

# Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2014



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

## **Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2014**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

Redaktion: Dr. iur. G. L. Koller, Leitender Gerichtsschreiber

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

# Inhaltsverzeichnis

## I. Aus den Entscheiden

1. OR 319; Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers?	5
2. OR 321a; Treuepflichtverletzung oder Konkurrenzverbot?	6
3. OR 321c; Verspätete Meldung von Überstunden	10
4. OR 321c; Anwendbarer GAV und Überstunden	13
5. OR 322a; Folgen fehlender Unterlagen beim Arbeitgeber	14
6. OR 322b; Unklare Bonusvereinbarung	16
7. OR 322d; Änderung des Bonussystems: Stillschweigende Annahme?	17
8. OR 324; Annahmeverzug nach nichtiger Kündigung	19
9. OR 324a; Folgen einer fehlenden Krankentaggeldversicherung	20
10. OR 324a; Befristete Anstellung, anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag	22
11. OR 324a; Mutterschaftsentschädigung: Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmerin	24
12. OR 330a; Zeugnisformulierungen	25
13. OR 334; Kettenarbeitsvertrag	27
14. OR 335; Rückdatierte Kündigung	28
15. OR 335; Aufhebungsvertrag und Bonusanspruch	29
16. OR 336; Missbräuchliches Nichteinhalten einer Bewährungsfrist	31
17. OR 336/336c; Arbeitgeber betrachtet eigene Kündigung als ungültig	33
18. OR 336c; Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit	34
19. OR 337; Arztzeugnis oder fristlose Entlassung	36
20. OR 340c; Wegfall des Konkurrenzverbots?	38
21. OR 357; Anwendbarkeit eines GAV	40
22. GIG 3 f.; Zulässige Bonuskürzung wegen Mutterschaftsurlaub?	41
23. ZPO 106; Prozesskostenverteilung bei unklaren Firmenverhältnissen	43
24. ZPO 152; OR 328b; Verwertung von privaten E-Mails im Prozess?	44
25. ZPO 204; Ungenügende Vertretung vor der Schlichtungsbehörde	46

## II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden 48

## III. Aktueller Stand der Bonusrechtsprechung 49

## IV. Statistischer Überblick 65

## **EDITORIAL**

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

Wir freuen uns, Ihnen auch dieses Jahr wieder eine Auswahl unserer zahlreichen Entscheide vorlegen zu dürfen.

Die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten (vor den Friedensrichterämtern) hat im Vergleich zum Vorjahr erneut leicht abgenommen (von 942 auf 904). Dies wirkte sich auch auf die Zahl der ausgestellten Klagebewilligungen aus (von 374 auf 353). Die Erledigungsquote der Friedensrichterämter lag auch 2014 bei 61%. Am Arbeitsgericht gingen die Klageeingänge ebenfalls zurück (von 313 auf 266), die Komplexität der Klagen blieb dabei aber unverändert.

Im Berichtsjahr fanden die Wahlen für die Beisitzenden des Arbeitsgerichts für die Amtsperiode 2014 bis 2020 statt. Von den 120 Beisitzenden waren 50 neue zu wählen. Das Arbeitsgericht nahm dies zum Anlass, sich von den zurückgetretenen Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter anlässlich eines Apéros im November 2014 zu verabschieden und ihre Einsätze zu verdanken.

Die neugewählten Beisitzenden wurden schriftlich begrüsst und sie wurden darüber orientiert, dass anfangs 2015 ein Informationsabend mit einem kleinen Apéro geplant sei.

Gerne weisen wir Sie auf den Textbeitrag «Aktueller Stand der Bonusrechtsprechung» hin, der einen Überblick über die derzeitige Rechtsprechung zum Thema Bonus geben soll.

Im Anhang befindet sich schliesslich wie üblich ein statistischer Überblick. Wir weisen Sie zudem auf unsere Internetseite [www.bezirksgericht-zh.ch](http://www.bezirksgericht-zh.ch), Themen/Arbeit, hin, wo Sie einen Überblick zu verschiedenen Fragen, die sich im Arbeitsverhältnis häufig stellen, finden. Dort können Sie auch Musterschreiben und Formulare herunterladen. Und – last but not least – wird den Rechtsuchenden auch weiterhin die dem Arbeitsgericht Zürich angegliederte Rechtsauskunftstelle bei den neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im April 2015

**lic. iur. Hans Jucker, Präsident der 3. Abteilung/Bereichsvertreter**  
**Dr. iur. Gerhard L. Koller, Ersatzrichter / Leitender Gerichtsschreiber**  
**Arbeitsgericht**

## **I. AUS DEN ENTSCHEIDEN**

### **1. OR 319; Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers?**

Die Parteien schlossen über eine Internetplattform einen Arbeitsvertrag für einen einzelnen Einsatz in einem Restaurant, zu welchem der Kläger dann nicht erschien. Der Kläger verlangte den Lohn für diesen Einsatz. Er machte geltend, obwohl die Richtlinien der Plattform (die nicht erhältlich seien) vorsehen würden, dass der Arbeitgeber nach der Bestätigung des Einsatzes Kontakt mit dem Arbeitnehmer aufnehmen würde, habe der Arbeitgeber dies unterlassen und dem Kläger sei es nicht gelungen, mit ihm in Kontakt zu treten. Daher habe er über keine näheren Angaben zum Einsatz verfügt, etwa betreffend Arbeitskleidung oder ob er Ohrringe tragen dürfe. Unter diesen Umständen sei ihm die Anreise angesichts seines langen Anfahrtswegs von 1,5 Stunden und der Ticketkosten nicht zumutbar gewesen.

Der Beklagte führte hingegen aus, der Kläger habe über alle notwendigen Informationen verfügt und man habe ihn am Arbeitsort erwartet gehabt. Alle weiteren Informationen hätte er vor Ort erhalten können.

#### **Aus den Erwägungen:**

«Der Einzelarbeitsvertrag als synallagmatischer (vollkommen zweiseitiger) Vertrag kennzeichnet sich dadurch aus, dass die Leistungen von Arbeitnehmer (Arbeit) und Arbeitgeber (Lohn) zueinander in einem Austauschverhältnis stehen (vgl. Art. 319 OR). Gemäss Art. 82 Abs. 1 OR muss, wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur der Verträge erst später zu erfüllen hat.

Ist vertraglich nichts anderes vereinbart, ist der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig und hat erst nach geleisteter Arbeit Anspruch auf Lohn (Art. 323 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt der Arbeitgeber ohne Nachleistungsverpflichtung des Arbeitnehmers zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann oder dieser aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät.

Um den Annahmeverzug des Arbeitgebers herbeizuführen, muss der Arbeitnehmer seine Leistung anbieten, ausser es steht fest, dass der Arbeitgeber diese nicht annehmen wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 324 OR).

Im vorliegenden Fall verfügte der Kläger über alle erforderlichen Informationen, nämlich Ort, Zeit und Art seines Einsatzes, um die Arbeit antreten zu können. Auch wenn es dem Kläger nicht möglich war, mit dem Beklagten vorgängig Kontakt aufzunehmen, hätte er zum Arbeitsplatz erscheinen und seine Arbeit anbieten müssen, um einen Lohnanspruch geltend machen zu können. Es gibt keine Hinweise und wird vom Kläger denn auch nicht behauptet, dass der Beklagte auf die Arbeitsleistung des Klägers verzichtet hätte.

Daran ändert auch nichts, dass die Parteien noch keinen konkreten Lohn vereinbart hatten, denn Art. 10 des Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes (L-GAV) legt den geschuldeten Mindestlohn verbindlich fest. Mangels Vereinbarung eines höheren Stundenlohnes wäre vom Beklagten dieser Mindestlohn zu bezahlen gewesen. Die Parteien sind sich denn auch einig, dass dem Kläger gemäss L-GAV ein Stundenlohn von rund Fr. 27.– zugestanden hätte.

Bezüglich Arbeitskleidung wäre es am Beklagten gewesen, diese am Einsatzort bereitzuhalten, falls er besondere Anforderungen gestellt hätte. Seinen Ohrring hätte der Kläger vor Ort rausnehmen können, falls dies vom Beklagten so gewünscht worden wäre. Der Arbeitsweg gehört nicht zur Arbeitszeit, der Arbeitnehmer hat für diesen Zeitaufwand und die Transportkosten grundsätzlich selber aufzukommen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 321 OR), weshalb der Kläger auch daraus nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag.

Zusammengefasst hat es der Kläger versäumt, am Arbeitsort zu erscheinen und seine Arbeit rechtsgenügend anzubieten, obwohl ihm dies zumutbar gewesen wäre. Deshalb liegt kein Arbeitgeberverzug vor und der Kläger hat keinen Lohnanspruch, weshalb die Klage abzuweisen ist.»

*(AH140145 vom 15. Dezember 2014; eine dagegen erhobene Beschwerde wurde am 16. Januar 2015 abgewiesen; RA150001)*

## **2. OR 321a; Treuepflichtverletzung oder Konkurrenzverbot?**

Der Beklagte (Arbeitnehmer) wurde bei einem Einsatzbetrieb in der IT eingesetzt. Vereinbart war ein Konkurrenzverbot sowie ein Verbot, Direktakquisitionen zu tätigen, verbunden mit einer Konventionalstrafe. Der Beklagte teilte der Klägerin mit, das Mandat nicht zu verlängern und zu einer Konkurrenzfirma X. wechseln zu wollen. X. schloss mit der Einsatzfirma einen Vertrag, wonach der Beklagte über sie bei der Einsatzfirma tätig sein würde. Dieser Vertrag wurde aber vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin wieder aufgelöst. Schliesslich vergab die Einsatzfirma das Mandat an eine Drittfirma. Zu prüfen war, ob durch das Verhalten des Beklagten das Konkurrenzverbot verletzt und die Konventionalstrafe von Fr. 50'000.– geschuldet sei.

### **Aus den Erwägungen:**

#### ***Relevantes Konkurrenzverbot:***

«Der geschilderte Sachverhalt und die eingereichten Beweismittel beziehen sich auf den Zeitraum vor Ende November 2012, also noch vor Ende des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beklagten.

Dem Beklagten wird nicht vorgeworfen, nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses konkurrenzierend tätig geworden zu sein. Die klägerische Seite argumentiert, der Beklagte habe während des Arbeitsverhältnisses versucht, die Übernahme des X.-

Mandats durch die A. in die Wege zu leiten, um nach Ende des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin neu für die A. in dem Mandat tätig zu werden. Das von der Klägerin behauptete Verhalten des Beklagten während des Arbeitsverhältnisses sei bereits eine Verletzung des Konkurrenzverbots, nicht bloss ein Versuch desselben. Denn der Vertrag zwischen der A. und der X. sei abgeschlossen worden, was zur Folge gehabt habe, dass die Klägerin das Mandat an ein Konkurrenzunternehmen verloren habe. Ausserdem sei ohnehin selbst der blosser Versuch einer konkurrenzierenden Tätigkeit als Verletzung des Konkurrenzverbots zu qualifizieren.

Falls die klägerischen Vorwürfe stimmen würden und das Konkurrenzverbot verletzt wäre, könnte dies nur für das Konkurrenzverbot während des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 321a OR (Treuepflicht), nicht für das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 ff. OR gelten. Denn der blosser Versuch, gegen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot zu verstossen, verletzt dieses noch nicht. Vielmehr muss die konkurrierende Tätigkeit ausgeübt werden oder unmittelbar bevorstehen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 OR N 7). Das Argument der Klägerin, der Einzelvertrag zwischen der A. und der X. sei mit Wirkung ab 1. Dezember 2012 bis 30. November 2013 abgeschlossen worden und betreffe deshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot, vermag daher nicht zu überzeugen; dieser Vertrag wurde noch vor Ende November 2012 und damit noch während des Arbeitsverhältnisses wieder aufgelöst.

Das Ende des Arbeitsverhältnisses markiert eine feste Grenze. Alle konkurrenzierenden Handlungen oder deren Versuch vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses müssen nach Art. 321a OR (Treuepflicht) beurteilt werden, alle danach nach Art. 340 ff. OR (nachvertragliches Konkurrenzverbot; vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 OR N 7). Handlungen, die ausschliesslich während des Arbeitsverhältnisses stattgefunden haben, können nicht als Verstoß gegen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot nach Art. 340 ff. betrachtet werden, auch wenn sie auf einen solchen hinarbeiten. Denn Handlungen während des Arbeitsverhältnisses und vor allem die Haftung des Arbeitnehmers dafür unterliegen weitergehenden arbeitsrechtlichen (Schutz-)Vorschriften als Handlungen nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

Somit stellt sich angesichts der eingeforderten Konventionalstrafe lediglich die Frage, ob der Beklagte, wie von der Klägerin eventualiter behauptet, gegen das vertragliche Konkurrenzverbot im Sinne einer Treuepflichtverletzung nach Art. 321a OR verstossen hat, nämlich durch das Betreiben von Direktakquisition beim Kunden der Klägerin während des Arbeitsverhältnisses. Dabei ist abzuklären, ob die Konventionalstrafe in diesem Fall überhaupt zulässig ist.»

### *Konventionalstrafe zur Sicherung von Arbeitnehmerpflichten?*

«Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt. Von dieser Bestimmung darf nach Art. 362 Abs. 1 OR nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

Dieser relativ zwingende Charakter von Art. 321e OR schliesst die Vereinbarung von Konventionalstrafen aus, soweit diesen nicht nur Vorteilsausgleichs- oder

Straf- bzw. Disziplinarcharakter, sondern auch eine Ersatzfunktion für erlittenen Schaden zukommt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321e OR N 15).

Denn für die Haftung des Arbeitnehmers nach Art. 321e Abs. 1 OR ist nicht nur sein Verschulden, sondern auch der Eintritt und Beweis eines Schadens für den Arbeitgeber erforderlich. Demgegenüber ist es für das Rechtsinstitut der Konventionalstrafe bezeichnend, dass die vereinbarte Strafe unabhängig vom Eintritt eines Schadens verfällt, also auch wenn dem Arbeitgeber kein ersatzfähiger Vermögensnachteil entstanden ist. Eine solche vom Nachweis eines Schadens unabhängige Haftung bedeutet eine von Art. 321e OR zwingend ausgeschlossene Verschärfung der Arbeitnehmerhaftung. Selbst wenn der Strafverfall vom Eintritt eines Schadens abhängig gemacht werden würde, wäre darin immer noch eine Umgehung der unabdingbaren richterlichen Schadensreduktion im Sinne von Art. 321e Abs. 2 OR zu sehen, was durch den Übermäßigkeit voraussetzenden Herabsetzungsanspruch nach Art. 163 Abs. 3 OR nicht wettgemacht wird (Santoro, a.a.O., S. 47 f.).

Wie vorstehend dargelegt ist die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für Handlungen während des Arbeitsverhältnisses ungültig, wenn sie mindestens teilweisen Ersatzcharakter aufweist. Nicht davon betroffen sind Konventionalstrafen im Rahmen von nachvertraglichen Konkurrenzverboten, wo das Gesetz die Möglichkeit von Konventionalstrafen ausdrücklich vorsieht (vgl. Art. 340b Abs. 2 OR; Santoro, a.a.O., S. 55 f.).

Die Klägerin hat zwar recht mit ihrer Behauptung, der Arbeitgeber könne sich auch gegen eine Verletzung der Treupflicht im Sinne von Art. 321a OR mittels einer Konventionalstrafe schützen, jedoch gilt dies nur für Konventionalstrafen mit reinem Vorteilsausgleichs- oder Straf- bzw. Disziplinarcharakter.»

#### *Abgrenzung zwischen Disziplinar- und Ersatzcharakter:*

«Die Höhe der Strafleistung stellt einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Qualifikation als Disziplinarstrafe dar. Je geringer der wirtschaftliche Wert der Leistung ist, desto weniger lässt sich damit ein Ausgleich für erlittenen Schaden realisieren. Massgebend ist dabei nicht die Höhe der Strafe als absoluter Wert, sondern die Strafleistung muss zum Schaden in Relation gesetzt werden, wie er aus der Leistungsstörung typischerweise entsteht. Dabei ist nur von Bedeutung, ob nach objektiver Betrachtung eine Ersatzfunktion betreffend den hypothetischen Schaden ausgeschlossen werden kann. Wenn die Strafe in diesem Verhältnis gering ausfällt, spricht dies für das Vorliegen einer Disziplinarstrafe (Santoro, a.a.O., S. 33).

Weitere Indizien für das Vorliegen einer blossen Disziplinarstrafe wären das Vereinbaren einer kumulativen Konventionalstrafe, bei der die Strafe neben dem Ersatz des Schadens und unabhängig von dessen Höhe geschuldet ist, oder wenn die vereinbarte Leistung für den Geschädigten keinen Vermögenswert aufweist (Santoro, a.a.O., S. 33.).

Bei einer kumulativen Konventionalstrafe verspricht der Schuldner, neben der Strafe auch die aus der Verletzung der Hauptpflicht resultierenden Ansprüche zu erfüllen. Ob eine solche vorliegt, richtet sich nach dem Inhalt der Vereinbarung und ist im Zweifelsfall durch Auslegung zu ermitteln. Dabei spricht gegen eine Kumulation,

wenn die Strafe das Interesse des Gläubigers deckt, während eine besonders geringe Strafforderung dafür sprechen würde (Santoro, a.a.O., S. 20).

Bei gesicherten Unterlassungspflichten ist deren Befolgung auch nach einer Verletzung sinnvoll. Der Gläubiger hat sich zwar im Regelfall (ohne Kumulation) zwischen Schadenersatz und Konventionalstrafe zu entscheiden, jedoch kann die Einhaltung der Unterlassungspflicht weiterhin verlangt werden. Ob die Strafe bei künftigen Verletzungen immer wieder aufs neue geschuldet ist, richtet sich nach dem Parteiwillen und ist durch Auslegung der konkreten Strafvereinbarung zu ermitteln (Santoro, a.a.O., S. 15 f.).

Im vorliegenden Fall wurde die Zahlung einer Geldsumme von Fr. 50'000.– an die Klägerin vereinbart. Angesichts des hohen Betrags und mangels anderer Anhaltspunkte in der Konkurrenzklausel ist nicht von einer kumulativen Konventionalstrafe auszugehen. Auch sonst sind keine Anhaltspunkte für einen reinen Disziplinarcharakter gegeben.

Aus der Höhe der Geldstrafe von Fr. 50'000.– ist zu schliessen, dass die Klägerin damit einen Ausgleich des ihr durch die Handlungen des Beklagten entstandenen Schadens bezweckt, nämlich des aufgrund verlorener Aufträge entgangenen Gewinns. Die Klägerin macht mitunter selbst geltend, die vereinbarte Konventionalstrafe entbinde sie vom Nachweis eines Schadens; der Kläger habe indessen einen erheblichen finanziellen Schaden bewirkt. Es ist daher vom Ersatzcharakter der vereinbarten Konventionalstrafe auszugehen.

Die Formulierung in der Konkurrenzklausel („In Zuwiderhandlung für jeden Fall der Verletzung wird eine Konventionalstrafe von Fr. 50'000.– fällig. Darüber hinaus ist die Arbeitgeberin berechtigt, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu veranlassen.“) ändert wie oben dargelegt nichts am nicht kumulativen und nicht rein disziplinarischen Charakter der Konventionalstrafe. Diese Formulierung beschlägt nur den separaten Themenbereich des Weiterbestehens der Unterlassungspflicht nach einer Verletzung und der mehrfachen Geltendmachung der Konventionalstrafe.»

### *Fazit*

«Wie vorstehend ausgeführt, hat die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 50'000.– angesichts der Höhe und des Fehlens dagegen sprechender Indizien, aber auch aufgrund des eigenen Vorbringens der Beklagten, (mindestens teilweise) Ersatzcharakter. Daher ist darin eine unzulässige Umgehung der Arbeitnehmerhaftung nach Art. 321e OR zu sehen, weil von dieser gemäss Art. 362 Abs. 1 OR nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Somit ist die vereinbarte Konventionalstrafe für die (angebliche, versuchte) Direktakquisition von Kunden der Klägerin während des Arbeitsverhältnisses ungültig.

Selbst wenn man der vorstehenden erläuternden Ansicht des Gerichts, dass die vereinbarte Konventionalstrafe für Direktakquisitionen von Kunden der Klägerin durch den Beklagten während des Arbeitsverhältnisses ungültig ist, nicht folgen würde, müsste die Klägerin eine entsprechende Treuepflichtverletzung nachweisen, um eine Konventionalstrafe auszulösen.»

**Schlussfolgerung:**

«Da alle dem Beklagten von der Klägerin vorgeworfenen Handlungen während des Arbeitsverhältnisses stattgefunden haben, kommt im vorliegenden Fall nur eine Verletzung des Konkurrenzverbots im Sinne der Treuepflicht nach Art. 321a OR in Betracht.

Die zwischen den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 50'000.– für Direktakquisition von Kunden der Klägerin während des Arbeitsverhältnisses ist ungültig, da sie (mindestens teilweise) Ersatzcharakter hat, weshalb die Klage schon deshalb abzuweisen ist.

Eine Treuepflichtverletzung konnte überdies nicht bewiesen werden, weshalb die Klage auch unter diesem Aspekt abzuweisen wäre.»

*(AG130004 vom 1. September 2014)*

### **3. OR 321c; Verspätete Meldung von Überstunden**

Mit der Klägerin wurde am 4. Januar 2010 ein Einsatzvertrag abgeschlossen, wonach sie sich für einen unbefristeten Einsatz im Betrieb von Z. bei 8,5 Stunden/Tag verpflichtete. Ihren letzten Einsatz hatte sie am 12. Juni 2012. Mit ihrer Klage verlangte sie unter anderem den Lohn für rund 930 geleistete Überstunden. Der Beklagte schloss auf Abweisung, da die Überstunden weder schriftlich gefordert noch bestätigt und die monatlichen Lohnabrechnungen nie beanstandet worden seien.

**Aus den Erwägungen:**

«Nicht angeordnete und nicht genehmigte Überstunden sind innert relativ kurzer Frist zu melden. Hat der Arbeitgeber die Überstunden nicht angeordnet und auch keine Kenntnisse davon, stellt die vorbehaltlose Entgegennahme des normalen Monatslohnes einen Verzicht des Arbeitnehmers auf die Überstundenentschädigung dar (BGE 4A\_40/2008; vgl. auch Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012 Nr. 1). Hat der Arbeitgeber dagegen die Überstunden angeordnet oder nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, stellt das blosser Zuwarten mit der Geltendmachung alleine keinen Rechtsmissbrauch dar. Es müssen zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen. Solche besonderen Umstände können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Der blosser Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Ansprüche erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend macht, mag für sich allein keinen Rechtsmissbrauch begründen (BGE 4A\_194/2013 m.w.H.). Sind die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs indessen gegeben, ist der Anspruch auf Bezahlung von Überstunden verwirkt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O. N 10, insb. S. 229 ff. zu Art. 321c OR).

Die Klägerin hat mit dem Einsatzbetrieb besprochen, dass die monatliche Normalarbeitszeit 170 Stunden betragen soll. Entsprechendes haben der Einsatzbetrieb und der Beklagte miteinander vereinbart. In der Folge hat der Beklagte den Lohn der Klägerin lückenlos auf der Basis von 170 Monatsstunden abgerechnet.

Gemäss der vertraglichen Regelung sollten Überstunden vergütet werden, wenn sie vom Einsatzbetrieb anerkannt sind und auf dem Arbeitsrapport aufgeführt werden. Damit wäre sichergestellt worden, dass der Beklagte als Arbeitgeber der Klägerin von den im Einsatzbetrieb geleisteten, entschädigungspflichtigen, Überstunden Kenntnis erhalten hätte. Es hätte dabei der Klägerin obliegen, dem Einsatzbetrieb die geleisteten Normal- und Überstunden zur Unterschrift vorzulegen und sie dem Beklagten, ihrem zahlungspflichtigen Arbeitgeber, zur Kenntnis zu bringen. Zwar mag es sein, dass der Beklagte der Klägerin keine Zeiterfassungsformulare zur Verfügung gestellt hat. Das schloss aber eigene Aufzeichnungen der Klägerin und deren Genehmigung/Meldung keineswegs aus. Die Klägerin hat denn auch effektiv ihre Arbeitszeiten erfasst und periodisch mit dem Einsatzbetrieb die geleisteten Überstunden besprochen.

Erklärermassen hat die Klägerin dem Beklagten nie Überstunden gemeldet. Erstmals von geleisteten Überstunden bzw. davon, dass mit der bezahlten Arbeitszeit etwas nicht stimme, erfuhr der Beklagte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, frühestens Ende Juni/Anfang Juli 2012. Unwidersprochen blieb, dass dem Beklagten damals noch keine detaillierten Angaben zu Überstunden vorlagen. Der Beklagte wurde in der Folge am 16. August 2012 von der Rechtsschutzversicherung der Klägerin kontaktiert und erhielt zum ersten Mal Kenntnis von einer Überstundenaufstellung, die von der Klägerin stammt, von ihr aber als fehlerhaft bezeichnet wird. Eine aus ihrer Sicht richtige Aufstellung aller behaupteten Überstunden erfolgte seitens der Klägerin offenbar erstmals im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens. Von den durch die Klägerin für ihren Überstundenanspruch ins Recht gelegten Agenda-Einträgen hatte selbst der Einsatzbetrieb während der Zeit des Arbeitsverhältnisses keine Kenntnis erhalten.

Quantitativ konkret gegenüber dem Beklagten hat die Klägerin damit geleistete Überstunden erstmals am 16. August 2012 thematisiert. Zwar lässt die Klägerin ergänzend geltend machen, sie habe Ende 2011 durch ihren Ehemann beim Beklagten nachfragen lassen, weshalb die Lohnabrechnungen nicht die tatsächliche Arbeitsleistung widerspiegeln würden. In diesem Zeitpunkt hätte die Klägerin nach eigener Sachdarstellung allerdings bereits über 700 Stunden geleistet gehabt, für welche eine Meldung der dem Beklagten nicht bekannten Überstunden ohnehin verspätet gewesen wäre. Entscheidender ist allerdings, dass die Klägerin mitunter auch beanstandete, der Normallohn sei nicht richtig abgerechnet worden, nämlich statt mit 8,5 Stunden/Arbeitstag pauschal mit 170 Stunden/Monat. Im blossen Hinweis, die Lohnabrechnungen würden nicht die tatsächlichen Arbeitsleistungen widerspiegeln, lässt sich damit keine genügende Meldung von Überstunden erblicken.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Klägerin dem Beklagten als Arbeitgeber die (allenfalls) geleisteten, diesem nicht bekannten (auch wenn vom Einsatzbetrieb allenfalls angeordneten) Überstunden bis zum 16. August 2012 nie hin-

reichend gemeldet hat. Schon unter diesem Aspekt haben die Überstunden als verfallen zu gelten.

*Ergänzend ist dabei Folgendes zu berücksichtigen:*

Die Klägerin war bereits vor der Anstellung beim Beklagten direkt bei Z. im Stundenlohn angestellt. Die „Auslagerung“ ihrer Anstellung zum Beklagten erfolgte – so die Klägerin – zum Zwecke einer korrekten sozialversicherungsrechtlichen Erfassung ihrer Arbeitstätigkeit. Im Verhältnis zu dem mit ihr befreundeten Z. habe sich im Übrigen nichts geändert. Aus ihrer Sicht sei der Beklagte nur für die Kinderzulagen und die Krankentaggeldversicherung zuständig gewesen. Entsprechend habe sie den Beklagten über Unfall und Krankheit informiert. Sämtliche weitere vertragliche Kommunikation spielte sich dagegen zwischen der Klägerin und Z. ab. Die Klägerin sieht denn auch in Z. ihren Chef und den eigentlichen Zahlungspflichtigen.

Immer wieder hat die Klägerin in ihrer Agenda sodann Kompensationstage eingetragen. Offenbar wurde demnach ein Teil der Überstunden in Absprache mit Z. kompensiert. Auch darüber wurde der Beklagte nicht orientiert.

Ebenso wenig hat die Klägerin den Beklagten über ihre Ferienbezüge informiert. Das führte dazu, dass der Klägerin – entgegen der vertraglichen Regelung, wonach die Ferienentschädigung im Stundenlohn inbegriffen sein soll – auch bei Ferienbezügen die üblichen 170 Arbeitsstunden vergütet, mithin die Ferien nochmals bezahlt worden sind.

Nach ihrem letzten Einsatz im Einsatzbetrieb am 12. Juni 2012 begab sich die Klägerin in einen unbezahlten Urlaub, den sie mit Z. vereinbart hatte. Es soll zwar beabsichtigt gewesen sein, dass die Klägerin die Arbeit im Einsatzbetrieb wieder aufnimmt, zu einer Rückkehr kam es jedoch nicht. Bereits am 13. Juni 2012 trat die Klägerin eine neue Stelle an. Mit dem Beklagten nahm die Klägerin in Bezug auf einen unbezahlten Urlaub keinen Kontakt auf und teilte diesem entsprechend ebenso wenig mit, dass sie eine neue Stelle antreten werde. A. als Mitglied des Vorstands des Beklagten erfuhr von einer Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Einsatzbetrieb nur auf Umwegen.

*Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin:*

- während 2.5 Jahren vorbehaltlos, jedenfalls ohne Konkretisierung irgendwelcher Differenzen, den Lohn von für die vom Beklagten abgerechneten 170 Stunden pro Monat entgegennahm;
- von Z. zwecks Abgeltung eines Mehrpensums Zahlungen in der Höhe von Fr. 14'875.– erhielt;
- in bilateraler Absprache mit diesem und ohne Kenntnis des Beklagten Kompensationstage bezog;
- Ferien ohne Mitteilung an den Beklagten bezog, was dazu führte, dass ihr während der Ferienbezüge der Lohn inklusive Zuschlag ausgerichtet wurde;
- den Beklagten nicht über die Suspendierung des Anstellungsverhältnisses ab 12. Juni 2012 und den Antritt einer anderen Stelle informierte.

Die Klägerin hat damit nicht nur die Überstunden dem Beklagten verspätet gemeldet, sondern sie hat ihm auch andere wesentliche Informationen vorenthalten und die Funktion des Beklagten auf Auszahlung der versprochenen 170 Arbeitsstunden und die Regelung der versicherungsrechtlichen Belange beschränkt, alles weitere aber mit Z. besprochen und (teilweise) bereinigt. Sie hat damit dem Beklagten verunmöglicht, die gebotenen finanziellen/buchhalterischen Dispositionen zu treffen, beispielsweise rechtzeitig gemeldete Überstunden dem Einsatzbetrieb weiter zu belasten. Daran vermag nichts zu ändern, dass Z. seinerseits offenbar keine Mitteilung der Klägerin an den Beklagten wünschte und die Klägerin den Stellenverlust befürchtete.

Das Zuwarten der Klägerin mit der Geltendmachung eines Überstundenanspruchs bis zur Suspendierung des Anstellungsverhältnisses steht damit mit ihrem bisherigen Verhalten, mit welchem sie den Beklagten aus wesentlichen Belangen des Arbeitsverhältnisses ausgeklammert und direkt mit Z. geregelt hat, in einem unvereinbaren Widerspruch. Im Umfang der Überstundenforderung ist die Klage daher abzuweisen.»

*(AH130202 vom 3. April 2014)*

#### **4. OR 321c; Anwendbarer GAV und Überstunden**

Ein Fachspezialist war für die Beklagte tätig, ohne aber Mitglied eines Arbeitnehmerverbandes zu sein. Zur Frage, warum im hier zu beurteilenden Fall der GAV zur Anwendung kam, siehe unten Entscheid Nr. 21. Gestützt darauf verlangte der Kläger die Auszahlung der geleisteten Überstunden.

##### **Aus dem Entscheid:**

«Überstundenarbeit ist jede die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit. Die normale Arbeitszeit bestimmt sich nach Verabredung, Übung, GAV oder NAV (Art. 321c Abs. 1 OR). Die Parteien sind sich einig, dass keine Arbeitszeit vereinbart wurde. Der Kläger hat jeden Monat unterschiedlich gearbeitet, so dass sich auch keine Übung ergeben hat. Auf der von der Beklagten ausgefüllten Arbeitgeberbescheinigung ist von 41 Stunden Normalarbeitszeit inklusive Vorholzeiten die Rede. Der Kläger erklärte, bei der Berechnung der Entschädigung für Überstunden auch von diesen 41 Stunden ausgegangen zu sein. Im GAV ist eine Jahresarbeitszeit von maximal 2080 Stunden (52 x 40 Stunden) vorgesehen, was 173.5 Stunden pro Monat, respektive 40 Stunden pro Woche, als Normalarbeitszeit ergibt. Da der GAV in diesem Fall gilt, ist auf 40 Stunden pro Woche als Normalarbeitszeit abzustellen. Schaut man sich die Personaldaten in der Personalakte des Klägers an, so geht die Beklagte dort sogar von 173 Stunden pro Monat aus (was bei 4,33 Wochen pro Monat wiederum knapp 40 Stunden pro Woche ergibt). Somit ist es auch aus dieser Optik angezeigt, auf die maximale Arbeitszeit gemäss GAV abzustellen.

Somit sind die vom Kläger zwischen 40 und 45 Stunden pro Woche bzw. zwi-

schen 173.5 und 195 Stunden pro Monat geleisteten Mehrstunden als Überstunden anzusehen, die über 45 Stunden pro Woche bzw. 195 Stunden pro Monat hinausgehenden Stunden als Überzeit. Da beide Kategorien von Mehrstunden mit einem 25% Zuschlag zu vergüten sind, ergibt sich die folgende Aufstellung. (...)

Der Einwand der Beklagten, wonach die Überstunden nicht angeordnet gewesen seien und sie erstmals in diesem Verfahren davon Kenntnis erlangt habe, ist nicht zu hören, da es sich um eine reine Schutzbehauptung handelt. Der Kläger stützt seine Klage gerade auf die Arbeitszeiten gemäss den von der Beklagten selber erstellten Lohnabrechnungen und Monatsjournalen. Somit kann die Beklagte nicht argumentieren, sie habe davon keine Kenntnis gehabt. Falls die Beklagte Mängel in der Organisation bzw. Kommunikation zwischen verschiedenen internen Stellen hat, so hat sie sich diesen Organisationsmangel selbst zuzuschreiben. Ausserdem waren die Überstunden auch im Interesse der Beklagten, bringt sie doch vor, dass das Projekt „XY“ einen ausserordentlichen Einsatz erfordert habe. Ein Rechtsmissbrauch seitens des Klägers liegt nicht vor. Zwar hat der Kläger seine Forderungen kurz vor der Verjährung erhoben, dies alleine ist aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht missbräuchlich (BGE 129 III 171 E. 2.3). Die weiteren notwendigen Elemente, mit denen sich ein Rechtsmissbrauch bejahen liesse, liegen in casu nicht vor (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 10).»

Das Gericht hiess die Überstundenforderung des Klägers gut.

*(AH120263 vom 11. April 2014; vom Obergericht bestätigt am 3. Juli 2014; LA140013)*

## **5. OR 322a; Folgen fehlender Unterlagen beim Arbeitgeber**

Der Kläger, ein Verlagsleiter, machte eine Gewinnbeteiligung geltend, konnte diese aber nicht genau beziffern (ca. Fr. 30'000.-), da ihm die notwendigen Unterlagen fehlten. Er verlangte daher die Einholung eines Gutachtens, da die von der Beklagten eingereichten Unterlagen nicht stimmig seien

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Beklagte hat als Gegenbeweismittel für beide Beweissätze die bereits eingereichten Unterlagen genannt. Die auf Aufforderung des Gerichtes eingereichten Urkunden sind sinngemäss als Beweisofferten für den Gegenbeweis anzusehen.

Wie vorstehend ausgeführt, weisen diese Unterlagen diverse Unklarheiten auf und sind für die definitive Berechnung des Gewinnanteils und damit als Gegenbeweismittel nicht geeignet.

Zum strittigen Punkt, ob der Kläger die Overhead-Kosten genehmigt hat, liegt eine Urkunde im Recht, woraus hervorgeht, dass es vom Kläger gesehen wurde. Wie ausgeführt, ist das aber keine Genehmigung. Es wird von der Beklagten auch nicht vorgebracht, mit den anwesenden Betroffenen sei besprochen worden, dass mit dem Wortlaut, man habe es gesehen, vom Kläger gemeint war, es sei damit auch genehmigt.

mit. Solches anzunehmen wäre auch abwegig. Der Kläger und die anderen Betroffenen wären materiell gar nicht in der Lage gewesen, die Abrechnung bei der Sichtung zu genehmigen, da die Beklagte nicht geltend macht, diese hätten umfassend Einblick in die Bücher erhalten und das in einen Entscheid einbezogen. Gerade weil die Beklagte dem Kläger keine Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen gab, ist es zum vorliegenden Prozess gekommen.

Abgesehen davon wurden von der Beklagten keine Beweismittel genannt, die sich auf den eigentlichen Gewinn beziehen. Die genannten Zeugen beziehen sich auf den nunmehr unbestrittenen Teil der Art von Beteiligung (Budget oder Gewinn). Diese Personen als Zeugen einzuvernehmen ist obsolet.

Der Kläger reichte die Produktkalkulationen der Beklagten für das Jahr 2011 ein, welche sie im Rahmen von Verkaufsverhandlungen der „A. AG“ übergeben habe. Aus diesen Unterlagen, welche nur provisorische Berechnungen für die Zukunft enthält, kann jedoch kein rechtserheblicher Rückschluss für den vom Kläger bei der Beklagten in den vorangegangenen Jahren 2010 und 2011 tatsächlich erzielten Gewinn gezogen werden.

Als Beweismittel des Klägers für beide Beweissätze wurde weiter ein Gutachten genannt. Ein solches wurde in der Folge am 22. Oktober 2013 in Auftrag gegeben. Der Gutachter wurde mit der Beantwortung der Fragen beauftragt, wie hoch der von der Beklagten im Verlagsbereich „Z.“ nach Abzug der Overhead-Kosten erwirtschaftete Gewinn im Jahr 2010 und 2011 gewesen sei sowie in welcher Höhe dem Kläger für das Jahr 2010 und 2011 ein Bonus zustehe.

X. von der Beklagten informierte den Gutachter am 4. April 2014 per E-Mail darüber, dass die Tätigkeit der C. AG schon lange eingestellt worden sei. Die Unterlagen für eine Begutachtung würden nicht mehr vorliegen, weil auch die Buchhalterin ihre Tätigkeit eingestellt habe. Dies teilte der Gutachter dem Gericht am 9. April 2014 schriftlich mit.

Folglich kann kein Gutachten über den Gewinn des Verlagsbereichs „Immobilien Business“ der Beklagten für das Jahr 2010 und 2011 erstellt werden, weshalb auch der Gewinnanteil des Klägers für die Jahre 2010 und 2011 nicht ermittelt werden kann.

Gemäss Art. 958 Abs. 1 OR besteht für juristische Personen die Pflicht, die Geschäftsbücher und die Buchungsbelege sowie den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht während zehn Jahren aufzubewahren. Dieser Pflicht ist die Beklagte offensichtlich nicht nachgekommen. Die Beklagte ist in der Beweisführung für den Fall einer Verweigerung der Mitwirkung am Gutachten auf ihre prozessualen Nachteile hingewiesen worden. Aufgrund der Tatsache, dass die Unterlagen nicht mehr vorhanden sind, kann die Beklagte am Gutachten nicht mitwirken, bzw. ist das Erstellen eines Gutachtens unmöglich. Wie der Kläger in der Stellungnahme zum Beweisergebnis zu Recht schreibt, ist diese Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiswürdigung zu Lasten der Beklagten auszulegen, und somit ist von den Vorbringen des Klägers auszugehen (Art. 160 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 164 ZPO).

Androhungsgemäss ist dem Entscheid im Quantitativen der vom Kläger geforderte Betrag von Fr. 30'000.– brutto als Gewinnanteil für die Jahre 2010 und 2011

zugrunde zu legen. Da nicht nachvollziehbar ist, wie sich die eingeklagte Forderung auf die Jahre 2010 und 2011 verteilt und somit der genaue Zinsenlauf nicht berechnet werden kann, ist dem Entscheid ein mittlerer Zinsenlauf zugrunde zu legen.»

*(AH120219 vom 27. Mai 2014)*

## **6. OR 322b; Unklare Bonusvereinbarung**

Die Klägerin machte geltend, sie habe gemäss Arbeitsvertrag nebst dem Fixlohn Anspruch auf einen Verkaufsbonus von Fr. 3.– pro verkaufte SIM-Karte. Durchschnittlich habe sie 116 SIM-Karten pro Monat verkauft. Die Beklagte bestritt nicht, dass die Klägerin durchschnittlich 116 SIM-Karten verkauft habe. Sie war aber der Ansicht, es seien nur Fr. 1.50 pro verkaufte SIM-Karte geschuldet, da die Klägerin die Mindestzahl von 300 SIM-Karten nicht erreicht habe. Dies ergebe sich auch aus den Lohnabrechnungen.

### **Aus den Erwägungen:**

«Im schriftlichen Vertrag vereinbarten die Parteien einen Verkaufsbonus von Fr. 3.– pro verkaufte SIM-Karte. Aus den von der Klägerin eingereichten Lohnabrechnungen November 2011 sowie Januar, Februar, März, April und Juni 2012 geht hervor, dass der Klägerin jeweils eine Provision von Fr. 1.50 pro verkaufte SIM-Karte bezahlt wurde. Dass bei Nichterreichen der Mindestzahl von 300 SIM-Karten nur ein Verkaufsbonus von Fr. 1.50 pro SIM-Karte geschuldet sein soll, wie die Beklagte geltend macht, davon steht im Arbeitsvertrag nichts. Festgehalten ist einzig, dass eine Mindestzahl von 300 SIM-Karten erwartet wird. Die Beklagte behauptet auch nicht, dass sie vom stillschweigenden Einverständnis der Klägerin mit einer Provision von Fr. 1.50 ausgegangen sei. Bei durchschnittlich 116 verkauften SIM-Karten beträgt der Verkaufsbonus demnach Fr. 348.– pro Monat.»

### **In der dagegen erhobenen Berufung hielt das Obergericht zusätzlich fest:**

«Die Beklagte moniert, sie habe sehr wohl ein stillschweigendes Einverständnis behauptet. So ergebe sich aus den eingereichten Lohnabrechnungen, dass sich die Provision von Fr. 1.50 so eingeschrieben habe. Auch habe die Klägerin nie dagegen opponiert.

Die Beklagte hat mit ihren Ausführungen vor Vorinstanz zur Höhe des Verkaufsbonus ein stillschweigendes Einverständnis zur Reduktion des Verkaufsbonus bei Nichterreichen der Mindestzahl von 300 Karten nicht genügend behauptet. So hat sie nicht dargetan, wann sie der Klägerin diese Vertragsanpassung mitgeteilt haben soll. Ob die Klägerin gemerkt hat, dass ihr beim Verkauf von weniger als 300 SIM-Karten pro Monat lediglich ein Verkaufsbonus von Fr. 1.50 ausbezahlt wurde, steht nicht fest, weshalb aufgrund des Umstandes, dass sie nicht gegen die Lohnabrechnungen opponierte, nicht von einem stillschweigenden Einverständnis ausgegangen werden kann. Damit hat die Vorinstanz den Provisionsanspruch zu

Recht gestützt auf einen Verkaufsbonus von Fr. 3.– pro verkaufte SIM-Karte berechnet.»

*(AH130172 vom 18. Juni 2014 und Obergericht, LA140026, vom 30. Oktober 2014)*

## **7. OR 322d; Änderung des Bonussystems: Stillschweigende Annahme?**

Es bestand zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber, welches Bonusreglement für den Kläger gelte. Der Kläger stützt seine Forderungen auf das Bonusreglement 2007, die Beklagte hingegen behauptete, es sei das Reglement 2009 anwendbar.

### **Aus den Erwägungen:**

«Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann Stillschweigen gemäss Art. 6 OR als Zustimmung zu einem Antrag gelten, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird (Urteil 4A\_216/2013 vom 29. Juli 2013, E. 6.3). Die besondere Natur des Geschäftes wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005, E. 4.3). Dies trifft etwa bei einer vom Arbeitgeber angebotenen Lohnkürzung nicht zu (Urteil 4A\_443/2010 vom 26. November 2010, E. 10.1.4). Besondere Umstände, unter denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären, sind gegeben, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde (BGer. 4A\_443/2010, E. 10.1.4, m.w.H.). Das Vorliegen solcher Umstände hat der Arbeitgeber zu beweisen (Urteil 4C.242/2005, E. 4.3). Konkret liegen solche Umstände beispielsweise vor, wenn eine Reglementsänderung im Intranet publiziert und der Arbeitnehmer darauf hingewiesen wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 N 4, S. 137).

Gemäss den vorliegenden Akten hat die Beklagte mit Schreiben vom 17. August 2009, mit dem Betreff „New Bonus System Beginning in FY2010“, erstmals die betroffenen Kadermitarbeitenden auf das neue Bonussystem hingewiesen. Darin wird festgehalten, dass das rechnerische Gesamteinkommen (nachfolgend RGE) der neue Fixlohn sein werde. Etwaige Bonuszahlungen würden zusätzlich zum Fixlohn im Januar des Folgejahres ausbezahlt („Your base salary will not change...“). Diesem Schreiben war der Bonusplan für das Geschäftsjahr 2009/2010 beigelegt.

Im E-Mail vom 4. September 2009 wurde den Arbeitnehmern die Einführung des neuen Bonussystems per Beginn des Geschäftsjahres 2009/2010 und die Publikation der entsprechenden Details im Intranet der Beklagten („XY“) mitgeteilt. Zudem wurde auf drei Informationsanlässe über das neue Bonussystem hingewiesen.

Die Beklagte reichte das Bonusschreiben für den Kläger vom 6. Dezember 2010, welches er unbestrittenermassen erhalten hat, ins Recht. Darin wird ein neuer Fixlohn

rückwirkend ab 1. Oktober 2010 festgelegt. Vergleicht man das Bonusschreiben der Beklagten vom 6. Dezember 2010 mit der Aufstellung im Arbeitsvertrag, so sind die Unterschiede offensichtlich. Es ist ersichtlich, dass von einem Fixlohn und nicht mehr von einem RGE die Rede ist. Der Fixlohn beträgt Fr. 219'000.–. Es ist offensichtlich, dass sich die Mitteilung auf den Bonusplan ab 1. Oktober 2009 bezieht („your total compensation, which consists of your fixed salary and a potential bonus (...). Potential bonuses are tied to the financial success of the function combined with your individual performance and not guaranteed“). Zudem heisst es „We thank you for your understanding and patience with this year's special process in Advisory“. Dieser Hinweis macht nur Sinn, wenn im entsprechenden Jahr etwas Besonderes, etwas Neues im Zusammenhang mit dem Bonus passiert ist. Auch das Compensation Statement, welches dem Schreiben vom 6. Dezember 2010 beigefügt war, passt zum Bonusplan 2009 und nicht zum Bonusreglement 2007.

Die Behauptungen des Klägers, weder das Schreiben vom 17. August 2009 und den beigefügten Bonusplan noch die E-Mail vom 4. September 2009 erhalten zu haben, ist nicht glaubhaft. Es widerspricht jeder Lebenserfahrung, dass eine angekündigte Bonusänderung nicht Thema innerhalb der Beklagten gewesen ist und der Kläger als Kadermitarbeiter nichts von einer solchen Änderung gewusst haben will. Normalerweise ist die Einführung eines neuen Bonusreglements ein vielbesprochenes Thema in einem Unternehmen. Als Senior Manager war er zudem Adressat der entsprechenden Mitteilungen. Daher erscheint es völlig unwahrscheinlich, dass der Kläger nichts von der neuen Bonusregelung wusste. Allerspätestens mit der Bonusmitteilung im Dezember 2010 musste ihm klar sein, dass die Art der Bonusberechnung geändert haben muss. Der Kläger war in der Abteilung Financial Risk Management tätig und dementsprechend sollten ihm derartige Unterschiede in der Bonusmitteilung auffallen.

Der Kläger wäre nach Treu und Glauben gehalten gewesen, spätestens auf die Salär- und Bonusmitteilung vom 6. Dezember 2010 zu reagieren, wenn er mit den darin erwähnten Änderungen nicht einverstanden gewesen wäre. Zu diesem Zeitpunkt musste ihm klar sein, dass das Vergütungsmodell geändert hat. Wenn der Kläger den Bonus einfach so entgegen nimmt, ohne dagegen Einwände zu erheben, hat er spätestens in diesem Zeitpunkt stillschweigend die neue Bonusregelung akzeptiert. (...)

Wie die Beklagte in der Duplik zu recht geltend macht, hat der Kläger in der Replik (mindestens implizit) den Gratifikationscharakter des Bonus nach dem Bonusreglement 2009 anerkannt, indem er erwähnt, dass es sich beim Bonus gemäss Bonusplan 2009 um eine „im freien Ermessen des Arbeitgebers stehende Gratifikation“ handle. Weiter macht der Kläger in der Replik geltend, dass „dem Arbeitgeber ein weites Ermessen eingeräumt wird“ sowie „eine Auszahlung pro rate temporis bei einer Kündigung während des Bemessungsjahres ausdrücklich ausgeschlossen ist“. Damit anerkennt er wiederum – und zwar zu Recht – den Gratifikationscharakter des Bonus nach dem Bonusplan 2009.

Somit ist zwischen den Parteien unstrittig, dass es sich beim Bonus gemäss dem Bonusplan 2009 um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt. Der Bonusplan 2009 sieht unter dem Titel „Ein- und Austritte während des Bemessungsjahres ausdrücklich vor, dass für Kader-Mitarbeitende in gekündigtem Arbeitsverhältnis

kein Bonusanspruch besteht“. Eine solche Regelung ist bei Gratifikationen ohne weiteres zulässig.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde einvernehmlich auf den 31. August 2011 aufgelöst, nachdem er bereits zuvor auf dasselbe Datum gekündigt hatte. Da die Kündigung somit während des Bemessungsjahres (1. Oktober 2010 bis 30. September 2011) erfolgte, steht dem Kläger aufgrund des anwendbaren Bonusplans 2009 kein Bonus zu.»

*(AN120039 vom 3. Juni 2014; vom Obergericht bestätigt am 27. Januar 2015; LA140021; dieses Verfahren ist noch am Bundesgericht hängig)*

## **8. OR 324; Annahmeverzug nach nichtiger Kündigung?**

Am 30. Juli 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per Ende August 2013; wobei dem Kläger für die Dauer vom 26. bis 30. Juli 2013 mit Arztzeugnis vom 29. Juli 2013 eine Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit attestiert worden war, welches dieser der Beklagten unbestrittenmassen gleichentags per E-Mail zugestellt hatte. Nachdem der Kläger anfangs August 2013 wieder gearbeitet hatte, wurde er von der Beklagten freigestellt. Mit Schreiben vom 27. September 2013 machte der Kläger gegenüber der Beklagten die Nichtigkeit der Kündigung geltend und bot seine Arbeit an. Die Beklagte ist unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienen.

### **Aus dem Entscheid:**

#### *«Nichtigkeit der Kündigung:*

Gemäss Art. 336c Abs. 2 Teilsatz 1 i.V.m. Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin nichtig, wenn sie ausgesprochen wird, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist.

Da dem Kläger während der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit, welche von der Beklagten weder in der darauf folgenden (bei den Akten liegenden) Korrespondenz noch während des vorliegenden Verfahrens bestritten wurde und für deren Infragestellung es auch sonst keinen Anlass gibt, gekündigt wurde, ist die Kündigung der Beklagten vom 30. Juli 2013 nichtig (nicht erfolgt). Der Kläger blieb damit über den 31. August 2013 hinaus und jedenfalls bis zum Zeitpunkt, für den er Lohn- und Provisionsansprüche geltend macht (bis Ende November 2013) bei der Beklagten angestellt.

#### *Lohnzahlungspflicht der Beklagten:*

Die Nichtigkeit der Kündigung ändert nichts an den Rechten und Pflichten der Parteien: Der Arbeitnehmer muss (weiterhin) Arbeit leisten, während die Arbeitgeberin den Lohn zu entrichten hat (BGE 135 III 349 E. 4.2). Dieser ist grundsätzlich aber nur geschuldet, wenn die entsprechende Arbeit auch geleistet wurde (Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers; vgl. Art. 323 Abs. 1 OR).

Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes indes verpflichtet (ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist), wenn sie mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät. In Annahmeverzug gerät die Arbeitgeberin grundsätzlich dann, wenn der Arbeitnehmer ihr seine Arbeitsleistung anbietet, jene aber freiwillig darauf verzichtet (Art. 91 OR; BGE 135 III 349 E. 4.2). Der Arbeitnehmer muss sich jedoch auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (sog. Schadenminderungspflicht; Art. 324 Abs. 2 OR). Dies muss analog auch für bezogene Arbeitslosentaggelder gelten.

Nachdem er anfangs August 2013 letztmals für die Beklagte gearbeitet hatte, wurde der Kläger von dieser bis Ende August 2013 freigestellt; im September 2013 arbeitete er nicht. Mit Schreiben vom Freitag, 27. September 2013, bot er der Beklagten unter Bezug auf die nichtige Kündigung seine Arbeitsleistung an. Die Beklagte geriet (erst) mit Zugang dieser Erklärung in Annahmeverzug, weshalb für den Monat September 2013 keine Lohnzahlungspflicht der besteht.»

Das Gericht sprach dem Kläger in der Folge den Lohn für die Monate Oktober und November 2013 sowie die ausstehenden Provisionen zu.

*(AH130218 vom 7. März 2014)*

## **9. OR 324a; Folgen einer fehlenden Krankentaggeldversicherung**

Die Klägerin war seit 2007 bei der Beklagten tätig. Im Jahr 2011 erkrankte sie schwer und war ab August 2011 zu 100% arbeitsunfähig. Nach Ablauf der Sperrfrist kündigte die Beklagte ordnungsgemäss per Ende August 2011. Bis zu diesem Zeitpunkt erhielt sie den vollen Lohn. Zu prüfen war, ob ihr aufgrund des Personalreglements weitere Taggelder einer Krankentaggeldversicherung zustehen.

**Aus dem Entscheid:**

### ***Krankentaggelder:***

«Gemäss Art. 324a Abs. 4 OR kann durch eine schriftliche Abrede eine von den Bestimmungen gemäss Art. 324a Abs. 1-3 OR abweichende Regelung getroffen werden, sofern sie für die Arbeitnehmerin mindestens gleichwertig ist. In der Regel schliessen Arbeitgeber Taggeldversicherungen nach VVG ab, welche verschiedene Erscheinungsformen haben, aber normalerweise eine Taggelddauer von 720 oder 730 Tagen vorsehen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 13).

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt es dabei nicht darauf an, ob im Arbeitsvertrag der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung vorgesehen ist. Massgebend ist allein, ob vom Lohn des Arbeitnehmers effektiv Abzüge für die Krankentaggeldversicherung getätigt wurden. Zieht die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer

Krankentaggeldprämien vom Lohn ab, kann daraus geschlossen werden, sie habe sich konkludent zum Abschluss einer Taggeldversicherung verpflichtet. Kann die Arbeitgeberin weder darlegen, dass die Abzüge für die Krankentaggeldversicherung auf einem Irrtum beruhen, noch sonst eine Erklärung liefern, darf der Arbeitnehmer aufgrund dieser Abzüge zurecht darauf vertrauen, er sei kollektiv-taggeldversichert und brauche sich damit nicht selber um eine Lösung für eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit zu kümmern (BGer. 4A\_517/2010, vom 11. November 2010, E. 5.1).

Ist eine Versicherung vertraglich vereinbart und erfüllt der Arbeitgeber seine Verpflichtungen nicht oder nur ungenügend, so dass die Versicherung die vertragskonformen Leistungen nicht erbringt, so hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin so zu halten, wie wenn die Versicherung vertragskonform zustande und der Vertrag korrekt abgewickelt worden wäre. Der Arbeitgeber wird beispielsweise schadenersatzpflichtig, wenn er die Krankheit einer Arbeitnehmerin nicht korrekt der Versicherung meldet oder wenn er die Prämien nicht bezahlt, so dass die Versicherung deswegen ihre Leistungen verweigern darf (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 14).

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dauern die Taggeldzahlungen des Versicherers weiter, wobei es aber zulässig ist, dass der Arbeitgeber und Versicherer eine andere lautende Abrede treffen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 13). Besteht keine solche Abrede ist ausschliesslich entscheidend, ob das versicherte Risiko während der Dauer der Zugehörigkeit zur Kollektivversicherung eingetreten ist. Erkrankt die versicherte Person während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, so bewirkt das Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses nicht, dass die Taggelder enden. Diese sind vielmehr trotz Ausscheidens aus der Versicherung bis zur Ausschöpfung der vereinbarten Leistungspflicht weiter auszurichten (BGE 127 III 109 f.), sofern mit der Arbeitsunfähigkeit tatsächlich ein Vermögensschaden verbunden ist (Thomas Geiser, Fragen in Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP/PJA 2003, S. 323, 332).

Gemäss Ziff. 8.2 des Personalreglements der Beklagten ist im 2.–9. Dienstjahr bei Unfall und Krankheit die ersten drei Monate eine volle Lohnzahlung geschuldet. Anschliessend ist nur bei Unfall 80% des Lohnes als Versicherungs-Taggeld zu leisten. Im vorliegenden Fall ist jedoch unbestritten, dass der Klägerin Prämien für die Krankentaggeldversicherung abgezogen wurden und die Beklagte eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat. Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts bestimmt sich der Anspruch der Klägerin somit nicht nach der vertraglichen Regelung gemäss Ziff. 8.2 des Personalreglements, sondern nach der Police der Krankentaggeldversicherung.

Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte die Prämien nicht korrekt bezahlt hat, so dass die Versicherung ihre Leistungen zu Recht verweigert hat. Die Beklagte hat dies auch anlässlich der Hauptverhandlung nicht bestritten. Damit hat die Beklagte durch ihre Verletzung des Versicherungsvertrags den Grund dafür gesetzt, dass die Klägerin ihrer Taggeldleistungen verlustig gegangen und ihr im Umfang des Differenzbetrages ein Schaden entstanden ist.

Die Beklagte wendet ein, es sei vertraglich vereinbart worden, dass die Taggeldleistungen nur bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses entrichtet würden. Dies ist

dem Versicherungsvertrag zwischen der Versicherung und der Beklagten nicht zu entnehmen. Dieser sieht nämlich vor, dass die Versicherung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus ihre Taggelder entrichtet. Selbstverständlich dürfen dann die Arbeitsvertragsparteien keine für die Arbeitnehmerin ungünstigere Lösung vereinbaren. Zum einen ist Art. 324a Abs. 4 OR teilzwingend, d.h. die Norm darf nicht zuungunsten der Arbeitnehmerin abgeändert werden, zum anderen wäre es äusserst stossend, die Klägerin zur Hälfte an den Prämien für die Taggeldversicherung zu beteiligen und ihr die Leistungen dann schliesslich vorzuenthalten. Die Versicherung stellte sich nicht auf den Standpunkt, dass sie gemäss Versicherungsvertrag nicht verpflichtet gewesen wäre, die Taggelder weiter zu bezahlen. Sie bezahlte sie bloss deshalb nicht, weil die Beklagte die Prämien nicht ordentlich bezahlt hatte. Zudem wäre die Klägerin gemäss Art. 19 Abs. 2 ATSG direkt anspruchsberechtigt gewesen.»

In der Folge sprach das Gericht der Klägerin das Taggeld für 720 Tage zu, abzüglich der bereits erfolgten Zahlungen.

*(AH130213 vom 2. Juni 2014; vom Obergericht bestätigt am 6. August 2014; LA140017)*

## **10. OR 324a; Befristete Anstellung, anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag**

Der Kläger war für maximal drei Monate bei einer Temporärfirma angestellt und wurde bei einem Malergeschäft eingesetzt. Als er für längere Zeit krank wurde, stellte sich bezüglich der Lohnfortzahlung die Frage, welcher Gesamtarbeitsvertrag zur Anwendung kommt.

### **Aus dem Entscheid:**

«In der durch die Beklagte erstellten Lohnabrechnung Juni 2013 wurden Lohnabzüge für KTG GAV Personalverleih sowie für einen Berufsbeitrag GAV Personalverleih vorgenommen. Die Beklagte hat demnach für diesen auf maximal drei Monate befristeten Einsatz am Versicherungsschutz festgehalten und auch die entsprechenden Lohnabzüge vorgenommen. Der Kläger durfte somit nach Treu und Glauben davon ausgehen, er sei zu den vertraglich festgehaltenen Eckwerten gegen Lohnausfall zufolge Krankheit versichert. Die Beklagte war daher verpflichtet, für den Versicherungsschutz des Klägers zufolge Krankheit ab dem ersten Tag besorgt zu sein.

Gemäss Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih gilt dieser auch dort, wo für einen Einsatzbetrieb ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt (Art. 3 Abs. 1 GAV-Personalverleih). Auch nicht übernommen werden daher die Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung des für den Einsatzbetrieb geltenden Gesamtarbeitsvertrags, sofern die im Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih vorgesehene Lösung mindestens gleichwertig ist (Art. 3 Abs. 2 GAV-Personalverleih). Für das Vertragsverhältnis der Parteien gilt daher bezüglich der Krankentaggeldversicherung grundsätzlich der GAV für den Personalverleih, es sei denn, die

im GAV für das Maler- und Gipsergewerbe (CH) vorgesehene Lösung sei für den Kläger günstiger.

Vom Geltungsbereich des vom Bund allgemeinverbindlich erklärten GAV für das Maler- und Gipsergewerbe werden lediglich Gipser der Stadt Zürich ausgenommen. Im Übrigen wurde im Einsatzvertrag explizit festgehalten, dass das Einsatzverhältnis den allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsverträgen „Personalverleih“ und „Maler- und Gipsergewerbe (CH)“ unterstehe, was unmissverständlich darauf hindeutet, dass der gesamtschweizerische GAV für das Maler- und Gipsergewerbe gemeint war.

Sowohl der GAV für das Maler- und Gipsergewerbe (Art. 13.1 und 13.3) als auch der GAV für den Personalverleih (Art. 28 und 29) treffen eine eigene, von der gesetzlichen Lösung abweichende, Regelung (Art. 324a Abs. 4 OR). Sie schreiben für den Fall der Verhinderung des Arbeitnehmers durch Krankheit den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung im Umfang von 80% des Lohnes vor. Beide Gesamtarbeitsverträge sehen die Möglichkeit eines Leistungsaufschubes vor; während der Aufschubszeit muss indessen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer 80% des Lohnes entrichten.

In Art. 29 Abs. 3 GAV-Personalverleih ist überdies ausdrücklich festgehalten, dass der Versicherungsschutz am Tag der Arbeitsaufnahme beginnt, bei einer Karenzfrist von höchstens zwei Tagen. Gemäss der günstigeren Regelung in Art. 13.3 GAV für das Maler- und Gipsergewerbe hat der Arbeitgeber während einer allfälligen Wartefrist 80% des versicherten Lohnes gemäss Art. 13.1 lit. b zu bezahlen, wobei der erste Krankheitstag davon ausgenommen ist. Dieser Versicherungsanspruch endet bei befristeten Arbeitsverhältnissen bis zu drei Monaten mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger war für maximal drei Monate angestellt und das Arbeitsverhältnis wurde nicht vor Ablauf dieser drei Monate beendet. Der Kläger war vom 10. Juli 2013 bis zum 15. September 2013 100% arbeitsunfähig. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit für 60 Kalendertage Lohn mit einem Karenztag. Die Parteien haben einen Brutto-Stundenlohn von Fr. 27.80 vereinbart. Das versicherte Taggeld beträgt Fr. 141.80, wobei dies bei einem Krankengeldansatz von 80% Fr. 113.44 ergibt. Auf Krankentaggelder sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen, dem Kläger ist jedoch die Quellensteuer abzuziehen.

Die Beklagte hat bisher Krankentaggelder von (brutto) Fr. 6'466.10, also für 57 Kalendertage ausbezahlt. Sie hätte dem Kläger aber nach dem Gesagten Krankentaggelder für 59 Tage (60 Tage minus 1 Karenztag) auszahlen müssen. Zusammengefasst hat die Beklagte dem Kläger demzufolge zwei Tage zu wenig ausbezahlt (60 Tage minus 57 Tage plus 1 Karenztag) und ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 225.90 (Fr. 226.90 minus Quellensteuer 0.441%) zuzüglich Zins zu 5% seit 30. November 2013 zu bezahlen.

### **Schadenersatz:**

Der Kläger macht zusätzlich geltend, ihm sei ein Schaden aufgrund der zu spät ausgeführten Zahlungen erfolgt. Es genügt jedoch nicht, wenn man das Vorhandensein einer Tatsache lediglich global behauptet. Damit die gegnerische Partei substantiiert

bestreiten kann, ist eine konkrete Formulierung des Schadens notwendig, (BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 4). Den Schaden aufgrund der zu spät ausgeführten Zahlungen hat der Kläger nicht ansatzweise substantiiert. Die Klage ist daher in diesem Punkt abzuweisen.»

*(AH140008 vom 23. April 2014; eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht am 10. Juni 2014 abgewiesen; RA140015)*

## **11. OR 324a; Mutterschaftsentschädigung: Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmerin**

Die Klägerin behauptete, der Beklagte schulde ihr Fr. 8'280.– aufgrund der Lohnfortzahlungspflicht während des Mutterschaftsurlaubs bzw. aufgrund dessen, dass er als Arbeitgeber vorleistungspflichtig sei. Der Beklagte wiederum stellte sich auf den Standpunkt, er sei nicht vorleistungspflichtig und für die ausbleibenden Zahlungen der SVA (offenbar fehlte der SVA der Geburtsschein) nicht verantwortlich.

### **Aus dem Entscheid:**

«Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung kann von der Mutter selber, via Arbeitgeber geltend gemacht werden, sofern sie unselbständig erwerbend ist. Er kann allerdings auch vom Arbeitgeber direkt geltend gemacht werden, sofern die Mutter ihrerseits die Anmeldung unterlässt. In der Regel erfolgt die Auszahlung dann von der Ausgleichskasse an den Arbeitgeber, welcher wiederum der Mutter eine Lohnfortzahlung gewährleistet. Die Mutter kann die direkte Auszahlung bei Vorliegen besonderer Umstände beantragen. (Zum Ganzen vgl. Merkblatt der SVA 6.02 zur Mutterschaftsentschädigung, Stand 1. Januar 2010.)

Mit Schreiben vom 24. Juli 2014 des Beklagten an die Vertretung der Gegenseite erklärte dieser, er habe der Klägerin die Unterlagen für die Anmeldung zur Mutterschaftsentschädigung zukommen lassen. In der Folge habe die Klägerin diese ausgefüllt und unterschrieben retourniert. Schliesslich erklärte der Beklagte weiter, er habe die Papiere bei der SVA eingereicht und angekreuzt, die Zahlung solle an die Klägerin direkt erfolgen. Dies wird so von der Gegenseite nicht bestritten. Demzufolge hat der Beklagte seine Pflicht als Arbeitgeber vollständig erfüllt. Zur Beibringung der notwendigen Unterlagen und auch der Geburtsurkunde vom Kind ist einzig und alleine die Klägerin im Stande und sie ist somit dafür verantwortlich.

### **Fazit:**

Der Beklagte ist all seinen Pflichten bezüglich der Anmeldung der Klägerin bei der SVA gänzlich nachgekommen und ihn trifft weder eine Lohnfortzahlungs- noch eine Vorleistungspflicht für die Zeit des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs von 14 Wochen. Die Klage ist daher abzuweisen.»

*(AH140099 vom 14. Oktober 2014)*

## 12. OR 330a; Zeugnisformulierungen

Der Kläger machte unter anderem geltend, das Arbeitszeugnis sei wie folgt abzuändern: Statt „gute Ergebnisse“ „sehr gute Ergebnisse“ und in der Schlussformulierung: „Der Kläger verlässt unsere Firma auf eigenen Wunsch, um sich einer neuen Herausforderung zu zuwenden“.

### Aus den Erwägungen:

#### *Redaktion des Zeugnisses:*

«Die Redaktion und Wortwahl ist Sache des Arbeitgebers (ZR 96 (1997) Nr. 78). Zwar ist er gehalten, den Text in klarer und allgemein verständlicher Sprache zu schreiben, im Übrigen aber frei, wie und was er schreibt (H.-P. Egli, Die Formulierung von Arbeitszeugnissen, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002, S. 59).

#### *Leistungsbeurteilung*

Die Beklagte macht in ihrer Stellungnahme zur Klage geltend, der Kläger habe zwar eine durchgehend „gute“ aber keine „sehr gute“ Leistung erbracht. Der Kläger habe dies auch in den Zwischenzeugnissen akzeptiert. In der Duplik stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, nach ihrer stetigen Praxis werde ein „sehr gut“ nur bei einem langandauernden, durchschnittlichen Erreichen der Bewertung 4 ausgestellt. Der Kläger habe aber im Schnitt lediglich eine 3 erreicht. Sollte die Beklagte dem Kläger ein „sehr gut“ attestieren müssen, würde sie damit den Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber ihren anderen Mitarbeitern verletzen.

Grundsätzlich hat das Gericht von der Stufe „gut“ auszugehen, wobei der Arbeitnehmer für ein „sehr gut“ und der Arbeitgeber für ein „genügend“ beweispflichtig ist (H.-P. Egli, a.a.O., S. 71). Der Kläger hat also zu beweisen, dass seine Leistungen überdurchschnittlich waren.

Der anwaltlich vertretene Kläger hat betreffend seiner behaupteten überdurchschnittlichen Leistungen keine weiteren als die bereits bei den Akten liegenden Urkunden als Beweismittel offeriert. Dabei gilt zu beachten, dass die von der Beklagten behauptete Praxis, dass bei ihr nur ein langdauerndes, durchschnittliches Erreichen einer 4 zu einem „sehr gut“ berechtigen würde, vom Kläger unbestritten blieb und als gegeben zu erachten ist.

Die bei den Akten liegenden jährlichen Beurteilungen/Zwischenbeurteilungen enthalten eine Skala von 1 bis 5. Dabei entspricht 1 = erfüllt die Erwartungen nicht, 2 = erfüllt die Erwartungen teilweise, 3 = erfüllt die Erwartungen, 4 = übertrifft die Erwartungen teilweise und 5 = übertrifft die Erwartungen deutlich. Über das rund vier Jahre dauernde Anstellungsverhältnis erreicht der Kläger unter Einbezug des Jahres 2012 einen durchschnittlich (gerundeten) Gesamtwert von 3,25 bzw. einen ungerundeten Gesamtwert von 3,06. Aus diesen Beurteilungen wird also ersichtlich, dass der Kläger die Erwartungen seiner Vorgesetzten (mindestens) erfüllte. Nach der

bei der Beklagten gelebten Praxis berechtigt dies den Kläger aber lediglich zu einem „gut“ und nicht zu einem „sehr gut“, was im Übrigen auch dem Wortlaut der Skala „erfüllt die Erwartungen“ in etwa entspricht. Im Zwischenzeugnis 2012 wurden dem Kläger ebenfalls „gute Ergebnisse“ bescheinigt, wobei der Kläger nicht geltend gemacht hat, dagegen protestiert zu haben. Es ist zwar gerichtsnotorisch, dass bei internen Mitarbeiterbeurteilungen ein strengerer Massstab angewendet wird (und auch soll) als bei der Ausstellung von Arbeitszeugnissen. Dieser Umstand allein führt aber nicht dazu, dass der Kläger nachzuweisen vermag, dass seine Leistungen überdurchschnittlich waren. Sein Antrag ist in diesem Punkt abzuweisen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger seine Leistungen nicht erst in seiner Klage, sondern schon während des Arbeitsverhältnisses deutlich besser als seine Vorgesetzten eingeschätzt hat. So gab er sich in den jährlichen Beurteilungen/Zwischenbeurteilungen über das gesamte Arbeitsverhältnis eine 3,75. Abgesehen davon, dass diese jährlichen Beurteilungen/Zwischenbeurteilungen streng erfolgen würden, machte der Kläger hingegen nicht geltend, dass sie nicht seinen Leistungen entsprechen würden.

### ***Beendigungsgrund***

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, das Wahrheitsgebot würde verletzt, wenn man dem Kläger bescheinigen müsste, er hätte die „Beklagte auf eigenen Wunsch verlassen“. Schliesslich sei es sie, die Beklagte, gewesen, welche dem Kläger gekündigt habe. Im Übrigen würde das Zeugnis gar keinen Beendigungsgrund erwähnen.

Über die Umstände des Austritts, insbesondere die Kündigungsgründe oder wer die Kündigung aussprach, darf das Zeugnis gegen den Willen des Arbeitnehmers nichts enthalten, ausser wenn ohne einen solchen Hinweis ein unwahres Zeugnis entstünde, als bspw. ein schwerwiegender Mangel des Arbeitnehmers unterschlagen würde und so ein täuschender Gesamteindruck entstünde. Der Arbeitnehmer kann aber seinerseits verlangen, dass sich das Zeugnis über den Grund seines Austritts, nämlich einerseits das Kündigungsmotiv, andererseits die juristische Art der Auflösung, äussert (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330 N 3g).

Der Kläger verlangt eine Formulierung (siehe oben), wonach das Arbeitsverhältnis auf seinen Wunsch beendet worden sei. Unbestrittenermassen hat die Beklagte dem Kläger gekündigt. Der Kläger hat somit keinen Anspruch auf die gewünschte Formulierung, da sie nicht der Wahrheit entspricht. Auch auf die Formulierung „Wir bedauern seinen Austritt.“ hat der Kläger keinen klagbaren Rechtsanspruch. Denn der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber nicht vorzuschreiben, wie sich dieser über das Ausscheiden des Arbeitnehmers zu fühlen hat (Streif/von Kaenel/Rudolph, a.a.O. N 3 h). Auch diese beiden Formulierungsanträge sind abzuweisen.»

*(AH140052 vom 1. Dezember 2014; vom Obergericht bestätigt am 27.03.15; LA150002)*

**13. OR 334; Kettenarbeitsvertrag**

Der Kläger war mit einem befristeten Vertrag als Fachspezialist angestellt worden. Noch während der Dauer dieses Vertrages wurde er nochmals befristet angestellt. Dieser Vertrag wurde in der Folge zuerst am 28. Februar 2008 bis 30. September 2008 und hernach mit Schreiben vom 8. September 2008 bis 23. Dezember 2008 verlängert. Der Kläger sieht darin einen unzulässigen Kettenarbeitsvertrag.

**Aus dem Entscheid:**

«Die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse kann zu einer Benachteiligung des Arbeitnehmers führen, weshalb diese auf einem sachlichen Grund beruhen muss, welcher sie rechtfertigt (vgl. Portmann/Stöckli, a.a.O., Rz 801). Es ist zwar richtig, was die Beklagte ausführt, dass ein Teil der Lehre und Rechtsprechung eine Gesetzesumgehung bei bloss zwei aufeinanderfolgenden Arbeitsverträgen generell ausschliesst. Dies überzeugt hingegen in dieser Absolutheit nicht (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 334 N 7). Zudem vermögen die Ausführungen der Beklagten, wonach es sich nicht um vier verschiedene Arbeitsverträge handle, sondern um zwei Arbeitsverträge und zwei Verlängerungen des Arbeitsvertrages, nicht zu überzeugen. Auch bei den beiden Verlängerungen des zweiten Arbeitsvertrages handelt es sich um befristete Arbeitsverhältnisse, welche zu einer Benachteiligung des Klägers führen könnten.

Zu den sachlichen Gründen für die vier befristeten Arbeitsverträge führte die Beklagte aus, es sei von vornherein ein befristeter Arbeitseinsatz vereinbart worden, weil sie davon ausgegangen sei, dass die Arbeit im Rahmen des Projekts bis Ende 2007 abgeschlossen sein werde. Der zweite Arbeitsvertrag vom 27. November 2007 sei nur deshalb vereinbart worden, weil es Verzögerungen im Projekt gegeben habe und auch nach März 2008 noch Arbeit angefallen sei. Aus demselben Grund sei auch der zweite Arbeitsvertrag verlängert worden. Die letzte Verlängerung des Vertrages sei rein aus Goodwill der Beklagten und auf Drängen des Klägers hin gemacht worden. In der Folge bestritt die Beklagte in der Duplik die Vorbringen des Klägers, wonach er im Rahmen seiner Anstellung für drei verschiedene Projekte gearbeitet habe, nicht. Es treffe zu, dass der Kläger für das Projekt „XY“ gearbeitet habe und zwischenzeitlich an „A“ und für „B“ eingesetzt worden sei. Das Projekt „XY“ war somit nachgewiesenermassen nicht die einzige Arbeit, welche der Kläger während der Zeit bei der Beklagten ausführte. Ein sachlicher Grund, die Arbeit für das Projekt „XY“ zu befristen, bestand somit nicht. Es besteht auch keine Rechtfertigung für die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse, welche zu einer Benachteiligung des Arbeitnehmers führen könnte.

Liegen wie vorliegendenfalls unzulässige Kettenarbeitsverträge vor, so werden diese als ein einheitliches unbefristetes Arbeitsverhältnis angesehen (Portmann/Stöckli, a.a.O., Rz 801). Die gesetzlichen Kündigungsfristen und der übrige Kündigungsschutz sind somit zu beachten (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 334 N 7, BGE 119 V 46). Der Kläger befand sich im zweiten Anstellungsjahr, wes-

halb gemäss Art. 335c Abs. 1 OR eine Kündigungsfrist von zwei Monaten gelten würde. Eine solche Kündigungsfrist hat die Beklagte nicht eingehalten.

Der Kläger hat somit noch Anspruch auf zwei Monatslöhne (abzüglich der Zahlungen der Arbeitslosenkasse).»

*(AH120263 vom 11. April 2014; vom Obergericht bestätigt am 3. Juli 2014; LA140013)*

#### **14. OR 335; Rückdatierte Kündigung**

Der Kläger war ab 22. Juli 2013 krank, was er der Ehefrau des Beklagten zwei Tage später mitteilte, worauf sie von ihm ein Arztzeugnis verlangte. Dieses konnte er dem Beklagten erst am 29. Juli 2013 zustellen (siehe dazu Entscheid Nr. 19). Am gleichen Tag gab es ein Telefongespräch, in welchem ihm mitgeteilt wurde, er solle im August seine Ferien beziehen. Am 9. September 2013 erschien er wieder im Betrieb des Beklagten.

##### **Aus dem Entscheid:**

«Am 9. September 2013 händigte der Beklagte bzw. dessen Ehefrau dem Kläger ein auf den 20. Juli 2013 rückdatiertes Kündigungsschreiben mit Wirkung per 31. August 2013 aus. Dass dem Kläger das Schreiben in act. X bereits am darauf vermerkten Datum, d.h. am 20. Juli 2013, ausgehändigt wurde, ist angesichts der weiteren Schreiben des Beklagten vom 25. Juli 2013 und vom 18. September 2013, welche keinerlei Bezug auf eine ordentliche Kündigung per 20. Juli 2013 nehmen, unwahrscheinlich. Die Sachdarstellung des Klägers ist ohne weiteres schlüssig und daher auch glaubhaft, weshalb kein Bedarf für Beweiserhebungen besteht (Art. 234 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 153 Abs. 2 ZPO).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung entfaltet die Kündigung erst mit dem Empfang durch den Adressaten ihre Wirkungen (BGE 113 II 259 E. 2a). Demgemäss entfaltete die Kündigung am 9. September 2013 mit dem Empfang des Klägers ihre Wirkungen, obwohl sie unbestrittenermassen auf den 20. Juli 2013 rückdatiert wurde. Die Rückdatierung blieb wirkungslos. Unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten einmonatigen Kündigungsfrist hätte die Kündigung auf den 31. Oktober 2013 erfolgen müssen.

Nach Art. 335 OR kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Abs. 1). Die Kündigungserklärung hat eindeutig und klar zu sein und wird nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, wie sie also der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 2 m.w.H.). Kündigt eine Partei auf zu kurzen Termin, wird die Kündigung auf das gemäss Vertrag oder Gesetz gültige Datum uminterpretiert. Bei der Umdeutung einer Kündigung auf zu kurzen Termin in eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR ist Zurückhaltung geboten, weil dies in aller Regel über den erkennbaren Erklärungswillen des Kündigenden hinausgeht (Streiff/von Kaenel/

Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 7 m.w.H.). Die Erklärung einer fristlosen Entlassung muss unmissverständlich und eindeutig erfolgen. Dies gilt sowohl für die Kündigung als auch für deren Fristlosigkeit. Im Zweifel wird eine ordentliche Kündigung auf den nächsten Termin angenommen (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 OR N 18 m.w.H.)

Das Kündigungsschreiben vom 9. September 2013 (datiert vom 20. Juli 2013) ist nicht eindeutig und klar. Zunächst hält es – berücksichtigt man den Zeitpunkt des Zugangs beim Kläger – die ordentliche Kündigungsfrist von einem Monat nicht ein. Das Kündigungsschreiben könnte einerseits unter Berücksichtigung der Rückdatierung nach Treu und Glauben als ordentliche Kündigung auf den nächstmöglichen Termin, andererseits aber als fristlose Kündigung verstanden werden.

Obwohl im vorliegenden Fall gewisse Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Beklagte durch Aushändigung des Kündigungsschreibens vom 9. September 2013 (bzw. datiert vom 20. Juli 2013) seinen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zu entledigen versuchte, kann im Einzelnen nicht von einer fristlosen Entlassung gesprochen werden. Zwar ist aus dem gesamten Vorgehen eindeutig zu schliessen, dass der Beklagte gewillt war, baldmöglichst auf die Dienste des Klägers zu verzichten. Deshalb ist eine ordentliche Kündigung auf den nächstmöglichen Termin anzunehmen. Im Weiteren enthält das Kündigungsschreiben aber keine rechtsgestaltende Willenserklärung des Beklagten dahingehend, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos per 9. September 2013 aufzulösen. Vielmehr hätte es dem Beklagten – so man sich auf die klägerischen Annahmen stützt – nur darum gehen können, sich im Hinblick auf eine allfällige rechtliche Auseinandersetzung mit dem Kläger ein Beweismittel für eine frühzeitige ordentliche Vertragsauflösung zu verschaffen. Das Vorgehen könnte damit zwar verwerflich sein. Ein Wille zur fristlosen Entlassung geht daraus aber nicht hervor.

Die Kündigung vom 9. September 2013 ist in eine ordentliche Kündigung auf das gemäss Arbeitsvertrag nächstmögliche Datum bzw. als Kündigung auf den 31. Oktober 2013 umzudeuten.»

*(AH140031 vom 20. Mai 2014)*

## **15. OR 335; Aufhebungsvertrag und Bonusanspruch**

Der Kläger war zuerst befristet, dann unbefristet angestellt. Vereinbart wurde ein freiwilliger Bonus, sofern der Kläger das Arbeitsverhältnis nicht kündigt, wobei ihm für die erste Zeit eine fixe Zahlung zugesichert wurde. Nach einer Fusion schlossen die Parteien eine Aufhebungsvereinbarung per Ende Oktober 2012. Der Kläger ging davon aus, dass ihm auch für das Austrittsjahr ein Bonus zustehe.

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Parteien sind sich einig, dass für die Geschäftsjahre 2010 und 2011 ein Special Payment vereinbart wurde. Der Streit dreht sich allein um die Frage, ob diese Son-

derzahlung auch für das Jahr 2012 geschuldet ist, wie der Kläger geltend macht.

Eindeutig gegen die Auffassung des Klägers spricht der Wortlaut der Vereinbarung, denn daraus ergibt sich, dass ihm im Hinblick auf das zunächst vom 17. Mai 2010 bis 31. Oktober 2011 befristete Arbeitsverhältnis ein einmaliges Special Payment gewährt wurde, welches später bis Ende 2011 verlängert wurde. Die Sonderzahlung sollte für die Geschäftsjahre 2010 und 2011 anstelle des Bonus gemäss Arbeitsvertrag treten („Die Ausrichtung eines Bonus für die Geschäftsjahre 2010 & 2011 wird somit hinfällig“). Dass auch der Kläger die Vereinbarung dahingehend verstand, darauf deutet das von ihm verfasste E-Mail vom 19. Februar 2013 hin. Wäre er damals der Meinung gewesen, er habe für 2012 einen festen Betrag zu Gute, hätte er sich bei der Beklagten wohl kaum im Februar 2013 erkundigt, weshalb er noch keine Bonusmeldung erhalten habe, sondern vielmehr bereits zuvor, im November 2012, den fixen Betrag gefordert. Ob ein anderslautender übereinstimmender Parteeiwille bestand, muss indessen nicht abschliessend geprüft werden und auf die Einvernahme des ehemaligen Vorgesetzten kann unter diesen Umständen verzichtet werden. Entscheidrelevant ist letztlich die Auflösungsvereinbarung. In der Auflösungsvereinbarung vom Februar 2012 haben die Parteien unter dem Titel Compensation ausdrücklich vereinbart, dass

- der Kläger für das Geschäftsjahr 2012 am regulären Bonusprozess teilnimmt und ein allfälliger Bonus voraussichtlich im Februar 2013 ausbezahlt wird;
- der Bonus eine freiwillige Sondervergütung ist, auf welche weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch besteht;
- dem Kläger keine über die in der Auflösungsvereinbarung aufgeführten Beträge hinausgehende Vergütungsansprüche zustehen.

Die Aufhebungsvereinbarung enthält keine explizite Zusicherung eines Bonus. Es wird klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass es sich beim Bonus um eine freiwillige Sondervergütung handelt. Es geht ebenfalls deutlich hervor, dass der Kläger für das Geschäftsjahr 2012 am regulären Bonusprozess teilnimmt, mit anderen Worten also ausschliesslich der Bonus gemäss Ziffer 9 des Arbeitsvertrages gelten soll. Dieser sieht vor, dass die Beklagte nach freiem Ermessen und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs einen Bonus entrichten kann. Ein Bonus wird weder dem Grundsatz noch der Höhe nach zugesichert. Der Bonus gemäss Arbeitsvertrag ist daher als freiwillige Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR zu qualifizieren (siehe zum Ganzen: BGE 139 III 155 E. 3.1; 129 III 276 E. 2). Die Beklagte hat von dem ihr zustehenden Ermessen Gebrauch gemacht und dem Kläger für das Geschäftsjahr 2012 ein Bonus von Fr. 20'000.– ausgerichtet. Ein darüber hinausgehender Anspruch besteht unter dem Titel Bonus nicht.

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass bei Verhältnissen wie im vorliegenden Fall dem Akzessorietätsprinzip keine Bedeutung zukommt. Das Bundesgericht hat zwar bislang offen gelassen, bis zu welchem Verhältnis eine Gratifikation noch akzessorisch neben dem Lohn stehen kann, ohne sich zumindest teilweise in einen Lohnbestandteil zu wandeln. Bei einem hohen Einkommen kann der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Entschädigung prozentual grösser zum Lohn sein als bei einem

niedrigen Einkommen. Ausserdem kommt auch der Frage, wie regelmässig eine Sonderzahlung ausgerichtet wird, Gewicht zu. Zweifel an der Zulässigkeit sind dann angebracht, wenn die Sondervergütung im Vergleich zum Lohn gleich hoch oder gar regelmässig höher ist als der Lohn im Rechtssinne (BGE 139 III 155 E. 5.3; 129 III 276 E. 2.1; Roger P. Morf, Akzessorietät von Gratifikationen: Die jüngsten Entscheide des Bundesgerichts, in Jusletter vom 9. September 2013; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d OR N 4). Bei einem Jahresgehalt von Fr. 230'040.– und einer Bonuszahlung Fr. 120'000.– für die Geschäftsjahre 2010 und 2011 (jeweils Fr. 60'000.– im November 2010 und November 2011) ist das Erfordernis der Akzessorietät klar gegeben und ein Eingriff in die Privatautonomie lässt sich nicht rechtfertigen.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, das Special Payment sei fester Vertragsbestandteil und somit auch für das Jahr 2012 vereinbart, würde sich am Ergebnis nichts ändern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Lohnverzicht grundsätzlich zulässig, da der Lohn keine unabdingbare Vorschrift im Sinne von Art. 341 OR darstellt, sondern frei verfügbar ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nur auf einen Teil des Lohnes verzichtet wird und damit keine zwingenden Gesetzesbestimmungen umgangen werden. Eine einvernehmliche Änderung der Lohnhöhe mit Wirkung bloss für die Zukunft ist unbestrittenermassen zulässig (BGE 124 II 436 E. 10.e.aa; 4C.426/2005 E. 5.2; Portmann, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 322d OR N 18; Reinert, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: AJP 2009, S. 5 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 9 Art. 341 OR N 5 m.w.H.). Unter diesem Aspekt muss ferner berücksichtigt werden, dass der Kläger aus der Aufhebungsvereinbarung diverse Vorteile gezogen hat. Im Vergleich zur vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten hatte er mehr Zeit zur Verfügung, um eine neue Stelle zu suchen. Überdies wurde er per 1. Juli 2012 bei vollem Lohn freigestellt und ihm Unterstützung bei der internen und externen Stellensuche zugesichert. Dass es sich dabei um einen Aufhebungsvertrag handelt, welcher im Sinne eines Sozialplanes ausgearbeitet und auch anderen Mitarbeitern angeboten wurde, ist nicht entscheidend. Massgebend ist, dass sich der Kläger nach reiflicher Überlegung für die Aufhebungsvereinbarung und die damit verbundenen Vor- und allenfalls auch Nachteile entschieden hat.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Klage abzuweisen ist.»

*(AN140009 vom 18. September 2014)*

## **16. OR 336; Missbräuchliches Nichteinhalten einer Bewährungsfrist**

Der Kläger wurde in der Probezeitbeurteilung mit Ausnahme der Pünktlichkeit in allen anderen Punkten mit gut bis sehr gut beurteilt. Auf den 1. Oktober 2011 übernahm er die Funktion eines stellvertretenden Abteilungsleiters. Auf Wunsch nach einem Zwischenzeugnis fand am 26. April 2012 eine weitere Mitarbeiterbeurteilung statt. Diese fiel viel schlechter aus und es wurden verschiedene Massnahmen festgelegt, welche der Kläger bis am 30. Mai 2012 hätte umsetzen sollen. Noch vor Ablauf dieser Be-

währungsfrist wurde dem Kläger am 16. Mai 2012 ordentlich gekündigt. Der Kläger erachtet dieses Verhalten der Beklagten missbräuchlich.

**Aus den Erwägungen:**

«Der Kläger durfte davon ausgehen, die Beklagte räume ihm mit der Zielsetzung in der Mitarbeiterbeurteilung eine Chance zur Verbesserung und zur Erreichung der Ziele bis 30. Mai 2012 ein. Sonst hätte die Beklagte ja gar keine Ziele ansetzen und keine Frist zur Erreichung ansetzen müssen. Aber offensichtlich wollte die Beklagte dem Kläger diese Chance nicht wirklich geben. Sie wartete nicht einmal ihre selber angesetzte Frist ab und nahm dem Kläger mit der Kündigung jede Möglichkeit, sich zu bewähren. Ein Anlass dazu ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil hatte sich der Kläger, wie dargelegt, hinsichtlich Pünktlichkeit seit der Fristansetzung bis zur Kündigung bereits deutlich verbessert. Die Beklagte konnte denn auch anlässlich der Verhandlung keinen einzigen konkreten Vorfall nennen, aus dem hätte geschlossen werden können, dass das Abwarten der Bewährungsfrist keinen Sinn machen würde. Es ist auch aus den Akten und Vorbringen nichts dergleichen ersichtlich.

Die Beklagte beanstandet zwar, es habe ein klares Bekenntnis gefehlt, dass es der Kläger begriffen habe und es nicht mehr vorkomme. Die Stellungnahme vom 30. April 2012 habe nicht auf grosse Einsicht und nachhaltige Besserung hoffen lassen. Beanstandet wurde von der Beklagten auch das „nonverbale Verhalten“ des Klägers, indem er sich nämlich demonstrativ verhalten habe, indem er demonstrativ gezeigt habe, „siehst du, ich bin jetzt pünktlich bei der Mittagspause“. Wann genau der Kläger sich nach dem 30. April 2012 jedoch dergestalt verhalten haben soll, konnte der Vertreter der Beklagten nicht einmal ansatzweise konkret behaupten. Daraus den Schluss zu ziehen, das Abwarten der selber angesetzten Frist mache keinen Sinn, verbietet sich. Das angebliche „nonverbale Verhalten“ des Klägers wurde erstens zu wenig substantiiert. Zweitens könnte auch aus der – vom Kläger bestrittenen – Bemerkung „siehst du, ich bin jetzt pünktlich bei der Mittagspause“ nichts Negatives abgeleitet werden, vor allem vor folgendem Hintergrund: Es ist nicht aktenkundig, ob die Mittagspause wirklich nur 36 Minuten sein darf. 36 Minuten sind im Übrigen für eine Mittagspause unüblich kurz. Zudem hat selbst die Beklagte nicht geltend gemacht, der Kläger habe einmal einen wichtigen Termin verpasst. Die Forderung, die Pause von höchstens 36 Minuten peinlich genau einzuhalten, erscheint unter diesen Umständen tatsächlich etwas schikanös. Insbesondere kann der Schluss, das Abwarten der Frist mache keinen Sinn mehr, auch nicht aus der Stellungnahme des Klägers zur Mitarbeiterbeurteilung gezogen werden. Zunächst ist einmal festzuhalten, dass es das Recht jedes Mitarbeiters ist, mit einer Mitarbeiterbeurteilung nicht einverstanden zu sein. Die Stellungnahme vom 30. April 2012 erscheint sodann durchaus sachlich. Nichts deutet darauf hin, der Kläger wolle sich nicht verbessern. Und wie erwähnt, hat sich nach dem 30. April 2012 nichts ereignet, was dem Kläger vorzuwerfen wäre. Die Pünktlichkeit hat sich im Gegenteil verbessert. Die Chance, die Prioritäten besser zu setzen und seine Kritikfähigkeit zu verbessern, hat die Beklagte dem Kläger nicht einmal ansatzweise eingeräumt.

Dieses Verhalten der Beklagten widerspricht krass Treu und Glauben. Indem die Beklagte in der Mitarbeiterbeurteilung nur vorgegeben hat, dem Kläger eine

Chance zur Verbesserung innert der Bewährungsfrist zu geben, es dann aber nicht wirklich ernsthaft getan hat, hat sie ein falsches und verdecktes Spiel getrieben.

Ob es sachliche Gründe für eine Kündigung gegeben hätte und ob einer der in der Kündigungsbegründung vom 21. Mai 2012 erwähnten Gründe darunter gefallen wäre, ist nicht weiter von Bedeutung, da bereits das Verhalten, die Bewährungsfrist nicht abzuwarten, an sich einen Missbrauchstatbestand darstellt.»

Das Gericht sprach dem Kläger in der Folge eine Missbrauchsentschädigung in der Höhe von rund 1,5 Monatslöhnen zu.

*(AH130109 vom 18. Februar 2014)*

## **17. OR 336/336c; Arbeitgeber betrachtet eigene Kündigung als ungültig**

Nachdem es unterschiedliche Meinungen zwischen der Geschäftsleitung und dem COO bezüglich der Buchhaltungsführung gegeben hatte, wurde ihm am 29. Mai 2013 gekündigt. Der Kläger betrachtete diese Kündigung als missbräuchlich, die Beklagte ging in der Folge davon aus, ihre Kündigung sei wegen der Erkrankung des Klägers ungültig (nichtig).

### **Aus dem Entscheid:**

«Die Beklagte zweifelt die Gültigkeit der Kündigung vom 29. Mai 2013 an und macht Nichtigkeit infolge Krankheit geltend, da die Kündigung während Krankheit des Klägers ausgesprochen worden sei. Die Beklagte verweist dabei auf die attestierte Arbeitsunfähigkeit des Klägers gemäss Arztzeugnis vom 29. Mai 2013. Sie leitet daraus ab, dass eine nichtige Kündigung weder zu begründen gewesen sei noch missbräuchlich sein könne.

Eher ungewöhnlich ist, dass vorliegend die Arbeitgeberin von Nichtigkeit der Kündigung ausgeht, während der Arbeitnehmer von der Gültigkeit ausgeht, verhält es sich doch in der Praxis in der Regel eher umgekehrt. Der Kläger ging indes seit jeher von einer gültigen Kündigung aus. Dies geht konkludent aus dem Schreiben des Voranwalts vom 31. Mai 2013 hervor, in welchem er im Namen des Klägers Einsprache gegen die Kündigung im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR erhebt. Eine Kündigung ist eine einseitige sowie empfangsbedürftige Willenserklärung (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 335 OR mit Hinweis auf BGE 113 II 259). Sie ist mitunter auch dann nichtig, wenn der Arbeitnehmer sich am Arbeitsplatz befindet und Kündigung ihm dort zugestellt werden kann, der Arbeitnehmer aber krank ist, da die Kündigung in diesem Fall während der Sperrfrist ausgesprochen wird (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 336c OR).

Unbestritten ist, dass die Kündigung dem Kläger am 29. Mai 2013 am Arbeitsort um ca. 11.30 Uhr übergeben worden ist. Zuvor gab es noch einen Mailverkehr zwischen dem Kläger und der Geschäftsführerin die Buchungen im Jahr 2012 und 2013 beschlagend. Ebenfalls an diesem Morgen fand noch ein Gespräch zwischen den

genannten beiden Personen statt. Weder aus dem aktenkundigen Verlauf des Vormittags des 29. Mai 2013 noch aus dem Vorbringen der Beklagten ergeben sich damit irgendwelche Anhaltspunkte, dass der Kläger bereits arbeitsunfähig gewesen wäre. Die Sachdarstellung des Klägers, seine Kündigung habe die Arbeitsunfähigkeit erst ausgelöst und er sei deshalb zum Arzt gegangen, erscheint damit plausibel und ist nachvollziehbar. Etwas Weitergehendes lässt sich insbesondere auch aus dem vom Kläger zu den Akten gereichten Arztzeugnissen vom 29. Mai 2013 nicht herleiten. Vielmehr ergibt sich aus dem eingereichten Mailverkehr zwischen dem Kläger und seinem Arzt, dass er diesen um 14.00 Uhr um einen Termin bat, den er auf 15.15 Uhr vereinbaren konnte.

Jedenfalls wäre die Beklagte dafür beweispflichtig, dass der Kläger im Zeitpunkt ihrer Kündigung bereits arbeitsunfähig gewesen und die Kündigung deshalb nichtig ist. Beweismittel hat sie indessen nicht bezeichnet und es ist denn auch auszuschliessen, dass der Arzt den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit des Klägers zeitlich präzisieren könnte. Der Arzt konnte zwar durchaus Feststellungen zum Gesundheitszustand des Klägers im Zeitpunkt der Konsultation machen; ob es dem Kläger indessen bereits vor oder erst als Folge der Kündigung „nicht gut ging“, wird der Arzt nicht klären können.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger erst nach und zu Folge des Erhalts der Kündigung krank geworden ist. Die Kündigung vom 29. Mai 2013 ist damit gültig erfolgt. Der Kläger wurde nach dem Aussprechen der Kündigung krank, die Kündigungsfrist wurde unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 2 OR fortgesetzt. Da sich der Kläger im achten Dienstjahr befand (Eintritt Juli 2005), beträgt die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 180 Tage. Somit endete das Arbeitsverhältnis bei zweimonatiger Kündigungsfrist gemäss Arbeitsvertrag des Klägers zwischen dem zweiten und neunten Dienstjahr richtigerweise am 31. Januar 2014.

Die Kündigung vom 29. Mai 2013 ist somit gültig erfolgt. Sie wäre gestützt auf Art. 335 OR von der Beklagten grundsätzlich zu begründen gewesen und es stellt sich die Frage ihrer Missbräuchlichkeit.»

Das Gericht ging davon aus, die Änderungskündigung sei nicht missbräuchlich erfolgt; auch die fehlende Begründung der Kündigung führe nicht zu deren Missbräuchlichkeit.

*(AH140062 vom 12. November 2014)*

## **18. OR 336c; Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit**

Ein zu 80% tätiger Arzt assistierte nebenbei noch seiner Lebenspartnerin bei Operationen an einem Belegspital, was zu Terminkollisionen und Konflikten führte, die nicht ausgeräumt werden konnten. Am 17. Februar 2011 stellte die Beklagte eine Änderungskündigung per 30. April 2011 aus. Am 29. März 2011 verunfallte der Kläger am Arbeitsplatz. Ihm wurde vom Arzt Dr. C. bis zum 2. Mai 2011 eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% aus Unfall bescheinigt, welche vom 13. bis zum 17. Mai

2011 auf 50% bzw. vom 19. Mai bis zum 24. Mai 2011 auf 25% und anschliessend auf 0% reduziert wurde. Am 23. Mai 2011 wurde dem Kläger sodann von Dr. F. auf dem Unfallschein ab sofort bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 100% aus psychischen Gründen attestiert.

Die Beklagte stellte sich hingegen auf den Standpunkt, der Kläger habe während der Kündigungsfrist nicht mehr arbeiten wollen und sich zu diesem Zweck krank schreiben lassen. Als seine Arbeitsunfähigkeit wegen Unfalls reduziert worden sei und der Kläger dadurch seine restliche Soll-Arbeitszeit nicht mehr mit Ferien- und Gleitzeitsaldo habe kompensieren können, habe er sich kurzerhand eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% wegen psychischer Probleme attestieren lassen. Diese sei bloss simuliert worden, weshalb sich die Kündigungsfrist nicht bis Ende August sondern nur bis Ende Juni 2011 verlängert habe.

### **Aus den Erwägungen:**

«Selbst wenn aber von einem psychischen Leiden des Klägers auszugehen wäre, könnte dieses mit der Beklagten nur als arbeitsplatzbezogen qualifiziert werden und würde damit keine neue Sperrfrist im Sinne von Art. 336c OR auslösen. Von arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit spricht man, wenn der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert ist, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung kaum eingeschränkt ist. Solche Konstellationen treten in der Praxis fast immer bei psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf (z.B. Konflikte, Mobbing). Sperrfristschutz nach dem Zweckgedanken von Art. 336c OR besteht nur dann, wenn aufgrund der gesundheitlichen Einschränkung die Chancen des Arbeitnehmers gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. Da dies bei der typischen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall ist, besteht auch kein Sperrfristschutz (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 8 zu Art. 336c OR).

Zwar knüpfen sowohl der Kläger als auch Dr. A. und F. (Ärzte) die psychische Erkrankung des Klägers unmittelbar an das Unfallereignis. Sie vermögen sich dabei allerdings nur auf die Aussagen des Klägers zu stützen, wonach die Erschöpfung nach dem Unfall ausgebrochen bzw. nach dem Sturz alles zusammengebrochen sei.

Der Kläger selbst holte allerdings einerseits weiter aus, zurück bis hin zu den erfolglosen Bemühungen des Ombudsmannes bzw. dem Ausbruch des Konfliktes zwischen den Parteien im Zusammenhang mit seiner Nebentätigkeit. Andererseits ist dem den Kläger wegen den Unfallfolgen behandelnde Arzt, Dr. C., bis zum 13./15. Mai 2011 keinerlei psychische Beeinträchtigungen des Klägers aufgefallen und der – immerhin selber fachkundige Kläger – sah bis dahin auch keinen Anlass, sich wegen irgendwelchen psychischen Leiden von kompetenter Seite her betreuen zu lassen. Gleichzeitig erst mit der Reduktion seiner Arbeitsfähigkeit zunächst auf 50% und dann auf 25% zeigte der Kläger gemäss den Notizen von Dr. C. erstmals psychische Auffälligkeiten und nachdem er am 16./17. Mai 2011 ein übermässiges Arbeitspensum geleistet hat, sich sein damit verbundenes Austrittsszenario in der Folge zerschlagen hat und er an sich nochmals für eine (ziemlich beschränkte Zeit) an seinen Arbeitsplatz bei der Beklagten hätte zurück kehren müssen, wandte er sich an Dr. F., der – vom Kläger

nicht vollständig orientiert – ihn dann für arbeitsunfähig erklärte. Entgegen dem Sinn dieser Arbeitsdispens sah sich der Kläger bereits am 8. Juni 2011 in der Lage, andernorts einen Arbeitseinsatz zu leisten (Operations-Assistenz). Unmittelbar nach Ablauf der von ihm ermittelten maximalen Sperrfrist (zufolge der Unfallfolgen), d.h. nach Wegfall seiner Arbeitspflicht für die Beklagte, qualifizierte sich der Kläger selbst wieder als arbeitsfähig. Das alles indiziert, dass keineswegs der vor rund zwei Monaten erlittene Unfall sondern erst die Rückkehr an den Arbeitsplatz und sodann vor allem (nach gescheitertem Austrittsszenario) das Arbeitsaufgebot seitens der Beklagten und damit die im Raume stehende erneute Rückkehr an den Arbeitsplatz die psychischen Beschwerden des Klägers auslösten.

Soweit denn überhaupt ein psychisches Leiden des Klägers mit Krankheitswert bestanden hat, erscheint dieses deshalb als arbeitsplatzbezogen.»

In der Folge wurde die Forderungsklage des Klägers abgewiesen.

*(AN120013 vom 19. September 2014)*

## **19. OR 337; Arztzeugnis oder fristlose Entlassung**

Zu prüfen war, ob dem Arbeitnehmer Frist zur Einreichung eines Arztzeugnisses innert 24 Stunden angesetzt und damit verbunden eine bedingte fristlose Entlassung angedroht werden konnte.

### **Aus dem Entscheid:**

«Bei einer Kündigung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht ausgeübt wird. Die Rechtsänderung erfolgt somit durch einseitige Willensäußerung ohne Einwirkungsmöglichkeit Dritter. Soweit im Einklang mit dem gesetzlich oder vertraglich vereinbarten Termin erfolgt, kann die Gegenseite damit nicht dagegen opponieren (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 2).

Bei einer rechtsändernden Gestaltungserklärung – wie bspw. einer Kündigung – muss sich der Empfänger darüber im Klaren sein, ob die Rechtsänderung nun Platz greife oder nicht, weshalb Kündigungen bedingungsfeindlich sind. Zulässig sind jene Bedingungen, welche allein im Machtbereich der Gegenseite sind. Unzulässige Kündigungsbedingungen, somit solche, deren Erfüllung in der Macht Dritter steht, führen zur Ungültigkeit der Kündigung, sofern sich aus der Kündigung nichts anderes ergibt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 3).

Im Schreiben der Treuhandfirma (A.) vom 25. Juli 2013 ergeht die Forderung an den Kläger, innert 24 Stunden ein Arztzeugnis einzureichen, das sich über die voraussichtliche Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit seit dem 22. Juli 2013 äussere. Komme der Kläger diesem Anliegen nicht nach, sei jenes Schreiben als fristlose Kündigung seines Arbeitsvertrages mit dem Restaurant Y. zu betrachten. Damit knüpfte der Beklagte die fristlose Kündigung an eine Bedingung.

Der Kläger hat das Schreiben der A. am 26. Juli 2013 erhalten. Der Beklagte musste davon ausgehen, dass der Kläger das Schreiben vom Donnerstag, 25. Juli 2013, am Freitag, 26. Juli 2013, erhalten würde, weshalb er innert 24 Stunden kaum ein Arztzeugnis würde einreichen können. Am 26. Juli 2013 erhielt der Kläger von seinem Arzt ein Arztzeugnis ausgestellt. Der Beklagte erhielt dieses Arztzeugnis gemäss seinen Angaben am Montag, 29. Juli 2013.

Der Kläger hat das Arztzeugnis dem Beklagten unverzüglich nach Erhalt und innert eines Arbeitstages zugesandt. Er ist der Aufforderung des Beklagten nachgekommen. Eine unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten erhebliche Pflichtverletzung ist nicht ersichtlich. Die vom Beklagten gesetzte Bedingung für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses (bzw. die Unwirksamkeit der bedingten fristlosen Kündigung) ist damit an sich gegeben.

Die im Schreiben der A. vom 25. Juli 2013 enthaltene bedingte fristlose Kündigung („falls Sie diesem Anliegen nicht nachkommen, ist dieses Schreiben als fristlose Kündigung Ihres Arbeitsvertrages mit dem Restaurant Y. zu betrachten“) ist indes schon aus rechtlichen und sachlogischen Gründen unzulässig bzw. rechtsunwirksam.

Die fristlose Kündigung direkt mit dem Nachweis einer Erkrankung mittels Arztzeugnis zu verbinden, ist unzulässig. Kündigungen sind gerade deshalb bedingungsfeindlich, weil sich der Empfänger einer rechtsändernden Gestaltungserklärung darüber im Klaren sein muss, ob die Rechtsänderung nun Platz greife oder nicht (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 3). Die Kündigungserklärung hat dem Erfordernis der Eindeutigkeit und Klarheit zu genügen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 2). Das Vorgehen der Beklagten führt – und das ist im vorliegenden Fall auch zutage getreten (Fragen der Zustellung und dergleichen) – zu einer erheblichen Unsicherheit über die Rechtswirksamkeit der Kündigung. Eine Entlassung kann nicht von naturgemäss ungewissen zukünftigen Ereignissen abhängig gemacht werden. Eine Ausnahme besteht, wenn eine Bedingung von der Gegenseite allein erfüllt werden kann (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 OR N 3). Dies ist vorliegend nicht der Fall, weil die Verfügbarkeit des vom Beklagten geforderten Arztzeugnisses innert der gesetzten Frist von 24 Stunden nicht in der alleinigen Dispositionsbefugnis des Klägers lag. Schon deshalb führt das Schreiben vom 25. Juli 2013 nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Indem der Beklagte (bzw. die für ihn tätige A.) die fristlose Kündigung an die Einreichung eines Arztzeugnisses knüpft, tut sie nichts anderes, als dass sie den Bestand der fristlosen Kündigung mittelbar von deren Rechtfertigungsgrund (mögliches Fernbleiben von der Arbeit ohne Bestehen einer Erkrankung) abhängig macht. Das Instrument der fristlosen Entlassung ist aber ausschliesslich für Fälle angedacht, in welchen der Arbeitgeber sich gerade aufgrund vorliegender wichtiger Gründe zur Kündigung entschliesst (vgl. Art. 337 Abs. 1 OR). Wird die Entscheidung über das Vorliegen solcher Gründe von zukünftigen ungewissen Ereignissen oder – bereits nach dem „Aussprechen“ der Kündigung – vom weiteren Verhalten des Arbeitnehmers abhängig gemacht, so ist dies widersprüchlich. Eine in dieser Art bedingte fristlose Entlassung hat zur Folge, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bzw. die Rechtsänderung in der

Schwebe bleibt. Auch aus diesem Grund verstösst die ausgesprochene bedingte fristlose Entlassung gegen das Erfordernis der Eindeutigkeit und Klarheit.

Letztlich ist das Vorgehen des Beklagten bzw. der A. auch als Umgehung der Bestimmungen zum Kündigungsschutz (Art. 336c OR) zu werten. Bei Krankheit ist eine Arbeitgeberkündigung zufolge Sperrfristen regelmässig nichtig (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c OR N 10). Bei fristloser Entlassung sind die Kündigungsbeschränkungen von Art. 336c OR indes nicht anwendbar (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 OR N 2).

Im Grundsatz ist es selbstverständlich zulässig, wenn ein Arbeitgeber in einem Fall wie dem vorliegenden dem Arbeitnehmer Frist zur Einreichung eines Arztzeugnisses ansetzt und ihm – für den Fall unentschuldigter Fernbleibens – eine fristlose Kündigung androht. Die Zulässigkeit einer bedingten fristlosen Entlassung geknüpft an die Frage der Arbeitsunfähigkeit würde aber bedeuten, dass Arbeitgeber bei krankheitsbedingten Absenzen von Arbeitnehmern den von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR gewährten Sperrfristenchutz umgehen könnten, ohne Gefahr zu laufen, gleichzeitig für eine un gerechtfertigte fristlose Entlassung ersatzpflichtig zu werden (Art. 337c OR). Dies, weil eine solche Kündigung den Arbeitnehmer, in dem sie ihm als Voraussetzung für die weitere Lohnzahlung den unmittelbaren (und mit den Bestimmungen des Zivilprozesses inkompatiblen) Beweis für das Bestehen seiner Arbeitsunfähigkeit auferlegt, faktisch und ohne mögliche nachteilige Wirkungen für den Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis drängt. Der entstehende Schwebezustand ist unzumutbar.»

Das Arbeitsgericht entschied, dass das Schreiben der A. keine Wirkung und das Arbeitsverhältnis angedauert habe. (Zur ordentlichen Kündigung, siehe oben, Entscheid Nr. 14.)

*(AH140031 vom 20. Mai 2014)*

## **20. OR 340c; Wegfall des Konkurrenzverbots?**

Der Beklagte (Arbeitnehmer) war als Consultant für die Klägerin tätig. Nachdem ihm eine schlechte Verkaufs-Performance vorgehalten und ihm ein anderer Geschäftsbereich zugeteilt wurde, sprach er selber die Kündigung aus und wurde mit einem Schreiben der Beklagten freigestellt. Der Beklagte vertrat in der Folge die Auffassung, das vereinbarte Konkurrenzverbot sei aus verschiedenen Gründen dahin gefallen. Dies war zu prüfen.

**Aus dem Entscheid:**

*Wegen Aufhebungsvertrag?*

«Selbst ein gültig abgeschlossenes, angemessenes Konkurrenzverbot fällt gemäss Art. 340c OR nachträglich dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein Interesse mehr hat, das Konkurrenzverbot aufrechtzuerhalten (Abs. 1); ferner auch dann, wenn der

Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst (Abs. 2). Als begründeter Anlass im Sinne dieser Bestimmung ist jedes der andern Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt. Entsprechend fällt das Konkurrenzverbot bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer beispielsweise dahin, wenn diese die Folge einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Entlohnung oder einer chronischen Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung ist oder wegen steter Vorwürfe oder eines generell schlechten Betriebsklimas erfolgt (BGE 130 III 353 E. 2.2.1). Wird das Arbeitsverhältnis jedoch mit einem Aufhebungsvertrag beendet, bleibt das Konkurrenzverbot ohne gegenteilige Vertragsgrundlage bestehen, sofern die Auflösung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich einvernehmlich erfolgt.»

### *Wegen schlechtem Arbeitsklima?*

«Ein schlechtes Arbeitsklima kann, wie erwähnt, tatsächlich einen begründeten Anlass zu einer Kündigung durch den Arbeitnehmer geben und das Konkurrenzverbot wegfallen lassen (vgl. BGer. in 4C.222/2001, E. 2 vom 15.04.2002). Nicht jedes getrübt Arbeitsklima stellt allerdings einen begründeten Anlass zur Kündigung dar. So verneinte etwa das Tribunale d'appello del cantone Ticino in einem Urteil vom 19. November 2004 einen solchen Anlass trotz schlechtem Arbeitsklima (JAR 205 S. 448 ff.).

Der Kläger bleibt bei der Schilderung des angeblich schlechten Arbeitsklimas sehr unbestimmt. So unterlässt er es weitgehend, genau darzulegen, inwiefern er und die anderen Mitarbeiter ohne Respekt behandelt worden sein sollen und welcher Art die destruktive und ungerechtfertigte Kritik gewesen sein soll. Ein Beweisverfahren über „schlechtes Arbeitsklima“ kann nicht durchgeführt werden. Mit Aussagen von Mitarbeitenden der Klägerin als Zeugen können fehlende substanziierte Behauptungen nicht nachgeholt werden.

Als einziges konkretes Beispiel eines behaupteten „verbalen Ausbruchs“ nennt der Kläger, es sei ihm mitgeteilt worden, „was für eine Niete er sei“. Das wäre – wenn der Ausdruck denn tatsächlich gefallen wäre – eine unsachliche, eines Vorgesetzten nicht würdige Äusserung. Als begründeter Anlass für eine Arbeitnehmerkündigung, die das Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR wegfallen lässt, würde indessen auch eine solche verbale Entgleisung nicht genügen. Und zwar um so weniger, als die Äusserung vor dem Hintergrund zu würdigen wäre, dass der Beklagte keinen einzigen Kandidaten platzieren konnte. Dieser Umstand setzt auch Vorgesetzte in einem gewinnorientierten Unternehmen unter Druck, was zwar einen verbalen Ausbruch nicht entschuldigt, aber in milderem Licht erscheinen lässt. Vor diesem Hintergrund kann auch der Umstand, dass der Beklagte mit einer Umsatzzielvorgabe unter Druck gesetzt wurde, nicht als solcher Anlass genügen, unabhängig von der Frage, wie realistisch das Ziel war. Dass die Tätigkeitsbereiche des Beklagten zweimal verändert wurden (Temporärstellen > Feststellen > SAP) stellt – gerade vor dem Hintergrund, dass der Beklagte keine Platzierungen vornehmen konnte – ebenso

wenig einen begründeten Anlass dar. Die Klägerin war aufgrund des Arbeitsvertrages durchaus berechtigt, dem Beklagten andere Aufgaben zuzuweisen. Und immerhin war der Beklagte bereits vor seiner Anstellung bei der Klägerin als Consultant für eine Schwesterfirma der Klägerin in Spanien tätig, unter anderem im Bereich SAP. Im Übrigen spricht der Wortlaut des Kündigungsschreibens des Beklagten nicht dafür, dass das Arbeitsklima derart unerträglich war, dass es für den Beklagten Anlass zur Kündigung gegeben hat.»

***Keine Interesse mehr am Verbot?***

«Dass die Klägerin an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes kein erhebliches Interesse mehr hat, ergibt sich sodann weder aus dem E-Mail der Klägerin vom 28. Juni 2012 mit der Zielvorgabe noch aus dem von beiden Parteien unterzeichneten Schreiben „Termination of your employment contract“, mit welchem der Beklagte für August freigestellt wurde.

Das Mail vom 28. Juni 2012 stellt die Bestätigung eines Gesprächs mit dem Beklagten dar. Eine Kündigung wird darin zwar in Betracht gezogen, aber nicht ausgesprochen. Inwiefern aus dem Schreiben vom 26. Juli 2012 ein Verzicht der Klägerin auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes soll herausgelesen werden können, ist unerfindlich. Im Gegenteil: die Tatsache, dass ausdrücklich erwähnt wird, dass der Beklagte frei von Verpflichtungen gegenüber der Klägerin sei „with the exception of those regarding professional secrecy and noncompetition clause (...)“, also unter anderem mit Ausnahme eben genau dieser Konkurrenzklausele, zeigt, dass die Klägerin daran festhalten wollte. Dass das Konkurrenzverbot im nächsten Absatz nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird, ändert daran nichts. Zu erwähnen, dass das Konkurrenzverbot auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus Wirkung hat, wäre angesichts des Wortlautes von Art. 13 des Arbeitsvertrages und angesichts des Gesetzeswortlautes (Art. 340 OR) schlicht überflüssig gewesen.

Von einem Wegfall des Konkurrenzverbots im Sinne von Art. 340c OR kann daher keine Rede sein.»

*(AF130005 vom 5. August 2014)*

## **21. OR 357; Anwendbarkeit eines GAV**

Ein Fachspezialist war für die Beklagte tätig, ohne aber Mitglied eines Arbeitnehmerverbandes zu sein. Zu prüfen war, ob der GAV trotzdem zur Anwendung kommt und sich die Arbeitszeit (bzw. der Anspruch auf Überstundenentschädigung) daher nach diesem richtet (siehe oben Entscheid Nr. 4).

**Aus dem Entscheid:**

«Gemäss Art. 357 Abs. 1 OR gelten die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Beteiligt in

diesem Sinne sind Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände, die Angeschlossenen sowie Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche kraft Allgemeinverbindlicherklärung oder Gesetz in die Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages mit einbezogen werden.

Wie die Beklagte in der Klageantwort zutreffend ausführte, bestand keine Vertragsbindung des Klägers aufgrund der alleinigen Mitgliedschaft der Beklagten in einem vertragsschliessenden Arbeitgeberverband. Hierzu wäre die Mitgliedschaft des Klägers in einem solchen Verband zusätzliche Voraussetzung gewesen. Ebenfalls richtig sind die Ausführungen der Beklagten in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrages in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie. Die darin festgehaltene Klausel verleiht dem Kläger noch keine zivilrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber.

Unzutreffend sind hingegen die Vorbringen der Beklagten, der Gesamtarbeitsvertrag sei nicht vertraglich in die Einzelarbeitsverträge übernommen worden. Dies wurde zwar nicht schriftlich vereinbart, eine solche Übernahme kann jedoch auch stillschweigend erfolgen (vgl. Portmann/Stöckli, a.a.O., Rz 1110).

Dem Kläger wurden während des gesamten Jahres 2008 Solidaritäts- und Weiterbildungsbeiträge vom Lohn abgezogen. Dies ergibt sich aus den von ihm eingereichten Lohnabrechnungen. Diese Solidaritäts- und Weiterbildungsbeiträge sind gemäss Art. 4 bzw. 5 des Gesamtarbeitsvertrages in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie geschuldet, wenn ein Arbeitnehmer mit wenigstens 12 Wochenstunden dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist und keinem Arbeitnehmerverband angehört. Nachgewiesenermassen wurden dem Kläger jeden Monat im Jahre 2008 Fr. 5.– an Solidaritätsbeiträgen und Fr. 1.– an Weiterbildungsbeiträgen abgezogen. Diese entsprechen den im Gesamtarbeitsvertrag festgehaltenen Beiträgen. Hinzu kommt, dass die Beklagte in der Arbeitgeberbescheinigung selbst festhielt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und Kläger dem Gesamtarbeitsvertrag der Maschinenindustrie unterstehe. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist irrelevant, ob die Beklagte diese Erklärung gegenüber der Arbeitslosenkasse oder dem Kläger abgegeben hat, denn es bestätigt, dass auch die Beklagte davon ausging, dass der Gesamtarbeitsvertrag in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie auf das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger anwendbar sei.

Der Gesamtarbeitsvertrag in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie ist somit auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger anzuwenden.»

*(AH120263 vom 11. April 2014; vom Obergericht bestätigt am 3. Juli 2014; LA140013)*

## **22. GIG 3 f.; Zulässige Bonuskürzung wegen Mutterschaftsurlaub?**

Bei der Beklagten sind alle Mitarbeitenden Bonusberechtigten, wobei dieser vom Gesamtergebnis und der Leistung des einzelnen Mitarbeiters abhängt. Zudem wird ein bezahlter Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen gewährt. Im weiteren gibt es eine interne Regelung, wonach eine Bonuskürzung pro rata erfolgt bei unverschuldeten in der Person des Arbeitnehmenden liegenden Abwesenheiten von mehr als 30 Tagen pro Jahr.

Bei der Klägerin führte das dazu, dass ihr wegen der zwei Mutterschaftsurlau-

be der Bonus jeweils pro rata auf 8,3 Monate gekürzt wurde. Zu prüfen war, ob diese interne Regelung mit dem Vertrag und dem GIG vereinbar ist.

**Aus dem Entscheid:**

«Der Klägerin ist der Beweis nicht gelungen, das sie jeweils zwölf Wochen nach den Geburten wieder arbeiten wollte, die Beklagte dies aber nicht zulies.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Beklagte weder nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen noch aufgrund ihrer allgemeinen Fürsorgepflicht oder aufgrund der ausdrücklich verankerten Informationspflicht gemäss Art. 330b OR verpflichtet war, die Klägerin auf die Bonusreduktion aufgrund der Abwesenheit infolge Mutterschaftsurlaub hinzuweisen. Eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR ist als grundsätzlich freiwillige Leistung nicht unter die Begriffe Lohn und allfällige Lohnzuschläge i.S.v. Art. 330b Abs. 1 lit. d. d OR zu subsumieren.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kürzung des Bonus der Klägerin durch die Beklagte während der 9. bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubes mit dem Gleichstellungsgesetz vereinbar ist. Es ist davon auszugehen, die Klägerin hätte dann arbeiten können, wenn sie das gewollt hätte.

Ist einem Arbeitgeber untersagt, die acht Wochen, während denen für Mütter ein Beschäftigungsverbot besteht, bei der Bemessung der Gratifikation, mit der geleisteter Einsatz „belohnt“ werden soll, leistungsmindernd zu berücksichtigen, bedeutet dies, dass letztlich die Zeit des Beschäftigungsverbots bei Müttern der Zeit der Arbeit anderer Mitarbeitenden gleichgesetzt wird. Mit andern Worten heisst das, dass den einen Mitarbeitenden die Gratifikation nur dann nicht gekürzt wird, wenn sie arbeiten, den Müttern aber auch dann nicht, wenn sie die ersten acht Wochen im Mutterschaftsurlaub sind. Das ist gewissermassen eine Ungleichbehandlung. Die Frage stellt sich, ob diese im Hinblick auf eine weniger unterschiedliche Behandlung der Geschlechter gerechtfertigt ist. Und sie ist zu bejahen.

Im Gegensatz zu den anderen in der Person des Arbeitnehmenden liegenden unverschuldeten Abwesenheiten besteht nur bei der Mutterschaft ein solches Beschäftigungsverbot, von welchem selbst mit dem Einverständnis der Betroffenen nicht abgewichen werden kann. Würde man die Zeit des Beschäftigungsverbots für die Zwecke der Gewährung einer Gratifikation, mit der geleistete Arbeit „belohnt“ werden soll, nicht als Beschäftigungszeiten berücksichtigen, hätte dies zur Folge, dass die Arbeitnehmerin allein aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert würde, da nur Frauen davon betroffen sein können.

Es trifft zwar zu, dass die anderen unverschuldeten, in der Person der Arbeitnehmenden liegenden Abwesenheiten faktisch ebenfalls einem Beschäftigungsverbot gleichkommen. Es erscheint jedoch für die Beklagte deshalb als zumutbar, die Abwesenheit infolge Mutterschaftsurlaub anders zu behandeln, weil die anderen unverschuldeten Abwesenheiten, insbesondere die jährlich wiederkehrenden obligatorischen Militär-, Schutz- oder Zivildienstabwesenheiten, im Regelfall nicht zu einer Bonuskürzung führen, obwohl sie jährlich erfolgen und nach den Statistiken der Beklagten insgesamt zu mehr Abwesenheitstagen führen als der Mutterschaftsurlaub.

Nach dem Gesagten wurde die Klägerin durch die Kürzung des Bonus während der Zeit des Beschäftigungsverbotes, den ersten acht Wochen des Mutterschaftsurlaubes, im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen diskriminiert. Der Grundsatz der Gleichstellung von Frau und Mann verlangt somit, dass der Klägerin, deren berufliche Kapazität keinesfalls in Frage gestellt wurde, dieser Teil der Bonuszahlung (vorliegend die Hälfte) rückwirkend bezahlt wird (vgl. zum Ganzen auch EuGH Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97 „Lewen“).

### *Vertragliche Vereinbarkeit der internen Regelung*

Da die Kürzung des Bonus für die Zeit des Beschäftigungsverbotes für Mütter das Gleichbehandlungsgebot verletzt, bleibt an dieser Stelle lediglich noch zu prüfen, ob die Beklagte vertraglich berechtigt war, der Klägerin den Bonus während der neunten bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubs zu kürzen.

In Ziff. 25 des Gehaltsreglementes wurde der Klägerin von der Beklagten in Abs. 1 ein bezahlter Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen zugesichert. Nach deren Abs. 3 fielen die Entschädigungen der Erwerbsersatzordnung der Beklagten zu, soweit sie das Grundsalär nach Ziff. 15 und die Zulagen nach Ziff. 16 während des Mutterschaftsurlaubes nicht überstiegen. Somit wurde der Klägerin der variable Teil gemäss Ziff. 17 gerade nicht zugesichert. Bei diesem handelt es sich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, weil dessen Höhe nicht nur vom Resultat des Gesamtbetriebs abhängig gemacht worden ist, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung der Klägerin durch die Beklagte (vgl. BGE 4A\_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3). Es war damit vertraglich zulässig und lag im Ermessen der Beklagten, die Abwesenheit der Klägerin während der 9. bis zur 16. Woche des Mutterschaftsurlaubes anteilig bei der Bonuskürzung zu berücksichtigen. Aus der Regelung in Ziff. 26 des Reglementes kann die Klägerin nichts für ihren Standpunkt ableiten.»

*(AH120181 vom 28. Juli 2014)*

## **23. ZPO 106; Prozesskostenverteilung bei unklaren Firmenverhältnissen (fehlende Sachlegitimation)**

Die Klägerin klagte die „XY“ (in F.) ein. Diese machte geltend, die Klage sei aufgrund fehlender Passivlegitimation abzuweisen. Arbeitgeberin war die „XY“ (in B.) gewesen.

### **Aus den Erwägungen:**

«In der Regel sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann jedoch von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst wurde (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die Klägerin hat im vorliegenden Verfahren die falsche Partei eingeklagt, weshalb ihr die Prozesskosten aufzuerlegen wären. Doch stellt sich die Frage, ob die Beklagte

(„XY“ in F.) durch ihr Verhalten die Verwechslung mit zu vertreten und somit die Klägerin in guten Treuen zur Prozessführung gegen sie veranlasst hat.

Tatsache ist, dass die Klägerin gewisse Dokumente/Schreiben von der Beklagten erhalten hat. Wenn die Beklagte im Rahmen eines Service Level Agreements gewisse Dienste für die „XY“ (in B.) übernimmt, so liegt es in ihrer Verantwortung, die Unterscheidung der Gesellschaften sauber zu handhaben. Zudem wäre es der Beklagten nach Treu und Glauben zumutbar gewesen, die Klägerin auf die fehlende Passivlegitimation hinzuweisen. Unter diesen Umständen ist die Verwechslung seitens der Klägerin als Laiin nachvollziehbar, umso mehr als sie auch für die Beklagte gearbeitet hatte. Ihre diesbezügliche Behauptung wurde von der Beklagten anlässlich der Verhandlung nicht bestritten.

Auf der anderen Seite hatte die Klägerin ganz klar einen Arbeitsvertrag mit der „FGH“ (in B.), welche in die „XY“ (in B.) umfirmiert wurde, und erhielt auch Lohnzahlungen von der selbigen. In Bezug auf die Aktien ist darauf hinzuweisen, dass diese von der „XY“-Gruppe und nicht von der Beklagten ausgeschüttet wurden, worauf die Klägerin an der Verhandlung auch hingewiesen wurde. Im Übrigen ist die Klägerin darauf hinzuweisen, dass im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs die „XY“ (in B.), Zweigniederlassung Zürich, noch im Handelsregister eingetragen war. Somit stimmt die Behauptung der Klägerin, es habe nur noch die „XY“-Gruppe gegeben, nicht.

Die Beklagte trifft somit im vorliegenden Fall ein Mitverschulden an der Verwechslung, weshalb es sich rechtfertigt, der Beklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).»

*(AH140020 vom 22. Mai 2014)*

## **24. ZPO 152; OR 328b; Verwertung von privaten E-Mails im Prozess?**

Die Beklagte stützte sich zur Begründung der fristlosen Entlassung unter anderem auf die Auswertung des E-Mail-Verkehrs der Klägerinnen.

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Klägerinnen monieren, die Beklagte habe die mit ihrer Klageantwort eingereichten E-Mails der Klägerinnen rechtswidrig beschafft, zumal es sich dabei entweder um privaten Meinungs austausch zwischen den Klägerinnen untereinander bzw. mit Drittpersonen (u.a. die Lebenspartner der Klägerinnen) oder um Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Kauf von Aktien der Beklagten handle. Diese E-Mails hätten keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis der Klägerinnen. Eine Einwilligung ihrerseits liege nicht vor; sie seien über den Zugriff der Beklagten auf ihren E-Mail-Verkehr in keiner Weise informiert gewesen. Auch ein überwiegendes privates Interesse der Beklagten sei nicht ersichtlich. Die von der Beklagten aus dem E-Mail-Verkehr abgeleiteten Vorwürfe strafbaren Handels seien konstruiert. An einem Rechtfertigungsgrund für die Überwachung habe es daher gefehlt. Die Beklagte habe auch

kein entsprechendes Überwachungsreglement gehabt. Die eingereichten Urkunden seien daher in Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO aus dem Recht zu weisen, zumal die Interessenabwägung klar zu Gunsten der Klägerinnen ausfalle.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die fraglichen E-Mails der Klägerinnen seien nicht rechtswidrig beschafft worden. Sie würden sehr wohl einen Bezug zum Arbeitsverhältnis der Klägerinnen aufweisen. Der zitierte Leitfaden des eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten lasse eine solche Durchsuchung auch ohne Überwachungsreglement zu, wenn strafrechtlich vorwerfbares Verhalten im Raum stehe, oder wenn es um zivilrechtlich sehr gravierende Verletzungen gehe. Die privaten Interessen der Beklagten würden eindeutig überwiegen.

Eine Einwilligung der Klägerinnen oder ein Überwachungsreglement, welches die Beklagte zur Verwendung der genannten E-Mail-Korrespondenz berechtigen würde, besteht nach den übereinstimmenden Parteivorbringen nicht. Ebenso wurde nicht geltend gemacht, die Klägerinnen seien betreffend Überwachung ihres E-Mail-Verkehrs vorgängig informiert worden.

Der Beizug des gesamten E-Mail-Verkehrs bzw. die fraglichen E-Mails der Klägerinnen sind zur Durchführung des Arbeitsvertrags im engeren Sinne nicht erforderlich (Art. 328b OR; vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b OR N 6 und N 18).

Kontrollerhebungen in den Browser-Protokollen und den E-Mail-Ordnern von Arbeitnehmern sind als Datenbearbeitung einzustufen. Aus dem Erkennbarkeitsgebot von Art. 4 Abs. 4 DSGVO folgt sodann, dass Arbeitnehmer mindestens in allgemeiner Form über solche Kontrollen vorgängig informiert werden müssen. Ist die private Internet- (und E-Mail-)Nutzung am Arbeitsplatz grundsätzlich verboten, steht es dem Arbeitgeber zu, die Einhaltung dieses Verbots zu kontrollieren. Bei nicht geregelter Internet-Benutzung sind nur Nutzungen ausgeschlossen, welche die Interessen des Arbeitgebers gefährden oder dessen Vermögensrechte oder die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers verletzen. Der Arbeitnehmer darf diesfalls auf Respektierung seiner Privatsphäre vertrauen. Kontrollen sind in dieser Konstellation nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung der erwähnten Pflichten durch den Arbeitnehmer bestehen oder ein notwendiger Zugriff auf geschäftliche Daten das Eindringen in die Datensätze des Arbeitnehmers erfordert (zum Ganzen: Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b OR N 18).

Bei der prozessualen Verwertung von in Verletzung der Kontrollrechte beschafften Beweismitteln ist eine Einzelfalloptik anhand einer Interessenabwägung im konkreten Fall massgeblich, wobei das Rechtsschutzinteresse des Beweisführers gegenüber der Schwere der Datenschutzverletzung abzuwägen ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b OR N 18).

Zu allgemeinen Kontrollerhebungen war die Beklagte nach dem Gesagten nicht berechtigt. Ob die prozessuale Verwertung der in Verletzung der Kontrollrechte erlangten E-Mails der Klägerinnen nach den genannten Grundsätzen (vgl. Art. 152 Abs. 2 ZPO) zulässig ist, hängt damit klar von der Schwere der von der Beklagten vermuteten Verfehlungen zusammen. In weiten Teilen kann diese Frage nicht unabhängig von der Frage nach dem Bestehen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Entlassung der

Klägerinnen beantwortet werden. Die behauptete Schwere der Verfehlungen (insb. der Vorwurf der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses, der versuchten Nötigung und des versuchten Betrugs) würde eine Verwertung rechtfertigen. Der prozessuale Antrag der Klägerinnen auf Nichtberücksichtigung ist daher abzuweisen.»

Im Urteil kam das Arbeitsgericht zum Schluss, die Prüfung der beklagischen Vorbringen würde zum Ergebnis führen, dass die Verhaltensweisen der Klägerinnen insgesamt keinen wichtigen Grund bieten würden, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden.

*(AN130010 vom 12. Juni 2014; vom Obergericht bestätigt am 22. Januar 2015; LA140024)*

## **25. ZPO 204; Ungenügende Vertretung vor der Schlichtungsbehörde**

Die Arbeitgeberin (Aktiengesellschaft, Klägerin) sandte an die Schlichtungsverhandlung eine Juristin, war selber aber nicht anwesend. Es stellte sich daher die Frage, ob sie sich auf diese Weise vertreten lassen durfte.

### **Aus dem Entscheid:**

«Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 70 erwogen, die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 Abs. 1 ZPO gelte auch für juristische Personen. Hintergrund der gesetzlichen Regelung sei die Überlegung, dass eine Schlichtungsverhandlung meist dann am aussichtsreichsten sei, wenn die Parteien persönlich erscheinen, da nur so „eine wirkliche Aussprache“ stattfinden könne. Auch wenn sich die Parteien begleiten lassen dürfen, sollen sie sich gemäss der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung an der Verhandlung doch primär „selber äussern“ (Botschaft, BBl 2006, S. 7331 f.). Von einer juristischen Person als Partei müsse verlangt werden, dass sie an der Schlichtungsverhandlung durch ein Organ oder zumindest durch eine mit einer (kaufmännischen) Handlungsvollmacht ausgestatteten und zur Prozessführung befugte Person, die überdies mit dem Streitgegenstand vertraut sei, erscheine. Damit falle die Vertretung der juristischen Person durch einen Rechtsanwalt als Form des persönlichen Erscheinens ausser Betracht (BGE 140 III 70 E. 4.3 m.w.H.).

Die Klägerin ist eine Schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Aarau. Sie hat eine Zweigniederlassung in Zürich, wo der Beklagte gewöhnlich arbeitete. An der Schlichtungsverhandlung liess sich die Klägerin durch eine Juristin vertreten. Da die Klägerin an der Schlichtungsverhandlung nicht persönlich erschienen ist, ist zu prüfen, ob ein Ausnahmetatbestand nach Art. 204 Abs. 3 ZPO und damit eine Ausnahme von der Anwesenheitspflicht gemäss Abs. 1 vorliegt. Die Klägerin beruft sich unter Hinweis auf Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf ihren ausserkantonalen Geschäftssitz. Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO erwähnt bloss den ausserkantonalen oder ausländischen „Wohnsitz“ als Dispensationsgrund, und lit. b nennt mit Krankheit und Alter ausdrücklich zwei wichtige Gründe, die auf juristische Personen als solche sinnvoller-

weise keine Anwendung finden können. Die Kommentatoren gehen aber einhellig davon aus, dass sich lit. a bei juristischen Personen auf den Geschäftssitz der Gesellschaft beziehe (Alvarez/Peter, in: Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 7 zu Art. 204 ZPO; Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, Bern 2009, S. 129; Infanger, in: Basler Kommentar, ZPO, a.a.O., N 2 zu Art. 204 ZPO; vgl. auch BGE 140 III 70 E. 4.3). In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde bisher noch nicht entschieden, ob die Ausnahme von der persönlichen Erscheinungspflicht gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auch dann gilt, wenn eine juristische Person eine Zweigniederlassung im Kanton hat. Soweit ersichtlich äussern sich Alvarez/Peter als einzige Autoren dazu. Bestehen neben der Hauptniederlassung Zweigniederlassungen, so erfolgt nach Alvarez/Peter die Befreiung von der Erscheinungspflicht nur dann, wenn keiner dieser Geschäftssitze in demjenigen Kanton liegt, in dem das Schlichtungsverfahren stattfindet. Dieser Auffassung ist zu folgen. Die Ausnahmen von der Erscheinungspflicht sind mit Blick auf den Zweck, eine wirkliche Aussprache zwischen den Parteien zu fördern und somit eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen, restriktiv auszulegen. Für die Pflicht der Klägerin zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 Abs. 1 ZPO spricht im Übrigen auch, dass der Beklagte, wohnhaft in Schaffhausen, seine Arbeit in den Büroräumlichkeiten der Zweigniederlassung der Klägerin an X.-Strasse in Zürich verrichtete, und die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich allein darauf gründet (Art. 34 Abs. 1 ZPO).

Der Einwand der Klägerin, das Verhalten des Beklagten sei rechtsmissbräuchlich, ist abzuweisen. Der Rechtsvertreter des Beklagten rügte bereits vier Tage nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung, dass diese mangelhaft durchgeführt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt war die Klagebewilligung bereits ausgestellt. Da die Klagebewilligung eine Prozessvoraussetzung ist, kann der Beklagte die Gültigkeit im erstinstanzlichen Verfahren bestreiten. Der Beklagte verhält sich nicht rechtsmissbräuchlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin an der Schlichtungsverhandlung nicht persönlich erschienen ist und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 204 Abs. 3 ZPO vorliegt. Die Klägerin war demzufolge an der Schlichtungsverhandlung säumig und es hätte keine Klagebewilligung ausgestellt werden dürfen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Die erteilte Klagebewilligung erweist sich als ungültig, womit es an einer Prozessvoraussetzung fehlt. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.»

(AF140004 vom 28. Mai 2015)

## **II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN**

### **In der Publikation 2013:**

#### **Zu Nr. 1.:**

Dieser Prozess ist immer noch am Obergericht hängig.

#### **Zu Nr. 2./4.:**

Dieser Fall wurde vom Obergericht am 23. Juli 2014 bestätigt; LA130044.

#### **Zu Nr. 6.:**

Dieser Fall wurde vom Obergericht am 4. Juni 2013 bestätigt; LA130019.

### III. **AKTUELLER STAND DER BONUSRECHTSPRECHUNG**

von lic. iur. Gian Geel, LL.M., Gerichtsschreiber Arbeitsgericht Zürich

#### 1. **Einleitung**

Das Thema Bonus ist ein «Dauerbrenner» in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung. Insbesondere die Qualifikation des Bonus als Gratifikation oder Lohnbestandteil führt regelmässig zu Streitigkeiten, welche der gerichtlichen Klärung bedürfen.

Angesichts der sich stetig weiterentwickelnden, reichhaltigen Praxis zu diesem Thema soll der nachfolgende Beitrag Profis wie Laien, die sich mit Bonusfragen konfrontiert sehen, einen Überblick über den Stand der bundesgerichtlichen und zürcherischen Rechtsprechung im Frühjahr 2015 verschaffen. Zusätzlich soll auf ausgewählte Entscheide zu einzelnen Aspekten der aktuellen Bonusrechtsprechung näher eingegangen werden.

Damit der Text auch für juristische Laien verständlich ist, wird soweit möglich auf Verweise verzichtet.

#### 2. **Bonusarten**

Der **Bonus** ist eine variable Sondervergütung, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zum festen Grundlohn hinzutritt. Rechtlich wird der Bonus anhand der Parteivereinbarungen und der Umstände entweder als **Lohnbestandteil** (Art. 322/322a OR) oder als **Gratifikation** (Art. 322d OR) qualifiziert.

Während der Arbeitnehmer auf den Lohnbestandteil einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch hat, liegt der Gratifikation eine gewisse Freiwilligkeit des Arbeitgebers zugrunde. Die Gratifikation wird weiter unterteilt in die vollständig freiwillige **echte Gratifikation**, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die **unechte Gratifikation**, auf deren Ausrichtung zwar ein Anspruch besteht, wobei aber ihre Höhe im freien Ermessen des Arbeitgebers liegt.

#### 3. **Abgrenzung Lohnbestandteil / Gratifikation**

Aufgrund ihrer weitreichenden Konsequenzen ist die Qualifikation des Bonus als Lohnbestandteil oder Gratifikation regelmässig der zentrale Konfliktherd bei Bonusstreitigkeiten. Massgebend sind dabei nicht (allenfalls falsche) Bezeichnungen im Vertrag oder Reglement, sondern die **effektiven Parteivereinbarungen** und die **konkreten Umstände**.

Die ausschlaggebenden Abgrenzungskriterien, nämlich Ermessen, Regelmässigkeit und Akzessorität, werden nachfolgend näher erläutert.

#### **a) Ermessen**

Gemäss Bundesgericht zeichnet sich die **Gratifikation** gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz (echte Gratifikation) oder zumindest teilweise (unechte Gratifikation) **freiwillig** ausgerichtet. Letzteres ist anzunehmen, wenn zwar ein Anspruch auf Ausrichtung des Bonus besteht, dem Arbeitgeber aber bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein **Ermessen** zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der **subjektiven Einschätzung** der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Für eine Gratifikation ist typisch, dass ihre Höhe von wechselnden Umständen wie Geschäftsergebnis oder Leistung des Arbeitnehmers abhängt und demnach von Jahr zu Jahr **variiert**. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 139 III 155, E. 3.1). Dasselbe gilt, wenn die Höhe des Bonus zwar nicht im Voraus **festgelegt** wurde, dieser jedoch anhand vereinbarter Geschäftsdaten (z.B. Umsatz) eindeutig **berechnet** werden kann (OGer ZH in LA110045 vom 2. August 2012, S. 7 ff.).

Wurde die Ausrichtung einer Gratifikation vertraglich vereinbart (unechte Gratifikation), hat der Arbeitgeber sie **nach billigem Ermessen** und sachlichen Gesichtspunkten festzusetzen. Bei der unechten Gratifikation darf der Arbeitgeber seine Pflicht zur Ausrichtung der Gratifikation nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt (BGE 136 III 313, E. 2.3).

#### **b) Regelmässigkeit**

Werden jährlich regelmässig Boni ausbezahlt, so gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass ein Bonus nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn er während **mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren vorbehaltlos** ausgerichtet wurde. Dies gilt selbst dann, wenn die Freiwilligkeit von Bonuszahlungen explizit im Arbeitsvertrag festgehalten wurde. Die Einigung kann allerdings auch nur den Grundsatz betroffen haben, dass eine Gratifikation auszurichten ist (unechte Gratifikation, BGE 129 III 276, E. 2. f.).

Will der Arbeitgeber dieser Rechtsfolge entgehen, so muss er regelmässig, wenn er den Bonus ausrichtet, auf dessen **Freiwilligkeit hinweisen**. Jedoch kann selbst dieser Freiwilligkeitsvorbehalt nicht in jedem Fall die Entstehung eines Anspruches ausschliessen. So kann die stete Wiederholung des Freiwilligkeitsvorbehaltes dazu führen, dass der Vorbehalt aus Sicht des Arbeitnehmers zur **leeren Floskel** wird, wenn der Arbeitgeber durch sein ganzes Verhalten zeigt, dass er sich zur Auszahlung eines Bonus verpflichtet fühlt. Bedingung für diese Annahme ist, dass der Arbeitgeber in dieser Zeit Grund gehabt hätte, den Bonus nicht auszurichten (z.B. bei ungenügendem

Geschäftsgang oder bei ungenügender Arbeitsleistung) und dies dennoch getan hat. Daneben setzt das Bundesgericht zur Qualifikation des Freiwilligkeitsvorbehalts als leere Floskel voraus, dass der Bonus während sehr langer Zeit ausgerichtet wurde, namentlich während Jahrzehnten (BGE 129 III 276, E. 2.3; vgl. auch BGer 4A\_325/2014 vom 8. Oktober 2014).

### c) **Akzessorietät**

Da der Arbeitsvertrag definitionsgemäss entgeltlich ist (Art. 319 Abs. 1 OR), genügt eine bloss freiwillige Entschädigung für die Arbeitsleistung in Form einer Gratifikation nicht. Gemäss Bundesgericht muss sich der Arbeitgeber zu einem Entgelt verpflichten haben und eine **Gratifikation als freiwilliges Akzessorium** (Nebensache, Zugabe) **zum Lohn** kann grundsätzlich immer nur eine zusätzliche Leistung darstellen, die neben dem Lohn ausgerichtet wird und gegenüber diesem **von untergeordneter Bedeutung** ist (BGE 129 III 276, E. 2.1; BGE 131 III 615, E. 5.2).

Bei welchem Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation die Akzessorietätsgrenze liegt, hängt von den **Umständen** des Einzelfalls ab und kann nicht an einer genauen Prozentzahl festgemacht werden. Bei einem hohen Einkommen kann der Gratifikationsanteil der Gesamtvergütung höher sein als bei einem niedrigen Einkommen, da bei letzterem ein relativ kleiner Einkommensunterschied eine viel grössere Bedeutung hat. Jedenfalls erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die **Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn**. In solchen Fällen erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum **Lohn im Rechtssinn**, worauf der Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch hat (BGE 129 III 276, E. 2.1; BGE 131 III 615, E. 5.2).

Das Obergericht Zürich setzte diese bundesgerichtliche Rechtsprechung so um, dass es Regelmässigkeit der im Vergleich zum geschuldeten Lohn höheren Gratifikation ab **dreimaliger Ausrichtung in Folge** annahm und von der **Gesamtvergütung** (fixe und variable Lohnbestandteile plus Gratifikation) jeweils mindestens **50 % als geschuldeten Lohn** qualifizierte (OGer ZH, LA120002 vom 1. November 2012, S. 16 ff.; siehe hinten Abschnitt 5.b).

Eine gewichtige Ausnahme vom Erfordernis der Akzessorietät besteht gemäss Bundesgericht bei **sehr hohen Löhnen**, wo die Grenze des Sozialschutzes überschritten wird und damit das **Akzessorietätserfordernis nicht mehr gilt**. In solchen Fällen ist die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragendes Abgrenzungskriterium und auch eine im Vergleich zum Lohn weitaus höhere Gratifikation wird nicht ganz oder teilweise zum Lohn im Rechtssinne. Wenn der eigentliche Lohn ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Bei derartigen Einkommensverhältnissen, die den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen, lässt sich ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien

nicht durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers legitimieren (BGE 139 III 155, E. 5.3).

Die zahlenmässige Grenze des Sozialschutzes, über der das Akzessorietätserfordernis nicht mehr gilt, kristallisiert sich momentan aus der Rechtsprechung heraus. Sie dürfte angesichts der bisherigen Rechtsprechung m.E. **zwischen Fr. 240'000.– und 340'000.–** brutto sofort verfügbarer Jahresvergütung (Fixlohn und andere Lohnbestandteile; z.B. anspruchsberechtigte Bonusteile) liegen. Dabei scheint die Praxis tendenziell auf die Jahresvergütung des letzten Jahres bzw. des umstrittenen Jahres abzustellen, wobei keine dezidierten Äusserungen zu diesem Thema vorliegen. M.E. ist daneben auch die Berücksichtigung anderer **Umstände** denkbar, die das Sozialschutzbedürfnis betreffen. Wenn z.B. ein Arbeitnehmer jahrelang einen geringen Fixlohn hatte, der im letzten Jahr massiv erhöht wurde, sodass er für sich allein betrachtet über der Grenze des Sozialschutzes liegen würde, drängt sich m.E. zur Bestimmung der Sozialschutzwürdigkeit die Verwendung des Durchschnittslohnes der letzten Jahre auf.

Konkrete Zahlenbeispiele der Rechtsprechung zur Grenze der Gültigkeit des Akzessorietätserfordernisses finden Sie hinten in Abschnitt 5.a).

### **4. Wichtige Rechtsfolgen der Qualifikation**

#### **a) Klagbarkeit**

Während die echte Gratifikation als vollkommen freiwillige Leistung nicht einklagbar ist, besteht auf **Lohn** und die **unechte Gratifikation** ein gerichtlich durchsetzbarer **Anspruch**.

Anzumerken ist, dass auch wenn auf die Ausrichtung der **unechten Gratifikation** ein klagbarer Anspruch besteht, ihre **Höhe im Ermessen** des Arbeitgebers liegt. Die Pflicht zur Ausrichtung der unechten Gratifikation darf immerhin nicht dadurch unterlaufen werden, dass der Arbeitgeber diese willkürlich tief festsetzt oder gar ganz entfallen lässt. In der Regel dürfte bei gleich bleibenden Umständen (z.B. Geschäftsgang, individuelle Leistung) eine Gratifikation in der durchschnittlichen Höhe der letzten Jahre geschuldet sein.

#### **b) Bedingungen**

Der Anspruch auf eine unechte Gratifikation kann vertraglich von Bedingungen wie dem Geschäftsergebnis, der Betriebstreue, dem bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnis abhängig gemacht werden. Beim **Lohnanspruch** hingegen ist dies umstritten. Gemäss Bundesgericht ist der Lohnanspruch zumindest in dem Sinne **bedingungsfeindlich**, als die Auszahlung eines Lohnbestandteils nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses zum massgeblichen Stichtag abhängig gemacht werden kann. Denn der Austausch von Arbeit gegen Lohn als essentielles Element des Arbeitsvertrags schliesse die Möglichkeit aus,

zu vereinbaren, dass der Lohn für schon geleistete Arbeit von solchen Bedingungen abhängig gemacht wird (BGer 4A\_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 5.1).

Insbesondere ist auch die häufig in Bonusreglementen anzutreffende Regelung, dass während einer gewissen Zeit gesperrte Aktien-Boni an die Gesellschaft zurückfallen, wenn das Arbeitsverhältnis während der Sperrfrist aufgelöst wird, nur bei einer Gratifikation zulässig.

Gemäss Art. 156 OR gilt eine Bedingung auch dann als erfüllt, wenn der Arbeitgeber wider Treu und Glauben den **Bedingungseintritt verhindert**, z.B. indem er nur zur Vereitelung des Anspruchs kurz vor dem Stichtag kündigt oder ein Geschäft nicht genehmigt (vgl. BGer 4A\_483/2014 vom 25. November 2014, E. 7.4).

Bei der **unechten Gratifikation** kann auch bei nicht bedingtem Anspruch auf Ausrichtung der Gratifikation ihre Höhe im Rahmen der zulässigen **Ermessensausübung** des Arbeitgebers durchaus von Kriterien wie den genannten Bedingungen beeinflusst werden. Bei der unechten Gratifikation hat das Bundesgericht die Kürzung um einen Drittel bei Fälligkeit der Gratifikation während des gekündeten Arbeitsverhältnisses nicht beanstandet und als durchaus üblich bezeichnet (BGer 4A\_356/2011 vom 9. November 2011, E. 11). Die Gratifikation ist in der Regel nicht nur eine Belohnung für geleistete Arbeit, sondern auch Motivation für zukünftigen Arbeitseinsatz. Das weitere Verbleiben im Betrieb stellt regelmässig ein sachliches Kriterium für die Ermessensausübung des Arbeitgebers dar (Zur Ausnahme: Siehe hinten in Abschnitt 5.e).

#### **c) Pro rata-Anspruch**

Wenn ein Arbeitnehmer vor Ablauf der Bonusperiode ausscheidet, stellt sich die Frage, ob der Bonus anteilmässig für die gearbeitete Zeit (pro rata temporis) geschuldet ist. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach bei Lohn die Bedingung des bestehenden bzw. ungekündigten Arbeitsverhältnisses unzulässig ist (siehe Abschnitt 4.b vorstehend), folgt bei Lohn ein zwingender Anspruch **pro rata** bei vorzeitigem Ausscheiden. Die Parteien können demzufolge auch nichts Gegenteiliges vereinbaren. Auf die Gratifikation hingegen hat der Arbeitnehmer nach Art. 322d Abs. 2 OR nur dann einen pro rata Anspruch, wenn die Parteien dies vereinbart haben.

#### **d) Lohnfortzahlung, Überstunden- und Ferienentschädigung**

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers (z.B. bei Krankheit) gemäss Art. 324a OR gilt, wie bereits der Gesetzestext indiziert, **nur für den Lohn**. Die Gratifikation hingegen kann für diese Zeit verweigert bzw. reduziert werden. Gleiches gilt bei Überstunden- und Ferienentschädigungen. Auch dort bildet nur der Lohn die Basis der Anspruchsrechnung.

## 5. **Kasuistik**

### a) **Grenze der Gültigkeit des Akzessorietätserfordernisses**

Mit BGE 139 III 155 vom 26. Februar 2013 führte das Bundesgericht die Grenze des Sozialschutzes bzw. die Ungültigkeit des Akzessorietätserfordernisses bei hohen Löhnen ein. Wenn der eigentliche Lohn ein Mass erreiche, welches die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleiste bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteige, könne die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Konkret ging es in diesem Fall um einen Jahreslohn von **Fr. 2'015'294.-**, bestehend aus **Fr. 207'550.- Fixgehalt** und **Fr. 1'807'744.- Cash-Anteil des Bonus** (der im angefochtenen Entscheid LA110045 des OGer Zürich vom 2. August 2012 aufgrund regelmässiger Auszahlung als Lohn im Rechtssinne qualifiziert worden war). Bei einem solchen Jahreslohn von über Fr. 2 Mio. als Entgelt für eine vollzeitige Arbeitsleistung könne der soziale Schutzgedanke für die Qualifikation zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers keine Bedeutung mehr haben (E. 5.4).

Im Entscheid 4A\_447/2012 vom 17. Mai 2013 zitierte das Bundesgericht die vorgenannte Rechtsprechung, wonach bei einem Lohn, der ein Vielfaches des Durchschnittslohns beträgt und weitaus für die angemessenen Lebenshaltungskosten ausreicht, ein zusätzlicher Betrag als Gratifikation zu qualifizieren sei, unabhängig davon, wie gross seine Bedeutung gegenüber dem Lohn sei. Der Entscheid stützt sich letztlich darauf, dass der Arbeitnehmer für die Jahre 2006 und 2007 zur Hauptsache hohe und bereits bei Stellenantritt zugesagte Zusatzvergütungen bezogen hatte und nicht darauf vertrauen durfte, dass ihm diese Vergütungselemente auch für die nachfolgenden Jahre ausgerichtet werden würden (E. 2.2 f.). In diesem Entscheid ging es zwar nicht um die Akzessorietät, aber man könnte die Aussagen des Bundesgerichtes dahingehend interpretieren, dass es **implizit** Löhne in der Grössenordnung des vorliegenden von **Fr. 334'000.-** (inklusive Repräsentationsspesen von Fr. 9'600.-) brutto pro Jahr als einen von der genannten Rechtsprechung erfassten Lohn angesehen hat, bei dem das Akzessorietätserfordernis keine Gültigkeit mehr hat.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in seinem Urteil NP120018 vom 17. September 2013 – wenn auch eher nebenbei – festgehalten, dass der zuletzt ausbezahlte Fixlohn von **Fr. 335'000.-** pro Jahr den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übertreffe und die Kosten einer angemessenen Lebenshaltung bei Weitem zu decken vermöge. Daher sei allein der Umstand, dass die ausgerichteten Boni ein Vielfaches des Fixlohns ausmachten kein Grund, einen exorbitanten Bonus in mehrfacher Millionenhöhe als Lohn zu qualifizieren (S. 13).

Die 1. Abteilung des Arbeitsgerichtes Zürich legte die Grenze des Sozialschutzes im Urteil AN130070 vom 28. Oktober 2014 deutlich tiefer. Bei einem Grundlohn von **Fr. 271'056.-** lasse sich ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien nicht durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers rechtfertigen, und auf das Verhältnis von Lohn und Gratifikation brauche nicht weiter Bezug genommen zu

werden. Liege dem Arbeitsverhältnis ohnehin die Vereinbarung einer substantiellen Lohnsumme zugrunde, erübrige sich mithin eine Korrektur der vertraglichen Leistungspflichten, da der Schutzgedanke der Bestimmungen des zwingenden Arbeitsrechts bereits verwirklicht sei. Weiter führte das Arbeitsgericht aus (S. 12 f., Hervorhebungen hinzugefügt):

«Als Referenz für den Durchschnittslohn ist es sinnvoll, auf den **Schweizerischen Medianlohn** für den privaten Sektor gemäss Schweizerischer Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik abzustellen. Dieser betrug im Jahr 2012 Fr. 6'118.– pro Monat, mithin Fr. 73'416.– pro Jahr [...]. Der der Klägerin als Lohn ausbezahlte Betrag entspricht damit **369 %** eines für Arbeitnehmer üblichen Verdienstes. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass eine auf angemessenen Lebenshaltungskosten basierende wirtschaftliche Existenz der Klägerin bereits mit dem für die Monate Januar bis Oktober 2012 ausbezahlten Fixlohn gewährleistet werden konnte.»

Mit derselben Begründung zum gleichen Ergebnis gelangte die 4. Abteilung des Arbeitsgerichtes Zürich im Entscheid AN130066 vom 19. Februar 2015. Aus den Erwägungen (S. 18, Hervorhebungen hinzugefügt):

«Der Lohn des Klägers betrug zuletzt **Fr. 241'200.–** pro Jahr, bzw. Fr. 20'100.– pro Monat. Zieht man als Ausgangsgrösse für den Durchschnittlohn den **Schweizerischen Medianlohn** im privaten Sektor für das Jahr 2012 heran [...] ist ersichtlich, dass dieser Fr. 6'118.– pro Monat, mithin Fr. 73'416.– pro Jahr, betrug. Die Hälfte der Schweizerischen Arbeitnehmer im privaten Sektor verdienten somit mehr als diesen Betrag, die andere Hälfte weniger. Der Kläger verdiente mehr als das Dreifache dieses Betrags, in Prozenten ausgedrückt **328 %** eines für Arbeitnehmer üblichen Verdienstes. In diesem Fall werden auch die angemessenen Lebenshaltungskosten des Klägers bei Weitem gedeckt und die wirtschaftliche Existenz ist bei Weitem gesichert. Entsprechend besteht im vorliegenden Fall kein Bedürfnis, korrigierend einzugreifen. Dem Kläger ist daher kein Bonus geschuldet.»

Die 3. Abteilung des Arbeitsgerichtes Zürich wiederum setzte in ihrem Urteil AN110046 vom 8. April 2015 (noch nicht rechtskräftig) die Grenze des Sozialschutzes deutlich höher an. Der Fixlohn des Arbeitnehmers war während der Anstellung sukzessive erhöht worden. Aus den Erwägungen (S. 23, Hervorhebungen hinzugefügt):

«Ausgehend von einem **Medianlohn** 2006 von Fr. 5'674.– und einem **Durchschnittslohn** 2006 von Fr. 6'617.– (Riemer-Kafka/Ueberschlag, Rz. 57 zu Art. 5 GlG in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann, GlG-Kommentar) bei einem Indexstand von 116.6 ergibt sich basierend auf dem Nominallohnindex (1993 = 100 Pt.)

- für das Jahr 2001 ein Medianlohn von Fr. 5'333.– und ein Durchschnittslohn von Fr. 6'220.– (Indexstand 2001 109.6)
- für das Jahr 2010 ein Medianlohn von Fr. 6'058.– und ein Durchschnittslohn von Fr. 7'065.– (Indexstand 124.5).

Der Fixlohn des Klägers betrug im Jahre 2001 mithin rund das dreifache bzw. rund das 2,5-fache, im Jahre 2010 rund das vierfache bzw. rund das 3,5-fache des Median- bzw. des Durchschnittslohnes. Nominal betrug der Fixlohn des Klägers 2001 Fr. 188'446.– und 2009 Fr. 302'100.–. Er kann damit **nicht** – im Sinne von BGE 131 III 615 – als derart hoch erachtet werden, dass die (teilweise) Qualifikation des Bonus als variabler Lohnbestandteil ausgeschlossen würde [...].»

### **b) Akzessorietät von Bonuszahlungen**

Da das Kriterium der Akzessorietät anhand der Umstände des Einzelfalls zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, rechtfertigt sich vorab eine kurze Übersicht über ausgewählte Entscheide aus der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts:

- BGE 129 III 276: Akzessorietät bejaht bei einer Gratifikation von bis zu 25 % des Jahresgehalts von über Fr. 100'000.–.
- BGer 4C.475/2004: Akzessorietät verneint bei Bonuszahlungen im Lauf des Arbeitsverhältnisses von rund 39 % (Lohn Fr. 165'000.–), 107 % (Lohn Fr. 167'500.–), 157 % (Lohn Fr. 197'000.–) und 155 % (Lohn Fr. 200'000.–) des Lohnes.
- BGer 4C.364/2004: Akzessorietät bejaht bei zweimaliger Bonuszahlung von rund 86 % bzw. 107 % des Grundlohns von Fr. 250'000.–. Wichtig scheinen hier die **Umstände** gewesen zu sein. Die Arbeitnehmerin hatte offenbar aufgrund einer zweijährigen Liebesbeziehung mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Arbeitgeberin zwei Jahre in Folge die genannten hohen Boni erhalten. Das Bundesgericht bestätigte im Ergebnis die Ansicht des Obergerichts Zürich, wonach trotz des hohen Verhältnisses zwischen Boni und Lohn erstere nicht aufgrund ihrer Höhe zum Lohn im Rechtssinn geworden seien. Denn die Arbeitnehmerin sei auch ohne Boni lohnmässig angemessen und branchenüblich entschädigt worden und es sei davon auszugehen, dass die Höhe der ausgerichteten Boni nicht in erster Linie auf der Beurteilung der Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin beruhen, sondern eher Ausfluss ihrer Beziehung mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Arbeitgeberin gewesen seien. Daher sei der Bonus bei Arbeitsende nicht geschuldet, da der vertragliche Freiwilligkeitsvorbehalt unter dem Vertrauens Gesichtspunkt nicht dahingefallen sei, weil der Bonus nicht während drei aufeinander folgenden Jahren vorbehaltlos ausgerichtet worden sei. Zudem sei für das erste der insgesamt vier Arbeitsjahre auch kein Bonus ausgerichtet worden.
- BGE 131 III 615: Akzessorietät bejaht bei einem Bonus von rund 16 % der gesamten entrichteten Geldleistungen, die im fraglichen Zeitabschnitt durchschnittlich höher waren als Fr. 415'000.– pro Jahr.
- BGer 4C.426/2005: Akzessorietät verneint bei einer Bonuszahlung von rund 248 % des Fixlohns von Fr. 112'400.–.

Im neueren Entscheid LA100002 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. September 2011 ging es um die Bestimmung des Lohnanteils eines festzusetzenden Bonus für das Krisenjahr 2008 bei einem Fixlohn des Klägers von Fr. 290'000.–. Die Grenze des Akzessorietätserfordernisses wurde erst später vom Bundesgericht eingeführt und

war daher nicht Thema dieses Entscheids. Aus den Erwägungen (S. 17, Hervorhebungen hinzugefügt):

«Als erster Anhaltspunkt für die Festsetzung des Bonus ist der **Durchschnittswert** der in den Jahren 2005-2007 (Fr. 800'000.-; Fr. 1'9545'504.-; Fr. 1'653'450.-) ausbezahlten Boni in der Höhe von Fr. 1'466'318.- heranzuziehen. Für das Jahr 2008 fällt dabei ins Gewicht, dass der Kläger in der Rohstoffbranche tätig war. Es ist notorisch, dass diese Branche weniger als andere Zweige der Beklagten von der weltweiten **Wirtschaftskrise** betroffen war. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die im Rohstoffhandel tätigen Mitarbeiter eine etwas geringere Einbusse bei den variablen Vergütungen hinnehmen mussten. Geht man deshalb ermessensweise von einer **40% tieferen** Vergütung für das Jahr 2008 aus, resultiert eine Richtgrösse von Fr. 879'790.-. Berücksichtigt man weiter, dass der die Lohnsumme im engeren Sinn um **mehr als 100% übersteigende Bonus** grundsätzlich der **flexible Lohnanteil** sein soll (vgl. LA040012, S. 17 f.), ergibt sich ermessensweise ein flexibler Lohnanteil von Fr. 294'895.- (Fr. 879'790.- + Fr. 290'000.- = 1'169'790.- : 2 = 584'895.- - Fr. 290'000.- = 294'895.-). Somit ist die vorinstanzliche Festsetzung der geschuldeten flexiblen Lohnsumme auf Fr. 290'000.- zu schützen.»

Im Urteil 4A\_721/2012 vom 16. Mai 2013 führte das Bundesgericht aus, dass eine den Fixlohn übersteigende Gratifikation nicht zwingend integral zum Lohnbestandteil werde. Die Qualifikation der gesamten Sondervergütungen als Lohnbestandteil erscheine insbesondere dann nicht als geboten, wenn der so berechnete Lohn die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich und den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteige. Deshalb sei in solchen Fällen nicht zu beanstanden, wenn nur **ein Teil der Sondervergütung als Lohnbestandteil** betrachtet werde (E. 3.1 f.). Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer einen Fixlohn von Fr. 280'000.- und in den Jahren 2005 bis 2007 Boni von rund **200%** (Fr. 560'000.-), **214%** (Fr. 600'000.-) und **196%** (Fr. 550'000.-) **des Fixlohns** erhalten. Das Bundesgericht hatte nicht zu entscheiden, ob die Grenze des Sozialschutzes bzw. der Gültigkeit des Akzessorietätserfordernisses überschritten war. Diese wurde erst nach dem obergerichtlichen Entscheid eingeführt. Es entschied, dass das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (LA120002 vom 1. November 2012), in dem die **Akzessorietät verneint** und dem Kläger noch ein Lohnbestandteil von Fr. 210'000.- zugesprochen wurde, nicht zu beanstanden sei.

Das Obergericht war – anders als in seinem vorstehend in diesem Abschnitt behandelten Entscheid ohne Berücksichtigung der Finanzkrise – im zu beurteilenden Fall für das Jahr 2008 von einem **Lohnbestandteil** von insgesamt mindestens Fr. 425'000.- (**Fixlohn + Durchschnittsbonus / 2**) ausgegangen. Es hatte die Auffassung des Beschwerdeführers verworfen, wonach der gesamte Bonus zum unantastbaren Lohnbestandteil werde, wenn die variable Vergütung gemessen am Fixlohn nicht akzessorisch sei. Der aus fixen und variablen Teilen zusammengesetzte Lohn müsse höher sein als die Gratifikation, da sonst deren akzessorischer Charakter nicht gewahrt sei. (E. 2.1 f.).

Im Urteil 4A\_216/2013 vom 29. Juli 2013 hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung (vgl. vorne Abschnitt 3.c) zum **Vorrang der Umstände** gegenüber einer festen Prozentzahl zur Beurteilung der Akzessorietät bestätigt. Aus den Erwägungen (E. 5.3, Hervorhebungen hinzugefügt):

«Mit dieser Rechtsprechung steht es im Einklang, wenn die Vorinstanz zur Begründung ihrer Auffassung, wonach es sich beim Bonus vorliegend um einen Lohnbestandteil und nicht um eine Gratifikation handelte, nebst anderen Elementen (so insbesondere dem Umstand, dass sich das jährliche Zielgehalt gemäss dem Honorarreglement „aus dem Grundgehalt und dem Bonus“ zusammensetzt) auf das ursprünglich vereinbarte Grundgehalt von **Fr. 100'000.-** Bezug nahm und feststellte, dieses habe objektiv betrachtet im mittleren Lohnbereich gelegen und sei gemessen an der Funktion, den Aufgaben und der Verantwortung des Beschwerdegegners vergleichsweise bescheiden gewesen. In der Tat ist ein **Bonus von 40 %** [des Grundgehalts] angesichts der Höhe des Grundgehalts **keine untergeordnete Sondervergütung**. Entgegen der Beschwerdeführerin vermögen daran auch die von der Vorinstanz festgestellten Erhöhungen des Grundgehalts des Beschwerdegegners nichts zu ändern, zumal auch der Bonus (auf 50%) angehoben wurde.»

### **c) Bonus der Muttergesellschaft**

Im Urteil 4A\_175/2014 des Bundesgerichts vom 8. Juli 2014 war der Beschwerdeführer ab 1997 für die Tochtergesellschaft einer in den USA registrierten und verwalteten Muttergesellschaft tätig. Gemäss **Arbeitsvertrag mit der Tochtergesellschaft** hatte er Anspruch auf einen Fixlohn und unter gewissen Bedingungen auch auf verschiedene Boni in Geldform. Gemäss Art. 9 des Arbeitsvertrags konnte der Beschwerdeführer («will be eligible to participate») im Rahmen und zu den Bedingungen eines von der Muttergesellschaft ausgearbeiteten Beteiligungsplans von der Verteilung von Aktienoptionen dieser Gesellschaft profitieren, die von deren Geschäftsleitung beschlossen oder zu beschliessen waren («as approved»). Im April 2009 unterzeichnete der Beschwerdeführer mehrere Dokumente im Zusammenhang mit dem **Beteiligungsplan**, wonach die geplanten **Leistungen von der Muttergesellschaft** erbracht würden.

Gemäss Bundesgericht sei es nach einer Lehrmeinung bei Gesellschaftsgruppen, in denen der Beteiligungsplan Aktien oder Optionen der Muttergesellschaft betrifft, üblich, dass die Erfüllung dieses Planes an eine andere juristische Person als die Arbeitgeberin übertragen werde und der Arbeitnehmer die laut den getroffenen Vereinbarungen geschuldeten Leistungen nicht von der arbeitgebenden Gesellschaft verlangen könne (E.3). Nach dem Vertrauensgrundsatz sei nicht zu erkennen, dass sich die Tochtergesellschaft durch den genannten Art. 9 des Arbeitsvertrags verpflichtet hätte, selbst Optionen auf die Aktien der Muttergesellschaft auszugeben oder diese nach Art. 111 OR zuzusichern. Es schein vielmehr, dass der Beschwerdeführer mit der Unterzeichnung der zur Sache gehörenden Dokumente des Beteiligungsplans akzeptiert habe, diesbezüglich eine Rechtsbeziehung zur Muttergesellschaft einzu-

gehen. Das Schweizer Recht gestatte, dass sich ein Arbeitnehmer in der Schweiz einen Teil seiner Entlohnung von einer Schweizer Gesellschaft und einen Teil von einer ausländischen Gesellschaft versprechen lasse (E. 4). In der vorliegenden Konstellation **fehle der eingeklagten Arbeitgeberin die Passivlegitimation** und der Arbeitnehmer habe die Muttergesellschaft, welche Schuldnerin des Bonus sei, einzuklagen.

#### **d) Änderung des Bonussystems**

Im Urteil 4A\_216/2013 vom 29. Juli 2013 hatte das Bundesgericht eine **einseitige Änderung** eines **Honorarreglementes** durch die Arbeitgeberin zu beurteilen. Das alte Honorarreglement habe in Ziff. 3 dem Verwaltungsrat die Befugnis eingeräumt, das Honorarreglement jährlich anzupassen. Dies habe man getan, wobei das neue Reglement (trotz Rubrik für Namen und Unterschrift) dem betroffenen Arbeitnehmer **nie zur Unterzeichnung vorgelegt** worden sei. Es habe (gemäss bestätigter Qualifikation der Vorinstanz) anstatt des bisherigen Bonus im Sinne eines variablen Lohnanteils nun neu eine freiwillige Gratifikation vorgesehen. Das Bundesgericht bestätigte die Beurteilung der Vorinstanz, wonach diese Änderung gegenüber dem Arbeitnehmer **nicht wirksam** geworden sei und sein Bonus daher anhand des alten Honorarreglementes zu berechnen sei. Zunächst sei die erwähnte Änderung durch das bisherige Honorarreglement nicht gedeckt gewesen (E. 6.1., Hervorhebungen hinzugefügt):

«Die Vorinstanz stellte vielmehr überzeugend fest, dass mit der vom Verwaltungsrat beschlossenen „Einkommensgestaltung“ und dem entsprechenden neuen Honorarreglement eine **grundlegende Abkehr** vom bisherigen Entlohnungs- und insbesondere **Bonussystem** verbunden gewesen sei, da der Bonus neu primär vom Gesamt-Jahresergebnis abhängig und – als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR – freiwillig habe sein sollen. [...]

Eine derart bedeutende Änderung war vom Anpassungsvorbehalt in Ziffer 3 des **Honorarreglementes** (welche die Überschrift „Inkrafttreten/Bemerkungen“ trägt) **nicht gedeckt**: Nach dem vorinstanzlich in tatsächlicher Hinsicht festgestellten übereinstimmenden Parteiwillen sollte sich dieser nur auf Modifikationen innerhalb des grundsätzlich vereinbarten Entlohnungssystems und damit in erster Linie auf das System zur Beurteilung der individuellen Leistungen beziehen. Die beschlossene Neuerung ändert das Entlohnungssystem dagegen wie gesehen grundlegend, und die Beschwerdeführerin hatte dafür folglich die Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer einzuholen [...].

Für eine grundsätzliche Änderung dieser Vergütungsregelung **benötigte sie die Zustimmung des Arbeitnehmers**, unabhängig davon, ob dieser nach den neuen Regeln allenfalls in einem bestimmten Jahr insgesamt gleich viel oder gar mehr verdienen würde als vorher [...].»

Auch eine stillschweigende bzw. konkludente Annahme der neuen Bonusregelung verneinte das Bundesgericht im genannten Entscheid (E. 6.3., Hervorhebungen hinzugefügt):

«Gemäss Art. 6 OR gilt Stillschweigen als Zustimmung zu einem Antrag, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Die besondere Natur des Geschäftes wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist [...].

Dasselbe gilt im hier vorliegenden Fall einer **Änderung** der bisherigen Bonusregelung, die sich **zu Ungunsten** des Arbeitnehmers auswirken kann (vgl. Erwägung 6.1). Demnach darf insoweit nur von einer **stillschweigenden Zustimmung** des Arbeitnehmers ausgegangen werden, wenn **besondere Umstände** vorliegen, unter denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären [...].

Die Vorinstanz [...] zog entgegen der Behauptung in der Beschwerde durchaus in Betracht, dass die Beschwerdeführerin die Mitarbeiter – und auch den Beschwerdegegner – mehrmals über die neue Bonusregelung informiert hatte. Indessen erwog sie, der Beschwerdegegner habe aus einer Kommunikation betreffend die neue Einkommensgestaltung vom 3. April 2009 sowie aus dem Hinweis auf die neue „Honorierungspolicy“ in einem ihm kurz darauf zugestellten Brief vom 16. April 2009 betreffend eine Konto-Bonusauszahlung nicht darauf schliessen müssen, die neue Regelung sei auf ihn unmittelbar anwendbar; denn er habe ja mit der Beschwerdeführerin vertraglich eine andere Regelung getroffen und daher davon ausgehen dürfen, es habe noch eine entsprechende Änderung des Arbeitsvertrags zu erfolgen.

Folgerichtig prüfte die Vorinstanz, ob der Beschwerdegegner die neue Regelung allenfalls dadurch akzeptiert haben könnte, dass er gegen den für das Jahr 2009 ausgerichteten Bonus (vorerst) keine Einwendungen erhoben hat. Auch dies verneinte die Vorinstanz jedoch [...].

Eine **konkludente Annahme** [...] könnte erst bei **erneutem Schweigen** auf eine wiederholte Bemessung des Bonus nach der neuen Regelung angenommen werden. Dazu sei es jedoch nicht gekommen [...].

Ohnehin wäre **fraglich**, ob eine **individuelle Mitteilung** an den Arbeitnehmer, der Bonus werde ihm gegenüber in Zukunft nach neuen, vom schriftlichen Arbeitsvertrag erheblich abweichenden Regeln bestimmt, einen genügenden Umstand darstellt, um die entsprechende Mitteilung als Antrag auf Vertragsänderung und das anschliessende blosses Schweigen des Arbeitnehmers als Zustimmung auszulegen. [...]

Wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, vermögen auch die vom Beschwerdegegner seit 2006 konkludent akzeptierten **Erhöhungen seines Grundgehaltes** nichts an diesem Resultat zu ändern, zumal diese mit wiederholten Beförderungen einhergingen respektive (im Fall der letzten Erhöhung per 1. Januar 2009) mit der ausserordentlichen Leistung des Beschwerdegegners begründet wurden."

Anders entschied das Arbeitsgericht Zürich im Urteil AN120039 vom 3. Juni 2014 (bestätigt vom Obergericht Zürich in LA140021 vom 27. Januar 2015). Der Arbeitgeber habe in diesem Fall ein **neues Bonussystem** eingeführt und dies auch **kundgetan**. Der Arbeitgeber habe die Betroffenen durch ein Schreiben auf das neue Bonussystem und per E-Mail auf drei Informationsanlässe dazu hingewiesen. Der Einwand

des Arbeitnehmers, nichts davon gewusst zu haben, sei angesichts seiner Stellung als Senior Manager völlig unwahrscheinlich. Er hätte spätestens auf die Bonusmitteilung reagieren müssen, wenn er mit den darin erwähnten Änderungen nicht einverstanden gewesen wäre. Der Arbeitnehmer habe den **Bonus** jedoch einfach **entgegengenommen** und damit die **Änderung stillschweigend akzeptiert**, weshalb das neue Bonusreglement anwendbar sei. Dieser Entscheid wurde bereits vorne unter Abschnitt I. 7. ausführlich behandelt. Das Obergericht führte dazu aus (LA140021 S. 12 f., Hervorhebungen hinzugefügt):

«Ist der Tatbestand von Art. 6 OR erfüllt, gilt auch im Arbeitsvertragsrecht das Stillschweigen auf eine Offerte als Zustimmung, selbst wenn eine grundsätzliche Änderung in Frage steht. Die besondere Natur des Geschäfts wird zwar nur angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger ausschliesslich vorteilhaft ist, was auf Lohn- oder Bonuskürzungen nicht zutrifft. Doch können andere besondere Umstände gegeben sein, unter denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären. Solche Umstände sind nach der Rechtsprechung gegeben, wenn für den Arbeitnehmer **erkennbar** ist, dass der **Arbeitgeber** von einem (stillschweigenden) **Einverständnis ausgeht** und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde. Trifft dies zu, hat der Arbeitnehmer seine Ablehnung gegen die vorgeschlagene Änderung der bisherigen Bonusregelung innert angemessener Frist zum Ausdruck zu bringen (BGer 4A\_223/2010 E. 2.1.2; 4A\_443/2010 E. 10.1.4; 4A\_216/2013 E. 6.3). [...] Schuldhafte Nicht-zur-Kennntnis-Nehmen einer Offerte seitens des Oblaten hindert die Vertragsentstehung nicht [...]»

Das Obergericht bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, wonach die vorliegenden anderen Umstände als im vorgenannten Fall **BGer 4A\_216/2013** zu einer **anderen Beurteilung** führen müssten. Denn in diesem hätte im Unterschied zum vorliegenden Fall der Arbeitgeber eine ausdrückliche Annahme erwartet (Rubrik zur Unterschrift im neuen Honorarreglement), weshalb Art. 6 OR nicht zur Anwendung komme. Zudem sei in jenem Fall keine individuelle sondern bloss eine generelle Mitteilung an alle bonusberechtigten Mitarbeiter erfolgt, der neu zugesprochene Bonus sei im Rahmen der bisherigen Regelung gewesen und ein variabler Lohnbestandteil (im Gegensatz zur unechten Gratifikation im vorliegenden Fall) sei durch eine grundsätzlich freiwillige Gratifikation abgelöst worden (LA140021 S. 15 f.).

#### **e) Vertragsauslegung**

Im Bundesgerichtsurteil 4A\_149/2014 vom 18. August 2014 ging es um die Auslegung des Arbeitsvertrags. Darin war vereinbart worden, der Arbeitnehmer sei **berechtigt**, an einem **allfälligen** „Management Staff **Bonus Scheme**“ teilzunehmen, in einem gekündigten Arbeitsverhältnis bestehe keinerlei Anspruch und Details zum entsprechenden Bonusreglement erhalte er in der Beilage. Auf der letzten Seite des Vertrages befand sich ein „Beispiel einer Berechnung der Gesamtbezüge“. Aufgrund beispielloser Verluste im Rahmen der Finanzkrise teilte die britische Muttergesellschaft der Arbeit-

geberin dem Arbeitnehmer mit, dass sie eine grundlegende Veränderung bei der Leistungsvergütung einführe. Für das Jahr 2008 sollte kein freiwilliger Bonus in bar ausbezahlt werden, sondern die Arbeitnehmer sollten einen „Deferred Award“ gemäss dem „Deferral Plan“ erhalten. Der Beschwerdeführer machte geltend, der Arbeitsvertrag allein lese sich so, dass der Bonus bei Zielerreichung vorbehaltlos geschuldet sei. Er habe **kein Bonusreglement erhalten** und auch nicht damit rechnen müssen.

Das Bundesgericht hingegen entschied, die Auslegung der Vorinstanz, wonach sich aus dem Wortlaut der Vertragsklausel sowie der Systematik des Vertrages nach dem **Vertrauensprinzip keine vorbehaltlose Zusicherung des Bonus** bzw. kein vertraglicher Anspruch auf eine Gratifikation ergebe, sei nicht zu beanstanden. Daran ändere auch die **Modellberechnung** für den Zielbonus auf der letzten Seite nichts. Insbesondere führte es aus (E. 3.3.1., Hervorhebungen hinzugefügt):

«Gemäss der Klausel im Arbeitsvertrag unter der Marginale „Bonus“ ist der Beschwerdeführer zur Teilnahme an einem **allfälligen** Bonusprogramm für Führungskräfte („Management Staff Bonus Scheme“) berechtigt. Daraus ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer das Recht auf Teilnahme an einem Bonusplan nur eingeräumt wird, wenn ein Bonusprogramm überhaupt zustande kommt. Ob ein solches zustande gekommen ist, geht aus dem Vertrag nicht hervor. Vielmehr enthält die Klausel den Hinweis, dass der Beschwerdeführer „die **Details** zum entsprechenden Bonusreglement“ in der **Beilage** erhält; m.a.W. werden die Details bzw. die Einzelheiten des Bonus (und damit auch dessen Ausrichtung) in der Beilage geregelt. Schliesslich verweist die Klausel bezüglich der Bonusberechnung bzw. der Zusammenfassung der Gesamtvergütung auf **die letzte Seite des Vertrages**, welche sich auf Seite 4 befindet und auf welcher ein „**Beispiel** einer Berechnung der Gesamtbezüge“ bei 100 %-iger Zielerreichung aufgeführt wird.

Aus der Klausel im Arbeitsvertrag ergibt sich demnach, dass zwischen dem Berechnungsbeispiel auf Seite 4 bzw. der letzten Seite des Vertrages und dem Bonusreglement, welches der Beschwerdeführer in der Beilage hätte erhalten sollen, unterschieden wird. Die Unterscheidung geht bereits aus dem Wortlaut der Klausel klar hervor, womit es – wie die Vorinstanz festgestellt hat – unerheblich ist, ob das Bonusreglement im Vertrag im Anschluss an die Unterschriften der Parteien nochmals explizit aufgeführt worden ist, oder ob nur pauschal „Beilagen“ erwähnt wurde. [...] Hinzu kommt, dass es sich bei der auf Seite 4 aufgeführten Berechnung des Bonus nur um ein „Beispiel“ handelt, sollte die Teilnahme an einem allfälligen Bonusprogramm zustande kommen.“

Da keine vorbehaltlose Zusicherung aus dem Vertrag hergeleitet werden könne, habe die Vorinstanz auch davon ausgehen dürfen, dass die Frage, ob der Kläger den „Management Staff Bonus Plan“ (das Bonusreglement) erhalten habe, offen bleiben könne, da dieser bezüglich des Freiwilligkeitsvorbehaltes wieder auf den Arbeitsvertrag verweise. Im Übrigen sei nur schwer nachvollziehbar, wieso der Beschwerdeführer das im Zusammenhang mit dem Bonus erwähnte Reglement nicht nachgefordert habe, wenn er es denn nicht erhalten haben sollte (E. 3.3 f.).

**f) Teambonus**

Das Obergericht Zürich hatte im Entscheid LA140001 vom 7. Oktober 2014 den Fall zu beurteilen, in dem ein Team von Mitarbeitenden einen Bonus im Sinne eines festen Prozentsatzes der von ihm erwirtschafteten Erträge erhielt, der ursprünglich gleichmässig auf alle Teammitglieder aufzuteilen war. Später vereinbarten die Parteien einen Zusatz zum Arbeitsvertrag. Das Wort gleichmässig wurde gestrichen („will be split ~~equally~~ between the team members“). Trotzdem hatte sich in der Folge am System der Aufteilung nach Köpfen nichts geändert. Einzig einem entlassenen Mitarbeiter („C.“) war einmal ein geringerer Anteil ausgerichtet worden. Aus den Erwägungen (S. 14 ff., Hervorhebungen hinzugefügt):

«Wenn sie [die Beklagte] schliesslich mit der Berufung vorträgt, der Bonus von Fr. 25'000.– habe trotz gekündigtem Arbeitsverhältnis dem einwandfreien, loyalen und transparenten Verhalten C.'s Rechnung getragen [...], anerkennt sie gleichsam, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der Bemessung keine Rolle spielte und die variable Vergütung insofern **kein „Anspornanteil“** enthielt.

[...]

Es trifft zu, dass eine **unechte Gratifikation nach billigem Ermessen** festzusetzen ist und eine Kürzung aufgrund gekündigter Stellung des Arbeitnehmers auch ohne vertraglichen Vorbehalt zulässig ist [...]. Es ist auch richtig, dass die Aufteilung der variablen Entlohnung des Teams von einem jährlich zu treffenden Entscheid der Beklagten abhängig gemacht wurde, was die Vorinstanz veranlasste, von einem Bonus mit Gratifikationscharakter bzw. von einer unechten Gratifikation zu sprechen [...].

Es darf aber nicht übergangen werden, dass die **variable Vergütung der Teammitglieder** zunächst einmal eine Gewinnbeteiligung darstellt, die direkt von einem messbaren Erfolg abhängt und sich auf 7.5% der erwirtschafteten Erträge bzw. auf 20% der erwirtschafteten Performance Fees beläuft [...]. Dies ist auch der Vorinstanz nicht entgangen, qualifizierte sie die Zusatzvergütung für das gesamte Team doch als **variablen Lohnbestandteil** [...]. Primär stellt die variable Vergütung daher ein ermessensfeindliches zusätzliches Entgelt (des gesamten Teams) in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) dar.

Erst in zweiter Linie ist der (gemeinsam erarbeitete) Teambonus gemäss Vorschlag des Teamleaders auf die einzelnen **Mitarbeiter aufzuteilen**. Die ermessensweise Aufteilung auf die einzelnen Mitarbeiter ändert aber nichts daran, dass die Zusatzvergütung die (nunmehr **individuelle**) **Leistung** der Arbeitnehmer abgeltend soll.

Demzufolge kann der **Fortbestand des Arbeitsverhältnisses kein taugliches Kriterium** für die Aufteilung des Teambonus auf die einzelnen Mitglieder des Teams sein. Dass der Entscheid der Beklagten aufgrund der Empfehlung des Teamleaders getroffen wird, deutet ebenfalls darauf hin, dass die Leistung des Arbeitnehmers und nicht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in den Entscheid einfließen soll. [...]

Die Qualifikation der Teamvergütung als variabler Lohnbestandteil führt direkt dazu, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei der ermessensweisen Festsetzung der einzelnen Anteile der Arbeitnehmer keine Rolle spielen darf. Dem Arbeitnehmer dür-

fen ohne Vereinbarung Leistungs- oder Erfolgsboni nicht entzogen werden, die in keinem Zusammenhang mit der Betriebstreue und der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses stehen. Hat der Bonus nach den dem Arbeitnehmer bekannten Bemessungsgrundlagen der Arbeitgeberin **nur eine Abgeltungsfunktion**, so ist eine **Kürzung infolge gekündigten Arbeitsverhältnisses nicht statthaft** [...]. Die Bezeichnung als „Gratification“ in den Lohnabrechnungen [...] ändert daran nichts.

[...]

Kleinere Abweichungen bei (naturgemäss nicht genau gleicher) Arbeitsleistung und (nicht identischem) Einsatz wurden offenbar vernachlässigt. Damit räumt die Beklagte aber ein, dass auch unter dem Regime der Zusatzvereinbarung die **Aufteilung nach Köpfen** Ausgangspunkt der Bemessung blieb und davon nur im Falle erheblicher Unterschiede abzuweichen war. Nach Treu und Glauben durfte der Kläger daher davon ausgehen, er erhalte im Normalfall im Jahre 2011 einen nach dem bisherigen Modus berechneten Bonus. [...] Es lag daher an der Beklagten zu behaupten und nachzuweisen, dass ein sachlicher Grund zur Abweichung von der gleichmässigen Aufteilung bzw. zur Kürzung einer nach Köpfen bemessenen variablen Vergütung bestand [...]»

Da die Beklagte keine sachlichen Gründe zur Abweichung vom Bemessungssystem nach Köpfen zu substantiieren bzw. nachzuweisen vermochte, entschied das Obergericht, dass der Teambonus wie bisher nach Köpfen aufzuteilen war.

## **6. Fazit**

Auch wenn das Thema Bonus in der Rechtsprechung der letzten Jahre häufig vertreten war, bleibt durchaus Raum für weitere Entwicklungen. Insbesondere das Thema der Grenze des Akzessorietäterfordernisses bzw. des Sozialschutzes ist topaktuell und die Praxis wird sich diesbezüglich weiter einpendeln. Angesichts des hohen Bedürfnisses der Wirtschaft nach variablen Lohnmodellen wird wohl auch in Zukunft regelmässig über Boni prozessiert werden.

**IV. STATISTISCHER ÜBERBLICK**

Seit dem 1. Januar 2011 sind auch arbeitsrechtliche Verfahren zuerst mit einem Schlichtungsgesuch von den Friedensrichterämtern (im Bezirk bzw. der Stadt Zürich deren sechs) zu behandeln. Gemäss deren Jahresbericht 2014 ist für arbeitsrechtliche Verfahren von folgenden Zahlen auszugehen:

**Schlichtungsverfahren:**

	<b>2013</b>	<b>2014</b>
Anzahl Schlichtungsgesuche	942	904
Erledigung durch Verfügung	492	503
Erledigung durch Urteil	24	8
Akzeptierte Urteilsvorschläge	46	31
Abgelehnte Urteilsvorschläge	6	9
Klagebewilligungen	374	353

**Verfahren vor Arbeitsgericht:****Anzahl Klagen und Erledigungen**

	<b>2013</b>	<b>2014</b>
Übertrag Vorjahr	185	175
Klageeingänge von Arbeitnehmern	295	257
Klageeingänge von Arbeitgebern	18	9
Total	498	441
Erledigungen im laufenden Jahr	323	264
Pendenzen Ende Jahr	175	177

**Erledigungsarten**

	<b>2013</b>	<b>2014</b>
durch Urteil	97	70
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	179	162
anderweitig	47	32

**Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung**

	2013	2013
Verhandlungen	291	220
Beweisverfahren	28	19
Entscheidbegründung	35	19

**Streitwerthöhe**

	2013	2014
bis Fr. 8'000.–	68	36
von Fr. 8'000.– bis Fr. 12'000.–	40	29
von Fr. 12'000.– bis Fr. 30'000.–	132	119
von Fr. 30'000.– bis Fr. 100'000.–	45	35
von Fr. 100'000.– bis Fr. 500'000.–	23	33
über Fr. 500'000.–	9	5

**Prozessdauer der erledigten Fälle**

	2013	2014
bis 1 Monat	47	16
1 bis 2 Monate	55	41
2 bis 3 Monate	45	38
3 bis 6 Monate	76	62
6 bis 12 Monate	58	62
1 bis 2 Jahre	25	33
über 2 Jahre	17	12