

Arbeitsrecht Droit du travail

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

Herausgegeben von / Publié par

Prof. Dr. Wolfgang Portmann (Vorsitz/Présidence),
Prof. Dr. Gabriel Aubert, Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand,
Dr. Adrian von Kaenel, Prof. Dr. Roland A. Müller,
Dir. Dr. Serge Gaillard

In Zusammenarbeit mit / En collaboration avec

SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft /
Secrétariat d'Etat à l'économie)

3/2010

**ARV
DTA**

Das Thema/Doctrine

La protection contre le licenciement abusif

Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der
Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Gesetzgebung/Législation

Rechtsprechung/Jurisprudence

Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts

Urteilsauszüge/Extraits d'arrêts

Literatur/Bibliographie

Buchbesprechungen/Recensions

Hinweise auf Bücher und Beiträge/Livres et articles

Mitteilungen/Nouvelles

Aus Europa/Europe

Aus der ILO/OIT

Offizieller Teil des SECO/Partie officielle du SECO

Impressum

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung / Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

ISSN 1660-0339

www.arv-online.ch

Herausgeber / Éditeurs

Prof. Dr. iur. Wolfgang Portmann (Vorsitz / Présidence),
Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der
Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Gabriel Aubert, Professeur ordinaire au
Département de droit du travail et de la sécurité sociale à
l'Université de Genève, juge suppléant au Tribunal fédéral

Prof. Dr. iur. Jean-Philippe Dunand, Professeur
ordinaire de droit romain, d'histoire du droit et du droit
du travail à l'Université de Neuchâtel

Dr. iur. Adrian von Kaenel, Rechtsanwalt in Wetzikon,
Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Roland A. Müller, Titularprofessor für Obliga-
tionen-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der
Universität Zürich, Rechtsanwalt und nebenamtlicher
Richter am Arbeitsgericht Zürich, Mitglied der Geschäfts-
leitung beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Dir. Dr. oec. Serge Gaillard, Staatssekretariat für Wirt-
schaft (SECO), Bern, Direktion für Arbeit / Secrétariat
d'Etat à l'économie (SECO), Berne, Direction du travail

Korrespondenzadressen / Adresses de correspondance

Prof. Dr. iur. Wolfgang Portmann, Universität Zürich,
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Rämistr. 74/16,
CH-8001 Zürich, Tel. + 41 (0)44 634 21 80
lst.portmann@rwi.uzh.ch

Offizieller Teil des SECO: Lic. iur. René Seewer, c/o SECO,
Effingerstrasse 31, CH-3003 Bern, Tel. +41 (0)31 322 29 49/
lic. iur. C. Alain Vuissoz, c/o SECO, Effingerstrasse 31,
CH-3003 Bern, + 41 (0)31 322 28 66

Erscheinungsweise / Parution

4x jährlich im März, Juni, September und Dezember

Abonnementspreise / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement: CHF 120.00

Jahresabonnement für Studierende: CHF 89.00

Einzelheft: CHF 35.00

Inserate / Annonces

Publimag AG, Europastr. 30, Postfach, CH-8152 Glatt-
brugg, Tel. + 41 044 809 31 11, Fax + 41 044 809 32 22

Verlag und Abonnementsverwaltung / Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich,
Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08
www.schulthess.com, zs.verlag@schulthess.com

Inhaltsübersicht / Sommaire

Das Thema / Doctrine..... 153

La protection contre le licenciement abusif
(Jean Christophe Schwaab, Dr en droit) 153

Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen
Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit
(Dr. iur. Isabelle Wildhaber /
lic. iur. Alexandra Johnson Wilcke) 160

Gesetzgebung / Législation 170

Rechtsprechung / Jurisprudence 181

Urteilsbesprechungen / Commentaires d'arrêts..... 181

Schiedsgerichtsbarkeit bei individualarbeitsrecht-
lichen Streitigkeiten 181

Urteilsauszüge / Extraits d'arrêts 183

Literatur / Bibliographie 199

Buchbesprechungen / Recensions..... 199

Kaufmann, Karin: Missbräuchliche Lohnunterbietung
im Rahmen der flankierenden Massnahmen..... 199

Hinweise auf Bücher und Beiträge / Livres et articles.. 201

Mitteilungen / Nouvelles..... 209

Aus Europa / Europe 209

Aus der ILO / OIT 212

Offizieller Teil des SECO / Partie officielle du SECO 213

Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Dr. iur. Isabelle Wildhaber / lic. iur. Alexandra Johnson Wilcke*

Dieser Beitrag untersucht die umstrittene Frage nach der Schiedsfähigkeit individualarbeitsrechtlicher Streitigkeiten im Binnenverhältnis. Er untersucht sie insbesondere unter dem Gesichtspunkt der möglichen Einschränkungen durch das Prinzip der Unverzichtbarkeit in Art. 341 OR sowie durch die arbeitnehmerschützenden Verfahrensbestimmungen von Art. 343 OR und Art. 24 GestG, welche durch die am 1. Januar 2011 in Kraft tretende ZPO im Grundsatz übernommen werden. Die Autorinnen vertreten die Meinung, dass individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten auch nach Inkrafttreten der neuen ZPO im Rahmen von Art. 341 Abs. 1 OR (Bundesgerichtsentscheid 4A_71/2010 vom 28. Juni 2010) – unter Vorbehalt der Gesetzesumgehung – schiedsfähig sind. Den Einschränkungen aufgrund von Art. 341 OR kann mit Inkrafttreten der neuen ZPO aus dem Weg gegangen werden, indem ein Opting Out in die Anwendbarkeit des 12. Kapitels IPRG vorgenommen wird.

Est ici examinée la question controversée de savoir s'il est possible de soumettre à l'arbitrage un litige résultant d'un contrat individuel de travail. Cette question est examinée sous l'angle de diverses dispositions protectrices des travailleurs, en particulier de l'art. 341 al. 1 CO (nullité de la renonciation à des droits impératifs), ainsi que des art. 343 CO et 24 Lfors. Ces deux dernières dispositions sont pour l'essentiel reprises par le Code de procédure civile. Les auteurs considèrent que les litiges individuels de travail, même après l'entrée en vigueur du code, le 1er janvier 2011, restent arbitrables dans les limites de l'art. 341 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_71/2010 du 28 juin 2010) – sous réserve de l'interdiction de la fraude à la loi. Il peut être échappé aux restrictions découlant de l'art. 341 CO par recours à l'application du chapitre 12 de la loi fédérale de droit international privé.

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| I. Einleitung | i. Art. 341 OR |
| II. Schiedsgerichtsbarkeit bei individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten | ii. Kantonales Recht |
| | iii. Art. 343 OR |
| A. Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Streitigkeiten | b) Schiedsfähigkeit nach Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 |
| B. Schiedsfähigkeit in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit | III. Schlusswort |
| a) Schiedsfähigkeit vor dem 1. Januar 2011 | |

I. Einleitung

Traditioneller Ausgangspunkt war die Wahrnehmung, dass Schiedsgerichtsbarkeit und Arbeitsrecht infolge der Spannung zwischen den Prinzipien der Partei-

autonomie und der Schutzbedürftigkeit der «schwachen» Partei nicht gut zueinander passen. In den letzten Jahren aber scheint die Interaktion zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Arbeitsrecht sowohl in der Doktrin als auch in der Rechtsprechung an Interesse gewonnen zu haben. Obwohl Schiedsgerichte nach wie vor öfter in kollektivrechtlichen Streitigkeiten zum Zuge kommen, gewinnt die Idee, dass sie

auch für individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten ein effektives Streitbeilegungsinstrument darstellen können, langsam an Boden, dies vor allem dank der wichtigen, jüngeren Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit im Sportbereich¹. Es werden heute – speziell in Frankreich – starke Argumente für eine harmonische Kombination der beiden Felder vorgebracht², besonders im internationalen Kontext, wo die Schiedsgerichtsbarkeit als gewöhnliche Methode der Streitbeilegung längst akzeptiert wird³. Unlängst wurde in der Lehre die Tatsache kritisiert, dass Schiedsrichter und die Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen als befangen gegenüber Arbeitnehmern und auf der Seite der Arbeitgeber stehend wahrgenommen werden⁴. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist in erster Linie eine Vertragsschöpfung, deren Ziel darin besteht, einen neutralen Rahmen für die Beilegung einer Streitigkeit in Übereinstimmung mit dem Willen der Parteien darzustellen⁵. Wenn wir davon ausgehen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit das funktionale Äquivalent des staatlichen Gerichtssystems ist, insofern Schiedsrichter die gleichen Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit erfüllen wie die Richter, so bedeutet die Tatsache, dass eine Partei sie der anderen auferlegen kann, noch nicht per se, dass letztere benachteiligt ist⁶.

Die für die Schiedsgerichtsbarkeit allgemein gelten- den Regeln mögen nicht für alle Arten von Streitigkeiten angemessen sein⁷. Ausserdem werden im Be-

reich des Arbeitsrechts Punkte wie der Zugang zum Justizwesen und der Schutz der Arbeitnehmer sicherlich immer von Interesse bleiben⁸. In Arbeitsrechtsstreitigkeiten werden die Streitwerte oft relativ niedrig sein, und der Rechtsweg in die Schiedsgerichtsbarkeit wird für den Arbeitnehmer prohibitiv teuer sein. Hingegen ist die Schiedsgerichtsbarkeit für Manager von multinationalen Unternehmen oder für Hochleistungssportler, welche sehr gut verdienen, durchaus interessant. In diesen Fällen ist die Notwendigkeit eines speziellen Arbeitnehmerschutzes nicht mehr gerechtfertigt⁹.

Im Folgenden wird deshalb die Schiedsgerichtsbarkeit bei individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten analysiert. Zu diesem Zweck muss zwischen nationalen und internationalen Streitigkeiten unterschieden werden (II.A.), da diese verschieden geregelt sind. Der vorliegende Beitrag befasst sich ausschliesslich mit der Schiedsgerichtsbarkeit im Binnenverhältnis (II.B.), nicht jedoch mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, welche sich nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht richtet. Dabei wird die Situation de lege lata (II.B.a.) und nach Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 (II.B.b.) dargestellt. Die Schiedsfähigkeit in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit muss insbesondere unter dem Gesichtspunkt der möglichen Einschränkungen durch das Prinzip der Unverzichtbarkeit in Art. 341 OR (II.B.a.i.) sowie durch die arbeitnehmerschützenden Erfordernisse von Art. 343 OR bzw. Art. 24 GestG (II.B.a.iii.) untersucht werden. Das Bundesgericht hat sich am 28. Juni 2010 in 4A_71/2010 zur Kontroverse um das Verhältnis zwischen Art. 341 Abs. 1 OR und der Schiedsgerichtsbarkeit geäußert und festgehalten, dass die Schiedsfähigkeit individualarbeitsrechtlicher Streitigkeiten nur im Rahmen von Art. 341 Abs. 1 OR möglich ist. Dieser aktuelle Bundesgerichtsentscheid wird in der Rubrik «Urteilsbesprechungen» in diesem Heft auf S. 181 f. zusammengefasst.

¹ Siehe *Akikol*, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2009, Jusletter vom 21.6.2010, N 8.

² Siehe z.B. *Courtois-Champenois*, L'Arbitrage des litiges en droit du travail: à la redécouverte d'une institution française en disgrâce, in: *Revue de l'Arbitrage* 2/2003, 349 ff.; *Castellane*, Arbitration in Employment Relationships in France, in: *Journal of International Arbitration* 2/2009, 293 ff.; siehe auch den Entscheid des «Cour d'Appel» von Grenoble vom 12.9.1993, in: *Revue de l'Arbitrage* 2/1994, 337 ff., welcher die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung in einem internationalen Vertrag aufrecht erhält mit der Erwägung «the employee, as well as a person engaged in commercial activities, may have an interest in the application of arbitration rules which enable him to participate in the designation of the arbitrators rather than being judged by a national court which does not include a judge having the same legal background as his».

³ *Kirry*, Arbitrability: Current Trends in Europe, in: *Arbitration International* 4/1996, 373 ff.

⁴ *Clay*, L'arbitrage, justice du travail, in: *Procès du travail, travail du procès*, Paris 2008, 99 ff., 100.

⁵ A.a.O., 101.

⁶ *Rigozzi*, L'arbitrage international en matière de sport, Basel 2005, 424.

⁷ *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, Arbitrage International, 2. Aufl., Bern 2010, 3.

⁸ Siehe z.B. *Valencia*, Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, in: *Revue de l'Arbitrage* 1/2007, 45 ff.

⁹ Siehe dazu *Rigozzi* (Fn. 6), 394, der sich zu Recht wundert, ob ein Fussballspieler, welcher Partei eines Vertrages ist, der ihm mehrere Tausend oder Millionen CHF pro Jahr beschert, immer noch als schwächere Partei qualifiziert werden kann.

* Dr. iur. Isabelle Wildhaber, LL.M. (Harvard), ist Nachwuchsdoktorantin an der Universität St. Gallen; lic. iur. Alexandra Johnson Wilcke, LL.M. (Harvard), ist Rechtsanwältin in Genf.

II. Schiedsgerichtsbarkeit bei individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten

A. Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Streitigkeiten

Das schweizerische System basiert auf einer zweigleisigen gesetzlichen Ordnung, weil es zwischen nationalen und internationalen Streitigkeiten unterscheidet und diese jeweils anderen Regeln unterwirft. Die Schiedsgerichtsbarkeit von nationalen Streitigkeiten wird derzeit noch durch das interkantonale Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Jahr 1969 («Konkordat»)¹⁰ geregelt, welches ab dem 1. Januar 2011 durch die Art. 351 ff. der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung («ZPO»)¹¹ ersetzt werden wird. Die Schiedsgerichtsbarkeit von internationalen Streitigkeiten wird hingegen durch Kapitel 12 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht von 1987 («IPRG»)¹² geregelt. Wichtige Fragen, wie die objektive Schiedsfähigkeit, die formellen Anforderungen an die Schiedsklausel, Beschwerdegründe sowie die Durchsetzung und Anerkennung von Schiedsurteilen werden bei nationalen und internationalen Streitigkeiten jeweils unterschiedlich behandelt. Entsprechend ist es bei der schiedsrichterlichen Behandlung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten wichtig, als Erstes zu bestimmen, ob es sich um eine nationale oder internationale Streitigkeit handelt.

Zur Unterscheidung hat die Schweiz ein auf dem Wohnsitz der Parteien beruhendes Kriterium eingeführt. Gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG gelten die Bestimmungen von Kapitel 12 für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz¹³ oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt¹⁴ nicht in der Schweiz hat. Art. 176 Abs. 1 IPRG nimmt demnach Bezug auf ein formelles, nicht ein materiel-

les Kriterium, was den Vorteil hat, dass der Charakter der Streitigkeit nicht von den umstrittenen Belangen abhängig ist¹⁵.

Dem zeitlichen Element muss dabei spezielle Aufmerksamkeit geschenkt werden: Eine Schiedsgerichtsbarkeit gilt als national, wenn die Schiedsvereinbarung zwischen einer schweizerischen Gesellschaft und einem Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz abgeschlossen wird, auch wenn das Arbeitsverhältnis später von einem ausländischen Unternehmen übernommen wird oder der Arbeitnehmer anschliessend ins Ausland versetzt wird¹⁶. Umgekehrt bleibt die Schiedsgerichtsbarkeit international, wenn das ausländische Unternehmen später seinen Sitz in die Schweiz verlagert. Die Wahl eines formellen Kriteriums zur Definition der Internationalität der Streitigkeit kann demzufolge zu künstlichen Ergebnissen führen; sie bezweckt indessen, ein gewisses Mass an Voraussehbarkeit für die eine Schiedsvereinbarung abschliessenden Parteien zu gewährleisten.

Damit die Bestimmungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung kommen, dürfen die Parteien ausserdem gemäss Art. 176 Abs. 2 IPRG nicht die ausschliessliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit (d.h. des Konkordats) vereinbart haben. Die Bedingungen für eine solche Ausschlussvereinbarung («Opting-in») sind eher streng: die Vereinbarung muss schriftlich sein, sie muss die Anwendung von Kapitel 12 IPRG explizit ausschliessen, und sie muss klarstellen, dass dieser Ausschluss zugunsten der Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit gemacht wird. In der Praxis wird das Recht, aus Kapitel 12 IPRG auszusteigen, kaum genutzt¹⁷.

Derzeit existiert das parallele Recht für Parteien eines Binnenschiedsverfahrens, Kapitel 12 IPRG als ausschliesslich anwendbar zu erklären («Opting-out») und ihre nationale Streitigkeit gemäss den Bestimmungen über die internationale Schiedsge-

richtsbarkeit lösen zu lassen, nicht. Allerdings wird sich dies mit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 ändern. Art. 353 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass die Parteien die Geltung der ZPO durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft ausschliessen und die Anwendung der Bestimmungen von Kapitel 12 IPRG vereinbaren können. Die Erklärung muss im Sinne von Art. 358 ZPO schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, welche den Nachweis durch Text ermöglicht. Der Zweck dieser Möglichkeit besteht u.a. darin, es Sportvereinen zu erlauben, ihre nationalen Streitigkeiten Art. 176 ff. IPRG zu unterstellen¹⁸. Tatsächlich ist die Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten zwischen Sportvereinen mit Sitz in der Schweiz und Athleten abhängig vom Wohnsitz des Athleten. Dies kann zu ungleichen Behandlungen führen, wenn die Streitigkeit auch einen Konkurrenten oder Mitspieler mit Wohnsitz im Ausland betrifft¹⁹. Es wird interessant sein zu sehen, wie diese «Opting-Out»-Möglichkeit in der Praxis genutzt werden wird, verschärft sie doch die Spannung zwischen Parteiautonomie und Arbeitnehmerschutz.

In der Schweiz ist derzeit die nationale Schiedsgerichtsbarkeit von geringerer praktischer Relevanz als die internationale Schiedsgerichtsbarkeit²⁰, und dies wird wohl auch mit Inkrafttreten der ZPO so bleiben, trotz der festgestellten Absicht des schweizerischen Gesetzgebers, die nationale Schiedsgerichtsbarkeit so beliebt wie die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu machen, indem in der neuen ZPO eine grössere Flexibilität und Parteiautonomie in nationale Schiedsverfahren eingeführt werden²¹.

B. Schiedsfähigkeit²² in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Ausnahmen zur Schiedsfähigkeit bei nationalen Streitigkeiten werden im öffentlichen Interesse gemacht, um sicherzustellen, dass gewisse Streitigkeiten im staatlichen Gerichtssystem und nicht in privaten Verfahren mit eingeschränkter Aufsicht der Gerichtsbehörden gelöst werden. Wenn man einen Blick in ausländische Rechtsordnungen, z.B. nach Deutschland²³, wirft, so kann man sehen, dass eine typische Ausnahme zur Schiedsfähigkeit individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten sind. In der Schweiz besteht keine explizite Ausnahme für die Schiedsgerichtsbarkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten wurde aber seit jeher heftig diskutiert und ist bis heute umstritten. Wir werden deshalb im Folgenden die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach heutiger Rechtslage (nachfolgend a.) und nach Inkrafttreten der neuen ZPO per 1. Januar 2011 (nachfolgend b.) untersuchen.

a) Schiedsfähigkeit vor dem 1. Januar 2011

Nach geltendem Recht ist die Schiedsfähigkeit von nationalen Streitigkeiten durch Art. 5 des Konkordats geregelt, das von allen Kantonen angenommen worden ist. Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann demnach jeder Anspruch sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist. Die Erfüllung dieser zwei Bedingungen ist abhängig von Bundesrecht und kantonalem Recht²⁴. Sie wirft die Frage auf, ob die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dem Prinzip der Unverzichtbarkeit von Art. 341 OR (nachfolgend i.), mit dem kantonalen Recht (nachfolgend ii.) und mit den Prozessvoraussetzungen von Art.

¹⁸ Siehe Botschaft des Bundesrates zur ZPO vom 28.6.2006, BBL 2006 6831 ff., 7000.

¹⁹ Weber-Stecher, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, Basel 2010, Art. 353 N 16 ff., 21 ff.; Wenger, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2007, 401 ff., 403; Rigozzi, L'arbitrabilité des litiges sportifs, ASA Bull. 3/2003, 501 ff., 503.

²⁰ Girsberger/Voser, International Arbitration in Switzerland, Zürich 2008, 22.

²¹ Siehe Botschaft des Bundesrates zur ZPO vom 28.6.2006, BBL 2006 6831 ff., 6998; Wenger (Fn. 19), 404.

²² «Objektive Schiedsfähigkeit» als Gegensatz zur «subjektiven Schiedsfähigkeit», d.h. die Fähigkeit der Parteien, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen. Dieser Aufsatz beschränkt sich auf die Untersuchung der objektiven Schiedsfähigkeit.

²³ §§ 101–110 des deutschen Arbeitsgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.7.1979 (BGBl. I 853, 1036), das zuletzt durch Art. 9 Abs. 5 des Gesetzes vom 30.7.2009 (BGBl. I 2449) geändert worden ist.

²⁴ Jolidon, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, Art. 5 N 51.

¹⁰ Konkordat vom 27.3.1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit, in Kraft getreten am 1.5.1970, AS 1969 1093, geändert am 10.1.1995, AS 1995 31, SR 279.

¹¹ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19.12.2008, BBL 2009, 21.

¹² Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

¹³ Wenn eine juristische Person involviert ist, so bezieht sich die Voraussetzung des Wohnsitzes gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG auf den Sitz im Sinne von Art. 151 IPRG und nicht auf den lokalen Aussenbetrieb oder die Vertretung.

¹⁴ Siehe BGer vom 5.12.2008, 4A_376/2008.

¹⁵ Kaufmann-Kohler/Rigozzi (Fn. 7), 36 f.

¹⁶ Schweizer, Droit du travail – Droit international privé et fors, arbitrage, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail: recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2009, 839 ff., 841.

¹⁷ ASA Bull. 2007, 519. Für ein jüngeres Beispiel betreffend einen Absatzvertrag siehe BGer vom 26.3.2008, 4A_435/2007. Siehe auch KGer TI vom 27.2.2007, 4P.304/2006.

343 OR bzw. Art. 24 GestG (nachfolgend iii.) kompatibel ist.

i. Art. 341 OR

Ob ein Anspruch der freien Verfügung der Parteien unterliegt, bestimmt das materielle Recht, bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Schweiz grundsätzlich Art. 341 OR. Gemäss Art. 341 OR kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und einen Monat nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten²⁵. Dieses Verbot gilt absolut für den einseitigen Verzicht des Arbeitnehmers. Bei einem beiderseitigen Verzicht von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist auf die Angemessenheit des Vergleichs abzustellen²⁶.

Einige Autoren sind nun der Meinung, dass arbeitsrechtliche Ansprüche frei verfügbar im Sinne von Art. 5 des Konkordats sind, insofern das Prinzip der Unverzichtbarkeit von Art. 341 OR nur vor unbedachtem Verzicht im unmittelbaren Verhandlungskontakt mit dem als stärker erachteten Arbeitgeber schützt, nicht aber auch vor einem Verzicht im Rahmen eines Verfahrens vor einem unabhängigen Schiedsgericht oder in einem Verfahren, das den Anforderungen der ZPO entspricht²⁷. Andere Autoren weisen hingegen darauf hin, dass das entscheidende Element bei Art. 5 des Konkordats die rechtliche Natur des

betreffenden Anspruchs und nicht dessen verfahrensrechtliche Behandlung sei. Entsprechend argumentieren diese Autoren, dass eine Schiedsvereinbarung («clause compromissoire») betreffend Ansprüche, welche noch nicht frei verfügbar sind, ungültig sei, während ein Schiedsvertrag («compromis»), welcher nach Ablauf der Ein-Monats-Frist von Art. 341 Abs. 1 OR abgeschlossen würde, vollkommen zulässig sei²⁸.

Diese zweite Meinung wurde nunmehr durch ein Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juni 2010 bestätigt²⁹. In diesem Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass der Arbeitnehmer auf seine Ansprüche nur in den engen Schranken von Art. 341 Abs. 1 OR verzichten könne, so dass er über diese nicht frei verfügen könne. Diese Einschränkung der freien Verfügbarkeit sei auch im Rahmen von Art. 5 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit entscheidend, wonach nur solche Ansprüche schiedsfähig seien, über welche die Parteien frei verfügen könnten. Wenn ein Arbeitnehmer auf gewisse Ansprüche aufgrund von Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten könne, so könne er auch nicht im Vorhinein vereinbaren, diese Ansprüche der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen. Es sei inkohärent, dass die auf das Individualarbeitsrecht anwendbare Gesetzgebung einerseits im Interesse der schwächeren Partei die Wahl eines Gerichtsstandes verbiete (Art. 21 Abs. 1 lit. d und Art. 24 Abs. 1 GestG), andererseits aber eine Schiedsvereinbarung erlaube. Für diejenigen Ansprüche, auf die der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten könne, gelte, dass sie der Arbeitnehmer auch nicht im Vorhinein einer Schiedsvereinbarung unterstellen könne.

Zu den Erwägungen des Bundesgerichts zu Art. 341 OR seien uns folgende Bemerkungen erlaubt. Gemäss Bundesgericht berücksichtigt Art. 341 Abs. 1 OR, dass «le travailleur se trouve dans une situation de dépendance aiguë» (E. 4.5), eine Annahme, die bei Profisportlern und Managern eben gerade nicht zutrifft. Wenn ferner bei einem beiderseitigen Verzicht

von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemäss Art. 341 OR auf die Angemessenheit des Vergleichs abzustellen ist, wie dies das Bundesgericht in E. 4.5 zum Ausdruck bringt, so ist unseres Erachtens mit der Unverzichtbarkeit im Sinne von Art. 341 OR ein inadäquater Vergleich oder ein Verzicht ohne Gegenleistung anvisiert. Ob damit die Vereinbarung zu einem spezifischen Verfahren, nämlich der Schiedsgerichtsbarkeit, gemeint sein soll, bleibt für uns fragwürdig. Denn dass eine Schiedsvereinbarung einen Verzicht im Sinne von Art. 341 OR darstellt, geht von der eingangs erwähnten Prämisse aus, dass die Schiedsgerichtsbarkeit den Interessen des Arbeitnehmers entgegenläuft und dass deshalb die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens eine unilaterale Konzession des Arbeitnehmers darstellt.

Die Bedeutung der freien Verfügbarkeit im Sinne von Art. 5 des Konkordats gemäss diesem neuen Bundesgerichtsentscheid 4A_71/2010 wird relativiert durch den Umstand, dass sie weiterhin gegeben ist, wenn die Forderungen gemäss Art. 341 Abs. 1 OR verzichtbar sind, oder wenn die Ein-Monats-Frist von Art. 341 Abs. 1 OR abgelaufen ist³⁰. Da die meisten arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgefochten werden, stellt sich die Frage, ob ein ursprünglich nicht schiedsfähiger Anspruch nach Ablauf der Frist des Art. 341 Abs. 1 OR gültig von einer vor Ablauf dieser Frist vereinbarten Schiedsklausel erfasst werden kann. Bejaht man diese Frage, so verliert die Einschränkung von Art. 341 Abs. 1 OR hinsichtlich der Zulässigkeit von Schiedsgerichten erheblich an Relevanz. Geht man hingegen – so wie wir – davon aus, dass die Parteien einer Schiedsvereinbarung über einen bestimmten Streitgegenstand bereits in dem Moment verfügen können müssen, in dem sie die Schiedsvereinbarung unterzeichnen bzw. der Anspruch entsteht, so wird Art. 341 Abs. 1 OR für die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Ansprüchen entscheidend.

ii. Kantonales Recht

Die Zulässigkeit nationaler Schiedsgerichtsbarkeit kann derzeit noch durch kantonale Regelungen des Zivilprozessrechts oder der Gerichtsorganisation be-

schränkt oder sogar ausgeschlossen sein, basierend auf der zweiten Voraussetzung von Art. 5 des Konkordats, nämlich dem Fehlen einer ausschliesslichen Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts³¹. Gegenwärtig kann deshalb die Schiedsfähigkeit nationaler Streitigkeiten nicht einheitlich für die ganze Schweiz, sondern nur für einen einzelnen Kanton beurteilt werden. Bezüglich arbeitsrechtlicher Streitigkeiten kennen die Kantone die verschiedensten Regelungen: das Verbot von Schiedsvereinbarungen³², die ausschliessliche Zulassung in Gesamtarbeitsverträgen³³, das Verbot eines im Voraus erklärten Verzichts auf die staatliche Gerichtsbarkeit oder die Spezialgerichtsbarkeit³⁴, oder die vollständige Zulassung von Schiedsvereinbarungen³⁵. Diese Regelungen können selbstverständlich auch kombiniert werden, so dass z.B. ein im Voraus erklärter Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit nur in einem Gesamtarbeitsvertrag möglich ist³⁶.

Diese Möglichkeit der Kantone, die Schiedsgerichtsbarkeit einzuschränken, wird mit dem Inkrafttreten der ZPO, insbesondere dessen Art. 354 Abs. 1, am 1. Januar 2011 dahinfallen³⁷. Diese Änderung ist zu begrüssen. Das Patchwork von kantonalen Regelungen bezüglich der Schiedsfähigkeit wird dann nicht mehr anwendbar sein.

iii. Art. 343 OR

Als der Gesetzgeber im Jahr 1971 den Art. 343 OR in Kraft setzte, wollte er einen gewissen, minimalen Verfahrensschutz für die Arbeitnehmer gewährleisten, indem er zwingende Gerichtsstände für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 343 Abs. 1

²⁵ Siehe *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 341 N 2 und 5 f.; *Rehbinder*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2./2.: Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 331–355 OR, 2. Aufl., Bern 1992, Art. 341 N 12; *Hoffmann*, Das Verbot des Verzichtes im schweizerischen Arbeitsrecht, ArbR 1995, 31.

²⁶ *Streiff/von Kaenel* (Fn. 25), Art. 341 N 2 und 5 f.; *Schmid*, Zum Beweislastvertrag, SJZ 2004, 477 ff., 480 f.; BGer vom 28.6.2010, 4A_71/2010, E. 4.5; BGE 118 II 58 E. 2b.

²⁷ *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Hrsg. Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, Bern 1996, Art. 343 N 5; *Vischer*, Schweizerisches Privatrecht VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 291; *Sutter*, Zivilrechtspflege im Einzelarbeitsvertragsrecht, BJM 1986, 129; *Jolidon* (Fn. 24), 158 f., 165; *Wenger* (Fn. 19), 406. Im Ergebnis auch *Berger/Kellerhals*, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, 85; *Portmann*, Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 343 N 21 f.; *Ryter*, Article 343 CO et procédure civile vaudoise en matière de conflit de travail, Lausanne 1990, 180 f.

²⁸ Siehe *Streiff/von Kaenel* (Fn. 25), Art. 343 N 8; *Meier*, Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: Donatsch/Fingerhuth/Lieber/Rehberg/Walder-Richli (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, 267 ff., 274; *Bohnet*, L'arbitrage des conflits individuels de travail selon le projet de code de procédure civile suisse, Jusletter vom 12.4.2006, N 10, N 12.

²⁹ BGer vom 28.6.2010, 4A_71/2010.

³⁰ *Streiff/von Kaenel* (Fn. 28), Art. 343 N 8; *Meier* (Fn. 28), 274; *Bohnet* (Fn. 28), N 10.

³¹ *Stahelin*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag: Art. 331–355 und Art. 361–362, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 343 N 4; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 28), Art. 343 N 8; BGer in SJ 2000 I 71; CA GE in JAR 1998, 309; KGer VS in JAR 1997, 297; AGer Olten-Gösigen in JAR 1994, 270 f. Kritisch *Schweizer* (Fn. 16), 866.

³² BS, GE (TPH GE in JAR 2004, 505), LU, SO (AGer Olten-Gösigen in JAR 1995, 280).

³³ VD, VS (KGes VS in JAR 1997, 297).

³⁴ AG, SG, ZH (AGer and OGer ZH in ZR 2001 Nr. 64).

³⁵ BE, JU.

³⁶ NE, FR.

³⁷ Siehe *Bohnet*, Les conflits individuels de travail et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l'empire de la loi fédérale de procédure civile?, in: *Bohnet* (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Basel 2005, 161 ff., 175; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 28), Art. 343 N 8.

OR) sowie gewisse Verfahrensbedingungen (Art. 343 Abs. 2–4 OR) einführt, z.B. ein einfaches und rasches Verfahren für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000. Die Bestimmung zu zwingenden Gerichtsständen in Art. 343 Abs. 1 OR hat sich im Laufe der Zeit weiterentwickelt und wurde im Jahr 2001 durch das Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen («GestG»)³⁸ ersetzt. Art. 24 Abs. 1 GestG führte sog. teilzwingende Gerichtsstände am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, ein. Wie schon erwähnt ist die Frage, ob die Gerichtsstände von Art. 343 OR bzw. von Art. 24 GestG die Behandlung von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten durch Schiedsgerichte ausschliessen, in der Lehre umstritten.

Das Inkrafttreten des GestG hat die Frage zu einem gewissen Grad geklärt. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Gesetzesentwurf vom 18. November 1998 sah vor, dass Schiedsvereinbarungen erlaubt seien, solange sie nicht von den zwingenden Gerichtsständen abweichen³⁹. Die Bundesversammlung ist diesem Vorschlag allerdings nicht gefolgt, was die herrschende Lehre zur Schlussfolgerung bewogen hat, dass das GestG die Anwendung der Schiedsgerichtsbarkeit nicht einschränken würde und dass die teilzwingenden Gerichtsstände von Art. 24 GestG auf die Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar seien⁴⁰.

Wir schliessen uns dieser Meinung, welche im Übrigen auch durch den neuen Bundesgerichtsentscheid 4A_71/2010 bestätigt wurde⁴¹, aus folgenden Gründen an. Das GestG regelt die territoriale Gerichtsbarkeit von staatlichen Gerichten und sollte deshalb nicht auf Schiedsgerichte angewendet werden. Indem die Parteien eine Schiedsvereinbarung verabreden, verzichten sie auf die Gerichtsbarkeit der staatlichen Gerichte und geben somit die durch das GestG gewährleisteten Gerichtsstände auf. Aus diesem Grund muss der Sitz des Schiedsgerichts nicht den Anforderungen der zwingenden und teilzwingenden Gerichtsstände des GestG entsprechen. Diese Meinung wird auch durch das Prinzip bestätigt, dass der Sitz des Schiedsgerichts nicht notwendigerweise mit dem Ort, an dem die Gerichtsverhandlungen stattfinden, übereinstimmen muss⁴².

Ebenso wird in der Schweiz diskutiert, ob die Verfahrensprinzipien von Art. 343 Abs. 2–4 OR auch in Schiedsverfahren angewendet werden müssen. Diese Prinzipien sehen ein einfaches und rasches Verfahren für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000 (Abs. 2), keine Gebühren und Auslagen des Gerichts (Abs. 3), sowie die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen und die freie Beweiswürdigung durch den Richter (Abs. 4) vor. Die eben dargelegten Argumente können gegen die Anwendung dieser Prinzipien bei Schiedsverfahren gleichermaßen vorgetragen werden⁴³. Indem der Gesetzgeber

die Schiedsgerichtsbarkeit vom Gültigkeitsbereich des GestG ausgenommen hat, hat er sich für die Differenzierung zwischen den Verfahren staatlicher Gerichte und Schiedsgerichte entschieden. Demzufolge sollten die Verfahrensbedingungen von Art. 343 Abs. 2–4 OR in Schiedsverfahren nicht zur Anwendung kommen⁴⁴. Dies ist auch aus einer praktischen Perspektive sinnvoll, werden doch Bedingungen wie die Kostenlosigkeit des Verfahrens bei Schiedsverfahren kaum umsetzbar sein⁴⁵. Ausserdem werden die Bedingungen von Art. 343 OR explizit den Kantonen und den Richtern abverlangt⁴⁶.

Aus diesen Gründen sind in unseren Augen die teilzwingenden Gerichtsstände des GestG sowie die Verfahrensvoraussetzungen von Art. 343 Abs. 2–4 OR in Schiedsverfahren mangels einer Bestimmung, welche genau dies explizit vorsieht, nicht anwendbar. Diese Schlussfolgerung bringt nun aber das Problem mit sich, dass sie die Arbeitnehmer bei Streitwerten bis zu Fr. 30 000 ohne den vor staatlichen Gerichten gewährleisteten Verfahrensschutz lässt. Der schützende Zweck von Art. 343 OR und des GestG wird vereitelt, wenn der Arbeitgeber ihn umgehen kann, indem er dem Arbeitnehmer durch die Aufnahme einer Schiedsvereinbarung in den Arbeitsvertrag die Schiedsgerichtsbarkeit auferlegt. Selbstverständlich wird diesem Vorgehen durch das Verbot der Gesetzesumgehung eine Grenze gesetzt⁴⁷. Für das Vorliegen einer Gesetzesumgehung ist entscheidend, ob atypisch gestaltete Sachverhalte nach dem Zweck der umgangenen Norm von dieser erfasst sein sollen. Der Zweck des Art. 343 OR besteht darin, die Verwirklichung und Vollstreckung des materiellen Bundeszivilrechts zu unterstützen⁴⁸. Angesichts dieser klaren Zielsetzung des Gesetzgebers könnte die Nichtanwendung von Art. 343 OR und des GestG als Gesetzesumgehung gesehen werden. Dies wäre ein Argument für die (indirekte) Anwendung von Art. 343

OR und des GestG in Schiedsverfahren, ein Argument, welches zeigt, dass es nach jetzigem Rechtsstand keine eindeutige Antwort gibt.

In Anbetracht der Unsicherheiten und divergierenden Lehrmeinungen hat *Bohnet* im Jahr 2006 vorgeschlagen, in den Entwurf der ZPO Bestimmungen zur Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten aufzunehmen⁴⁹. Dies hätte der endlosen Diskussion um die Anwendung von speziellen Verfahrensschutznormen für Arbeitnehmer vor staatlichen Gerichten auch bei Schiedsverfahren ein Ende gesetzt. Leider wurde dieser Vorschlag nicht verfolgt (siehe nachfolgend b.).

b) Schiedsfähigkeit nach Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011

Am 1. Januar 2011, mit Inkrafttreten der ZPO, wird das Konkordat durch Art. 353 ff. ZPO ersetzt werden. Die ZPO wird in Zukunft die schweizerische Binnenschiedsgerichtsbarkeit regeln. Sie wird im Bereich der arbeitsrechtlichen Verfahren beträchtliche Auswirkungen haben. Auch das GestG und Art. 343 OR werden komplett durch die ZPO ersetzt werden⁵⁰. Die ZPO übernimmt grundsätzlich die Verfahrensvoraussetzungen des Art. 343 OR und des Art. 24 GestG, führt aber einige Veränderungen daran ein⁵¹.

Während des Gesetzgebungsprozesses wurde mehrmals darauf hingewiesen, dass die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in Binnenschiedsverfahren eine ausdrückliche Regelung benötigt. Neben den schon erwähnten Vorschlägen von *Bohnet* in einem Aufsatz von 2006⁵² hat auch die Universität Zürich in ihrer Vernehmlassung zum Vorentwurf der ZPO Bedenken dazu geäussert, dass der Entwurf soweit ersichtlich keine Einschränkungen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis vorsehe. Dies sei mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerseite nicht unproblematisch. Andererseits sollte die Schiedsgerichtsbarkeit auch nicht vollständig

³⁸ Bundesgesetz vom 24.3.2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG), in Kraft getreten am 1.1.2001, wird per 1.1.2011 ausser Kraft gesetzt werden, SR 272.

³⁹ BBl 1999, 2591 ff., 2640; AmtlBull SR 1999, 893.

⁴⁰ Siehe z.B. *Bohnet* (Fn. 28), N 18; *Dasser*, in: Müller/Wirth (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 1 N 73 ff.; *Donzallaz*, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001, Art. 1 N 16 f.; *Gasser*, in: Kellerhals (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 1 N 43 f.; *Gross*, in: Müller/Wirth, a.a.O., Art. 24 N 8; *Kellerhals*, Bemerkungen zum Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen, in: Bolle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, 224; *Meyer*, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Gerichtsstandsgesetz, Basel 2001, Art. 1 N 20; *Portmann*, in: Honsell/Nedim/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 343 N 21; *Poudret*, «L'arbitre n'a pas de for», in: Bolle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, 232; *Rehbinder* (Fn. 25), Art. 343 N 9; OGer ZH in ZR 1999, Nr. 79, 169 = JAR 1990, 400; BGer in SJ 2000 I 71; CA GE in JAR 1998, 309; KGer VS in JAR 1997, 297. Anders *Aubert*,

L'arbitrage en droit du travail, ASA Bull. 2000, 2 ff., 6 [= *Aubert*, L'arbitrage en droit du travail, in: Journée en 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1999, 107 ff., 110]; *Brunner et al.*, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3. Aufl., Lausanne 2004, Art. 343 N 16 (entgegen ihrer Rede vor dem Ständerat, siehe AmtlBull SR 1999, 893); *Geiser/Müller*, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, 33; *Infanger*, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., Art. 2 N 27; *Wyler*, Droit du travail, Bern 2008, 626; TPH GE in JAR 2004, 505 E. 2b.

⁴¹ BGer vom 28.6.2010, 4A_71/2010, E. 4.4. Siehe auch BBl 2006, 7394, mit Bezug zum im GestG ausgedrückten Willen des Gesetzgebers; *Weber-Stecher* (Fn. 19), Art. 354 N 24; *Wenger* (Fn. 19), 405 f.

⁴² Siehe *Bohnet* (Fn. 28), N 22; *Poudret* (Fn. 40), 235; *Schweizer* (Fn. 16), 864.

⁴³ Umgekehrt sind diejenigen Autoren, welche die Anwendung der Prinzipien von Art. 343 Abs. 2–4 OR bei Schiedsverfahren befürworten, meistens auch für die Anwendung der Gerichtsstände des GestG bei Schiedsverfahren, siehe z.B. *Aubert* (Fn. 40), 6; *Brunner et al.* (Fn. 40), Art. 343 N 16; *Geiser/Müller* (Fn. 40), 33; *Hasler*, Die Zuständigkeit bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten im Kanton Zürich, ArbR 1988, 59; *Meier* (Fn. 28), 270 ff.; *Staehelin* (Fn. 31), Art. 343 N 4; *Wyler* (Fn. 40), 626; TPH GE in JAR 2004, 505; OGer ZH in ZR 1990 Nr. 79, 169 = JAR 1990, 400.

⁴⁴ *Brühwiler* (Fn. 27), Art. 343 N 5; *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997/2000, vor § 238–258 ZPO N 18a; *Rehbinder* (Fn. 25), Art. 343 N 9 f.; *Vischer* (Fn. 27), 291. Siehe auch BGer vom 25.3.2004, 4P.253/2003, E. 5.4.

⁴⁵ *Meier* (Fn. 28), 271 f.; *Bohnet* (Fn. 28), N 24.

⁴⁶ *Streiff/von Kaenel* (Fn. 28), Art. 343 N 8; *Wyler* (Fn. 40), 623. Dies war immer so, siehe z.B. aArt. 29 Fabrikgesetz und aArt. 19 Heimarbeitsgesetz.

⁴⁷ *Staehelin* (Fn. 31), Art. 343 N 4; *Aubert* (Fn. 40), 6.

⁴⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25.8.1967, BBl 1967 II 241 ff.

⁴⁹ *Bohnet* (Fn. 40), N 39, N 43 ff.

⁵⁰ Siehe *Portmann*, Arbeitsvertragsrecht und Zivilprozess, in: Tercier (Hrsg.), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 539 ff.

⁵¹ Idem.

⁵² Siehe Fn. 28.

untersagt werden. Sie habe dann ihre Berechtigung, wenn es um grössere Streitsummen (namentlich in Prozessen zwischen Managern und Arbeitgebern) ginge oder wenn es dem Willen der Sozialpartner entspreche. Ein vernünftiger Mittelweg würde z.B. darin bestehen, die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in Binnenschiedsverfahren mit einem Streitwert von unter Fr. 30 000 auszuschliessen, es sei denn die Schiedsvereinbarung sei in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen⁵³.

Diese Bedenken wurden nicht aufgenommen. Trotz der während des Vernehmlassungsverfahrens geäusserten Kritik hält der neue Art. 354 ZPO – gleich wie Art. 5 des Konkordats – am Kriterium der freien Verfügbarkeit der Parteien über den Anspruch zur Beurteilung der Schiedsfähigkeit fest. Der Wortlaut der Endversion der ZPO, welche am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird, stimmt mit dem Wortlaut des Entwurfs überein. Demgemäss bleibt die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in der neuen ZPO offen. Auch die Frage, ob die Verfahrensbestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer für Streitigkeiten unter Fr. 30 000 in Binnenschiedsverfahren analog anwendbar sein sollten, bleibt mangels einer expliziten Regelung in der ZPO bestehen.

Die Materialien zur ZPO weisen implizit darauf hin, dass Art. 343 Abs. 2–4 OR, welche in die ZPO integriert werden, auf Schiedsverfahren nicht anwendbar sein sollten. In der Botschaft des Bundesrates zur ZPO ist zu lesen: «Die Schiedsgerichtsbarkeit stellt bewusst einen eigenständigen Teil der Zivilprozessordnung dar. Aus den Regeln, die für staatliche Gerichte gelten, sollen grundsätzlich keine Rückschlüsse für das Schiedsverfahren gezogen werden. Deshalb wird im Prinzip auch auf Querverweise auf andere Bestimmungen des Entwurfes verzichtet: Der 3. Teil der Zivilprozessordnung soll von der Praxis wie ein selbstständiges Gesetz gehandhabt und aus sich selbst heraus verstanden werden»⁵⁴. Aus diesem Grund hat auch der zwingende Charakter eines Gerichtsstandes (neu: Art. 35 ZPO) keinen Einfluss auf die Schiedsfähigkeit, wie dies durch den neuen Bun-

desgerichtsentscheid 4A_71/2010 bestätigt wird⁵⁵. Unter dem Aspekt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung spricht auch die Zulassung der Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten im internationalen Verhältnis für deren Zulassung im innerstaatlichen Verhältnis⁵⁶. Vorbehalten muss man selbstverständlich auch hier die Gesetzesumgehung: Es kann nicht hingenommen werden, dass ein Arbeitgeber standardmässig ohne besonderen sachlichen Grund Schiedsabreden in die Arbeitsverträge integriert, um die Verwirklichung des materiellen Arbeitsrechts zu behindern. Nach Inkrafttreten der neuen ZPO sind deshalb individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Rahmen von Art. 341 Abs. 1 OR – unter Vorbehalt der Gesetzesumgehung – schiedsfähig, ohne dass Einschränkungen bezüglich des Schiedsverfahrens gelten würden⁵⁷.

III. Schlusswort

Das Prinzip der Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten muss, basierend auf den gemachten Ausführungen, unserer Meinung nach im Lichte der neuen ZPO bestätigt werden. Dabei sind allerdings die Einschränkungen durch Art. 341 Abs. 1 OR zu beachten, wie dies das Bundesgericht in seinem neuen Entscheid 4A_71/2010 vom 28. Juni 2010 bestätigt hat. Es kann sogar sein, dass die ZPO einen neuen Impuls für die Schiedsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht geben wird, da die kantonalen Einschränkungen und Verbote ausser Kraft gesetzt werden und die Binnenschiedsgerichtsbarkeit insgesamt modernisiert und verbessert wird. Diese Entwicklung würde mit der derzeit allgemein zu beobachtenden Tendenz eines nachsichtigeren Herangehens an die Schiedsgerichtsbarkeit für arbeitsrechtliche Streitigkeiten übereinstimmen. Die Furcht, dass Schiedsverfahren als solche für die Arbeitnehmer not-

wendigerweise negativ sind und dass Schiedsrichter gegenüber Arbeitnehmern voreingenommen sind, ist nicht mehr gerechtfertigt. Schiedsrichter können genauso wie staatliche Richter Schutznormen anwenden und Arbeitnehmer schützen.

Die ZPO kann die Frage nach der Anwendung von Verfahrensschutznormen zugunsten von Arbeitnehmern im Binnenschiedsverfahren nicht vollständig klären. Diese Frage mag aber beruhigenderweise in der Praxis nicht von grösster praktischer Bedeutung sein, insofern sich Schiedsverfahren meistens nur für Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 30 000 rechtfertigen. Die Parteien könnten versuchen, das Risiko, dass ihre Schiedsvereinbarung bei Streitigkeiten mit einem Streitwert unter Fr. 30 000 für ungültig erklärt wird, zu senken, indem sie ihre Bedenken in der Vereinbarung ansprechen, z.B. durch

das Anbieten von beschleunigten («fast-track») Schiedsverfahren, durch die Übereinstimmung des Sitzes des Schiedsgerichts mit einem der zwingenden Gerichtsstände für arbeitsrechtliche Streitigkeiten⁵⁸, oder durch die komplette Übernahme der Kosten des Schiedsverfahrens durch den Arbeitgeber⁵⁹. Des Weiteren steht es den Parteien offen, den Einschränkungen der Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund von Art. 341 Abs. 1 OR durch ein «Opting-Out» aus der Anwendung der ZPO zugunsten der Anwendbarkeit des Kapitels 12 des IPRG aus dem Weg zu gehen, so dass die freie Verfügbarkeit von Art. 354 ZPO durch das Kriterium des vermögensrechtlichen Anspruchs von Art. 177 Abs. 1 IPRG ersetzt wird.

⁵³ Siehe Zusammenstellung der Vernehmlassungen auf <www.zpo.ch>, 799 ff.

⁵⁴ BBl 2006, 7392.

⁵⁵ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 41.

⁵⁶ Wenger (Fn. 19), 406; Portmann (Fn. 40), Art. 343 N 21.

⁵⁷ So auch Bohnet (Fn. 28), N 39; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO): Kurzkomentar, Zürich 2010, Art. 354 N 2 («arbeitsrechtliche Streitigkeiten sind – unter Vorbehalt von OR 341 – durchaus schiedsfähig»). Ähnlich Weber-Stecher (Fn. 19), Art. 354 N 25 («Als rechtsmissbräuchlich und unzulässig sollte eine Schiedsvereinbarung also nur in den Fällen qualifiziert werden, in welchen das Schiedsverfahren so vereinbart wird, dass die Geltendmachung der Arbeitnehmeransprüche in ungebührlicher Weise erschwert werden [bspw. andere Sprache als die Amtssprache am Arbeitsort oder Wohnsitz des Arbeitnehmers]»).

⁵⁸ Stöckli, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, 133 ff.

⁵⁹ Wie es oft in den USA der Fall ist. Dies birgt allerdings das Risiko in sich, dass eine solche Ausgestaltung zu Bedenken hinsichtlich der Unbefangenheit der Schiedsrichter führt.