

 jetzt bestellen

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph



Schulthess §

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022

ISBN 978-3-7255-8375-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
WOLFGANG PORTMANN	
Adrian von Kaenel – Kompetenz und Vielseitigkeit in Person	1
GABRIEL AUBERT	
Les plateformes Uber : désactiver le droit du travail ?	7
ROLAND BACHMANN	
Schiedsfähigkeit kollektiver Arbeitsstreitigkeiten	17
ALFRED BLESİ	
Der vielbeschäftigte Verwaltungsrat und die Versicherung seines Entgelts	35
CHRISTIAN BRUCHEZ	
Les conventions relatives à la formation du travailleur	49
GEORGES CHANSON	
Terminierungen im Arbeitsvertrag	65
HELIN CIGERLI / CECILIA SCHULER / ROGER RUDOLPH	
Umziehzeiten als Arbeitszeit	95
JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON	
Quatrième révolution industrielle, digitalisation et numérisation, pandémie du Covid-19 : le droit du travail à la croisée des chemins ?	107
	XI

MARTIN FARNER

Lohnschutz nach Schweizer und EU-Recht 119

THOMAS GÄCHTER / MATTHIAS APPENZELLER

Arbeitnehmermitsprache bei der Wahl des Sozialversicherers 131

THOMAS GEISER

Wie ist Arbeit und Familie vereinbar? 147

CHRISTIAN GERSBACH / CHRISTINA WINTER

Sozialpläne – Aktuelle Entwicklungen 161

WERNER GLOOR

**L'obligation de restituer le logement mis à disposition
par l'employeur** 173

LUKASZ GREBSKI

Tarifeinheit, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität 191

CHRISTOPH HÄBERLI

**Gesamtarbeitsvertragliche Vorruhestandsregelungen und
Veränderungen in den betrieblichen Gegebenheiten** 209

RENÉ HIRSIGER / THOMAS PIETRUSZAK

**Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner –
rechtliche Einordnung und Möglichkeit der
Leistungseinstellung** 223

ROGER HISCHIER

Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess 235

MARC HÜRZELER

**Einige Gedanken zu den Wirkungen von Art. 333 OR
(insbesondere Absatz 2) auf das Vorsorgeverhältnis in
der beruflichen Vorsorge** 253

UELI KIESER

**Tätigkeiten im Parlament –
Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer oder etwas Sonstiges?** 259

ANNE MEIER

Questions pratiques sur les enquêtes internes à l'entreprise 275

MARTIN L. MÜLLER

Die Gewerkschaft in der Massentlassung 301

ROLAND A. MÜLLER / OLIVER SCHMID

Friedenspflicht im schweizerischen Arbeitsrecht 315

ROLAND MÜLLER / MANUEL STENGEL

Rechtsfragen um Ferien – Aktuelle Probleme 329

RAHEL A. NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

**Neue Urlaubsformen für Arbeitnehmende mit
Familien- und Angehörigenpflichten** 347

KURT PÄRLI / PIA MEIER

Anstellungsdiskriminierung 363

CHRISTOPH SENTI

**Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation
nach Art. 322d OR** 381

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Bindung der GAV-Parteien an die Verfassung 397

OTHMAR STRASSER

**Das Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB als
Grundlage für externes Whistleblowing bei der
Bekämpfung der Geldwäscherei?** 413

ISABELLE WILDHABER / FRÉDÉRIC BARTH

«Grünes Arbeitsrecht» – Klimawandel und Nachhaltigkeit als rechtliche Herausforderungen für das Arbeitsverhältnis	429
--	------------

HANSRUEDI WYSS

Konfliktbelastete Arbeitsverhältnisse	439
--	------------

Verzeichnis der Publikationen von Adrian von Kaenel	453
--	------------

Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess

ROGER HISCHIER

Inhaltsverzeichnis

I.	Theorie der doppelrelevanten Tatsachen.....	236
A.	Einleitung.....	236
1.	Vorbemerkungen.....	236
2.	Untersuchungsgegenstand.....	237
3.	Begriffliches.....	237
a)	Einfachrelevante Tatsachen.....	237
b)	Doppelrelevante Tatsachen.....	238
c)	Theorie der doppelrelevanten Tatsachen.....	238
B.	Ursprung.....	238
C.	Zweck.....	239
D.	Ausnahmen von der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen.....	240
1.	Rechtsmissbrauch.....	240
2.	Schiedsgerichtliche Zuständigkeit.....	240
3.	Gerichtsimmunität.....	240
E.	Anwendung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen im internationalen Verhältnis.....	241
F.	Schlüssigkeitsprüfung.....	241
1.	Anforderung an klägerische Eingabe.....	241
2.	Rechtliche Qualifikation.....	242
3.	Missbrauchskontrolle.....	242
G.	Prozesserledigung.....	243
1.	Vorbemerkungen.....	243
2.	Vorliegen einer Ausnahme von der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen.....	243
a)	Rechtsmissbrauch.....	243
b)	Schiedsgerichtliche Zuständigkeit.....	243
c)	Gerichtsbareitsimmunität.....	243
3.	Nichtbestehen der Schlüssigkeitsprüfung.....	244
4.	Nach Beweisverfahren bestätigte Zuständigkeit.....	244

5.	Abgelehnte Zuständigkeit	244
a)	Fehlende verfahrensmässige Zuständigkeit	244
b)	Fehlende sachliche Zuständigkeit	245
c)	Fehlende örtliche Zuständigkeit	246
H.	Objektive Klagenhäufung	247
I.	Zwischenentscheid	247
J.	Prozessüberweisung	248
II.	Kritische Würdigung	249

I. Theorie der doppelrelevanten Tatsachen

A. Einleitung

1. Vorbemerkungen

Die Kenntnis des materiellen Rechts, namentlich des Arbeitsrechts, das vorliegend auch im Fokus der Abhandlung steht, ist im Gerichtsfall oft nur sekundär von Nutzen; denn nach dem Grundsatz *iura novit curia* ist das Recht vom Gericht anzuwenden und die Hauptaufgabe der Parteien ist es primär, den rechtserheblichen Sachverhalt zu behaupten und vor allem auch zu beweisen. Auf diesem Weg lauern jedoch diverse prozessuale Fallgruben, die ohne breitabgestützte Kenntnis des Zivilprozessrechts dazu führen können, dass das Verfahren formell oder materiell beendet wird, ohne dass über die materiellen Rechtsbehörden überhaupt entschieden wurde. Wer schon einmal eine Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht hat, wird davon ein Lied singen können. Vom Bundesgericht wird jede kleinste prozessuale Unachtsamkeit schonungslos aufgedeckt und viele scheitern schon bei den Eintretensvoraussetzungen. Auch wer diese Hürde nimmt, wird in der Regel in den Erwägungen des Bundesgerichts nicht von Tadel verschont bleiben und sich anschliessend verschämt fragen, wie man sich nur auf solch unbeholfene Weise an das höchste Gericht wenden konnte.

Das vorliegend behandelte Thema der doppelrelevanten Tatsachen kann als prozessrechtliches Buch mit sieben Siegeln betitelt werden, das sich je tiefer man in die Materie eintaucht als Irrgarten ohne Ausweg erweist. Entsprechend zitiert URS H. HOFFMANN-NOWOTNY im Vorwort seiner monumentalen Dissertation zum Thema «Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren» Prof. Dr. Andreas Bucher, der die in diesem Themenbereich auftretenden Probleme als «complexes et chargés de subtilités» bezeichnete, wobei insbesondere die fehlende wissenschaftliche Durchdringung zur Verwirrung des Praktikers beitrage.¹ Auf beinahe 400 Seiten hat sich HOFMANN-NOWOTNY dieser Mammutaufgabe

¹ HOFFMANN-NOWOTNY, *Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren*, Zürich/St. Gallen 2010, V; BUCHER, *L'examen de la compétence internationale par le juge suisse*, in *SemJud* 129 (2007) II 153.

angenommen und musste schliesslich doch viele Fragen offen lassen. Aktuell hat sich auch SAMUEL BAUMGARTNER in einer sehr detaillierten und fundierten 23-seitigen Abhandlung dem Thema «Doppelrelevante Tatsachen» angenommen.² Daneben gibt es zum Thema doppelrelevante Tatsachen eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen, die zum Teil widersprüchlich oder missverständlich sind.³ Der momentan letzte Stand der Rechtsprechung zum Thema doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess ist dem Entscheid 4A_84/2020 des Bundesgerichts vom 27. August 2020 zu entnehmen.⁴ Auf dieses Urteil wird nachfolgend noch detailliert eingegangen.⁵

Der Jubilar hat sich in einer Vielzahl von Publikationen nebst vor allem zu materiellen Arbeitsrechtsthemen auch vertieft mit prozessrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht auseinandergesetzt; exemplarisch sei auf seine Ausführungen zum Arbeitsprozess im Fachhandbuch Arbeitsrecht verwiesen.⁶ Daneben ist Adrian von Kaenel ein begnadeter Gitarrist. Der Schreibende denkt immer noch mit grosser Freude an die beiden legendären Konzerte der spontan ins Leben gerufenen Rock-Gruppe GAV («Grösste Allgemeine Verunsicherung») zurück, bei denen Adrian von Kaenel (Gitarre), Alfred Blesi (Kontrabass), Jürg Luginbühl (Gesang), Jürg Egli (Schlagzeug) und der Schreibende (Gitarre/Gesang) an einer Veranstaltung der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbandes am 17. März 2009 und am Schweizerischen Anwaltskongress am 24. Juni 2011 auftreten durften. Dieser Aufsatz ist Adrian von Kaenel mit den herzlichsten Wünschen für seine weitere juristische und musikalische Zukunft gewidmet.

2. *Untersuchungsgegenstand*

Im vorliegenden Aufsatz wird die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen schwer gewichtig im Zusammenhang mit dem Arbeitsprozess, in dem Forderungen aus einem (vermeintlichen) Arbeitsverhältnis geltend gemacht werden, beleuchtet.

3. *Begriffliches*

a) **Einfachrelevante Tatsachen**

Einfachrelevante oder zuständigkeitsrelevante Tatsachen liegen vor, wenn diese nur für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht aber für die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs massgebend sind. Als einfachrelevante Tatsachen sind etwa der Wohnsitz oder Sitz der Beklagten oder der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung anzusehen. Bezüglich der einfachrelevanten Tatsachen ist bei der Zuständigkeitsprüfung Beweis zu führen, wenn deren Vorhandensein von der beklagten Seite bestritten wird.⁷

² BAUMGARTNER, Doppelrelevante Tatsachen, recht 2022, 1 ff.

³ Eine Zusammenstellung der Kasuistik findet sich in Arbeitsgericht Zürich, Urteil AN150014 vom 15. März 2017 (Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017, Nr. 25).

⁴ BGer, Urteil 4A_84/2020 vom 27. August 2020.

⁵ Siehe dazu hinten bei FN 72 und 93.

⁶ VON KAENEL, Der Arbeitsprozess, in Fachhandbuch Arbeitsrecht, Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Zürich 2018, 971 ff.

⁷ BGE 137 III 32 E. 2.3; BGer, Urteil 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.1.1.

b) Doppelrelevante Tatsachen

Kommt einer Tatsache sowohl für die Zuständigkeit als auch für die materielle Begründung einer Klage Bedeutung zu, spricht man von einer doppelrelevanten Tatsache.⁸ Dies ist regelmässig bei der Geltendmachung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen der Fall; denn die Antwort auf die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist sowohl für die Bestimmung der Zuständigkeit⁹ als auch für die Entscheidung über Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsrecht ergeben,¹⁰ entscheidend. Sieht die kantonale Gerichtsorganisation ein Arbeitsgericht vor, stellt die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht, auch immer eine doppelrelevante Tatsache dar.¹¹

c) Theorie der doppelrelevanten Tatsachen

Gemäss der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen, die beim Vorliegen doppelrelevanter Tatsachen zur Anwendung kommt, werden die vom Kläger behaupteten Tatsachen für die Beurteilung der Zuständigkeit grundsätzlich als wahr unterstellt. Bezüglich dieser Tatsachen wird der Beweis erst im Prozessabschnitt, in dem über die Begründetheit des materiellen Anspruchs entschieden wird, abgenommen.¹²

Nach der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen prüft das angerufene Gericht seine Zuständigkeit nur anhand des eingeklagten Anspruchs und dessen Begründung, ohne die Einwände der beklagten Partei zu berücksichtigen.¹³ «Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat.»¹⁴

B. Ursprung

In BGE 122 III 249 hat die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen, welche ihren Ursprung in der deutschen Lehre hat, erstmals Einzug in die schweizerische Rechtsprechung gefunden.¹⁵ Grundlegend für deren Behandlung wird in Deutschland ein Leitentscheid des Reichsgerichts aus dem Jahr 1892¹⁶ angesehen.¹⁷ Eingehend hat sich in Deutschland erstmals EKKEHARD SCHUMANN¹⁸ im Jahr 1987 der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen angenommen.¹⁹ Im eingangs erwähnten Bundesgerichtsentscheid hat sich denn das

⁸ BAUMGARTNER (FN 2), 1.

⁹ Art. 34 ZPO, Art. 18 ff. LugÜ, Art. 115 IPRG.

¹⁰ Art. 319 ff. OR.

¹¹ BGer, Urteil 4A_84/2020 vom 27. August 2020, E. 5.2; BGer, Urteil 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.1.2.

¹² BGer, Urteil 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.1.2; BGer, Urteil 4A_461/2010 vom 22. November 2010, E. 2.3; BGE 141 III 249 E. 5.1, 5.2; BGE 137 III E. 2.3, 2.4.1; BGE 122 III 249 E. 3.b.bb.

¹³ BGE 141 III 294 E. 5.2; BGer, Urteil 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.1.2.

¹⁴ BGer, Urteil 4A_461/2010 vom 22. November 2010, E. 2.2.

¹⁵ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 182; die erste Erwähnung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen findet sich in BGE 121 III 495 E. 6b und 6d.

¹⁶ RGZ 29 371, 373 (zitiert bei HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 183).

¹⁷ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 183.

¹⁸ SCHUMANN, Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, in Habscheid/Schwab (Hrsg.), Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Münster 1987, 402 ff.

¹⁹ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 183.

Bundesgericht auch auf die diesbezüglichen Schlüsse von SCHUMANN abgestützt und darauf seine Begründung aufgebaut:

«Der Grundsatz, wonach das Vorliegen der Zulässigkeitstatsachen unterstellt wird, gilt indessen nur, wenn der Gerichtsstand von der Natur des eingeklagten Anspruchs abhängt, wenn sich Zulässigkeitstatsachen und Begründetheitstatsachen decken. Ist eine Tatsache doppelrelevant, das heisst sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren Begründetheit, wird sie nur in einer einzigen Prüfungsstation untersucht, und zwar erst in der Begründetheitsstation (so die Formulierung von SCHUMANN, Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellungen, doppelrelevante Tatsachen, in: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, FS Heinrich Nagel, S. 415; kritisch HARTMANN, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 54. Auflage, N. 15 zu Grundz § 253; vgl. auch BGE 121 III 495 E. 6d S. 503: betreffend Zuständigkeitsentscheid eines Schiedsgerichts). Zwar ist der von HARTMANN (a.a.O.) erhobene Einwand methodischer Unsauberkeit nicht von der Hand zu weisen. Denn es besteht die Möglichkeit, dass eine vorerst als zulässig betrachtete Klage nach Prüfung der Begründetheit für unzulässig erklärt werden muss. Indes ist der Schutz der beklagten Partei schwerer zu gewichten und ein Interessenausgleich dafür zu schaffen, dass dem Kläger unter Umständen mehrere Wahlgerichtsstände zur Verfügung stehen. Weil die beklagte Partei der Behauptung einer doppelrelevanten Tatsache ohnehin begegnen muss, sei es unter dem materiellen, sei es unter dem prozessualen Aspekt, soll sie zumindest einer zweiten identischen Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegenhalten können. Darin liegt die innere Rechtfertigung des Vorrangs der materiellen Prüfung (SCHUMANN, a.a.O., S. 421 ff.).»²⁰

Beim vom Bundesgericht zu entscheidenden Fall handelte es sich nicht um einen Fall, der vor einem Arbeitsgericht eingeklagt wurde, sondern es ging um den Gerichtsstand am Erfüllungsort nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ, also um einen internationalen Sachverhalt.

Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen hat sich in der Folge – trotz anfänglich kritischer Stimmen²¹ – relativ schnell in der Schweiz etabliert.²²

C. Zweck

Mit der Anwendung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen soll, wie im eben zitierten BGE 122 III 249 dargelegt, der Beklagte geschützt werden; indem der Kläger trotz eines der Sache nach abweisendem Urteil mit derselben Klage nicht noch einmal bei einem anderen Gericht vorstellig werden kann.²³

Steht also nach Durchführung des Beweisverfahrens fest, dass die ursprünglich auf Zuständigkeitsebene angenommene doppelrelevante Tatsache nicht besteht, wird die Klage mit Sachurteil abgewiesen, was eben im Interesse des Beklagten sein soll. Gemäss Bundesgericht hat der Kläger, der sich dafür entschieden hat, seine Klage bei einem besonderen Gerichtsstand einzureichen, in diesem Fall kein Interesse daran, sie später am ordentlichen

²⁰ BGE 122 III 249 E. 3.b.bb.

²¹ Siehe dazu etwa OGer ZH, Urteil LA100033 vom 25. April 2012, E. 4.c.

²² HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 9 mit weiteren Verweisen.

²³ BAUMGARTNER, (FN 2), 3.

Gerichtsstand oder an einem anderen besonderen Gerichtsstand noch einmal einzuzeichnen.²⁴ Eine Begründung für diese Annahme führt das Bundesgericht jedoch nicht an. Auch der vom Bundesgericht an dieser Stelle zitierten Literatur ist keine diesbezügliche Erklärung zu entnehmen oder abzuleiten.²⁵

D. Ausnahmen von der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen

1. *Rechtsmissbrauch*

Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen kommt ausnahmsweise nicht zur Anwendung, wenn sich der Kläger rechtsmissbräuchlich auf das Vorliegen doppelrelevanter Tatsachen berufen will, namentlich wenn der klägerische Anspruch in einer Form geltend gemacht wird, die dessen wahre Natur verschleiert, oder wenn die Behauptungen offensichtlich falsch sind.²⁶ «Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann.»²⁷ In solchen Fällen soll der Beklagte vor dem Versuch des Klägers geschützt werden, ihn an einem Gerichtsstand seiner Wahl zu verklagen.²⁸

2. *Schiedsgerichtliche Zuständigkeit*

Ist die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts umstritten, kommt die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen nicht zur Anwendung, da es ausgeschlossen sein soll, eine Partei zu zwingen, die Entscheidung eines Schiedsgerichts über strittige Rechte und Pflichten zu erdulden, wenn dies nicht durch eine gültige Schiedsvereinbarung abgedeckt ist.²⁹ Das Schiedsgericht muss also in jedem Fall nach eingehender Prüfung einen Zwischenentscheid über seine Zuständigkeit fällen, bevor es über den Anspruch selber entscheidet.³⁰

3. *Gerichtsimmunität*

Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen ist auch nicht anwendbar, wenn die Frage der Gerichtsbarkeitsimmunität von einem Staat geltend gemacht wird. Hier erfordert es das Interesse des Staates, dass diese Frage vorab geklärt wird.³¹ Interessant ist der Umstand, dass das Bundesgericht im «leading case» zu dieser Frage zum Schluss kam, hinsichtlich der Gerichtsimmunität lägen keine doppelrelevanten Tatsachen vor,³² womit seine diesbezüglichen Ausführungen zu den doppelrelevanten Tatsachen als *obiter dictum* ergangen sind.³³

²⁴ BGE 141 III 294 E. 5.2; BGer, Urteil, 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.1.2.

²⁵ MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, Rz 597.

²⁶ BGE 141 III 294 E. 5.3; BGer, Urteil 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.2.

²⁷ BGE 137 III 32 E. 2.3.

²⁸ BGE 141 III 294 E. 5.3.

²⁹ BGE 141 III 294 E. 5.3; BGE 121 III 495 E. 6d; BGer, Urteil 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.2.

³⁰ BGE 121 III 495 E. 6d.

³¹ BGE 124 III 382 E. 3b.; bestätigt in BGE 141 III 294, E. 5.3; BGer, Urteil 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.2.

³² BGE 124 III 382 E. 3c, 4b und 4c.

³³ HOFFMANN-NOWOTNY, (FN 1), Rz 152.

E. Anwendung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen im internationalen Verhältnis

Wenn der Kläger oder der Beklagte seinen Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat oder wenn sich der gewöhnliche Arbeitsort dort befindet, ist von einem internationalen Sachverhalt auszugehen. In diesem Fall sind die Bestimmungen des internationalen Privatrechts zu berücksichtigen.

Aus Schweizer Sicht kommt dabei bezüglich der Frage der Zuständigkeit bei Einzelarbeitsverträgen das LugÜ zum Tragen, falls der Beklagte seinen Wohnsitz bzw. Sitz oder zumindest seine Niederlassung in einem Vertragsstaat hat.³⁴ Falls dies nicht der Fall ist, kommen die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und im Fall eines Arbeitsvertrages Art. 115 IPRG zur Anwendung.

Im Geltungsbereich des LugÜs bestimmt sich das Verfahren, in dem sich das Gericht von seiner Zuständigkeit zu überzeugen hat, nach dem nationalen Recht, mithin insbesondere nach Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO.³⁵ Da das LugÜ keine Regel enthält, wie beim Vorliegen doppelrelevanter Tatsachen zu verfahren ist, sind die für das nationale Gericht geltenden nationalen Rechtsvorschriften, auf welche zurückzugreifen ist, soweit deren Anwendung die praktische Wirksamkeit des Übereinkommens nicht beeinträchtigt, massgebend.³⁶

Hat der Beklagte keinen Wohnsitz bzw. Sitz oder eine Niederlassung in einem Vertragsstaat des LugÜ, kommen die Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG zur Anwendung.³⁷ In diesem Fall ist mangels entsprechender Regelung im IPRG die sachliche Zuständigkeit und damit auch die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen nach der *lex fori*, dem schweizerischen Verfahrensrecht zu prüfen bzw. anzuwenden.³⁸ Da auf internationaler Ebene in diesem Zusammenhang (scheinbar) identische Rechtsbegriffe auftreten können, können die zugrundeliegenden Tatsachen sogar sozusagen dreifachrelevant sein.³⁹ Mit dieser «verheisungsvollen» Feststellung verlassen wir die internationale Ebene und kehren zurück zur nationalen.

F. Schlüssigkeitsprüfung

I. Anforderung an klägerische Eingabe

In BGE 141 III 294, Erwägung 6, hat das Bundesgericht festgelegt, welche Anforderungen der Kläger beim Vorbringen seiner Behauptungen und Ausführungen zur Begründung der Klage bezüglich der doppelrelevanten Tatsachen erfüllen muss, damit sich das angerufene Gericht zuständig erklären kann: Es ist notwendig und ausreichend, dass der Kläger die doppelrelevanten Tatsachen korrekt behauptet, was bedeutet, dass ihr Inhalt dem Gericht ermöglicht, seine Zuständigkeit zu beurteilen. Das Gericht muss prüfen können, ob die

³⁴ HISCHE, *Internationaler Mitarbeiterinsatz*, 2. Aufl., Zürich 2018, Rz 106, 135.

³⁵ BGE 139 III 278 E. 4.2 mit Hinweisen.

³⁶ BGE 134 III 27 E. 6.2 mit Verweis auf Urteil EuGH vom 7. März 1995 in der Rechtssache C-68/93, Fiona Shevill u.a. gegen Presse Alliance SA, Slg. 1995, I-415, Randnr. 35 f.

³⁷ HISCHE (FN 34), Rz 106, 135.

³⁸ HOFFMANN-NOWOTNY, (FN 1), Rz 58, 388.

³⁹ HOFFMANN-NOWOTNY, (FN 1), Rz 389.

behaupteten Tatsachen schlüssig sind, d.h. ob sie es rechtlich erlauben, den vom Kläger geltend gemachten Gerichtsstand abzuleiten.⁴⁰

Das Bundesgericht war im zu entscheidenden Fall nachsichtig mit dem Beschwerdeführer bzw. dem Kläger und sah es gestützt auf die von Amtes wegen zu berücksichtigende Prüfungspflicht als ausreichend an, dass der Kläger die geforderten Behauptungen nicht im «tatsächlichen» Teil der Klage vorbrachte, sondern nur im «rechtlichen» Teil der Klage.⁴¹

2. *Rechtliche Qualifikation*

Das Gericht ist nicht an die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringungen gebunden, womit im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen zu prüfen ist, ob sich aus den klägerischen Tatsachenbehauptungen auf das Bestehen des behaupteten Vertrages bzw. Anspruchs schliessen lässt. Falls eine solche rechtliche Qualifikation ausgeschlossen scheint, ist auf die Klage nicht einzutreten.⁴² «Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen kann nicht dazu dienen, eine Zuständigkeit zu konstruieren.»⁴³

In einem jüngst vom Bundesgericht zu entscheidenden Fall⁴⁴ hat das Arbeitsgericht Zürich vor Einholung einer Klageantwort die klägerischen Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages schliessen lässt. Gestützt auf die Ausführungen des Klägers und die von ihm eingereichten Beweismittel kam das Arbeitsgericht Zürich zum Schluss, dass kein Arbeitsverhältnis vorlag, und es ist deshalb auf die Klage nicht eingetreten. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht nicht beanstandet, ebenso wenig wie der Umstand, dass das Arbeitsgericht Zürich nach Ablehnung eines Arbeitsverhältnisses keine abschliessende Qualifikation der möglichen Vertragsverhältnisse, namentlich Auftrag und Gesellschaftsvertrag, vorgenommen hat. Abschliessend hielt das Bundesgericht dazu fest: «Entscheidend war im vorinstanzlichen Verfahren einzig, ob die Erstinstanz ihre sachliche Zuständigkeit zu Recht verneint hat, womit einzig zu prüfen war, ob sich aus den Tatsachenbehauptungen der Beschwerdeführerin in der Klage auf ein Arbeitsverhältnis schliessen lässt.»⁴⁵ Damit war das Arbeitsgericht Zürich zurecht auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten.

3. *Missbrauchskontrolle*

Obwohl das Bundesgericht den Rechtsmissbrauch als Ausnahme von der Anwendung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen ansieht, ist eine eigentliche separate Missbrauchskontrolle m. E. obsolet, da diese in der Schlüssigkeitsprüfung aufgeht. Sodann wirft auch HOFFMANN-NOWOTNY die berechtigte Frage auf, ob «in der Anrufung eines Gerichts, das bei Richtigkeit der vom Kläger aufgestellten Behauptungen zu deren Beurteilung zuständig

⁴⁰ BGE 141 III 294 E. 6.1; BGE 137 III 32 E. 2.2.

⁴¹ BGE 141 III 294 E. 6.2.

⁴² BGer, Urteil 4A_461/2010 vom 22. November 2010, E. 2.2.; BGer, Urteil 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.1.2 und 5.2.

⁴³ Obergericht Zug, Urteil Z2 2016 34 vom 9. November 2016, E. 2.4.

⁴⁴ BGer, Urteil 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.2.

⁴⁵ BGer, Urteil 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.6.

wäre, überhaupt ein Missbrauch erblickt werden kann», umso mehr als der Kläger keinen Nutzen aus einer unzutreffenden Behauptung doppelrelevanter Tatsachen ziehen kann.⁴⁶

G. Prozesserledigung

1. Vorbemerkungen

Obwohl die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen seit Ende der Neunzigerjahre in der Schweiz Anwendung findet, blieben und bleiben diverse ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit der Prozesserledigung. Eine aktuelle Momentaufnahme zu diesem Problemkreis gibt die Abhandlung von SAMUEL BAUMGARTNER im recht 2022 zum Thema «doppelrelevante Tatsachen».⁴⁷

Die nachfolgende Auflistung soll einen nicht abschliessenden Überblick über mögliche Prozesserledigungen im Zusammenhang mit doppelrelevanten Tatsachen und den damit eingehenden Konsequenzen geben.

2. Vorliegen einer Ausnahme von der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen

a) Rechtsmissbrauch

Wie bereits vorne dargelegt,⁴⁸ bedarf es an sich keiner separaten Missbrauchskontrolle durch das Gericht. Vielmehr wird das angerufene Gericht im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung anhand der Tatsachenbehauptungen des Klägers und allenfalls unter Beizug der Klageantwort sowie der durch die Gegenpartei produzierten Dokumente prüfen, ob sich daraus auf ein Arbeitsverhältnis schliessen lässt. Falls dies nicht der Fall ist, wird das Gericht einen Nichteintretensentscheid fällen.⁴⁹

b) Schiedsgerichtliche Zuständigkeit

Bei der Frage der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts kommt die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen nicht zur Anwendung,⁵⁰ womit die entsprechende Zuständigkeit nicht gestützt auf die klägerischen Ausführungen zu unterstellen ist. Das Schiedsgericht muss auch bei doppelrelevanten Tatsachen Beweise abnehmen und falls diese nicht bewiesen werden, auf die Klage nicht eintreten.⁵¹

c) Gerichtsbarkeitsimmunität

Falls sich ein Staat auf die Gerichtsbarkeitsimmunität beruft,⁵² ist die Frage, ob der Staat dies berechtigterweise tut, vorab nach Durchführung eines Beweisverfahrens durch das

⁴⁶ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 353.

⁴⁷ BAUMGARTNER (FN 2).

⁴⁸ Siehe vorne bei FN 46.

⁴⁹ BGE 137 III 31 E. 2.3; siehe dazu weiterführend BAUMGARTNER (FN 2), 10.

⁵⁰ Siehe vorne bei FN 29.

⁵¹ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 150.

⁵² Siehe dazu vorne bei FN 31.

angerufene Gericht zu klären und bei Bejahung mittels Prozessentscheid das Verfahren zu beenden.⁵³

3. *Nichtbestehen der Schlüssigkeitsprüfung*

Im Stadium der Prüfung und Entscheidung über die Zuständigkeit müssen die doppelrelevanten Tatsachen nicht bewiesen werden, sondern gelten als auf der Grundlage der Behauptungen, Beweismittel und Anträge des Klägers festgestellt. So muss das Gericht anhand der Schriftsätze des Klägers entscheiden, ob z. B. ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Ist dies nicht der Fall, sind die Voraussetzungen für die Begründung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht erfüllt und die Klage muss für unzulässig erklärt werden.⁵⁴ Dies erfolgt nach der Praxis der Gerichte regelmässig mittels Nichteintretensentscheid.⁵⁵

Berücksichtigt man, dass sich aus einem unschlüssigen Vortrag der doppelrelevanten Tatsachen durch die Klägerin, nicht nur die Unzulässigkeit der Klage, sondern auch gleich die Unbegründetheit der Klage ergibt, wäre es nach Ansicht von BAUMGARTNER angezeigt, das Verfahren auch mittels Sachentscheid zu beenden.⁵⁶ Entsprechend äussert sich auch HOFFMANN-NOWOTNY: «Weshalb nicht auch die im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung in rechtlicher Hinsicht geleistete ‘Gedanken- und Schreibearbeit’ des Gerichts auf eine Klageabweisung mit umfassender Rechtskraftwirkung verwendet werden soll, ist unter prozessökonomischen Gesichtspunkten nicht nachvollziehbar.»⁵⁷

4. *Nach Beweisverfahren bestätigte Zuständigkeit*

Steht nach Durchführung des Beweisverfahrens das Vorliegen der doppelrelevanten Tatsache fest, wird damit die gestützt auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen angenommene Zuständigkeit bestätigt⁵⁸. Das nun zuständige Gericht wird sodann die geltend gemachten Ansprüche materiell prüfen und ein entsprechendes Sachurteil fällen.

5. *Abgelehnte Zuständigkeit*

a) Fehlende verfahrensmässige Zuständigkeit

Nach Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO gehören zu den Prozessvoraussetzungen die sachliche und die örtliche Zuständigkeit. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird ferner auch die Wahl der richtigen Verfahrensart dazu gerechnet.⁵⁹

Gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO gilt das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000. Für gewisse Streitigkeiten kommt das vereinfachte Verfahren jedoch unabhängig vom Streitwert zur Anwendung, so namentlich für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz.⁶⁰ Bei Streitigkeiten nach dem

⁵³ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 152.

⁵⁴ BGer, Urteil 4A_73/2015 vom 26. Juni 2015, E. 4.1.2.

⁵⁵ BGer, Urteil 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.2; BGE 137 III 32 E. 2.2.

⁵⁶ BAUMGARTNER (FN 2), 11.

⁵⁷ HOFFMANN-NOWOTNY (FN 1), Rz 333.

⁵⁸ BGer, Urteil 4A_619/2020 vom 17. Februar 2021, E. 2.1.2.

⁵⁹ BGer, Urteil 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 4.2.

⁶⁰ Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO.

Gleichstellungsgesetz werden auch streitwertunabhängig keine Gerichtskosten gesprochen.⁶¹ Für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gilt Kostenlosigkeit nur bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.⁶²

Damit ist die Frage, ob und inwieweit das Gleichstellungsgesetz Grundlage für die geltend gemachten Ansprüche bildet, für das Eintreten auf die Klage entscheidend, daneben aber auch für die materielle Begründetheit des Anspruchs, womit von einer doppelrelevanten Tatsache auszugehen ist.⁶³ Das Arbeitsgericht Zürich hat es im Entscheid AN190029 vom 5. Dezember 2019 als «zweifelhaft» angesehen, ob die Praxis der Doppelrelevanz überhaupt anzuwenden ist, wenn es um das anwendbare Verfahren geht. Schliesslich hat es die Frage offengelassen.⁶⁴

Das Kantonsgericht Zug ging in seinem Entscheid EV 2020 15 vom 15. März 2020 von der Anwendung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen aus und hat im zu entscheidenden Fall, bei dem es unter anderem um die Geltendmachung von Ansprüchen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz ging, primär auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abgestellt. Bei der rechtlichen Würdigung im Rahmen der Eintretensprüfung bzw. der Prüfung des anwendbaren Verfahrens hat das Kantonsgericht Zug sodann abgeklärt, «ob sich die klägerischen Ansprüche mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf das Gleichstellungsgesetz abstützen lassen können und diese Anspruchsgrundlage nicht bloss konstruiert wurde, um ein kostenloses Verfahren führen zu können.»⁶⁵ Dabei kam es schliesslich nach Prüfung der einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche zum Schluss, dass sich von den klägerischen Forderungen in der Höhe von gesamthaft CHF 134'537 bloss die eine Forderung von CHF 19'000 nach Treu und Glauben auf das Gleichstellungsgesetz stützen liess. Damit sah es das Gericht nicht als gerechtfertigt an, dass die Klägerin gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO im Umfang des gesamten Betrages im vereinfachten Verfahren prozessieren konnte, ohne dass Gerichtskosten anfallen. Vielmehr sei auf die Streitigkeit insgesamt das ordentliche Verfahren anwendbar.⁶⁶ Unter Bezugnahme auf den Entscheid des Bundesgerichts 4A_332/2015 wurde sodann von einer Überweisung⁶⁷ an den zuständigen Spruchkörper abgesehen und auf die Klage wurde insgesamt nicht eingetreten.⁶⁸ Im Umfang der nicht gleichstellungsrechtlichen Ansprüche wurde der Streitwert auf CHF 115'537 festgelegt und die Gerichtskosten und Parteientschädigung ausgehend von diesem Streitwert festgelegt.⁶⁹

b) Fehlende sachliche Zuständigkeit

Wird die gestützt auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen angenommene Zuständigkeit nach Durchführung des Beweisverfahrens nicht bestätigt, kann und darf das Gericht kein neues Urteil über seine Zuständigkeit fällen, da es seinen diesbezüglich ersten

⁶¹ Art. 114 lit. a ZPO.

⁶² Art. 114 lit. c ZPO.

⁶³ Siehe dazu vorne bei FN 9.

⁶⁴ Arbeitsgericht Zürich, Urteil AN190029 vom 5. Dezember 2019, E. 3.1 (Entscheide des Zürcher Arbeitsgerichts 2019, Nr. 20, 71).

⁶⁵ Kantonsgericht Zug, Urteil EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 3.1.2.

⁶⁶ Kantonsgericht Zug, Urteil EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 4.

⁶⁷ Siehe dazu hinten bei FN 83.

⁶⁸ Kantonsgericht Zug, Urteil EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 4.

⁶⁹ Kantonsgericht Zug, Urteil EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 5.

Entscheid (Annahme der Zuständigkeit) nicht mehr rückgängig machen kann; es muss, wenn (beispielsweise) das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht nachgewiesen ist, die Klage durch ein Sachurteil abweisen, so das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 15. November 2018.⁷⁰

Das Arbeitsgericht Zürich hat sich in seinem sehr beachtenswerten Entscheid vom 15. März 2017 eingehend mit der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen im Arbeitsprozess auseinandergesetzt und insbesondere die bis dahin vorliegende obergerichtliche Kasuistik detailliert aufgearbeitet.⁷¹ Es würdigte diese, beschäftigte sich mit dem Umfang der materiellen Rechtskraft und kam zur Schlussfolgerung, dass dem Kläger mangels Klageidentität die Möglichkeit gewahrt bleibt, die Klage aus anderem Rechtsgrund vor dem dafür zuständigen Gericht erneut zu erheben, da diese vom Arbeitsgericht nicht beurteilten und nicht zu beurteilenden anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei bleiben. Schliesslich schloss das Arbeitsgericht Zürich seine Schlussfolgerung mit folgendem Fazit:

«Dagegen vermögen die Grundsätze der Doppelrelevanz von Tatsachen, von iura novit curia, von materieller Rechtskraft und von Klageidentität jedenfalls nicht zum Ergebnis führen, dass das Arbeitsgericht Ansprüche aus Auftrag, Werkvertrag etc. zu prüfen hätte.»

Das Bundesgericht erteilte dem Arbeitsgericht Zürich bezüglich dieser Sichtweise in einem anderen Fall mit Entscheid 4A_84/2020 vom 27. August 2020 eine klare Absage. Einleitend hielt es fest, dass der bei der nachträglichen materiellen Prüfung getroffene Schluss, es liege doch kein Arbeitsvertrag vor, nicht zu einem Nichteintretensentscheid führen darf, sondern das Verfahren mittels Sachentscheid mit Rechtskraftwirkung erledigt werden muss. Sodann wurde das Arbeitsgericht Zürich vom Bundesgericht unter Berufung auf das Gebot der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*) gemäss Art. 57 ZPO aufgefordert, «alle in Frage kommenden Normen auf die Klageansprüche anzuwenden». Weiter stellte das Bundesgericht klar, dass – entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Zürich – auch wenn die Klage infolge einer unvollständigen Prüfung abgewiesen wird, der Kläger aufgrund der materiellen Rechtskraft des Entscheids später an kein anderes Gericht gelangen kann, um die noch nicht geprüften Rechtsgrundlagen anzurufen.⁷²

c) Fehlende örtliche Zuständigkeit

Die Frage, ob eine arbeitsvertragliche Beziehung vorliegt und damit Art. 34 ZPO angerufen werden kann, fällt in den Geltungsbereich der doppelrelevanten Tatsachen; denn diese beschlägt schliesslich auch die Begründetheit der Forderung. Für die Prüfung dieser Zuständigkeit ist damit ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag des Klägers abzustellen und für die Bejahung genügt es, dass sich aus den Vorbringungen des Klägers plausibel auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages schliessen lässt. In diesem Fall ist Klage als arbeitsvertraglich im Sinne von Art. 34 ZPO zu qualifizieren und der Kläger kann die darin vorgesehenen Gerichtsstände, namentlich den gewöhnlichen Arbeitsort, anrufen.⁷³ Wird vom Beklagten

⁷⁰ BGer, Urteil 4A_75/2018, E. 3.2.1.1.

⁷¹ Arbeitsgericht Zürich, Urteil AN150014 vom 15. März 2017 (Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017, Nr. 25).

⁷² BGer, Urteil 4A_84/2020 vom 27. August 2020, E. 5.2; BGer, Urteil 4A_484/2018 vom 10. Dezember 2019, E.5.4.

⁷³ BGer, Urteil 4A_461/2010 vom 22. November 2010, E. 2.1 noch zu Art. 24 Abs. 1 GestG.

das Vorhandensein eines solchen Gerichtsstands bestritten, ist darüber Beweis abzunehmen, da es sich dabei um eine einzelrelevante Tatsache handelt.⁷⁴ Misslingt der Beweis, ist der Prozess mittels Nichteintretensentscheid zu erledigen.

H. Objektive Klagenhäufung

Werden Forderungen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz gleichzeitig mit anderen arbeitsrechtlichen Forderungen geltend gemacht, ist von einer objektiven Klagenhäufung auszugehen. Eine solche ist gestützt auf Art. 90 ZPO möglich, wenn das angerufene Gericht für alle Ansprüche sachlich zuständig ist und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist.

Liegt der Streitwert beider Forderungen, also derjenigen, die gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geltend gemacht wird und derjenigen, die ihre Grundlage im Arbeitsrecht hat, unter CHF 30'000, ist diese Klagenhäufung zulässig, da sowohl die sachliche als auch die verfahrensmässige Zuständigkeit vorliegen. Von einer Verfahrensattraktion zugunsten des vereinfachten Verfahrens wird auch ausgegangen, wenn die arbeitsrechtliche Forderung einen Streitwert unter CHF 30'000 aufweist, aber zusammen mit der gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geltend gemachten Forderung einen Streitwert über CHF 30'000 ergibt.⁷⁵

Sodann wird auch eine Klagenhäufung als zulässig angesehen, wenn die arbeitsrechtliche Forderung mit einem Streitwert über CHF 30'000 zusammen mit einer Forderung gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geltend gemacht wird, wobei in diesem Fall grundsätzlich das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt.⁷⁶ Fallen die geltend gemachten Ansprüche im Wesentlichen in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes, ist es angezeigt, das vereinfachte Verfahren anzuwenden.⁷⁷ Entsprechend der Auffassung des Kantonsgerichts Zug im Entscheid EV 2020 15 vom 15. März 2021 kann in diesen Fällen Art. 114 lit. a ZPO dadurch entsprochen werden, «dass die Gerichtskosten im Verhältnis der geltend gemachten Ansprüche gekürzt werden, bzw. der massgebende Streitwert zur Berechnung der Gerichtskosten um jenen Teil reduziert wird, welcher nach Treu und Glauben gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geltend gemacht werden konnte».⁷⁸

I. Zwischenentscheid

Gestützt auf Art. 125 lit. a ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses das Verfahren auf einzelne Fragen oder auf einzelne Rechtsbegehren beschränken. Darüber kann das Gericht jedoch gemäss Art. 237 Abs. 1 ZPO nur einen selbständigen anfechtbaren Zwischenentscheid fällen, wenn durch eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann.

⁷⁴ Siehe dazu vorne bei FN 7.

⁷⁵ Entscheid Arbeitsgericht Zürich AN190029 vom 5. Dezember 2019, E. 3.2.1 (Entscheide des Zürcher Arbeitsgerichts 2019, Fall Nr. 20, 73); HAUCK, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 15 zu Art. 243 ZPO; KILLIAS, Berner Kommentar zur ZPO, N 44 zu Art. 243 ZPO.

⁷⁶ Entscheid Kantonsgericht Zug EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 2.3; HAUCK (FN 75), N 15 zu Art. 243 ZPO.

⁷⁷ Entscheid Kantonsgericht Zug EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 2.3.

⁷⁸ Entscheid Kantonsgericht Zug EV 2020 15 vom 15. März 2021, E. 2.3.

Falls das Gericht das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit beschränkt und zum Schluss kommt, dass die betreffende Prozessvoraussetzung nicht gegeben ist, hält es dies in einem Nichteintretensentscheid fest. Bejaht es hingegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzung, kann es unter den Voraussetzungen von Art. 237 ZPO einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid fällen. Sofern das Gericht keinen solchen Zwischenentscheid fällt oder dieser nicht (erfolgreich) angefochten wird, verhandelt das Gericht weiter in der Sache.⁷⁹

Wird in einem Zwischenentscheid die Zuständigkeit bejaht, ist damit nur die Zuständigkeitsfrage endgültig bejaht, da zu diesem Verfahrenszeitpunkt nur auf die klägerischen Behauptungen abgestellt wird. Die Prüfung der doppelrelevanten Tatsache im Rahmen des Beweisverfahrens zur Prüfung der Begründetheit bleibt davon unberührt.⁸⁰

Gemäss Bundesgericht stellt sodann der Entscheid, mit dem ein Gericht um Beschränkung des Verfahrens auf die Frage seiner Zuständigkeit ablehnt, kein Zwischenentscheid über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 92 Abs. 1 BGG, sondern im Sinne von Art. 93 BGG dar. Damit steht die in Art. 92 Abs. 1 BGG vorgesehene Beschwerde gegen einen solchen Entscheid nicht offen.⁸¹ Weiter führte das Bundesgericht aus, dass bei Verweigerung eines separaten Entscheides über die Frage der Zuständigkeit bei doppelrelevanten Tatsachen kein nicht wiedergutzumachender Schaden im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erlitten werden kann: Denn, wenn nach der Beweisabnahme die doppelrelevante Tatsache nicht feststeht, muss das Gericht die Klage mit einem Sachurteil abweisen, was zu Gunsten des Beklagten ist. Kommt das Gericht zum Schluss, dass die Zuständigkeit gegeben ist, muss es die geltend gemachten Ansprüche prüfen und wenn diese gutgeheissen würden, könnte der Beklagte das Vorliegen der doppelrelevanten Tatsachen unter dem Gesichtspunkt der Begründetheit der Klage anfechten. Damit ist auch in diesem Fall kein irreparabler Schaden im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG gegeben.⁸²

J. Prozessüberweisung

Indem das Bundesgericht entschieden hat, dass das angerufene Gericht beim Vorliegen doppelrelevanter Tatsachen im Bereich der sachlichen Zuständigkeit über sämtliche, auch nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fallende, Rechtsgrundlagen entscheiden muss,⁸³ besteht grundsätzlich kein Raum mehr für eine Prozessüberweisung im Sinne von Art. 63 ZPO. Eine Überweisung bleibt also nur dann möglich, wenn sich bereits aus den klägerischen Vorbringungen ergibt, dass die sachliche Zuständigkeit – namentlich des Arbeitsgerichts – nicht gegeben ist und dies in einem Nichteintretensentscheid festgestellt wird.⁸⁴

⁷⁹ BAUMGARTNER (FN 2), 7.

⁸⁰ BGer, Urteil 4A_75/2018, E. 4.2.

⁸¹ BGE 147 III 159, E. 3.

⁸² BGE 147 III 159, E. 4.2.

⁸³ BGer, Urteil 4A_84/2020, E. 5.2.

⁸⁴ STANCHIERI/VAN DER STROOM, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart, SJZ 2021, 755.

II. Kritische Würdigung

Das Bundesgericht hat sich erstmals in BGE 121 III 495 mit der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen beschäftigt, weil sich ein Schiedsgericht unter Berufung auf diese Theorie aufgrund der schlüssigen Behauptungen des Klägers, aber ohne Prüfung seiner Zuständigkeit, als zuständig erklärt hat.⁸⁵ Das Bundesgericht lehnte die Anwendung dieser Theorie namentlich unter Berufung auf deren Ausnahmecharakter ab.⁸⁶

Ein paar Monate später, am 21. Februar 1996, berief sich das Bundesgericht in seinem ersten «doppelrelevante-Tatsachen-Fall»; BGE 122 III 249, bezüglich der Zuständigkeitsprüfung einleitend auf BGE 119 II 66.⁸⁷ In diesem zitierten Entscheid wird Folgendes festgehalten:

«..., so gilt der allgemeine prozessrechtliche Grundsatz, wonach bei der Beurteilung der Zuständigkeitsfrage – jedenfalls im Rahmen eines selbständigen Zuständigkeitsentscheides – auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abgestellt werden muss und die darauf bezüglichen Einwände der Gegenpartei nicht zu prüfen sind ... Danach kann die Zuständigkeit des Gerichtes nicht von der Prüfung der Begründetheit des eingeklagten Anspruches abhängig gemacht werden, denn die Zuständigkeit bildet eine Prozessvoraussetzung, über deren Vorhandensein beim Beginn des Prozesses zu entscheiden ist und nicht erst nach Feststellung des der Klage zugrunde liegenden Sachverhalts.»⁸⁸

Dem widersprechend stellte das Bundesgericht gleich anschliessend in BGE 122 III 249 in der gleichen Erwägung einen neuen «Grundsatz» auf, wonach das Vorliegen der Zulässigkeitstatsachen nur unterstellt werde, «wenn der Gerichtsstand von der Natur des eingeklagten Anspruchs abhängt, wenn sich Zulässigkeitstatsachen und Begründetheitstatsachen decken» und in diesem Fall werde die doppelrelevante Tatsache «nur in einer einzigen Prüfungssituation untersucht, und zwar erst in der Begründetheitsstation».

Nebst dem das Bundesgericht keine Begründung für diese Abkehr von dem bisherigen allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, wie er in BGE 119 II 66 wiedergegeben wurde, anfügte, setzte es sich über die in der Literatur gegen die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen vorgebrachte Kritik ohne eingehende Auseinandersetzung hinweg. Der gegen die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen erhobene Einwand der methodischen Unsauberkeit, dass bei Verneinung des Vorliegens der doppelrelevanten Tatsache in der Begründetheitsphase ein Sachentscheid von einem unzuständigen Gericht gefällt wird, wischt das Bundesgericht mit der Begründung vom Tisch, dass «der Schutz der beklagten Partei schwerer zu gewichten und ein Interessenausgleich dafür zu schaffen [sei], dass dem Kläger unter Umständen mehrere Wahlgerichtsstände zur Verfügung stehen».⁸⁹

⁸⁵ BGE 121 III 495 E. 6b.

⁸⁶ BGE 121 III 495 E. 6d; siehe dazu auch vorne bei FN 29.

⁸⁷ BGE 122 III 249 E. 3.b.bb; siehe dazu auch vorne bei FN 20.

⁸⁸ BGE 119 II 66 E. 2a.

⁸⁹ BGE 122 III 249 E. 3.b.bb.

Vermag man dieser Argumentation im internationalen Verhältnis – im zu entscheidenden Fall lag denn auch ein internationaler Sachverhalt vor – im Kontext des «forum shopping» noch eine gewisse Rechtfertigung zuzugestehen, fehlt diese im Arbeitsprozess gänzlich.

Tatsächlich stellt sich gerade im Arbeitsprozess die berechnete Frage, weshalb es bei der Zuständigkeitsprüfung den Beklagten zu schützen gilt; denn in den meisten Fällen wird die Klage im Arbeitsprozess vom Arbeitnehmer angehoben. Der Arbeitnehmer wird nicht nur im materiellen Recht, sondern grundsätzlich auch im Zivilprozess als speziell schützenswerte Partei angesehen. So steht ihm das kostenlose vereinfachte Verfahren für Klagen bis Streitwert CHF 30'000 offen und Klagen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz sind ohne Streitwertgrenze kostenlos. Auch der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort gemäss Art. 34 ZPO soll begünstigen, dass der Arbeitnehmer möglichst in seinem gewohnten Umfeld die Klage einreichen kann. Schliesslich soll auch die Einführung von Arbeitsgerichten durch deren Spezialisierung eine kompetente und rasche Erledigung zum Schutz des Arbeitnehmers gewährleisten. Zudem wird es dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch fernliegend, im inländischen Bereich ein «forum shopping» zu betreiben, umso mehr als ihm gemäss Art. 34 ZPO nur der Gerichtsstand am Sitz seines Arbeitgebers oder an seinem gewöhnlichen Arbeitsort zur Wahl steht.

Da die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen keinen Einzug in die ZPO gefunden hat, setzt deren Kenntnis und Anwendung eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Zivilprozessrecht voraus. Eine solche kann und darf beim insbesondere nicht anwaltlich vertretenen Arbeitnehmer nicht vorausgesetzt werden. Diese Kenntnislücke lässt sich auch nicht mit der richterlichen Fragepflicht – falls diese denn überhaupt zum Tragen kommt – ausgleichen.⁹⁰

Vielmehr zeigt die im sehr bemerkenswerten Entscheid des Arbeitsgericht Zürich AN150014 vom 15. März 2017 zum Thema doppelrelevante Tatsachen zusammengetragene Kasuistik, dass diese Theorie nicht nur bei den Parteien, sondern auch bei den anwendenden Gerichten zu viel Unsicherheit und kontroversen Meinungen geführt hat.⁹¹

Das Zürcher Obergericht hielt der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen in seinem Urteil im Verfahren LA100033 vom 25. April 2012 entgegen, dass «dieser insbesondere auch auf die Kommentierung der deutschen Zivilprozessordnung abgestützten Lehrmeinung» auch abweichende Auffassungen gegenüberstehen. Gemäss diesen soll beim nachträglichen Wegfallen einer Prozessvoraussetzung ein Nichteintretensentscheid gefällt werden. Es sei auch fraglich, ob die Beklagte, welche die Zuständigkeit bestreitet, «in dem Sinne ‘zwangsbeglückt’ werden soll, dass grundsätzlich über den klägerischen Anspruch zu verhandeln ist, und dass das Gericht – hier das Arbeitsgericht – zu zwingen ist, die Begründetheit der Klage allenfalls auch unter Gesichtspunkten zu beurteilen, für welche es an sich nicht zuständig ist. Dies wird auch von Hoffmann-Nowotny, a.a.O., Rz 208, in Frage gestellt mit dem Hinweis, dass die beklagte Person – vorbehaltlich zwingender Prozessvoraussetzungen – einen Sachentscheid anstreben könnte, indem ihr die Möglichkeit einer Einlassung offen stehe.»⁹²

⁹⁰ Art. 56 ZPO.

⁹¹ Entscheide des Zürcher Arbeitsgerichts 2017, Nr. 25.

⁹² Obergericht Zürich, Urteil LA100033 vom 25. April 2012, zitiert in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017, Nr. 25, 70.

Das Bundesgericht hat sich in seiner neuesten Rechtsprechung über diese Bedenken hinweggesetzt und festgelegt, dass das spezialisierte Arbeitsgericht die Frage des Vorliegens einer arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehung auf der Zuständigkeitsstufe nicht zu prüfen braucht, um dann auf der Stufe der Begründetheit der Klage nach durchgeführten Beweisverfahren in jedem Fall über die Sache zu entscheiden, und zwar gemäss Art. 57 ZPO über alle in Frage kommenden Normen, d.h. auch über arbeitsvertragsfremde Ansprüche.⁹³ Das Bundesgericht ist sich wohl bewusst, dass dieser Entscheid auf Kritik stösst, jedoch sieht es angesichts des in Art. 57 ZPO verankerten Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen keinen Grund, weshalb diese Rechtsprechung, wonach ein durch kantonales Recht eingesetztes Arbeitsgericht sich nicht gegen diese Kompetenzattraktion weigern kann, in Frage gestellt werden sollte.⁹⁴

Die entsprechenden Fragen hat das Arbeitsgericht Zürich im schon verschiedentlich erwähnten Entscheid AN150014 vom 15. März 2017 aufgeworfen und unter Berücksichtigung der Doppelrelevanz von Tatsachen, von *iura novit curia*, von materieller Rechtskraft und von Klageidentität beantwortet.⁹⁵

Prima vista bringt diese vom Bundesgericht oktroyierte Kompetenzattraktion keiner Partei Vorteile. So müssen beide Parteien aus prozessualer Vorsicht bereits zu Beginn sämtliche möglichen Anspruchsgrundlagen sowohl tatsächlich wie auch rechtlich in ihren Rechtschriften aufarbeiten, um nicht Gefahr zu laufen, im Rahmen eines rechtskräftigen Sachurteils allfälliger Ansprüche oder Einreden verlustig zu gehen. Dies wiederum führt zu einem grossen Mehraufwand, nicht nur bei den Parteien, sondern auch beim entscheidenden Gericht.

Zusammenfassend scheint es mir deshalb angesichts der nicht schlüssigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den doppelrelevanten Tatsachen im Bereich des Arbeitsprozesses angezeigt zu sein, in diesem Bereich wieder zum allgemein prozessrechtlichen Grundsatz zurückzukehren, wonach die Zuständigkeit eine Prozessvoraussetzung bildet, über deren Vorhandensein beim Beginn des Prozesses – nötigenfalls mittels Prozessentscheid – zu entscheiden ist.⁹⁶

⁹³ BGer, Urteil 4A_84/2020 vom 27. August 2020, E. 5.2; BGer, Urteil 4A_484/2018 vom 10. Dezember 2019, E.5.4; siehe dazu auch vorne bei FN 72.

⁹⁴ BGer, Urteil 4A_484/2018 vom 10. Dezember 2019, E.5.4.

⁹⁵ Entscheide des Zürcher Arbeitsgerichts 2017, Nr. 25, 72 ff.

⁹⁶ BGE 119 II 66 E. 2.a.