

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement  
EJPD

[zz@bj.admin.ch](mailto:zz@bj.admin.ch)  
[philipp.weber@bj.admin.ch](mailto:philipp.weber@bj.admin.ch)

Bern, 6. Juni 2018

### **Vernehmlassung Revision der ZPO (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Lieber Philipp

Besten Dank für die Möglichkeit, an oben genannter Vernehmlassung teilnehmen zu dürfen.

#### **Allgemeines**

Wir begrüssen die allgemeine Stossrichtung der vorliegenden Revision, sie geht uns aber zu wenig weit, insbesondere was den Schutz der Arbeitnehmenden angeht sowie die Klagerechte der Gewerkschaften im Sinne der Einführung arbeitsrechtlicher Sammelklagen. Wir werten es als positiv, dass kein Entwurf nach amerikanischem Vorbild vorgelegt wird. Insbesondere bei der Geltendmachung von zahlreichen gleichgelagerten Ansprüchen im Rahmen der im Entwurf vorgesehenen reparatorischen Verbandsklage gemäss Art. 89a kommt kein Opt-Out-Verfahren zur Anwendung (alle potentiell Betroffenen wären automatisch einem Verfahren angeschlossen), sondern die Betroffenen müssen aktiv werden. Zudem wird nicht am Verbot des rein erfolgsabhängigen Anwalts honorars gerüttelt. Selbstredend kann es unter diesen gemässigten Vorzeichen auch nicht zu sogenannten punitive damages kommen. Mit den vorgelegten moderaten Neuerungen wird sichergestellt, dass Industrie und Gewerbe nicht mit einer Schadenersatz-Industrie im amerikanischen Stil und Fantasieforderungen (exorbitant hohe Schadenersatzforderungen plus zusätzliche Strafzahlungen, sogenannte punitive damages) konfrontiert werden.

Der SGB bedauert jedoch, dass der Bundesrat es verpasst, für Gewerkschaften und andere Organisationen in der aktuellen ZPO-Revision ein explizites, auf die Besonderheiten eines Gruppenklageverfahrens zugeschnittenes, in sich abgeschlossenes Klageinstrument zur Verfügung zu stellen. Die bestehende, substantielle Rechtslücke in der Rechtsdurchsetzung kann mit diesem Vorschlag nur teilweise geschlossen werden.

Für die Gewerkschaften ist es zentral, dass in allen Bereich des Arbeitsrechtes, nicht nur im ZPO, den Arbeitnehmerorganisationen alle Arten der Klagerechte zugesprochen werden. Hierzu sind den Gewerkschaften die nötigen umfangreichen Zutritts- und Informationsrechte in den Betrieben zu gewähren, wie sie vom einschlägigen ILO-Recht, der EMRK sowie der BV garantiert werden und

jüngst vom Bundesgericht in BGE 2C\_499/2015, Urteil vom 6. September 2017 explizit anerkannt wurden. Für die Ausübung eines konsequenten Sammelklagerechts ist eine niederschwellige und einfache Kommunikation zwischen Arbeitnehmenden und Gewerkschaften im Betrieb essentiell.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die momentan sistierte OR-Revision für einen besseren Schutz der WhistleblowerInnen in eine diametral entgegengesetzte Richtung geht, indem die Rechte der Arbeitnehmenden, sich mit Gewerkschaften und Rechtsberatungen auszutauschen, eingeschränkt wird. Dies entspricht weder ILO-, EMRK-Recht noch der BV.

Eine kohärente und wirksame Ausgestaltung der prozessualen Rechte insbesondere der Arbeitnehmenden, wie sie die vorliegende Revision anstrebt, bedingt aber auch, dass die prozessual agierenden Angestellten vor Kündigungen geschützt werden. Dies ist angesichts des völlig zahnlosen OR-Schutzes vor missbräuchlichen Kündigungen nicht der Fall. Das Schweizer Kündigungsrecht, insbesondere zum Schutz vor antigewerkschaftlichen Kündigungen, ist weder EMRK- noch ILO-Konform, wie die ILO-Organe aufgrund einer SGB-Beschwerde von 2003 sowie zwei Gutachten im Auftrag des BJ/SECO festgestellt haben.<sup>1</sup> Eine Revision der ZPO in prozessualen Belangen muss Hand in Hand gehen mit einer kongruenten materiellen Verbesserung des Schutzes gegen missbräuchliche, antigewerkschaftliche Kündigungen, insbesondere mit einer Revision von Art. 336a OR.

Auf folgende Punkte möchten wir spezifisch hinweisen, weil sie leider in vorliegender Revision nicht behandelt werden:

- Ein weiterer wichtiger Punkt für die Gewerkschaften bzw. aus Sicht der Arbeitnehmenden ist die Erhöhung der Streitwertgrenze in arbeitsrechtlichen Belangen. Die Grenze von 30'000 Franken ist hier als zu tief angesetzt zu betrachten, insbesondere angesichts der neuen Rechtsprechung. Diese besagt, dass bei einer im vereinfachten Verfahren erhobene Teilklage die Beklagte auch dann eine negative Feststellungswiderklage erheben kann, wenn letztere aufgrund ihres Streitwerts in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fällt. In diesem Fall sind sowohl die Teil- als auch die negative Feststellungswiderklage im ordentlichen Verfahren zu beurteilen.
- Ein anderer Punkt, der vorliegend nicht behandelt wird, ist das Problem der heute von vielen Plattformarbeitgeber missbrauchten Möglichkeit, in transnationalen Arbeitsvertragsverhältnissen die Möglichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit im Ausland vorzusehen. Sowohl der SGB wie auch die Lehre haben diesen Umstand kritisiert. Dieser wird angesichts der Digitalisierung für Schweizer Arbeitnehmende immer virulenter. Das Bundesgericht hat zwar in BGE 136 III 447 der Binnenschiedsgerichtsbarkeit innerhalb der Schweiz für arbeitsrechtliche Ansprüche der Schiedsgerichtsbarkeit zurecht Schranken gesetzt: Schiedsvereinbarungen über Ansprüche, auf die der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten kann, binden ihn nicht. Für die Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Verhältnissen gelten jedoch die durch BGE 136 III 447 gesetzten Schranken laut geltender Rechtsprechung nicht ohne weiteres. Das ist für uns inakzeptabel.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs. Université de Neuchâtel, 14 août 2015; ferner Legal opinion on the protection of workers' representatives. Swiss Institute of Comparative Law, 30 September 2014. Schliesslich Plainte de l'Union syndicale suisse 2003, OIT/BIT, insbesondere die folgenden Empfehlungen vom 15. November 2005: „Le comité prie le gouvernement de prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration, eu égard aux principes fondamentaux mentionnés plus haut et conformément aux conventions nos 87 et 98 ratifiées par la Suisse....“

Der SGB konzentriert sich in der vorliegenden Vernehmlassung auf arbeitsrechtliche Belange. Wir möchten hier aber festhalten, dass wir explizit auch die Vorschläge des Schweizerischen Mieterverbandes sowie des Schweizer Konsumentenschutzes unterstützen.

## **Zu den einzelnen Artikeln**

### **Art. 6 ZPO VE**

Wir begrüßen besonders das Klägerwahlrecht (= fakultative sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte). Es soll bei arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten, also bei besonderen, nicht eigentlich handelsrechtlichen Streitigkeiten, für die oft auch besondere Spruchkörper bestehen und besondere Verfahrensregeln gelten, ausgeschlossen sein. Damit sind für diese besonderen Streitigkeiten stets die ordentlichen Gerichte beziehungsweise die nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht vorgesehenen Arbeitsgerichte zuständig. Diese unklare Situation ist nach Ansicht des Bundesrates in einem so zentralen Punkt wie der Zuständigkeit nicht sinnvoll, weil sie letztlich auch die einfache Anwendung der ZPO in einem zentralen Punkt in Frage stellt. Daher soll diese (Streit-)Frage wie folgt gesetzgeberisch geklärt werden: Soweit es um arbeitsrechtliche Streitigkeiten geht, soll der klagenden Partei, die selbst nicht als Rechtseinheit im Handelsregister eingetragen ist, kein Wahlrecht zugunsten der Handelsgerichte zustehen und somit sollen stets die ordentlichen Gerichte zuständig sein (Art. 6 Abs. 3 VE-ZPO). Arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen einer klagenden Arbeitnehmerin oder einem klagenden Arbeitnehmer und einer Arbeitgeberin sind ungeachtet der Frage, ob sie in die geschäftliche Tätigkeit fallen oder nicht, keine typischen handelsrechtlichen Streitigkeiten, für die am Handelsgericht besondere fachrichterliche Kompetenz bestünde; umgekehrt bestehen in vielen Kantonen besondere Arbeitsgerichte zur Entscheidung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten. Es erscheint daher zweckmässig, das geltende Recht in diesem Sinne zu präzisieren.

### **71 ZPO VE**

Erleichterungen bei der einfachen Streitgenossenschaft (Art. 71 VE-ZPO): Der SGB begrüsst, dass das gemeinsame Vorgehen auf Klägerseite auch dann möglich sein soll, wenn für die Einzelklagen eigentlich unterschiedliche Verfahrensarten anwendbar wären, die Unterschiede jedoch lediglich in den unterschiedlichen Streitwerten oder gesetzliche Grundlage begründet sind.

Der SGB befürwortet weiter eine Gewinnabschöpfungsklage. Diese könnte wie folgt ausgestaltet werden in einem neuen Art. bzw. Abs. „Gewinnabschöpfungsklage“:

- 1) Wer eine nach Art. 3 unzulässige Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Betroffenen einen Gewinn erzielt, kann von den gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a. und b. Klageberechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns verpflichtet werden.
- 2) Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner im Zuge der Zuwiderhandlung an Dritte erbracht hat.

### **Art. 89 ZPO VE**

Es hat sich gezeigt, dass seit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 keine einzige Verbandsklage nach Massgabe von Artikel 89 ZPO erhoben wurde (vgl. dazu auch vorne unter Ziff. 1.2.2). Die Regelung von Artikel 89 ZPO ist daher derzeit toter Buchstabe und diese Form der Rechtsdurchsetzung funktioniert aktuell nicht. Wie der Bundesrat bereits 2013 ausführte, ist dafür insbesondere

folgender Grund ausschlaggebend: die Beschränkung der Verbandsklage auf Persönlichkeitsverletzungen, womit weite Bereiche des wirtschaftlichen Alltags, namentlich arbeitsrechtliche Ansprüche der Anwendung, ausgeschlossen sind. Dies ist inakzeptabel und bedarf der dringenden Reform.

Die vorgesehenen Ergänzungen des Verbandsklagerechts bieten eine Chance, dass dieser Rechtsbehelf kein toter Buchstabe mehr bleibt, sondern mit ihm tatsächlich in prozessökonomischer Art und Weise eine Vielzahl von Einzelansprüchen geltend gemacht werden kann. Begrüsst wird insbesondere die Öffnung des Verbandsklagerechts auf das gesamte Privatrecht, also auf allen Bereich des Arbeitsrechts i.w.S. Denn die Notwendigkeit, organisiert rechtliche Schritte zu ergreifen, besteht im Normalfall insbesondere dort, wo finanzieller Schaden entstanden ist. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass mit der Beschränkung auf Geltendmachung von Persönlichkeitsrechten keine ausreichende Wirkung erzielt werden kann.

Ebenso wird begrüsst, dass das Klagerecht ausdrücklich nur Organisationen zusteht, welche nicht gewinnorientiert tätig sind. So wird ein missbräuchliches Einreichen einer Verbandsklage durch Organisationen, bei denen kommerzielle, nicht-schützenswerte Zielsetzungen bzw. Gewinnabsichten im Vordergrund stehen, von vornherein verhindert. Gleichzeitig stehen aber gerade die für das Klagerecht vorgesehenen Organisationen vor dem Problem der Klagefinanzierung. Vorhandene Mittel entscheiden über die Frage, ob eine Klage eingereicht werden kann oder nicht. Die in Art. 97 VE-ZPO erwähnte Prozessfinanzierung durch Dritte (sog. Prozessfinanzierer) könnte daher zukünftig an Bedeutung gewinnen. Von grösserer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die von den Gerichten auferlegten Kosten für Verfahrensführungen insgesamt sinken. Die diesbezüglich in Art. 98 VE-ZPO vorgesehene Erleichterung reicht bei Weitem nicht.

#### **Art. 89a ZPO VE**

Die Neuerung der reparatorischen Verbandsklage ist als eigentliches Herzstück bezüglich Verbesserungen für die gebündelte, prozessökonomische Geltendmachung einer Mehrzahl gleichgelagerter Ansprüche zu bezeichnen. Erst wenn eine Organisation in Parteistellung neben Feststellungs- und Unterlassungsforderungen auch Wiedergutmachungsansprüche geltend machen kann, kann von einem Verbandsklagerecht mit einem tatsächlichen Nutzen für die Einzelgeschädigten gesprochen werden. Jedoch ist zu bedauern, dass der Revisionsentwurf kein Klageinstrument zur Verfügung stellt, welches ein in sich geschlossenes, institutionalisiertes Verfahren zur effizienten Geltendmachung einer Vielzahl von Ansprüchen zur Verfügung stellt.

Notwendig ist weiter, dass die ZPO diesbezüglich (Initiierung, Publikation und Anmeldung, Substantiierungspflicht etc.) ausdrücklich Erleichterungen vorsieht. Im Übrigen ist zu betonen, dass die unzureichende Ausstattung des verfügbaren Rechtsinstrumentariums auch für die Gerichte und die Beklagten selbst eine unnötige Belastung darstellt. Mangelnde Prozessökonomie, Verzögerungen, Rechtsunsicherheiten und daraus resultierender Anstieg der aufzubringenden finanziellen Mittel belasten nicht nur die Kläger-, sondern auch die Beklagtenseite sowie den Gerichtsapparat.

#### **Art. 90 ZPO VE**

Das heute geltende Recht befriedigt nicht, wenn es die gemeinsame Geltendmachung von Ansprüchen wegen unterschiedlicher Verfahrensart in den Fällen nicht zulässt, in denen die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nicht auf dem Streitwert, sondern auf der Natur einzelner An-

sprüche beruht, so wenn beispielsweise Ansprüche auf der Grundlage des Gleichstellungsgesetzes (vgl. Art. 243 Abs. 1 Bst. a ZPO) zusammen mit allgemeinen arbeitsrechtlichen Forderungen von mehr als 30'000 Franken gestellt werden.

## 98 ZPO VE

Die Absicht, das eigene Recht einzuklagen, scheidet heute im allgemeinen Zivilprozessrecht in einer Vielzahl der Fälle bereits am Unvermögen, den geforderten Kostenvorschuss zu leisten. Leider gibt auch der Revisionsentwurf kein Anlass zu Hoffnungen, an dieser Situation könnte sich grundsätzlich etwas ändern. Zwar wird begrüsst, dass der Entwurf versucht, das potentielle Kostenrisiko für die Klägerseite zu senken. So sieht z.B. Art. 98 ZPO VE-ZPO vor, dass der klagenden Partei höchstens noch ein Betrag in der Höhe der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten auferlegt werden kann. Diese Halbierung des Kostenvorschusses ist insbesondere auch deshalb zu begrüssen, da in der aktuellen Praxis gerade auch finanzschwache Kläger – mit Unterstützung der zuständigen Gerichtsbehörden – zusätzlich genötigt werden, eine Sicherheit für die eventuelle Pflicht zur Zahlung der Parteientschädigung zu leisten. Mit dieser kumulierten Vorschusspflicht verkommt das Verbandsklagerecht zu totem Buchstaben, insbesondere dann, wenn es von finanzschwachen Organisationen in Anspruch genommen wird. Entsprechend ist für Klageverfahren gemäss Art. 89 bzw. 89a in Art. 99 ZPO eine weitere Ausnahme von der Sicherheitsleistungspflicht für Parteientschädigungen vorzusehen.

Das grundsätzliche Problem des verhinderten Zugangs zum Gericht wegen zu hohem Kostenrisiko wird durch die Halbierung des zu leistenden Kostenvorschusses aber nicht gelöst. Die Kostenhürde kann nur dann überwunden werden, wenn die Höhe der Gerichtskosten an und für sich sinkt. Unter dem Titel Gerichtskosten werden Aufwendungen zusammengefasst, die in erster Linie im Rahmen von Arbeiten anfallen, die das Gericht oder von diesem beauftragte Dritte ausführt. Es handelt sich um Aufgaben, die die Gerichte als dritte Staatsgewalt in verfassungsmässigem Auftrag zu erfüllen hat. Es geht nicht an, dass hier kantonale Finanzlöcher mittels faktischer Beschneidung des Rechts auf Zugang zu den Gerichten gestopft werden sollen. Um einer durchschnittlich verdienenden mittelständischen Familie zu ermöglichen, einen Anspruch wenn nötig bis vor Bundesgericht zu ziehen, ist es notwendig, dass die im Fall des Unterliegens zu tragenden Gerichtskosten auf ein Minimum – maximal 5 bis 10 Prozent der Kosten – gesenkt werden.

Bei zwischenzeitlicher Insolvenz der beklagten Partei soll die obsiegende Klägerin nicht mehr leer ausgehen. Die vorgeschossenen Gerichtskosten sollen ihr direkt vom Gericht zurückerstattet werden (Art. 111 Abs. 1 zweiter und dritter Satz VE-ZPO). Wir begrüssen diese Neuerung.

Im Rahmen von Verbandsklagen soll zudem die Pflicht zur Bezahlung eines Kostenvorschusses entfallen, wenn der Streitwert 500'000 Franken nicht übersteigt (Art. 115a VE-ZPO). Diese Limite ist zu tief angesetzt und ist auf 5 Mio. zu erhöhen.

Gemäss Art. 97 VE-ZPO soll das Gericht neu verpflichtet sein, auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung durch Dritte hinzuweisen. Wir begrüssen es, dass dieser in der Schweiz noch wenig bekannte Finanzierungsweg auf diese Weise gefördert werden soll. Dadurch wird für die betroffenen Geschädigten das Risiko, dass die Durchsetzung des Rechts an den fehlenden finanziellen Möglichkeiten scheitert, verkleinert. Jedoch: Auch hier muss sichergestellt sein, dass es zu keinen Missbräuchen kommt – z.B. indem ein Unternehmen verdeckt mittels Prozessfinanzierer eine

Klage gegen einen unliebsamen Konkurrenten unterstützt. Das zuständige Gericht hat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass dritte Geldgeber in den betreffenden Verfahren stets aus einer parteiunabhängigen, neutralen Position heraus agieren

### **Art. 7 GIG VE**

Die spezialgesetzliche Verbandsklage des Gleichstellungsgesetzes soll in Übereinstimmung mit den vorgeschlagenen Änderungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO angepasst werden. Damit kann auch der inhaltlich unklare Vorbehalt zugunsten spezialgesetzlicher Verbandsklagen (vgl. Art. 89 Abs. 3 ZPO) entfallen.

In Bezug auf Arbeitsverhältnisse, die dem Privatrecht und damit dem Obligationenrecht unterstehen, sollen neu die angepassten Bestimmungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO anwendbar sein, und zwar sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen einer Verbandsklage als auch die möglichen Klagearten. Dies wird in einem neuen Absatz 1bis festgehalten. Damit sind Organisationen, insbesondere Vereine, unter den Voraussetzungen von Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO zur Verbandsklage legitimiert (vgl. dazu vorne unter Ziff. 2.1 die Erläuterungen zu Art. 89 VE-ZPO). Diese Voraussetzungen treten insofern für privatrechtliche Verbandsklagen an die Stelle der bisherigen Voraussetzungen gemäss Artikel 7 Absatz 1 GIG; damit entfällt für solche Klagen insbesondere die Voraussetzung des mindestens zweijährigen Bestands klagender Organisationen, damit für alle zivilrechtlichen Verbandsklagen die gleichen und insofern gegenüber dem geltenden Recht erweiterten Legitimationsvoraussetzungen gelten. Auf diese Weise soll der Schutz vor Diskriminierungen und die Rechtsdurchsetzung verbessert werden. Gleichzeitig sind auch die in Artikel 89 Absatz 2 und Artikel 89a VE-ZPO vorgesehenen Klagearten und damit neu insbesondere auch eine reparatorische Verbandsklage wegen Diskriminierungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zulässig und nicht mehr nur die Feststellung der Widerrechtlichkeit.

### **135 OR VE**

Gemäss Vorentwurf soll Artikel 135 OR mit zwei Ziffern ergänzt werden. Neu sollen die Anhebung einer Verbandsklage nach 89 und 89a VE-ZPO sowie ein Antrag um Genehmigung eines Gruppenvergleichs verjährungsunterbrechende Wirkung haben. Diese Ergänzung wird begrüsst. Sie kann gleichzeitig auch als rechtslogische Verknüpfung zwischen Feststellungsklage und Leistungsklage verstanden werden. Nicht zuletzt handelt es sich hier auch um eine prozessökonomische Massnahme. Mit der Anhebung einer Leistungsklage kann zugewartet werden, bis feststeht, ob diese Erfolgsaussichten hat oder nicht. Keine Erfolgsaussichten wird sie haben, wenn das Gericht in einem Feststellungsurteil beispielsweise zum Schluss kommt, dass ein Anbieter nicht unlauter gehandelt hat.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

### **SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND**



Paul Rechsteiner  
Präsident



Luca Cirigliano  
Zentralsekretär