÖCKLI, N22 zu Art. 330a OR; ENZLER (FN 53), Rz. 221 ff.

III. **Schlusswort**

Der arbeitsrechtliche Prozess wird auch in nächster Zeit weiterhin Herausforderungen an die beteiligten Parteien stellen, insbesondere auch deshalb, weil er trotz vereinheitlichter Prozessordnung ein „Tummelfeld des Föderalismus geblieben“ ist.⁶⁰ Bereits die sehr selektive Darstellung einzelner Fallstricke im vorliegenden Beitrag zeigt auf, wie mannigfaltig die Herausforderungen sind. Vom prozessierenden Anwalt ist entsprechend eine grosse Sorgfalt gefordert. Von den Gerichten darf umgekehrt erwartet werden, dass sie prozessuale Bestimmungen zur Durchsetzung und nicht zur Verhinderung des materiellen Rechts anwenden, sofern die materielle Bestimmung den im Prozess liegenden Anspruch tatsächlich begründet.

⁶⁰ FRÖHLICH (FN 28), Rz. 2.