

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2015



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2015

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 321c, ArG 13; Überstunden und Überzeit	5
2.	OR 321e; Sorgfaltspflichten bei Bankgeschäften	6
3.	OR 322; Lohn bei vorzeitigem Stellenantritt	8
4.	OR 324; Ausstehende Arbeitsbewilligung	9
5.	OR 324; Zugesichertes Mindestarbeitspensum?	10
6.	OR 324a; Nachweis der Arbeitsverhinderung	11
7.	OR 327a; Spesen oder Lohn?	12
8.	OR 328; Diskriminierende Nichtanstellung?	13
9.	OR 329a und d; Krankheit und Ferienfähigkeit	15
10.	OR 330a; Zeugnisanspruch	16
11.	OR 335, OR 336c; Kündigung, Krankheit, Freistellung	17
12.	OR 335, 327a; Weiterbildungskosten	19
13.	OR 335c; Falsche Kündigungsfrist	21
14.	OR 336; Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit?	22
15.	OR 336; Anforderungen an eine missbräuchliche Art der Entlassung	23
16.	OR 337; Fristlose Entlassung oder Freistellung?	26
17.	OR 340 f.; Konkurrenzverbot	27
18.	OR 341; Gültigkeit einer Aufhebungsvereinbarung	31
19.	ArG; Handlungsvollmachten einer Arbeitnehmervertretung	32
20.	L-GAV 21; Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeit	34
21.	ZPO 53; Schutzmassnahmen kontra rechtliches Gehör	35
22.	ZPO 59; Mangelndes Rechtsschutzinteresse	38
23.	ZPO 117; Unentgeltliche Rechtspflege: Aussichtslosigkeit	39
24.	ZPO 147; Verschiebungsgesuch und Säumnisfolgen	40
25.	ZPO 234; Säumnisfolgen und Mitwirkungspflichten	42

II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden 44

III. Statistischer Überblick 45

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Wir freuen uns, Ihnen auch dieses Jahr wieder eine Auswahl unserer zahlreichen Entscheide aus dem Jahr 2015 vorlegen zu dürfen.

Sie werden feststellen, dass die Broschüre dünner ausgefallen ist als in den Vorjahren. Ursache dafür ist, dass die letzte bedeutendere Gesetzesrevision knapp dreissig Jahre zurück liegt (missbräuchliche Kündigung). Auch die Rechtsprechung zu Bonusfragen darf mittlerweile als weitgehend gefestigt erachtet werden. Entsprechend schwierig ist es, Ihnen Entscheide oder Auszüge aus Entscheidungen des Arbeitsgerichtes zu unterbreiten, die fundamental neue Erkenntnisse enthalten und auf Ihr Interesse stossen dürften. Aus demselben Grund, mangels aktuellem Thema von allgemeinem Interesse, entfällt für das Berichtsjahr der bisher übliche Textbeitrag. Wir werden uns aber bemühen, Ihnen unsere nächste Publikation wieder in gewohntem Umfang unterbreiten zu können.

Wie bisher finden Sie im Anhang den üblichen statistischen Überblick. Die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten (vor den Friedensrichterämtern) hat im Vergleich zum Vorjahr deutlich zugenommen (von 904 auf 1027). Dies wirkte sich auch auf die Zahl der ausgestellten Klagebewilligungen aus (von 353 auf 404). Die Erledigungsquote der Friedensrichterämter lag 2015 bei 59,7 %. Auch am Arbeitsgericht erhöhten sich die Klageeingänge deutlich (von 266 auf 346).

Die Erhöhung der Klageeingänge am Arbeitsgericht, entsprechend wohl auch jene bei den Friedensrichterämtern, ist ausnahmslos auf Datenschutzprozesse zurückzuführen, die sich aus den Kooperationsabkommen der schweizerischen Finanzinstitute mit dem US-Department of Justice zur Beilegung der Steuerstreitigkeit zwischen der Schweiz und den USA ergeben haben. In den ersten dieser Prozesse war zunächst über verfahrensrechtliche Fragen zu befinden, die erst kürzlich durch das Bundesgericht abschliessend geklärt wurden. Neu hat das Arbeitsgericht seit letztem Jahr auch Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren zu entscheiden, die leider selten in einer Form gestellt werden, welche einen sofortigen Entscheid zulässt.

Abschliessend weisen wir Sie auf unsere Internetseite 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 Rechtsauskunftsstelle bei den neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im April 2016

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

I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

1. OR 321c, ArG 13; Überstunden und Überzeit

Der Kläger verlangte nach seinem Austritt unter anderem die Auszahlung geleisteter Überstunden usw. Die Beklagte erschien unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung.

Aus den Erwägungen:

«Mit dem Arbeitsvertrag haben die Parteien eine Kompensation oder Auszahlung von Überstunden und Überzeit wegbedungen. Das erweist sich im Überstundenbereich als zulässig (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Regelung kann nicht alleine deshalb als treuwidrig bzw. widerrechtlich bezeichnet werden, weil der Kläger ein die vorgesehene 42-Stundenwoche überschreitendes Arbeitspensum zu leisten hatte.

Im Überzeitbereich sieht dagegen Art. 13 ArG zwingend einen Lohnzuschlag von 25% vor, wobei für den Kläger gemäss Art. 9 ArG eine Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche gilt.

Bis zum Ferienbezug dauerte das Anstellungsverhältnis des Klägers insgesamt 231 Tage. Ausgehend von einer Fünf-Tageweche standen dem Kläger für diese Zeit 66 Ruhetage zu ($231 : 7 \times 2$). Bezogen hat er gemäss seinem Einsatzplan in diesem Zeitraum 52 Ruhetage. Davon abzuziehen sind der Pfingstmontag, 9. Juni 2014, und der 1. August 2014, die richtigerweise als Feiertage und nicht als Ruhetage zu verbuchen sind. Der Kläger hat mithin 16 Ruhetage zu wenig bezogen.

Der Kläger macht geltend, er habe in der Regel von 08.00 bis 22.00 Uhr gearbeitet, mithin 14 Stunden. Die Beklagte hat nichts Gegenteiliges in den Prozess eingeführt. Damit ist aber davon auszugehen, dass der Kläger innert fünf Wochenarbeitsdagen selbst unter Berücksichtigung von grosszügig bemessenen Arbeitspausen das gemäss ArG vorgesehene Höchstarbeitspensum von 50 Stunden pro Woche erreicht hat. Dies führt wiederum dazu, dass die an den nicht bezogenen Ruhetagen zusätzlich geleistete Arbeitszeit das Höchstarbeitspensum überschreitet und nach Art. 13 ArG entschädigungspflichtig ist. Davon ausgehend, dass der Kläger an diesen Ruhetagen nur das vertraglich vorgesehene Tagespensum von 8,4 Stunden geleistet hat, ergeben sich demnach 134,4 Stunden Überzeit.

Weiter fordert der Kläger eine Entschädigung für vier nicht bezogene Feiertage.

Der Kläger trat seine Stelle (erst) am 2. Mai 2014 an. Die Weihnachtsfeiertage (25. und 26. Dezember 2014) sind bei der Ermittlung des Restferienguthabens nicht als Ferienbezug belastet, sondern als Feiertage berücksichtigt worden. Eine zusätzliche Entschädigung für diese beiden Feiertage fällt ausser Betracht. Ein Nachbezugsanspruch für Feiertage, die auf ordentliche Ruhetage fallen, besteht – vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung in einem Einzelarbeitsvertrag oder in einem GAV – nicht; somit entfällt auch für den 8. Juni 2014 (Pfingstsonntag) eine zusätzliche

Entschädigung an den Kläger. Der Pfingstmontag, 9. Juni 2014, und der 1. August 2014 sind sodann nicht mehr als Ruhetage verbucht worden, sondern als Feiertage, an welchen der Kläger nicht gearbeitet hat. Auch für diese Feiertage ist keine weitere Entschädigung geschuldet.

Von den im Kanton Zürich den Sonntagen gleichgestellten Feiertagen verbleibt damit Auffahrt, 29. Mai 2014, an welchem Tag der Kläger gearbeitet hat. Mit der Feiertagsarbeit an Auffahrt hat der Kläger die für jene Woche geltende (reduzierte) Höchst Arbeitszeit (40 Stunden, entsprechend vier Werktagen) zusätzlich überschritten. Die vom Kläger für diesen Feiertag geforderte zusätzliche Entschädigung von einem Normalarbeitstag à 8,4 Stunden, d.h. Fr. 298.85 brutto, ist damit ausgewiesen.»

(AH150073 vom 15. Juli 2015; vom Obergericht am 18. September 2015 bestätigt; LA150032; das Bundesgericht ist auf die Beschwerde am 9. Dezember 2015 nicht eingetreten; 4D_71/2015)

2. OR 321e; Sorgfaltspflichten bei Bankgeschäften

Die Bank stellte den Ansprüchen des Klägers verrechnungsweise u.a. eine Schadenersatzforderung gegenüber, die im Zusammenhang mit einer Neugründung einer schweizer AG entstanden war, da der Kläger eine Kapitaleinzahlungsbestätigung ausgestellt habe, obwohl weder ein Kapitaleinzahlungskonto eröffnet worden noch eine Einzahlung des genannten Betrages erfolgt war.

Aus den Erwägungen:

«Die Regelung von Art. 633 OR ist in sich klar und schlüssig: Bei der Gründung einer Aktiengesellschaft müssen Einlagen in Geld bei einem dem Bankengesetz (BankG) unterstellten Institut zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt werden (Art. 633 Abs. 1 OR). Das Institut darf den Betrag erst frei geben, wenn die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist (Art. 633 Abs. 2 OR). Die Bank stellt sodann eine Bestätigung (sog. Einzahlungsbestätigung) aus, welche von den Gründern dem Handelsregisteramt einzureichen ist (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 3 OR, Art. 43 Abs. 1 lit. f HRegV; vgl. Waldburger, in Amstutz et al, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 633 N 1).

Schenker betont, dass die Hinterlegung des Geldes zur „ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft“ erfolgen muss. Mit der Hinterlegung gibt der bisherige Besitzer seine Verfügungsmacht über das hinterlegte Geld auf. Der hinterlegte Betrag ist beim Hinterlegungsinstitut so lange blockiert, bis die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wurde. Erst wenn der Eintrag in das Handelsregister erfolgt ist, darf das Hinterlegungsinstitut den Betrag freigeben. Das Hinterlegungsinstitut führt damit ein Sperrkonto für die in Gründung befindliche Gesellschaft (*Schenker*, in BSK, OR II, 4. Aufl., Art. 633 N 3 f.). Auch gemäss *Böckli* muss der Liberierungsbetrag zur ausschliesslichen und freien Verfügung der Gesellschaft stehen. Zahlungssurrogate sind nicht zulässig, wenn sie nicht zur geregelten Gutschrift auf dem Einzahlungs-

konto bei der eingeschalteten Bank führen. Um ein Sperrkonto handelt es sich bei diesem Einzahlungskonto deshalb, weil gemäss Art. 633 Abs. 2 OR die Bank den eingezahlten Betrag erst dann freigibt, wenn das Handelsregisteramt die Gesellschaft eingetragen hat (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 353 und 359).

[...Art. 321e OR...]

Im Zusammenhang mit Art. 321e OR ist bereits ein leicht fahrlässiges Verhalten eines Arbeitnehmers haftungsbegründend. Mit zu berücksichtigen sind freilich die besonderen Kriterien gemäss Art. 321e Abs. 2 OR: So soll etwa ein Arbeitnehmer, welcher sich im Dienste des Arbeitgebers Tag für Tag einem erhöhten Berufsrisiko aussetzt, auf eine haftungsrechtliche Privilegierung zählen können, wobei die konkrete Gefahrenlage anlässlich der Schadensverursachung entscheidend ist. Weiter gilt als Grundsatz, dass vom Arbeitnehmer durchschnittliche Fachkenntnisse verlangt werden dürfen, die nach allgemeiner Anschauung für die fragliche Tätigkeit notwendig sind. Nicht genügende Instruktion und Überwachung können zu einer Haftungsreduktion führen, schliessen die Haftung des Arbeitnehmers aber nicht grundsätzlich aus (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321e N 2 f.).

Nachdem der Kläger im Verfahren ohne Umschweife einräumte, die Kapitaleinzahlungsbestätigung für die Gründung der Z. AG ausgestellt zu haben, ohne dass ein Sperrkonto zur ausschliesslichen Verfügung dieser Gesellschaft eingerichtet worden war und sogar noch bevor unter einem Konto der X. ein vorläufiges Unterkonto mit der Bezeichnung „Z.“ eingerichtet wurde, hat er im Lichte von Art. 663 Abs. 1 OR klar gesetzwidriges Verhalten eingestanden. Eine Kapitaleinzahlungsbestätigung darf von einem Bankinstitut in keinem Fall ausgestellt werden, wenn die fragliche Einlage nicht zur ausschliesslichen Verfügung der zu gründenden Gesellschaft auf einem Sperrkonto hinterlegt wurde. Es genügt selbstverständlich nicht, wenn irgendwelche Vermögenswerte des gleichen wirtschaftlich Berechtigten auf Konten von Drittgesellschaften – und damit rein pro forma – für die Gründung der einzutragenden Gesellschaft vorgesehen werden. Der Einleger gibt damit seine Verfügungsmacht über die Einlage in keiner Weise auf. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Inhalt der Kapitaleinzahlungsbestätigung angesichts der klägerischen Ausführungen ganz offensichtlich falsch war. Die Summe von Fr. 100'000.– war keinesfalls wie vom Kläger bestätigt, „déposée en compte de consignation“, sondern nicht einmal pro forma zur Verwendung für die zu gründende Z. AG ausgeschieden.

Ohne dass in diesem Zusammenhang eine allfällige Strafbarkeit des Klägers wegen Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) oder die Frage nach einer vorsätzlichen Schädigung der Beklagten gesondert geprüft zu werden braucht, ist das Verhalten des Klägers unter dem Titel von Art. 321e OR in jedem Fall als grob sorgfaltswidrig einzustufen. Ein durchschnittlicher Bankangestellter, erst recht wenn dieser wie der Kläger den Rang eines Direktors und Teamleiters bekleidet, muss zwingend – auch ohne Detailkenntnis vom Inhalt und von Lehrmeinungen zu Art. 633 Abs. 1 OR – erkennen, dass eine Kapitaleinzahlungsbestätigung nicht ausgestellt werden darf, wenn die entsprechende Einlage nicht, wie darin wörtlich bestätigt wird, auf einem Sperrkonto zur ausschliesslichen und freien Verfügung der zu gründenden Gesell-

schaft auch tatsächlich vorhanden ist. Dass von einer Bank keine Dokumente mit faktisch unzutreffenden Inhalten ausgestellt werden dürfen, versteht sich von selbst. Eine besondere Gefahreneignetheit der Tätigkeit ist bei der blossen Ausstellung von Bankbestätigungen nicht anzunehmen. Auch punkto Instruktion und Überwachung lässt sich vorliegend nichts zu Gunsten des Klägers ableiten. Die Sorgfaltspflichtverletzung ist damit offensichtlich; und Anhaltspunkte für eine Reduktion der Ersatzpflicht fehlen. Die Sorgfaltspflichtverletzung ist damit erstellt. Das Verschulden des Klägers ist mangels entgegenstehender Vorbringen des Klägers zu vermuten (Art. 97 Abs. 1 OR; vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321e N 13).»

In der Folge hiess das Gericht die Schadenersatzforderung der Beklagten – entstandene Anwaltskosten wegen dieses Vorfalles – gut.

(AN100654 vom 23. Juni 2015; die Verrechnungseinrede war im Berufungsverfahren mit Urteil vom 11. April 2016 kein Prozessthema mehr; LA150037)

3. OR 322; Lohn bei vorzeitigem Stellenantritt

Der Kläger fing bereits am 1. Dezember 2013 für die Beklagte an zu arbeiten, obwohl im Arbeitsvertrag der 1. Januar 2014 als Startdatum vorgesehen war. Für den Dezember 2013 erhielt er einen niedrigeren Lohn als im Vertrag vereinbart worden war, weshalb der Kläger die Differenz einklagte.

Aus den Erwägungen:

«A., Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift für die Beklagte, ersuchte den Kläger via Firmenchat (übersetzt), er solle seinen früheren Arbeitgeber fragen, ob er seine vorherige Arbeitsstelle früher verlassen könne, um früher bei der Beklagten anfangen zu können. Der Kläger antwortete, er habe seinen früheren Arbeitgeber gefragt und warte auf die Antwort. Später bestätigte der Kläger der Beklagten, er könne am 1. Dezember 2013 mit der Arbeit anfangen; er warte nur noch auf die schriftliche Bestätigung von seinem früheren Arbeitgeber. Am 7. Oktober 2013 teilte der Kläger der Beklagten schliesslich mit, er habe die schriftliche Bestätigung bekommen; der 1. Dezember 2013 sei in Ordnung. Umgehend antwortete A. mit „hooray!“

In den Chateinträgen ist nicht die Rede davon, dass der Abschluss eines separaten Vertrages beabsichtigt gewesen wäre oder dass, ausser des früheren Arbeitsbeginnes, weitere Bestimmungen des Arbeitsvertrages, wie etwa der Lohn, geändert werden sollten. Dafür finden sich auch in den eingereichten Unterlagen keinerlei Anhaltspunkte. Ebenso wenig ist dem Vorbringen der Beklagten zu entnehmen, wann und in welcher Form sich die Parteien über abweichende Vertragsmodalitäten für den Monat Dezember 2013 verständigt hätten. Damit durfte aber der Kläger davon ausgehen, dass mit der Vorverlegung des Arbeitsbeginnes im Übrigen der schriftliche Arbeitsvertrag Wirkung per 1. Dezember 2013 erlangen sollte.

Sollte der Kläger entsprechend der Sachdarstellung im Monat Dezember 2013 tatsächlich nur „entsprechend seiner tatsächlichen Arbeitsleistung“ entschädigt wor-

den sein, liesse sich die Lohndifferenz mit dem eigenen Vorbringen der Beklagten erklären, wonach der Kläger wie ein auswärtiger Angestellter bezahlt worden wäre, deren Löhne bereits per 24. Dezember 2013 abgerechnet worden seien. Diese Lohnberechnungsmethode braucht sich der im Monatslohn angestellte Kläger indessen nicht entgegenhalten zu lassen. Dem Argument der Beklagten schliesslich, dass der Kläger während den auf Dezember 2013 folgenden Monaten, in welchen er einen höheren Nettolohn erzielte, nicht reklamiert habe, dass sein Lohn im Monat Dezember 2013 tiefer gewesen sei, lässt sich nichts abgewinnen. Insbesondere genügt dieses Zuwarten des Klägers nicht für eine Verwirkung der geltend gemachten Lohndifferenz. Auch das E-Mail vom 23. Dezember 2013 ändert nichts daran, denn in der Praxis ist es nicht aussergewöhnlich, dass ein Arbeitgeber erst nach Arbeitsbeginn noch persönliche Angaben von einem Arbeitnehmer einholt.

Sind damit aber die Modalitäten, insbesondere die Lohnabrede des Arbeitsvertrages mit dem vorzeitigen Stellenantritt in Kraft getreten, war auch für den Monat Dezember 2013 der Nettolohn von Fr. 3'600.– geschuldet. Die Differenz zum ausbezahlten Betrag hat die Beklagte nachzuzahlen.»

(AH140146 vom 2. Februar 2015; vom Obergericht bestätigt am 27. März 2015; LA150010)

4. OR 324; Ausstehende Arbeitsbewilligung

Die Parteien schlossen am 11. August 2014 einen Arbeitsvertrag mit Beginn am gleichen Tag ab. Tatsächlich begann der Kläger jedoch, seinen Angaben zufolge, erst am 28. August 2014 zu arbeiten. Das Arbeitsverhältnis wurde auf den 11. September 2014 gekündigt, der letzte Arbeitstag war am 9. September 2014. Der Kläger machte den Lohn abzüglich einer Teilzahlung für die gesamte Dauer geltend.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss Arbeitsvertrag, welcher von den Parteien am 11. August 2014 unterzeichnet wurde, ist der Beginn des Arbeitsverhältnisses der 11. August 2014. Die Beklagte wusste bei Vertragsschluss um den Umstand, dass die L-Bewilligung des Klägers abgelaufen war und dieser auf die Eintragung der B-Bewilligung wartete. Wenn es die Absicht der Beklagten gewesen wäre, den Kläger erst nach Erhalt seiner B-Bewilligung zu beschäftigen, hätte sie das im Vertrag vermerken müssen. Dies hat sie nicht getan. Es fehlt jeglicher Hinweis oder Vorbehalt.

Es kann daher auf den abgeschlossenen Arbeitsvertrag und auf den Beginn des Arbeitsverhältnisses am 11. August 2014 abgestellt werden. Selbst nach Bestätigung der Gemeinde, dass der Kläger auch ohne Bewilligung sofort eine Arbeit aufnehmen könne, wurde der Kläger von der Beklagten nicht beschäftigt, trotz mehrmaligem Angebot zur Arbeitsleistung seitens des Klägers. Besagtes Schreiben der Gemeinde war an die Beklagte adressiert, und diese hatte auch Kenntnis davon. Es liegt daher ein Annahmeverzug seitens des Arbeitgebers nach Art. 324 Abs. 1 OR vor, weshalb

der gesamte Lohn seit Beginn des Arbeitsverhältnisses vom 11. August 2014 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 11. September 2014 geschuldet ist.»

(AH150039 vom 1. Juni 2015; da sich eine dagegen erhobene Beschwerde als unzulässig erwies, trat das Obergericht darauf mit Beschluss vom 21. Juli 2015 nicht ein; RA150019)

5. OR 324; Zugesichertes Mindestarbeitspensum?

Die Klägerin war als juristische Mitarbeiterin beim Beklagten tätig. Sie rechnete monatlich ihren Stundenaufwand ab, der sich zwischen 20 und 62 Stunden pro Monat bewegte. Vor Gericht machte sie geltend, der Beklagte habe ihr ein fixes Pensum von mindestens 50% pro Monat zugesichert, was bestritten wurde.

Aus dem Entscheid:

«Nach übereinstimmender Darstellung war bei Vertragsschluss besprochen worden, dass die Klägerin ab November 2012, durchschnittlich auf ein Jahr gerechnet, Arbeiten im Umfang von 50% sollte erledigen können. Wie vorher bestimmte die Klägerin aber den Umfang ihrer Tätigkeit. Die Klägerin bringt nicht vor, dass der Beklagte ihr beim Vertragsgespräch Ende Juli 2012 fixe Arbeitstage als Bedingung gestellt hätte. Vielmehr richtete sich ihre Möglichkeit, für den Beklagten tätig zu werden, nach den Krippentagen, was zwangsläufig zu regelmässigeren Arbeitszeiten führte. Dass die Klägerin bei dieser Sachlage zunächst am Montag, Dienstag und Mittwoch arbeitete, ist daher kein Hinweis auf ein fix vereinbartes Pensum. Auch später hat der Beklagte der Klägerin die Arbeitszeit nicht fix vorgeschrieben. Er hat gemäss Vorbringen der Klägerin nur gemeint, es sei nicht gut, zu gehäufte Arbeitstage am Anfang der Woche zu haben. Wenn sie danach die Krippentage gewechselt hat, so kann auch daraus nicht auf ein fixes Pensum geschlossen werden. Nach wie vor konnte sie entscheiden, ob sie eine Arbeit übernehmen wollte. Ob, wann und wie viele Stunden sie Einsätze leistete, stand auch in dieser Zeit in ihrem Belieben.

Beide Parteien gingen davon aus, dass im geplanten Umfang von 50% auch genügend Arbeit vorhanden sein würde. Die Klägerin macht nicht geltend, der Beklagte habe ihr einmal keine Arbeit anbieten können, als sie für ihn tätig werden wollte. Das deckt sich mit der Aussage des Beklagten, er habe genügend Arbeit für sie gehabt, damit sie das gewünschte Pensum erreichen konnte. Sie habe soviel arbeiten können, wie Arbeitsbelastung anfallen würde.

Ob der Beklagte der Klägerin also ein 50% Pensum garantiert hat oder nicht, kann bei dieser Sachlage offen bleiben. Entscheidend ist nämlich, dass es sich im vorliegenden Fall nicht ausgewirkt hat, ob eine Zusicherung für ein Pensum fix abgegeben wurde oder nicht. Eine Zusicherung wäre nur dann zu thematisieren, wenn die Klägerin trotz Arbeitsfähigkeit und Leistungsbereitschaft vom Beklagten nicht im zugesicherten Umfang beschäftigt worden wäre. Das ist vorliegend nicht der Fall.»

(AH140059 vom 3. Februar 2015)

6. OR 324a; Nachweis der Arbeitsverhinderung

Die Beklagte bestritt die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. Sie wies auf den Umstand hin, dass sich die Klägerin just von dem Tag an habe krankschreiben lassen, als ihr Mutterschaftsurlaub endete. Man habe der Klägerin bereits vorher mitgeteilt, dass man ihr aus wirtschaftlichen Gründen nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs kündigen werde. Darüber hinaus habe man die Klägerin mehrfach bei Tätigkeiten gesehen, die mit der Krankschreibung nicht vereinbart gewesen seien. Zudem seien die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse teils rückdatiert und nur als Parteigutachten zu werten.

Es war daher unter anderem zu prüfen, ob die Klägerin in der fraglichen Zeit arbeitsunfähig war.

Aus den Erwägungen:

«Beweisthema ist die Arbeitsunfähigkeit vom 7. Januar bis zum 24. März 2013. Diese ist mit den Arbeitsunfähigkeitszeugnissen von Dr. A. und den beiden als Zeugen befragten Ärzten erstellt. Dr. A. bestätigte die Arbeitsunfähigkeit für diese Zeitspanne und Dr. B. erachtete die Arbeitsunfähigkeit anhand der Darlegungen der Klägerin als plausibel, was mit den aufgeführten Diagnosen und dem erwähnten Zusammenhang mit dem Konflikt am Arbeitsplatz auch nachvollziehbar ist. Der Hinweis auf Auffälligkeiten im bisherigen Krankheits- und Behandlungsgeschehen in der Stellungnahme vom 14. Dezember 2013 erging nicht zuletzt auch deshalb, weil sich Dr. B. einzig auf die Angaben der Klägerin abstützen konnte, und ihm Einblick in die bisherigen medizinischen Unterlagen, etwa über Darmspiegelungen und andere Abklärungen zur Grunderkrankung Colitis ulcerosa, fehlten. Dies war auch der Grund, weshalb er ein Fachgutachten als angezeigt erachtete. Ausser Acht gelassen werden können im Hinblick auf das eingeschränkte Beweisthema allerdings Fachdiskussionen zu sinnvollen Therapiemassnahmen, gehen doch beide Ärzte davon aus, dass die Klägerin zumindest in Bezug auf ihre Tätigkeit bei der Beklagten vom 7. Januar bis 24. März 2013 arbeitsunfähig war und die Klägerin stand während dieser Zeit auch tatsächlich unter ärztlicher, medikamentöser und psychotherapeutischer Behandlung. Wie sich der weitere Verlauf der Erkrankung und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit präsentieren, kann vorliegend offen gelassen werden.

Dass die Klägerin laut Auskunft einer Arbeitskollegin von der Gartenarbeit braun gebrannt gewesen sei, ist angesichts der Diagnosen, des vom Hausarzt thematisierten Zusammenhangs zwischen der Arbeitsunfähigkeit und der Situation am Arbeitsplatz sowie der eindeutigen und nachvollziehbaren Zeugenaussagen beider Ärzte nicht geeignet, dieses Beweisergebnis in Zweifel zu ziehen. Ebenfalls plausibel ist, dass die Klägerin ihr Neugeborenes und deren Geschwister versorgen konnte, während Aktivitäten ausser Haus wegen zum Teil unkontrollierten Stuhlabgängen mit Schwierigkeiten verbunden waren. Offen gelassen werden kann auch, ob die Klägerin versuchte, Trainingsstunden mit ihrer Personal-Trainerin zu vereinbaren, wobei aus den Behauptungen der Beklagten auch nicht klar hervorgeht, ob dies im

massgebenden Zeitraum oder später stattfand. Der von der Beklagten thematisierte Besuch in der Diskothek fand unbestrittenermassen erst im August 2013 statt, so dass er keine Rolle spielen kann.»

(AH140090 vom 9. September 2015)

7. OR 327a; Spesen oder Lohn?

Dem ausgetretenen Manager waren noch nicht bezogene Ferien auszuzahlen. Dabei war umstritten, ob die Spesenpauschale in den Ferienlohn einzuberechnen ist.

Aus den Erwägungen:

«Die Parteien vereinbarten gemäss Arbeitsvertrag eine monatliche Vergütung für „Lumpsum expenses“ bzw. „various petty expenses and representation expenses“. Im Arbeitsvertrag wird sodann auf die anwendbaren „Expenses Regulations“ verwiesen. Der Zusatz zum Spesenreglement der Beklagten legt fest, dass einem Director, wie der Kläger es war, jährliche Pauschalspesen von Fr. 12'000.– vergütet werden. Dadurch seien Kleinspesen (Ereignis bis zu Fr. 30.–) pauschal abgegolten und könnten nicht mehr separat effektiv abgerechnet werden.

Grundsätzlich können auch Pauschal- oder Repräsentationsspesen, welche den tatsächlichen, arbeitsbezogenen Aufwand des Arbeitnehmers übersteigen, Lohnbestandteile darstellen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 322 OR). Definitionsgemäss sind Spesen nur bei tatsächlicher Beschäftigung geschuldet, nicht aber bei Krankheit oder Ferien. Arbeitet der Arbeitnehmer nicht, generiert er auch keine Auslagen und erhält keine Entschädigung dafür, es sei denn, die Spesen fielen auch in den Ferien an. Dies gilt analog auch bei Pauschalspesen. Werden Pauschalspesen jedoch – wie vom Kläger behauptet – aus rein steuerlichen Gründen bezahlt, so sind sie als Lohnbestandteile zu qualifizieren und deshalb auch während der Ferien geschuldet. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn zusätzlich zu einer Pauschale alle effektiven Auslagen gegen Quittung entschädigt werden (Egli, a.a.O., S. 141; Weber, Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Clauthal-Zellerfeld 1976, S. 169 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 f. zu Art. 327a OR m.w.H.).

Vorliegend fällt auf, dass dem Kläger offensichtlich nebst der Pauschale auch auf den Rappen genau die effektiv angefallenen Spesen ausbezahlt wurden. Es darf als durchaus üblich erachtet werden, dass auf Managerstufe aus steuerlichen Gründen Pauschalspesen vereinbart werden. Zudem bestreitet die Beklagte zwar, dass die Spesenpauschale in der Ferienlohnberechnung zu berücksichtigen sei, zählt sie aber selbst zum „existenzsichernden Lohn“ hinzu. Es ist somit davon auszugehen, dass es sich bei der Spesenpauschale des Klägers von Fr. 12'000.– jährlich um einen versteckten Lohnbestandteil handelt, weshalb sie in den Ferienlohn für die nicht bezogenen Ferien einzuberechnen ist.»

(AH150020 vom 6. November 2015)

8. **OR 328; Diskriminierende Nichtanstellung?**

Der 51-jährige Kläger bewarb sich auf ein Inserat hin für eine Stelle als Finanzbuchhalter. In der Absage des Arbeitgebers stand unter anderem: „Allerdings suchen wir aufgrund der Altersstruktur im bestehenden Team eine Person, die maximal 40-jährig ist. Aus diesem Grund können wir Ihre Bewerbung im Selektionsprozess nicht berücksichtigen.“ Der Kläger machte im Prozess geltend, damit habe die Beklagte seine Persönlichkeit verletzt und ihn diskriminiert, weshalb sie ihm eine Genugtuung zu bezahlen habe. Dafür stützte er sich auf verschiedene Gesetzesbestimmungen.

Aus den Erwägungen:

Das Gericht kam zum Schluss, dass Art. 8 BV, Art. 14 EMRK, Art. 3 GlG bzw. culpa in contrahendo vorliegend nicht zur Anwendung kommen. Bezüglich der Verletzung von Art. 328 OR und Art. 2 ZGB führte das Gericht aus:

«Da vorliegend nicht einmal von zwischen den Parteien stattgefundenen Vertragsverhandlungen ausgegangen werden kann, kann im vorliegenden Fall auch der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR keine Vorwirkung zukommen. Damit bietet auch die Fürsorgepflicht von Art. 328 OR keine rechtliche Grundlage für die vom Kläger geltend gemachte Genugtuungsforderung infolge angeblicher Altersdiskriminierung.

Doch selbst wenn man im vorliegenden Fall der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR eine Vorwirkung zuerkennen würde, könnte der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten, da die Beklagte durch ihre Absage keine Fürsorgepflichtverletzung beging.

Der Umfang der Fürsorgepflicht ist im Einzelfall nach Treu und Glauben festzustellen (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Der wichtigste und bedeutsamste Aspekt der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat nicht nur eigene persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu unterlassen, sondern dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses auch Schutz gegen Dritte zu gewähren. Hier beim Persönlichkeitsschutz durch Art. 328 Abs. 1 OR ergibt sich ein legitimes Einfallstor für die indirekte Drittwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 3 BV). Ergreift der Arbeitgeber die gebotenen Schutzmassnahmen nicht oder nur ungenügend, so wird er schadenersatz- und genugtuungspflichtig (BSK OR I-Portmann, a.a.O., Art. 328 N 1 - N 7). Bei allen geschützten Gütern ist der Schutz nicht absolut, sondern die Schutzwürdigkeit kann in Konkurrenz stehen mit den berechtigten Interessen des Arbeitgebers. Jedes Arbeitsverhältnis bringt eine mehr oder minder starke Einschränkung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers mit sich, doch muss diese aus dem Zweck des Arbeitsverhältnisses begründet sein. Der Entscheid, was dem Arbeitnehmer zuzumuten sei, wo sein Persönlichkeitsschutz Vorrang habe, setzt eine Güterabwägung voraus, und zwar nach den Regeln der Billigkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 328 OR).

Erstens gilt festzuhalten, dass es der Beklagten aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich freisteht, mit welchem Bewerber sie die von ihr ausgeschriebene Stelle

besetzen will. Sodann erfolgte die Absage der Beklagten, entgegen der Ansicht des Klägers, nicht aufgrund seines eher fortgeschrittenen Alters von 51 Jahren. So verlangte die Beklagte gemäss Stellenausschreibung nebst einer abgeschlossenen kaufmännischen Ausbildung und einer Weiterbildung zum Buchhalter mit eidgenössischem Fachausweis zudem als unabdingbare Voraussetzung eine mehrjährige Erfahrung in der Finanzbranche. Allein daraus wird ersichtlich, dass die Beklagte zumindest nicht auf der Suche nach sehr jungen Bewerbenden war, da es für diese ein Unmögliches ist, sämtliche der genannten Stellenanforderungen zu erfüllen. Daraus könnte vielmehr geschlossen werden, dass jüngere Bewerber benachteiligt würden.

Gegen eine Diskriminierung von eher älteren Arbeitnehmern spricht sodann, dass die Beklagte diese Stelle in der Folge mit einer lediglich fünf Jahre jüngeren Person als der Kläger besetzte. Allerdings mutet etwas komisch an, dass X. (HR-Mitarbeiterin) dem Kläger in der E-Mail vom 1. April 2015 noch schrieb, die Beklagte wolle die Stelle mit einer unter 40-jährigen Person besetzen, in der Folge dann aber dennoch eine über 40-jährige Person anstellte. Dieser Umstand allein rechtfertigt allerdings noch längst nicht eine Genugtuung.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beklagte dem Kläger unter anderem aufgrund seines spezifischen Alters eine Absage erteilte. So besteht die Abteilung Rechnungswesen & Controlling bei der Beklagten aus lediglich vier Personen: Dem Leiter und drei ihm unterstellte Personen, wobei eine dieser drei durch die ausgeschriebene Stelle als Finanzbuchhalter/-in besetzt werden sollte. Als erstellt gilt zudem, dass der Leiter dieser Abteilung lediglich ein Jahr jünger als der Kläger ist. Dieser geringfügige Altersunterschied zwischen dem Leiter der Abteilung und dem Kläger selbst birgt für die Beklagte doch tatsächlich das von ihr geltend gemachte Risiko, dass im Falle einer fast gleichzeitigen Pensionierung der Beiden dieses Team praktisch zur gleichen Zeit von einem enormen Know-how-Verlust betroffen sein würde. Dass dieses Risiko von der Beklagten bereits im Bewerbungsprozess zu eliminieren versucht wurde, ist einerseits verständlich und nachvollziehbar und erfolgt andererseits aus sachlich gerechtfertigten Gründen. Dem Kläger ist zwar insofern zuzustimmen, als nicht vorhersehbar ist, ob der Leiter der Abteilung und der Kläger tatsächlich beide bis zur Pensionierung für die Beklagte tätig geblieben wären. Dagegen bringt die Beklagte allerdings zu Recht vor, dass sie das Ganze so planen müsse, als wenn es vorhersehbar wäre. Zudem unterstrich der Kläger selbst die Befürchtungen der Beklagten, indem er ausführte, er suche etwas längerfristiges.

Sodann ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Person mit welcher die Stelle besetzt wurde, im Gegensatz zum Kläger, über den nach der Stellenausschreibung vorausgesetzten eidgenössischen Fachausweis als Buchhalter/-in verfügt und nicht lediglich über ein allfälliges Äquivalent davon.

Da die Beklagte mit der Absage keine Fürsorgepflichtverletzung beging, bildet Art. 328 OR, unabhängig davon, ob man ihm eine Vorwirkung zuerkennen sollte oder nicht, keine rechtliche Grundlage für die vom Kläger geltend gemachte Genugtuungsforderung.»

(AH150086 vom 9. Oktober 2015; im Berufungsverfahren wurde der Entscheid vom

Obergericht am 23. November 2015 bestätigt; LA150046; das Bundesgericht trat am 15. Januar 2015 auf die Beschwerde nicht ein; 4A_690/2015)

9. OR 329a und d; Krankheit und Ferienfähigkeit

Dem Kläger wurde im Mai 2013 gekündigt. Wegen der Sperrfrist infolge Krankheit endete das Arbeitsverhältnis am 31. Januar 2014. Der Kläger verlangte eine Entschädigung für nichtbezogene Ferientage, da der Ferienzweck – trotz einer Reise in die Türkei – wegen der Krankheit nicht erfüllt gewesen sei.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Jedoch kann nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der nicht bezogene Ferienanspruch in Geld abgefunden werden. Dies gilt insbesondere auch, wenn der Arbeitnehmer seine Ferien nicht beziehen konnte, weil er krank war. Krankheit und Ferien schliessen sich grundsätzlich gegenseitig aus. Allerdings bedeutet Arbeitsunfähigkeit nicht in allen Fällen auch Ferienunfähigkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 324a/b OR). Entscheidend ist, ob der Erholungswert der Ferien durch den Verhinderungsgrund in nicht mehr leicht zu nehmender Weise beeinträchtigt ist. Damit eine Ferienunfähigkeit vorliegt, muss es sich um eine Erkrankung handeln. Bei Bettlägerigkeit und bei regelmässigem Arztbesuch schliesst die Krankheit Ferien aus (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 329a OR). Ist jedoch ein Arbeitnehmer trotz Erkrankung ferienfähig, ist eine Kompensation seines Ferienanspruchs während einer längeren Krankheitsdauer grundsätzlich möglich. Der Ferienanspruch geht in einem solchen Fall auch ohne Aufforderung zum Ferienbezug unter.

Vorliegend war der Kläger vom 29. Mai 2013 bis zum 12. Oktober 2013 arbeitsunfähig. Unbestritten ist, dass der Kläger im Sommer 2013 – wie geplant und anfangs 2013 gebucht – während zwei Wochen mit der Familie in der Türkei weilte. Es stellt sich daher die Frage, ob er in dieser Zeit aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit auch ferienunfähig war.

Arbeitsfähigkeit, Studierfähigkeit und Ferienfähigkeit müssen auseinandergehalten werden. Tendenziell kann anhand der verschiedenen Anforderungen und Belastungen davon ausgegangen werden, dass die Ferienfähigkeit eher als die Studierfähigkeit, und diese eher als die Arbeitsfähigkeit gegeben ist. Dass der Kläger das Studium gemäss eigenen Angaben rechtzeitig abschliessen konnte, ist als Indiz zu werten, dass es ihm nicht ganz so schlecht ging. Die Beweislast für die Ferienunfähigkeit liegt gemäss Art. 8 ZGB beim Kläger. Die diversen Arztzeugnisse belegen zwar seine Arbeitsunfähigkeit, nicht aber seine Ferienunfähigkeit.

Der behandelnde Arzt habe dem Kläger gemäss dessen eigenen Angaben attestiert, dass Ferien mit der aktuellen Therapie vereinbar und für den Genesungsprozess sogar förderlich seien. Während seines Aufenthaltes in der Türkei war der Kläger weder bettlägerig noch waren regelmässige Arztbesuche erforderlich. Der

Kläger konnte nicht darlegen, inwiefern sein Feriengenuss in dieser Zeit erheblich eingeschränkt gewesen sein soll.

Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Kläger im Sommer 2013 zwar arbeitsunfähig, nicht aber ferienunfähig war.»

(AH150066 vom 22. Juli 2015)

10. OR 330a; Zeugnisanspruch

Die Klägerin war bis am 31. Juli 2010 bei der Beklagten als Verkäuferin tätig. Später wurde ein neuer Vertrag geschlossen, wonach die Klägerin erneut ab dem 18. Oktober 2010 für die Beklagte tätig war. Es stellte sich dann die Frage, ob sie Anspruch auf ein Arbeitszeugnis für die gesamte Dauer oder aber auf zwei Zeugnisse für die jeweilige Dauer hat.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Abs. 2).

Nur wenn der Arbeitnehmer dies wünscht, ist ihm statt des Zeugnisses bloss eine Arbeitsbestätigung auszustellen. Nach Erhalt einer Arbeitsbestätigung (auch einfaches Arbeitszeugnis genannt) kann er zusätzlich auch noch ein qualifiziertes Zeugnis (oder umgekehrt) verlangen (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 330a m.H.). Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses ist mit einer entsprechenden Leistungsklage durchsetzbar. Ungeklärt ist, ob die Erfüllungsklage nur auf Ausstellung eines Zeugnisses gehen kann, was den Arbeitnehmer zu zwei Prozessen zwingt, wenn er mit dem erstrittenen Zeugnis nicht einverstanden ist, oder aber ob er seine Erfüllungsklage mit einem konkreten Zeugnistext verknüpfen kann. Das Bundesgericht scheint Letzteres abzulehnen und ein zweistufiges Vorgehen zu verlangen. Ist der Arbeitnehmer nach Erhalt des Vollzeugnisses der Auffassung, dessen Inhalt sei unrichtig oder unvollständig, kann er beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 330a m.H.).

Das Arbeitszeugnis hat vollständig zu sein, d.h. es muss alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung sind (BSK-OR I-Portmann, Art. 330a N 4). Ein solches qualifiziertes Zeugnis bzw. Vollzeugnis soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern und deshalb wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat (BGE 136 III 510 E. 4.1 m.H.).

Über die Umstände des Austritts, insbesondere die Kündigungshintergründe 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, also beispielsweise ein schwerwiegender Mangel des Arbeitnehmers unterschlagen und so ein täuschender Gesamteindruck vermittelt würde (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., N 3g zu Art. 330a m.H.). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der blosser, wenn auch dringender Verdacht, der Arbeitnehmer habe eine Straftat verübt, keinesfalls in einem qualifizierten Arbeitszeugnis festgehalten werden darf. Denn es obliegt dem Arbeitgeber, das Arbeitszeugnis auf ein Tatsachen gestütztes und durch solche zu belegendes Urteil abzugeben (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 330a N 8; BSK OR-Portmann, Art. 330a N 5).

Es ist vorliegend zu beachten, dass zwischen dem alten und dem neuen Arbeitsverhältnis zweieinhalb Monate vergingen (31. Juli bis 18. Oktober 2010). Das Arbeitszeugnis vom 31. Mai 2010 ist daher – wie von der Beklagten vorgebracht – als Schlusszeugnis mit eigenständigem Wert für den Zeitraum vom 26. Oktober 2006 bis zum 31. Juli 2010 zu qualifizieren. Dafür sprechen sowohl die Verwendung des Präteritums als auch die Schlussabschnitte mit dem Bedauern der Beklagten über die zwangsweise erfolgte Kündigung aus unternehmerischen Gründen sowie den Dankesworten und Zukunftswünschen an die Klägerin.

Die Klägerin hat somit Anspruch auf ein Schlusszeugnis für die weitere Anstellungsdauer, welchen sie auch geltend gemacht hat. Vorliegend hat die Beklagte ihr bislang lediglich am 23. April 2013 eine Arbeitsbestätigung (ohne Unterschrift und für den Zeitraum vom 21. Oktober 2006 bis 11. Dezember 2012) ausgestellt. Diese kann nicht mit einem qualifizierten Zeugnis gleichgesetzt werden. Ein solches hat ihr die Beklagte im Sinne der vorgenannten rechtlichen Schilderungen aus- und zuzustellen. Die Klägerin ist dabei darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Leistungsklage auf Ausstellung eines Zeugnisses – wie vorab ausgeführt – nicht ein konkreter Text gefordert werden kann. Sollte die Klägerin nach Erhalt des Zeugnisses mit dessen Inhalt nicht einverstanden sein, müsste sie eine Berichtigungsklage erheben.»

(AH150114 vom 10. November 2015; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig)

11. OR 335, OR 336c; Kündigung, Krankheit, Freistellung

Nach einem Einbruch im Betrieb des Arbeitgebers, bei dem der Kläger als Tippgeber verdächtigt wurde, wurde er am 15. Mai 2013 verhaftet, aber am 17. Mai 2013 wieder auf freien Fuss gesetzt. Der Arbeitgeber kündigte ihm am 17. Mai 2013 per Ende Juli 2013 schriftlich unter sofortiger Freistellung. Am gleichen Tag sandte der Kläger dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis für zehn Tage. Der Kläger wurde weiterhin bis am 8. Juni 2013 krank geschrieben und er wies darauf hin, dass die Kündigung nichtig sei. Der Arbeitgeber anerkannte die Nichtigkeit der Kündigung und forderte den Kläger zweimal auf, sich zu melden. Da dies nicht geschah, wurde der Kläger androhungs-

gemäss mit Schreiben vom 18. Juni 2013 fristlos entlassen. Der Kläger beantwortete gleichentags die beiden Schreiben und wies unter Beilage von Arztzeugnissen auf eine weitere Arbeitsunfähigkeit bis am 21. Juni 2013 hin. Vor Gericht verlangte der Kläger den Lohn für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist.

Aus den Erwägungen:

«Immerhin erscheinen die Aussagen der Zeugin (Hausärztin) bezüglich den gemachten Feststellungen anlässlich der beiden ersten Termine schlüssig. Der Kläger war am 15./16. Mai 2013 einen Tag in Haft. Für eine psychische Beeinträchtigung am 17. Mai 2013 konnte sich die Zeugin auf einen plausiblen Anlass stützen. Der Zeugin ist auch zugute zu halten, dass sich psychische Krankheiten in aller Regel nur beschränkt auf einen objektiven Befund zurückführen lassen und die subjektiven Wahrnehmungen eines Patienten mit zu berücksichtigen sind. Objektiv stellte die Zeugin immerhin ein Händezittern und eine allgemeine Unruhe des Klägers fest. Schliesslich indiziert auch die von der Zeugin veranlasste Medikation eine psychische Erkrankung des Klägers am 17. Mai 2013. Entsprechendes gilt für den Befund der Zeugin am 29. Mai 2013, zumal der Kläger diesen Termin auch kurz nach Ablauf des ersten ärztlichen Zeugnisses wahrgenommen hat.

Am 17. Juni 2013 ging es dem Kläger dagegen nach Angaben der Zeugin besser. Sie habe keine eigenen Feststellungen mehr machen können. Der Kläger habe nicht mehr gezittert und habe auch wieder gerade laufen können. Zu einer weiteren Verschreibung von Medikamenten sah sich die Zeugin nicht mehr veranlasst. Die offenbar vom Kläger thematisierten Ängste vor einer Wiederaufnahme der Arbeit konnten der Zeugin nicht gravierend erscheinen, hat sich der Kläger nach Angaben der Zeugin doch bereit erklärt, anfangs der folgenden Woche eben diese Arbeit wieder aufzunehmen. Die Schlafstörungen konnten nicht mehr derart gravierend wie zuvor gewesen sein: Die Zeugin hat dem Kläger, ausgehend von der Einnahme von einer Tablette am Abend, nur gerade die Ration Mogadon für die Zeit bis zum 8. Juni 2013 mitgegeben, jedoch keine weiteren anlässlich der Konsultation am 17. Juni 2013. Eine Erklärung dafür, dass der Kläger zwar den zweiten Arzttermin am 29. Mai 2013 zeitgerecht wahrnehmen konnte, obwohl es ihm damals noch schlecht ging, nicht jedoch einen dritten Arzttermin vor dem 17. Juni 2013, obwohl es ihm besser ging, findet sich in der Schilderung des Krankheitsverlaufes der Zeugin nicht.

Völlig unglaubwürdig ist die Sachdarstellung des Klägers, die Ärztin – die eine offene Sprechstunde hat – habe nach dem 7. Juni 2013 für die dritte Konsultation keinen anderen Termin gehabt. Entgegen seiner Sachdarstellung im Prozess ist davon auszugehen, dass der Kläger den Brief der Beklagten vom 11. Juni 2013 (spätestens) am 17. Juni 2013 erhalten hat. Damit macht das von ihm angeschnittene Terminproblem dann Sinn, wenn davon ausgegangen wird, erst der Brief der Beklagten vom 11. Juni 2013 habe den Kläger veranlasst, die Ärztin nochmals aufzusuchen, um sich für die offene Zeitspanne erneut krank schreiben zu lassen. Damit ergeben sich zusätzliche Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers für die Zeit ab dem 10. Juni 2013.

Zusammenfassend ist mit den Aussagen der Zeugin eine Arbeitsunfähigkeit am 17. Juni 2013 und darüber hinaus nach Ablauf des Arztzeugnisses vom 29. Mai 2013

am 7. Juni 2013 nicht erstellt. Es ist mit anderen Worten davon auszugehen, dass der Kläger ab 10. Juni 2013 wieder arbeitsfähig gewesen ist.

Der Kläger macht geltend, auch zufolge der Freistellung habe er am 10. Juni 2013 nicht zur Arbeit erscheinen müssen.

Bei einer Verlängerung der Kündigungsfrist aufgrund von Art. 336c OR wird von einem freigestellten Arbeitnehmer erwartet, dass er dem Arbeitgeber die Wiedergenesung anzeigt, damit dieser die verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses berechnen und die Freistellung allenfalls zurücknehmen kann. Auch in diesem Fall wird in der Praxis allerdings gelegentlich ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers gefordert (Alfred Blesi, *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, 2. Auflage, Zürich 2010, S. 122 f.; vgl. auch BGer 4A_179/2010 vom 4. Oktober 2010).

Vorliegend machte der Kläger indessen nicht bloss eine Verlängerung der Kündigungsfrist geltend, sondern er berief sich auf die Nichtigkeit der Kündigung. Die Freistellung durch die Beklagte erfolgte in offensichtlichem Zusammenhang mit dieser nichtigen Entlassung des Klägers in einem Zeitpunkt, als die Beklagte von dem ebenfalls am 17. Mai 2013 zur Post gegebenen ärztlichen Zeugnis noch keine Kenntnis haben konnte. Der Kläger durfte damit nicht in guten Treuen davon ausgehen, die Freistellungserklärung der Beklagten habe für sich, trotz der seinerseits geltend gemachten Nichtigkeit der ihr zugrunde liegenden Kündigung, weiter Bestand. Er wäre daher gehalten gewesen, der Beklagten seine Arbeit per 10. Juni 2013 wieder anzubieten. Hat er das unterlassen, entfällt die Lohnzahlungspflicht der Beklagten ab genanntem Datum.»

(AH130214 vom 26. Mai 2015)

12. OR 335, 327a; Weiterbildungskosten

Die Parteien hatten vereinbart, dass sich die Beklagte zur Hälfte an einer zweijährigen Weiterbildung des Klägers beteilige. Für das erste Jahr geschah dies auch; nach erfolgter Kündigung durch die Beklagte bezahlte sie hingegen nichts mehr. Der Kläger verlangte daher die Studiengebühren für das zweite Jahr sowie weitere Auslagen im Zusammenhang mit dieser Weiterbildung.

Aus den Erwägungen:

«Die Kosten einer Ausbildung, einer Weiterbildung oder einer Schulung gelten als Auslagen. Gemäss Art. 327a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Demnach sind die Kosten von Ausbildungen, die betrieblich notwendig sind und im Rahmen einer normalen Einarbeitung vom Arbeitgeber angeordnet werden, vom Arbeitgeber zu tragen und die aufgewendete Zeit gilt als Arbeitszeit. Die Kosten einer Weiterbildung, die dem Arbeitnehmer generelle Vorteile verschafft und ihm beispielsweise den Erwerb eines Titels oder Diploms ermöglicht, sind hingegen ohne besondere Abrede vom Arbeitnehmer zu tragen. Verpflichtet sich der Arbeit-

geber, derartige Kosten zu übernehmen, kann zusätzlich eine Rückzahlungsklausel vereinbart werden, zum Beispiel für den Fall, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Weiterbildung kündigt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 327a OR).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Parteien am 5. Juli 2012 vereinbart haben, der Kläger werde ein berufsbegleitendes Studium absolvieren. Dazu werde er zwar seine Anwesenheit am Arbeitsplatz auf 80 % reduzieren, seine Funktion und Verantwortung aber weiterhin zu 100 % bei gleichbleibendem Lohn wahrnehmen. Weiter vereinbarten die Parteien die Übernahme der Weiterbildungskosten zu je 50 %. Dabei hielten die Parteien ergänzend fest, diese würden pro Semester Fr. 7'500.–, total Fr. 30'000.– (bzw. Fr. 15'000.– jährlich) betragen. Die Vereinbarung enthält weder eine Rückzahlungspflicht des Klägers noch irgendeine Bedingung. Sie nimmt auch nicht weiter Bezug auf allfällige weitere Kosten, die im Zusammenhang mit dem Studium anfallen. In der Folge kündigte die Beklagte dem Kläger noch vor Abschluss der Weiterbildung.

Aufgrund der Vereinbarung vom 5. Juli 2012 steht damit fest, dass die Beklagte die Semesterkosten von 4 x Fr. 7'500.– zur Hälfte übernimmt, was im Dokument wiederholt thematisiert wurde. Dagegen finden sich in diesen Dokumenten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte auch die Hälfte der Kosten für die Master-Thesis oder gar Reise- und Verpflegungskosten übernehmen würde. Nachdem aber die Parteien spezifiziert haben, welche Weiterbildungskosten von ihnen je zur Hälfte übernommen würden, lässt sich allein aus dieser Einigung nicht konkludent folgern, sie hätten sich auch auf eine hälftige Übernahme weiterer Kosten verständigt (gegenüber der Kläger im Protokoll), zumal nichts dafür vorliegt, dass die Gesamtkosten des Lehrganges bzw. die zusätzlich anfallenden Auslagen anlässlich der Besprechung vom 5. Juli 2015 in irgendeiner Form überhaupt thematisiert worden wären. Die Kosten des Auslandsaufenthaltes und die Gebühren für die Master-Thesis sind demnach von der Vereinbarung nicht erfasst und müssen daher vom Kläger alleine getragen werden.

Die Vereinbarung bindet die Parteien grundsätzlich auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte. Die Parteien haben keine Abrede getroffen, dass die Vereinbarung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinfällig werden soll. Die Beklagte selbst hat das Arbeitsverhältnis gekündigt. Das Beharren des Klägers auf der vereinbarungsgemässen Bezahlung der restlichen Ausbildungskosten nach Ende des Arbeitsverhältnisses erscheint daher nicht rechtsmissbräuchlich (vgl. dazu JAR 2004 S. 594, 595).

Damit ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Hälfte der Studiengebühren für das dritte und vierte Semester, also insgesamt Fr. 7'500.– zu bezahlen.»

(AH150066 vom 22. Juli 2015)

13. OR 335c; Falsche Kündigungsfrist

Der Kläger stand ab dem 29. April 2013 für eine Temporärfirma im Einsatz. Am 9. Dezember 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per SMS auf den 13. Dezember 2013. Damit war der Kläger nicht einverstanden. Das Arbeitsverhältnis unterstand dem GAV über den Personalverleih (GAV-P).

Aus den Erwägungen:

«Mit der Kündigung der Beklagten vom Montag 9. Dezember 2013 wird die ordentliche Kündigungsfrist von einem Monat für das Arbeitsverhältnis, das mehr als sechs Monate gedauert hat, nicht eingehalten (Art. 11 GAV-P), sondern es wurde – mit einer Kündigungsfrist von drei Tagen – auf Freitag 13. Dezember 2013 gekündigt. Der Kläger arbeitete in der Folge bis und mit 13. Dezember 2013. Er lässt in seiner Klage ausführen, dass die Kündigung frühestens auf den 31. Januar 2014 möglich gewesen sei.

Kündigt eine Partei auf einen zu kurzen Termin und respektiert somit die Kündigungsfrist nicht, wird die Kündigung auf das gemäss Vertrag oder Gesetz gültige Datum uminterpretiert (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 335 OR).

Das AVG sieht keine eigenständige Kündigungs-Regelung für Einsatzverträge vor, die mehr als sechs Monate gedauert haben (Art. 19 AVG), sondern es gilt insoweit zunächst Art. 335c Abs. 1 OR, wonach im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat auf Ende Monat gekündigt werden kann. Diese Regelung wiederum wurde vorliegend im GAV-P durch den nicht allgemeinverbindlich erklärten Art. 11 ersetzt, wonach unter Einhaltung der Monatsfrist auf einen beliebigen Tag eines Monats gekündigt werden kann (vgl. Art. 335c Abs. 2 OR).

Im Anstellungsvertrag wird zwar besagter Art. 11 GAV-P wiedergegeben, jedoch ohne Hinweis auf den beliebigen Kündigungstermin. Wenn aber ein Artikel des einschlägigen GAV zitiert wird, um dem Arbeitnehmer die Kündigungsfrist bekannt zu geben, dann hat das vollständig zu geschehen, zumal das OR eine anderweitige Regelung vorsieht. Ob der Passus „jeweils auf den gleichen Tag des darauf folgenden Monats“ aus Art. 11 GAV-P bewusst oder versehentlich weggelassen wurde, lässt sich nicht nachvollziehen. Diese Unklarheit ist deshalb – im Sinne von „in dubio contra stipulatorem“ – zuungunsten der Beklagten auszulegen.

Das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien endete damit am 31. Januar 2014, ob die Kündigung nun als (ungerechtfertigte) fristlose Entlassung oder ob sie als ausserterminliche Kündigung verstanden wird. Entsprechend sind die Ansprüche des Klägers abzurechnen.»

AH140137 vom 5. August 2015)

14. OR 336; Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit?

Die Klägerin wurde nach rund zwei Monaten noch in der Probezeit wieder entlassen, da sie Anweisungen ihrer Vorgesetzten nicht befolgt und deren Entscheidungen nicht akzeptiert habe. Darum sei es nicht möglich gewesen, eine gegenseitige Vertrauensbasis aufzubauen. Die Klägerin betrachtete die Kündigung hingegen als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

«Das Bundesgericht spricht sich mit Blick auf Sinn und Zweck der Probezeit, insbesondere das gegenseitige Kennenlernen im Hinblick auf eine langfristige Bindung, für Zurückhaltung bei der Annahme von Missbrauchstatbeständen bei Probezeitkündigungen aus (BGE 134 III 108 E.7.1, bestätigt in 136 III 96 E.2, 4A_432/2009 = ARV 2010 S. 26 = JAR 2010 S. 370, 4A_281/2007 vom 18.10.2007 E.5.2 = JAR 2008 S. 286, ähnlich AGer ZH in Entscheide 2009 Nr. 14 und TC FR in RFJ 2010 Nr. 32 E.6.a). Bei Abschluss des Vertrages liegt es grundsätzlich im Belieben des Arbeitgebers, welchen von mehreren Kandidaten er einstellen will. Ebenso entscheidet der Arbeitnehmer frei, für welche Arbeitsstelle er sich bewirbt. Nach Art. 335b OR wirkt diese Abschlussfreiheit in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, könne allein darin, dass ihr etwas Willkürliches anhafte, kein Rechtsmissbrauch gesehen werden (BGE 134 III 108 E.7.1.1).

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt sich ableiten, dass in der Anfangsphase einer Anstellung, insbesondere während der Probezeit, ein weniger strenger Massstab gilt, der Arbeitgeber also nicht in gleicher Masse zur Einleitung von Konfliktlösungsmassnahmen verpflichtet ist, wie wenn das Arbeitsverhältnis schon längere Zeit andauerte (BGE 4A_432/2009 vom 10.11.2009 E.2.4 f.; ähnlich KG SG in JAR 2009 S. 591 E.4.c und TC FR in RFJ 2010 Nr. 362 E.6.b). Insbesondere kann vom Arbeitgeber nicht erwartet werden, dass er das Arbeitsverhältnis fortsetzt, wenn bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit den übrigen Mitarbeitenden erkennbar werden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., S. 1004 f.)» [...]

Beurteilung:

«Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass es seit der Anstellung der Klägerin immer wieder Konflikte bezüglich der Arbeitsorganisation gab.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihre Fürsorgepflicht verletzt, da sie den Konflikt zwischen der Klägerin und ihren Vorgesetzten nicht entschärft habe. Sie sei von Beginn an nicht richtig in ihre Tätigkeit eingeführt und später gemobbt worden. Aus der Fürsorgepflicht lässt sich kein allgemeines Gebot des Arbeitgebers zur Durchführung von Aussöhnungsversuchen und Mediationsverfahren ableiten. Gewisse Massnahmen müssen zwar ergriffen werden, doch kann von weiteren abgese-

hen werden, wenn aufgrund der konkreten Situation schon klar ist, dass solchen Bemühungen kein Erfolg beschieden sein wird. Falls die Arbeitnehmerin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten selbst verletzt, wenn sie berechtigten Anordnungen der Arbeitgeberin nicht nachgekommen ist, besteht keine Pflicht zur Ergreifung von schlichtenden Massnahmen (BGer 4C.73/2006 vom 22. Dezember 2006). Zudem gelten während der Probezeit – wie bereits erwähnt – grosszügigere Massstäbe.

Die Klägerin ist darauf hinzuweisen, dass sie als Arbeitnehmerin in einem Subordinationsverhältnis steht und sich folglich an die Weisungen ihrer Vorgesetzten zu halten und ebenso die Unternehmenspolitik mitzutragen hat, wozu auch die Arbeitsorganisation gehört. Ebenso ist es Sache der Beklagten, auf welche Art und Weise sie neue Mitarbeiter in deren Aufgabe einführt. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht ist somit nicht ersichtlich.

Gemäss gängiger Rechtsprechung wird als Mobbing ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll, bezeichnet (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 OR, S. 554). Ein systematisches Mobbing gegen die Klägerin ist nicht ansatzweise erwiesen.

Eine Kündigung aus rassistischen Motiven ist nicht genügend substantiiert und die pauschale Behauptung findet in den Akten keinen Niederschlag. Zumal die Klägerin selbst erklärte, es seien auch andere ausländische Mitarbeiter in der Abteilung angestellt gewesen.

Die von der Beklagten in der Probezeit ausgesprochene Kündigung ist nicht rechtsmissbräuchlich, weshalb die Klage abzuweisen ist.

Fazit:

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beklagte berechtigt war, das Arbeitsverhältnis ordentlich in der Probezeit aufzulösen und die Kündigung daher nicht missbräuchlich war.»

(AH150007 vom 7. April 2015)

15. OR 336; Anforderungen an eine missbräuchliche Art der Entlassung

Der Kläger war seit dem 1. Mai 2013 als Sicherheitsangestellter bei der Beklagten tätig. Am 29. August 2013 wurde die ordentliche Kündigung auf den 30. November 2013 ausgesprochen. Die Kündigungsgründe wurden vom Gericht nicht als missbräuchlich erachtet. Am 17. August 2013 gab es im Empfangsbereich einer Kundin eine handgreifliche Streitigkeit zwischen zwei Mitarbeiterinnen der Beklagten. Der Kläger speicherte die Videosequenz ab, was zu Unstimmigkeiten führte, nachdem der Kläger den Vorfall per Video meldete. Die Beklagte entschloss sich daher, den Kläger von den Diensten bei dieser Kundin einige Tage freizustellen. Sie war offenbar der Ansicht, der Kläger habe die Beklagte durch diese E-Mail in Misskredit bringen wollen, während der Kläger davon ausging, er habe sich mit dieser Anfrage nur an die Dienstanweisungen gehalten.

Aus den Erwägungen:

«Wie es sich damit verhält, kann letztlich offen bleiben. Denn es ist grundsätzlich unerheblich, ob die gegenüber dem Kläger erhobenen Vorwürfe zutreffen. Es stellt sich einzig die Frage, ob die Beklagte im Umfeld der Kündigung das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachtet hat oder ob die Art und Weise, wie der Kläger seiner Tätigkeit bei besagtem Kunden enthoben wurde, als persönlichkeitsverletzend zu werten ist. Auch wenn die Beklagte jederzeit eine Freistellung verfügen darf, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten.

Der Kläger war gemäss Arbeitsplan auch am Freitag 18. August 2013 ab 14.00 Uhr sowie am Samstag 19. August 2013 für einen Dienst bei besagter Kundin eingeteilt gewesen. Die Beklagte hat entschieden, den Kläger für die Dienste bei besagter Kundin freizustellen, hat dies jedoch dem Kläger weder mündlich noch per E-Mail mitgeteilt. Vielmehr hat sie ihn zu Beginn seines Dienstes am Arbeitsort beim Kunden unmittelbar vor Dienstbeginn abgepasst. Dabei wurde ihm die Freistellung eröffnet, woraufhin er die Arbeitskleidung sowie die Arbeitsutensilien wie den Badge, die Zugriffsrechte sowie den Zugriffscode für den PC abzugeben hatte. Es waren neben dem Vorgesetzten des Klägers zwei Mitarbeiter der Beklagten sowie eine am Empfang tätige Angestellte der Kundin und weitere namentlich nicht bekannte Mitarbeiter der Kundin anwesend. Der Kläger konnte sich zwar von den weiteren Mitarbeitern verabschieden, es blieb jedoch keine Zeit für Erklärungen. Er wurde aus dem Gebäude geleitet und hatte fortan Hausverbot. Die Beklagte räumte auch ein, dass die Mitteilung betreffend Freistellung des Klägers für die sechs Mitarbeiter einsehbar gewesen sei, die beim betreffenden Kunden gearbeitet hätten. Sie hätten diese Mitteilung erhalten, weil sie die darin enthaltene Weisung hätten umsetzen müssen. Beispielsweise hätten die anderen Mitarbeiter dem Kläger nach der Freistellung keinen Zugang mehr zum betreffenden Gebäude gewähren dürfen.

Die Beklagte begründet ihr Vorgehen damit, dass der Kläger mehrfach Gespräche verweigert oder verzögert habe. Sie sei deshalb der Ansicht gewesen, eine mündliche oder schriftliche Ankündigung an den Kläger mache keinen Sinn. Selbst wenn der Kläger in der Vergangenheit mehrfach Gespräche verweigert oder verzögert haben sollte, so durfte die Beklagte nicht einfach annehmen, dass der Kläger seine bezahlte Freistellung nicht hinnehmen oder Weisungen keine Folge leisten werde. Vor dem Gebot der schonenden Rechtsausübung hatte die Beklagte grundsätzlich den Versuch zu machen, dem Kläger die Freistellung schon vor dem Dienstantritt zu kommunizieren. Indem der Kläger in derart auffälliger Weise vom Arbeitsplatz entfernt wurde, entstand für die Mitarbeiter der Beklagten und weitere Anwesende ein falsches Bild. Namentlich wurde der unzutreffende Eindruck erweckt, der Kläger habe sich bei seiner Bewachungsaufgabe eine Unregelmässigkeit oder gar eine massive Verfehlung der Kundin gegenüber zuschulden kommen lassen, und die Beklagte habe eine fristlose Kündigung ausgesprochen. Es darf nicht vergessen werden, dass die Tätigkeit in der Sicherheitsbranche eine grundsätzlich verlässliche Arbeitseinstellung sowie eine besonders korrekte Verhaltensweise voraussetzt. Wird ein Sicherheitsmitarbeiter den Kollegen gegenüber ohne weitere Erklärungen derart aus einem Dienst entfernt und mittels Hausverbot von einem Kunden ferngehalten, so ist dies ein Nährboden für

Spekulationen. Da in der Sicherheitsbranche die berufliche Tätigkeit eigens darauf abzielt, den Schutz der Kunden zu gewährleisten, wirken sich Gerüchte und Spekulationen, welche die Redlichkeit des Betroffenen in Frage stellen, geradewegs negativ auf seine Ehre und das berufliche Fortkommen aus.

Aus diesen Gründen hat die Beklagte – unabhängig von der Frage, ob die E-Mail Anfrage des Klägers an die Kundin berechtigt und korrekt war – ihre arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger in grober Weise verletzt, woraus sich ohne Weiteres die Missbräuchlichkeit der Kündigung ergibt.»

In der Folge sprach das Gericht dem Kläger als Entschädigung einen Monatslohn zu.

Demgegenüber entschied das Obergericht:

«Gemäss oben Ausgeführtem wäre schliesslich denkbar, dass dem Kläger aus einer Persönlichkeitsverletzung ein Genugtuungsanspruch zusteht. Die Zuspreehung einer derartigen Entschädigung wäre im vorliegenden Fall wohl durch das Rechtsbegehren des Klägers, wonach er Fr. 14'781.– u.a. wegen vorsätzlicher, böswilliger, unnötiger und ungerechtfertigter Freistellung vor Kunden und Mitarbeitern, nur um seinem Ruf zu schaden und andere Mitarbeiter einzuschüchtern, fordert (nicht explizit: auf Genugtuung), gedeckt. Dass der Kläger diese Forderung aus anderen rechtlichen Überlegungen ableitet, schadet ihm nicht, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat.

Die Beklagte ist nach Art. 328 Abs. 1 OR als Arbeitgeberin verpflichtet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Klägers als Arbeitnehmer zu achten und zu schützen. Bei schweren Persönlichkeitsverletzungen ist neben Schadenersatz gemäss Art. 97 OR auch Genugtuung zu leisten (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 47 und 49 OR). Eine Genugtuung setzt jedoch voraus, dass die Persönlichkeitsverletzung objektiv eine gewisse Schwere aufweist und dass die seelischen Leiden vom Opfer subjektiv als so schwer empfunden werden, dass es unter den gegebenen Umständen als legitim erscheint, eine Genugtuung zu beanspruchen (BSK OR I-Portmann, Art. 328 N 53b). Damit die Schwere der Verletzung bejaht werden kann, bedarf es in objektiver Hinsicht jedenfalls einer ausserordentlichen Kränkung (BK-Brehm, Art. 49 OR N 19 f.). Es genügt dafür z.B. nicht jede leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person (vgl. BK-Brehm, Art. 49 OR N 26; BSK ZGB I-Meile, Art. 28 ZGB N 28; BGE 125 III 70 E.3a). Selbst wenn sich also der Sachverhalt so zugetragen hätte, wie ihn die Vorinstanz erstellt hat und der Kläger in der Berufungsantwort – mit Ausnahme der vom Kläger unsubstantiiert behaupteten Tatsache, wonach seine Kollegen vor ihm über seine Freistellung bei der Kundin informiert gewesen seien (Urkunde X. spricht viel mehr dafür, dass sie erst um 15.13 Uhr informiert wurden) – anerkennt, wäre die Kränkung bereits objektiv nicht genügend schwer. Der Kläger machte – soweit ersichtlich – vor Vorinstanz lediglich geltend, dass sein guter Ruf durch das Verhalten der Beklagten Schaden genommen habe. Dies zeige auch der Umstand, dass sich seine ehemaligen Arbeitskollegen seither von ihm distanziert hätten und dass es sich um eine demütigende und öffentliche Freistellung gehandelt habe. Nicht jede Massnahme des

Arbeitgebers, die als Kränkung empfunden wird, gibt jedoch Anspruch auf Genugtuung (BK-Brehm, Art. 49 N 75a). Grundsätzlich ist der Arbeitgeber berechtigt, seine Mitarbeiter über den Austritt eines Arbeitskollegen zu informieren. Gleiches muss aus arbeitsorganisatorischen Gründen auch für eine Freistellung gelten. Auch hielt das Obergericht in grundsätzlicher Hinsicht fest, dass die Entlassung einer Person nicht deren Geheimnissphäre betreffe (BGer. 4 A_325/2008 vom 6. Oktober 2008, E.4.)»

Das Obergericht hiess die Berufung gut und wies damit die Klage ab.

(AGer., AH140079 vom 12. März 2015 und Obergericht, LA150015 vom 2. Juli 2015)

16. OR 337; Fristlose Entlassung oder Freistellung?

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 28. Oktober 2014 per Ende November 2014. Nach einer verbalen Auseinandersetzung am 30. Oktober 2014 forderte der direkte Vorgesetzte den Kläger auf, ihm die Schlüssel zu den Räumlichkeiten der Beklagten abzugeben, was dieser auch tat. In der Folge war zwischen den Parteien strittig, ob der Kläger anlässlich dieser verbalen Auseinandersetzung fristlos entlassen oder per sofort freigestellt wurde.

Aus den Erwägungen:

«Die von der Beklagten substantiiert behaupteten verbalen Entgleisungen des Klägers wurden von diesem grundsätzlich nicht bestritten, rechtfertigen eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung aber jedenfalls nicht. Weitere Verbalinjurien des Klägers hat die Beklagte nicht so substantiiert behauptet, dass darüber Beweis geführt werden könnte. Auf die Durchführung eines Beweisverfahrens ist deshalb zu verzichten.

Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die zwei von der Beklagten vorgebrachten Vorwürfe an den Kläger nicht die erforderliche objektive Schwere für einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR erreichen, zumindest nicht ohne vorgängige Verwarnung und nachdem dem Kläger bereits ordentlich gekündigt worden war sowie das Arbeitsverhältnis lediglich noch einen Monat gedauert hätte. Dies gilt auch für die Kombination derselben und zwar unabhängig davon, ob die verbalen Entgleisungen in Anwesenheit von Herrn X. (Praktikant) erfolgt sind oder nicht. Damit erübrigt es sich, Herrn X. als Zeugen einzuvernehmen.

Fristlose Kündigung oder Kündigungsbegründung am 10. November 2014

Zwischen der verbalen Auseinandersetzung vom 30. Oktober 2014 und dem an den Kläger adressierten Schreiben der Beklagten mit dem Titel „Fristlose Kündigung“ vom 10. November 2014 standen die Parteien unbestrittenermassen in keinem Kontakt mehr zueinander.

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die fristlose Kündigung vom 10. November 2014 sei ungerechtfertigt erfolgt, weshalb er den Lohn November 2014 sowie eine Entschädigung in der Höhe von einem Monatslohn fordert.

Die Beklagte macht geltend, dass sie mit Schreiben vom 10. November 2014 lediglich die bereits am 30. Oktober 2014 ausgesprochene Kündigung schriftlich begründet habe.

Eine fristlose Kündigung ist umgehend zu erklären, wenn der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis bekannt ist. Damit ist nicht eine augenblickliche Reaktion gemeint, aber ein Handeln innert angemessener Frist nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen. Andernfalls ist anzunehmen, es sei auf das Recht zur fristlosen Kündigung verzichtet worden bzw. nimmt das Bundesgericht an, der Kündigende habe zu erkennen gegeben, dass nicht wirklich eine Unzumutbarkeit vorliegt. Das Bundesgericht ist streng und gesteht dem Kündigenden im Normalfall zwei bis drei Arbeitstage, bei komplexeren Organisationsstrukturen rund eine Woche, zu (BGE 138 I 113 E.6.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., zu Art. 337 N 17 S. 1125 f., je m.w.H.).

Das Schreiben vom 10. November 2014 ging dem Kläger frühestens am darauffolgenden Tag und damit erst zwölf Tage nach den Vorfällen vom 30. Oktober 2014 zu. Da keine Gründe ersichtlich sind, die der Beklagten ein solch langes Zuwarten erlaubt hätten, ist vorweg festzustellen, dass die fristlose Kündigung jedenfalls zu spät erfolgt wäre, wenn das Schreiben vom 10. November 2014 als solche zu verstehen gewesen wäre.

Das Schreiben vom 10. November 2014 trägt zwar den Titel „Fristlose Kündigung“, nimmt im Übrigen aber lediglich Bezug auf den 28., 29. und insbesondere 30. Oktober 2014. Die Beklagte gibt darin den Verlauf des Arbeitsverhältnisses aus ihrer Sicht wieder und begründet die von ihr ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 30. Oktober 2014. Eine erneute selbständige fristlose Kündigung ist dem Schreiben nach Treu und Glauben jedoch nicht zu entnehmen, weshalb es nicht als separates fristloses Kündigungsschreiben zu betrachten ist. Es vermag den Anforderungen an die Unmissverständlichkeit und Eindeutigkeit einer fristlosen Entlassung jedenfalls mitnichten zu genügen.

Fazit:

Die Beklagte kündigte dem Kläger am 28. Oktober 2014 auf Ende November 2014 ordentlich und stellte ihn am 30. Oktober 2014 frei, weshalb ihm der Lohn für November 2014 geschuldet ist. Da nach Treu und Glauben weder am 30. Oktober 2014 noch am 10. November 2014 effektiv eine fristlose Kündigung ausgesprochen wurde, hat der Kläger keinen Anspruch auf Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR.»

(AH150055 vom 10. August 2015)

17. OR 340 f.; Konkurrenzverbot

Der Kläger war für die Beklagte als Verkaufsmitarbeiter mit Geschäftsführungsaufgaben tätig. Wie sich zeigte, begann er – trotz vertraglichem Konkurrenzverbot – bereits während seiner Anstellung in unmittelbarer Nähe ein Konkurrenzgeschäft zu

betreiben. Im Gerichtsverfahren verlangte die Beklagte daher widerklageweise eine Konventionalstrafe.

Aus den Erwägungen:

«Klarer erfüllt ist das Schutzwürdigkeitserfordernis insofern, als der Kläger Einblick in den Kundenkreis der Beklagten hatte. Geschützt ist dabei der Kundenstamm, für den man beim Verkauf des Geschäftes Goodwill bezahlen würde. Dabei ist nicht die Kundenliste, sondern die Geschäftsbeziehung an sich Schutzobjekt. Blosser Kenntnis der Kundenliste genügt nicht. Von der Rechtsprechung wird verlangt, dass der Arbeitnehmer persönlichen Kontakt zu den Kunden hatte, der es ihm erlaubte, deren Eigenschaften und Bedürfnisse kennenzulernen, sodass er den Kunden leicht gleiche Leistungen anbieten und sie so für sich gewinnen kann. Erforderlich ist sodann eine gewisse Dauer des Einblicks (zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 340 OR). Kein Konkurrenzverbot wird zugelassen, wenn die Kunden den Arbeitnehmer nicht wegen der beim Arbeitgeber erworbenen Kenntnisse, sondern wegen dessen besonderen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten folgen. Sodann wird vertreten, dass beim gewöhnlichen Verkäufer, Tankstellenwart, Monteur oder Hauswart die gewonnenen Kenntnisse über Kunden nichts Geheimes bzw. Schutzwürdiges hätten. Ein genereller Ausschluss von Konkurrenzverboten für Inhaber unterer Chargen ist indes abzulehnen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 in fine und N 10 zu Art. 340 OR).

Dass zwischen den Kunden der Beklagten bzw. der Filiale Zürich und dem Kläger Kontakte bestanden, welche über die Beziehung eines gewöhnlichen Verkäufers zum Kunden hinausgehen, ist offensichtlich. Bereits im Arbeitsvertrag verpflichtete sich der Kläger, Kunden anzuwerben bzw. zu empfangen, diese zu beraten, (persönliche) Diätpläne auszuarbeiten und die Entwicklung der Kunden zu verfolgen. Der Kläger hatte Gelegenheit, Eigenschaften und Bedürfnisse der Kunden kennenzulernen, sodass er diesen leicht gleiche Leistungen anbieten und sie so für sich gewinnen konnte. Es steht ferner ausser Frage, dass nicht die besonderen persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Klägers für die Entstehung dieses Kundenkontaktes entscheidend waren. Die Rolle des Klägers war grundsätzlich austauschbar (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 340 OR). Dass der Kläger punkto Funktion und Anstellungsbedingungen nicht besser gestellt war als Verkäufer in anderen Ladengeschäften, hindert die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes nicht, zumal er die erworbenen Kenntnisse und Kontakte direkt für den Aufbau seines Konkurrenzgeschäftes einsetzen konnte (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 14 zu Art. 340 OR).

Voraussetzung für die Gültigkeit des Konkurrenzverbots ist sodann, dass (einerseits) die Verwendung der erworbenen Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte und dass (andererseits) das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht übermässig erschwert. Selbstverständlich bedingt dies auch, dass eine reale Konkurrenzsituation vorliegt. Das Gesetz lässt die blosser Schädigungsmöglichkeit genügen. Ein konkreter Schaden braucht nicht nachgewiesen zu werden. Vorausgesetzt wird ein ins Gewicht fallendes Schadenspotential.

Nach der Rechtsprechung genügt bspw. ein Provisionsverlust von über Fr. 10'000.– bei einer grösseren Transportunternehmung (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 15 zu Art. 340 OR; BGer. 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005, in: JAR 2006, S. 131).

Das Schädigungspotential einer Konkurrenzierung in unmittelbarer Nachbarschaft zum Geschäft der Beklagten in Zürich muss vorliegend als hoch eingestuft werden. Kunden kaufen Nahrungsergänzungsmittel regelmässig in der Umgebung ihres Wohn- oder Arbeitsortes ein und zählen auf die erwähnte Bindung zu ihrem bevorzugten Verkaufsberater.

Bei der Beklagten handelt es sich um ein Kleinunternehmen mit nur wenigen Filialen. Der Umfang des vereinbarten Konkurrenzverbotes kann nicht a priori als unzulässig eingestuft werden. Dieses beschränkt sich auf den Bereich der geschäftlichen Aktivitäten der Beklagten (im Wesentlichen den Verkauf von Nahrungsergänzungsmitteln) und auf einen Radius von 50 km um die Stadt Zürich. Der Kläger ist für sein wirtschaftliches Fortkommen nicht auf eine Tätigkeit im umschriebenen Geschäftsfeld angewiesen. Eine solche Tätigkeit setzt auch keine besondere Ausbildung oder besonderen Fähigkeiten voraus, in deren Bestand der Kläger geschützt werden müsste (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 340c OR). Das Interesse der Beklagten am Konkurrenzverbot überwiegt die entgegenstehenden Interessen des Klägers ohne Weiteres. Das Vorliegen einer realen Konkurrenzsituation ist offensichtlich.

Nach dem Gesagten ist das in Ziff. 15 des Arbeitsvertrags vereinbarte Konkurrenzverbot im Grundsatz verbindlich.

[...]

Die Verletzung des Konkurrenzverbots begründet eine grundsätzliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers mit Bezug auf die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe.

Übermässig hohe Konventionalstrafen sind durch den Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 1 und 3 OR). Es obliegt dem Arbeitnehmer, deren Übermässigkeit darzutun (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 340b OR). Bei der Bemessung wird die Frage, ob beim Arbeitgeber effektiv ein Schaden eingetreten ist, nur sehr am Rande berücksichtigt. Die Konventionalstrafe soll gerade vom Schadensnachweis dispensieren. Herabzusetzen ist die Konventionalstrafe regelmässig, wenn das Konkurrenzverbot vom Richter nach Ort, Zeit oder Gegenstand eingeschränkt wurde. Zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Umfang des Konkurrenzverbots besteht dabei ein Zusammenhang. Die Konventionalstrafe ist angemessen, wenn sie in Würdigung der Interessen des Arbeitgebers an der Einhaltung, der Schwere der Verletzung durch den Arbeitnehmer und dessen wirtschaftlicher Lage als gerechtfertigt erscheint. Ins Gewicht fällt somit auch die persönliche Lage des Arbeitnehmers, insbesondere dessen familiäre Situation (zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 340b OR).

Sinnvoll erscheint dabei ein mehrstufiges Vorgehen, wobei zunächst aufgrund des Interesses des Arbeitgebers und der wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitneh-

mers der objektiv angemessene (Höchst-)Betrag festgesetzt wird, welcher anschliessend an die konkreten Verhältnisse, insbesondere an das Verschulden des Arbeitnehmers, angepasst wird (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 340b OR).

Ziff. 15 des Arbeitsvertrages sieht eine Konventionalstrafe in der Höhe der Gesamtvergütung (brutto; Fixlohn zzgl. Umsatzprovisionen) des Arbeitnehmers für die sechs Monate vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Die Beklagte geht diesbezüglich von Zahlungen von Fr. 33'673.60 (brutto) aus. Der Kläger geht von einem monatlichen Grundlohn von Fr. 4'100.– zzgl. einer durchschnittlichen Umsatzprovision von Fr. 1'231.80 aus. Gemäss diesen Zahlen ergäbe sich eine Konventionalstrafe von Fr. 31'990.80. Der Kläger hat aber die Berechnung der Beklagten nicht bestritten, und diese ist auch belegt. Dem Entscheid ist daher der Betrag von Fr. 33'673.60 zugrunde zu legen.

Bei der Festsetzung des objektiv angemessenen Höchstbetrags einer Konventionalstrafe sind zunächst die familiären Verpflichtungen des Klägers (Vater eines Kindes) zu berücksichtigen. Weil sodann das zeitlich unbegrenzt vereinbarte Konkurrenzverbot auf das Mass des Zulässigen einzuschränken und das Konkurrenzverbot auch hinsichtlich des örtlichen Geltungsbereichs zu limitieren ist, rechtfertigt sich eine erhebliche Herabsetzung des objektiv angemessenen Höchstbetrags auf 60 %. Eine besondere Schutzbedürftigkeit der Beklagten im Vergleich zu anderen Arbeitgebern lässt sich nicht festmachen. Bei der Beurteilung der konkreten Verhältnisse ist nach dem Gesagten von einem zulässigen Höchstbetrag der Konventionalstrafe von gerundet Fr. 20'200.– auszugehen.

Das aus dem Sachverhalt ersichtliche objektive Verschulden des Klägers wiegt ausserordentlich schwer. Er hat seine konkurrierende Tätigkeit in unmittelbarer Nachbarschaft zum Geschäft der Beklagten aufgebaut (sein Geschäft liegt direkt um die Ecke im selben Häuserblock wie das Geschäft der Beklagten). Mit der Vorbereitung der Konkurrenzierung hat er fast ein halbes Jahr vor der Kündigung am 18. Juli 2014 begonnen, nämlich im Februar 2014. Er hat die beiden Ladengeschäfte – einmal als Arbeitnehmer, einmal auf eigene Rechnung – während Monaten (ab April 2014 bis Anfangs Juli 2014) parallel geführt. Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass der Kläger während dieser Monate einen wesentlichen Teil seiner Arbeitskraft und Arbeitszeit in vertragswidriger Weise dem Aufbau seines eigenen Geschäftes widmete. Von den bei seiner Tätigkeit erworbenen Kenntnissen (Liefermengen, Absatzmengen etc.) hat er regen Gebrauch gemacht. Aufgrund der örtlichen Nähe der beiden Geschäfte und des Umstands, dass es bei beiden um den Verkauf von Nahrungsergänzungsmitteln geht, ist weiter evident, dass der Kläger und sein eigenes Geschäft von den in Diensten der Beklagten erworbenen Kundenkontakten in erheblichem Ausmass profitierten. Kurzum: Durch sein Verhalten und das konkrete Vorgehen hat der Kläger seinen Arbeitsvertrag in geradezu krasser Weise verletzt. Es ist auf den Höchstbetrag der Konventionalstrafe von Fr. 20'200.– zu erkennen.»

(AH150031 vom 5. November 2015)

18. OR 341; Gültigkeit einer Aufhebungsvereinbarung

Da die Zusammenarbeit mit H. (Geschäftsführer) schon bald nicht mehr gut funktionierte, kündigte der Kläger nach Ablauf der Probezeit per Ende April 2014. Beim Gespräch arbeitete H. einen Aufhebungsvertrag auf einen früheren Zeitpunkt aus. Der Kläger wollte diesen noch mit seinem Anwalt besprechen, bevor er ihn unterschreibt. Anschliessend verabschiedete er sich und liess die Schlüssel zurück. Am Nachmittag stimmte er dem Aufhebungsvertrag per E-Mail zu, machte aber die Unterzeichnung davon abhängig, dass ihm der Februarlohn überwiesen werde. Als er diesen am 27. Februar 2014 erhalten hatte, teilte er per E-Mail mit, auf Anraten seines Anwalts unterschreibe er nun doch nicht und bot für die Kündigungsfrist die Arbeit an, da ihm für diese auch der Lohn zustehe. Vor Gericht machte er den Lohn für die Kündigungsfrist geltend.

Aus den Erwägungen:

«Zwingende Schriftlichkeit sieht das Arbeitsrecht für Aufhebungsvereinbarungen nicht vor. Ob die Aufhebungsvereinbarung Art. 341 OR widerspricht, wird gesondert zu prüfen sein. Wie bereits erwähnt, hat der Kläger die sich aus der Vereinbarung ergebende Möglichkeit am 24. Februar 2014 umgehend genutzt, die Schlüssel abgegeben und den Arbeitsplatz verlassen. Die ihm von der Beklagten eingeräumte Bedenkzeit nutzte er in dem Sinne, als er kurz nach Verlassen des Arbeitsplatzes vorgegab, er habe sich mit seinem Anwalt besprochen und sei mit der Aufhebungsvereinbarung einverstanden. Unmittelbar nach Eintreffen seines Lohnes werde er die Vereinbarung unterzeichnen. Er wartete bloss das Eintreffen des noch offenen Lohnes ab, um der Beklagten dann umgehend am 27. Februar 2014 mitzuteilen, er werde nun die Vereinbarung wiederum auf Empfehlung seines Anwaltes doch nicht unterzeichnen. Trotz Arbeitsangebotes war er für die Beklagte bis zum 6. März 2014 nicht mehr erreichbar.

Die Beklagte durfte damit darauf vertrauen, dass der Kläger die Aufhebungsvereinbarung rechtskundig hat prüfen lassen, ihr zustimmt und die Unterschrift des Klägers nur noch von der Leistung des ihm zustehenden Lohnes abhängt. Sie durfte darauf umso mehr vertrauen, als der Kläger seinerseits seinen Arbeitsplatz verlassen hat und nicht wieder erschienen ist. In diesem Vertrauen ist die Beklagte zu schützen und alleine deshalb ist die Berufung des Klägers auf Formungültigkeit der Vereinbarung missbräuchlich. Erschwerend kommt hinzu, dass der Kläger der Beklagten seine Zustimmung zur Vereinbarung nach eigener Aussage nur vorgegaukelt hat, um seine Lohnzahlung auszulösen und er überhaupt nie die Absicht gehabt hat, diese auch zu unterzeichnen. Dass die Beklagte ihm zu diesem Vorgehen Anlass geboten hätte, weil H. (Geschäftsführer) die Nichtbezahlung des ihm zustehenden Lohnes in Aussicht gestellt hätte, ist nicht erstellt.

Die Berufung auf den Formmangel der Auslösungsvereinbarung verstösst in Anbetracht des Verhaltens des Klägers gegen Treu und Glauben und stellt einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar.

Zu prüfen bleibt, ob der Aufhebungsvertrag unter dem Aspekt des Verzichtverbotes gemäss Art. 341 OR zulässig ist. Für die Gültigkeit wird vorausgesetzt, dass der Aufhebungsvertrag ein echter Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen. Das Bundesgericht wendet in diesen Fällen Art. 361 OR und Art. 362 OR nicht an. Nebst den beidseitigen Konzessionen stellt das Bundesgericht stark darauf ab, ob der Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Aufhebungsvertrag hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E.2.2; BGE 118 II 58 E.2.b; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 335 OR). Bei der Beurteilung der Gültigkeit kommt es namentlich auch auf die Interessenslage der vertragschliessenden Parteien an (Farner, Der Aufhebungsvertrag, in ArbR 2010 S. 33 ff., S. 38 ff.). Das Bundesgericht hat Vertragsaufhebungen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, bei denen der Arbeitnehmer auf den Lohn während der Kündigungsfrist und der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung verzichtet, in verschiedenen Entscheiden als zulässig erachtet (BGE 118 II 58; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 335 OR, m.w.H.).

Die Initiative ging vorliegend zwar von der Beklagten aus, der Aufhebungsvertrag war allerdings eine Reaktion auf die Kündigung des Klägers und das Kündigungsgespräch. Der Kläger hatte zwar ein Interesse an der Einhaltung der Kündigungsfrist, da er keine neue Arbeitsstelle hatte und später Arbeitslosentaggelder bezog. Er erachtete jedoch die weitere Zusammenarbeit mit H. als grundsätzlich unzumutbar.

Der Aufhebungsvertrag erweist sich damit unter dem Aspekt des Verzichtverbotes als zulässig.»

(AH140089 vom 30. März 2015)

19. ArG; Handlungsvollmachten einer Arbeitnehmervertretung

Im Rahmen von Vertragsänderungen war zu prüfen, wieweit eine Arbeitnehmervertretung diesen anstelle der einzelnen Arbeitnehmer zustimmen durfte.

Aus den Erwägungen:

«Ermächtigung der Arbeitnehmervertretung zum rechtsgeschäftlichen Handeln

Die Arbeitnehmervertretung ist befugt, eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abzuschliessen; die Berechtigung dazu kann sich aufgrund einer Vollmacht für den Einzelfall (Verhandlungsmandat der Arbeitnehmer), einer Bestimmung in einem Organisations- bzw. Mitwirkungsreglement (Betriebsvereinbarung), einer Bestimmung in einem GAV oder nach Gesetz (ArG, MitwG) ergeben. Liegt eine gültige Ermächtigung vor, so darf die Arbeitnehmervertretung nach aussen hin verhandeln und entsprechende Vereinbarungen abschliessen, wobei in der Regel nicht Einstimmigkeit der Arbeitnehmer notwendig ist (Müller, Die Betriebsvereinbarung, in: ArbR 1998, S. 160).

Wirkung der Betriebsvereinbarung auf das einzelne Arbeitsverhältnis

Handelt die Arbeitnehmervertretung gestützt auf eine gesamtarbeitsvertragliche Ermächtigung, so wirkt die mit dem Arbeitgeber abgeschlossene Vereinbarung normativ aufgrund des GAV, also kollektivrechtlich (Art. 357 OR) für alle dem GAV unterstehenden Arbeitnehmer. Dieselbe normative Wirkung tritt in denjenigen Fällen ein, in denen die Arbeitnehmervertretung aufgrund einer Ermächtigung in einer Betriebsvereinbarung nach Art. 38 Abs. 2 ArG handelt. Die Arbeitnehmervertretung kann auch aufgrund eines konkreten Handlungsmandats (erteilte Ermächtigung zur Verhandlung ohne Grundlage im GAV oder in einer Betriebsvereinbarung) handeln; bewegt sich das Ergebnis im Rahmen des erteilten Mandats, so bekommt dieses für diejenigen Arbeitnehmer Gültigkeit, welche ein entsprechendes Mandat erteilt haben (individualrechtliche Wirkung). Erfolgt keine im Voraus erteilte Ermächtigung (GAV, Betriebsvereinbarung/Mitwirkungsreglement, vorgängiges Einzelfall-Verhandlungsmandat etc.), so entfaltet eine allfällig getroffene Vereinbarung den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber ihre Wirkung nur, wenn diese sie auch individuell – entsprechend den Regeln über die Stellvertretung – ausdrücklich oder konkludent genehmigen (Müller, a.a.O., S. 161 ff.). Andernfalls handelt es sich bei der Vereinbarung zwischen Arbeitnehmervertretung und Arbeitgeber um einen wirkungslosen Vertrag zulasten Dritter bzw. in diesem Fall der Arbeitnehmer (Gauch/Schluep, Schweizerisches OR, Bd. I/II, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3994, 4054 ff.).

Handelt die Arbeitnehmervertretung ohne Ermächtigung oder überschreitet sie diese, so ist deren Vorgehen im Innenverhältnis unwirksam; entsprechend kommen die Regeln über ermächtigungsloses Handeln zur Anwendung (Art. 38 und 39 OR), d.h. es bedarf zur Entfaltung von Rechtswirkungen gegenüber den Arbeitnehmern einer Genehmigung ihrerseits (Müller, a.a.O., S. 163).

Individualrechtlich wirkende Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen, welche weder den Vorschriften des ArG entsprechen noch sich auf eine GAV-Delegationsnorm stützen, bedürfen der (ausdrücklichen oder konkludenten) vorgängigen Zustimmung oder nachträglichen Genehmigung durch die einzelnen Arbeitnehmer. Wiederum sind dabei die Regeln über die Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) für die Beurteilung der Wirkung massgebend (Müller, a.a.O., S. 169). [...]

Die Berechtigung der Arbeitnehmervertretung betreffend die Einführung der Jahresarbeitszeit ergibt sich somit aufgrund des GAV. Diese Änderung wurde durch das Arbeitszeit- und Schichtreglement auch individualrechtlich verankert. Fraglich ist nun, ob aufgrund des Mitwirkungsrechts der Betriebskommission bei allgemeinen Lohnverhandlungen auf eine Vertretungsbefugnis hinsichtlich der Pauschalisierung der Pausen im (gleichbleibenden) Monatslohn geschlossen werden kann. Dies kommt einer Lohnkürzung gleich, was eine Abänderung des dispositiven Vertragsrechts bedeutet. Die Pauschalisierung der Pausen im Monatslohn fällt daher nicht unter den Vertretungsbereich der Arbeitnehmervertretung. Damit der Vereinbarung diesfalls Wirksamkeit zugesprochen werden könnte, müsste es sich um eine individualrecht-

lich wirkende Vereinbarung handeln. Dass der Kläger persönlich dieser Regelung vorgängig ausdrücklich oder konkludent zugestimmt hätte, wird auch von der Beklagten nicht geltend gemacht, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen. Aus dem Arbeitszeit- und Schichtreglement geht nicht hervor, dass die Pausenentschädigung pauschalisiert im Grundlohn bezahlt werde. Durch dessen Unterzeichnung hat der Kläger der Pauschalisierung somit nicht zugestimmt. Eine nachträgliche konkludente Zustimmung des Klägers liegt aufgrund der Aktenlage sowie der Tatsache, dass der Kläger diesbezüglich Klage eingereicht hat, nicht vor.»

(AH140163 vom 15. September 2015)

20. L-GAV 21; Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeit

Der Küchenchef machte nach seinem Austritt eine Entschädigung für nicht bezogene Ferien-, Feier- und Ruhetage sowie geleistete Überstunden geltend. Die Beklagte hielt dem entgegen, er habe die Arbeitszeiten seiner Mitarbeiter kontrollieren müssen, was er auch für sich hätte machen sollen, da er in seiner Arbeitszeit frei gewesen sei.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 21 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich. Er hat überdies eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, die Aufschluss gibt über Arbeits- und Ruhezeiten, Feiertage- und Ferienguthaben.

Diese Arbeitgeber-Obliegenheiten lassen sich zwar auf den Leiter eines Betriebsteiles übertragen, sind aber nicht per se mit der Funktion eines Küchenchefs verbunden.

Im Arbeitsvertrag haben die Parteien eine unmissverständliche Regelung der Stundenführung stipuliert: Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, sich (an der Kasse) richtig ein- und auszustempeln, wobei ein Ausstempeln auch während der Pausen notwendig ist. Um keine Unstimmigkeiten aufkommen zu lassen, ist der Arbeitnehmer überdies verpflichtet, selbst Buch zu führen. Der Arbeitgeber führt über Arbeits- und Ruhezeit sowie Ferien Buch gemäss Kasse. Der Arbeitnehmer kann jederzeit Aufschluss betreffend Überstunden, Ruhezeiten und Ferienguthaben verlangen.

In völlig unzweifelhafter Weise verpflichtet der Arbeitsvertrag die Beklagte, anhand der Stempelinträge die Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 21 Abs. 3 L-GAV zu führen; der Kläger hatte dagegen lediglich die Arbeitszeiten ein- und auszustempeln und zwecks Bereinigung von Unstimmigkeiten für sich selbst auch Buch zu führen. Gemäss Arbeitsvertrag hatte demnach die Beklagte nicht nur für den Kläger, sondern auch für sich selbst Rechenschaft über allfällige Mehr- oder Minderzeiten und Über- oder Unterbezüge von Ruhe-, Feier- und Ferientagen abzulegen.

Der Kläger seinerseits ist seinen Obliegenheiten nachgekommen: Er hat aus- und eingestempelt und für sich selber offenbar auch eine Arbeitszeitkontrolle ge-

führt. Die Beklagte hat sich dagegen mit diesen Einträgen bis zur Kündigung nicht weiter befasst.

Es wäre Sache der Beklagten, darzutun und zu beweisen, dass die in Ziff. 10 des Arbeitsvertrages vorgesehene Regelung explizit oder konkludent abgeändert worden wäre.

Die Beklagte beruft sich einerseits auf ein Pflichtenheft. Andererseits gebe es eine ganze Liste von Zeugen, die bestätigen können sollen, dass keine offenen Ruhe- und Ferientage auf das Folgejahr übertragen werden dürften. Die beiden Tages- und Abendchefinnen sollen bezeugen können, dass ein Ferienbezug bis spätestens im März des Folgejahres gehandhabt worden sei.

Mit Verfügung vom 10. April 2015 ist der Beklagten Frist angesetzt worden, um dem Gericht die genauen Personalien der anzuhörenden Zeugen anzugeben und das Pflichtenheft einzureichen. Beides unterliess die Beklagte. Androhungsgemäss ist die Beklagte daher mit diesen Beweismitteln ausgeschlossen. Es fehlen somit abzunehmende Beweise und eine von Ziff. 10 des Arbeitsvertrages abweichende Regelung und/oder eine davon abweichende jahrelange Handhabung ist nicht erstellt.

Es wäre demnach Sache der Beklagten gewesen, anhand der Stempelzeiterfassung des Klägers dessen Arbeitszeitkontrolle zu führen und sich Rechenschaft über seine allfälligen Zeitguthaben abzulegen. Einer weiteren Meldung von geleisteten Überstunden, nicht bezogener Ferien-, Ruhe- oder Feiertage seitens des Klägers bedurfte es nicht mehr. Da die Beklagte auf die Verfügung vom 10. April 2015 nicht reagierte, worin ihr Frist zur Substantiierung ihres Einwandes der angeblich nicht ausgestempelten Mittagspausen des Klägers angesetzt wurde, bleibt sie androhungsgemäss mit diesem Einwand ausgeschlossen. Die vom Kläger geforderte Entschädigung für Zeitguthaben ist demnach anhand seiner Stempelzeiterfassung bzw. der darauf beruhenden Zusammenfassung zu ermitteln.»

(AH150028 vom 28. Mai 2015)

21. ZPO 53; Schutzmassnahmen kontra rechtliches Gehör

Die Beklagte stützte sich zur Begründung der fristlosen Entlassung auf interne Abklärungen, die sie dem Kläger aber nicht offenlegen wollte.

Aus den Erwägungen:

«Die Beklagte begründet die Schutzmassnahmen zunächst mit der Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Whistleblowerinnen. Wie die Beklagte zutreffend ausführt, sehen sich Personen, die Missstände melden, oft mit schwerwiegenden persönlichen Konsequenzen konfrontiert, wie beispielsweise Degradierung, Meidung von Kollegen, Mobbing, Nichtbeförderung oder gar Kündigung (Haumüller, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich 2011, S. 33 f.). Es ist allgemein bekannt, dass sich daher viele Betroffene aus Angst vor Kündigung oder Ausgrenzung nicht zur

Wehr setzen. Dadurch wird aber zunächst die Beklagte selbst gefordert, die mit der Implementierung eines Whistleblower-Systems gleichzeitig im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht Schutzvorkehrungen zu treffen hat, die sich nicht auf die Anonymisierung jedwelcher Beschwerden und darüber hinaus auf die Eliminierung sämtlicher Hinweise beschränken kann, die es dem „Täter“ erlauben könnten, die „Tat“ örtlich, zeitlich und kontextmässig zuzuordnen. Vorliegend liegt der Fall zudem etwas anders: Der „Täter“ wurde als Folge der internen Meldungen der betroffenen Mitarbeiterinnen bereits (vor nunmehr bald zwei Jahren) fristlos entlassen. Die Gefahr von Repressalien durch den Kläger als Vorgesetzten und hierarchisch übergeordnete Person droht somit nicht mehr. Dass sich gewisse Angestellte der Beklagten mit dem Kläger solidarisieren, kann nicht ausgeschlossen werden. Für negative Konsequenzen irgendwelcher Art bestehen aber aufgrund der Akten keine Anhaltspunkte und von der Beklagten werden auch keine drohenden Nachteile hinreichend substantiiert.

Zur Befürchtung der Beklagten, der Kläger könnte Mitarbeiterinnen kontaktieren, ist Folgendes zu bemerken: Grundsätzlich versteht es sich von selbst, dass es einer Prozesspartei möglich ist, angerufene oder potentielle Zeugen zu kontaktieren und direkt oder indirekt zu beeinflussen oder unter Druck zu setzen. Bei dieser Sachlage müssten eigentlich in jedem Verfahren, wo Zeugenvernehmungen anstehen, Schutzmassnahmen bzw. Kontaktverbote angeordnet werden. Das ist aber zweifelsohne nicht der Fall, zumal der Kontakt zu potentiellen Zeugen auch nicht a priori verboten ist. Eine solche Massnahme kann nur dann zur Diskussion stehen, wenn erstellt ist oder zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Prozesspartei tatsächlich Zeugen zu beeinflussen versucht. Dass der Kläger versucht hätte, mit seinen ehemaligen Mitarbeiterinnen Kontakt aufzunehmen, wird von der Beklagten nicht behauptet. Zwar will der Kläger nicht wissen, um welche Mitarbeiterinnen es sich bei den fraglichen fünf oder sechs Whistleblowerinnen handelt. Dennoch dürfte der Kreis der weiblichen Angestellten, mit welchen er im Zeitraum September 2010 bis März 2013 private Nachrichten ausgetauscht hat, überschaubar sein.

Schliesslich rechtfertigt auch die den Mitarbeiterinnen nach der Whistleblower Policy zugesicherte Vertraulichkeit die beantragten Schutzmassnahmen nicht. Die Whistleblower Policy der Beklagten weist selber darauf hin, dass der Schutz der Identität eines Whistleblowers in gewissen Fällen nicht möglich ist, „z.B. wo die Untersuchung zur Anklage vor Gericht führt oder wo das Wesen der Beschwerde derart ist, dass die Identität der Person aus den an X. übergebenen Informationen hergeleitet werden kann.“ Die Schutzzusage der Whistleblower seitens der Beklagten geht mit anderen Worten nicht soweit wie die vorliegend beantragten Schutzmassnahmen.

Bestünde die konkrete Gefahr, dass den betroffenen Mitarbeiterinnen Sanktionen drohen würden, könnte der Gefährdung der schutzwürdigen Interessen der weiblichen Mitarbeiterinnen mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen begegnet werden. So kann etwa gemäss Art. 54 Abs. 3 ZPO die Öffentlichkeit ganz oder teilweise von der Verhandlung ausgeschlossen werden. Denkbar wäre auch die Auflage an den Kläger, die Namen der Mitarbeiterinnen nicht bekannt zu geben, unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall. Dazu besteht gegenwärtig jedoch kein Anlass.

Die Beklagte hat zusammenfassend keine Gefährdung von schutzwürdigen

Interessen glaubhaft gemacht. Bereits unter diesem Aspekt ist ihr prozessualer Antrag abzuweisen.

Demgegenüber bestehen fundamentale Interessen des Klägers, Einblick in die Beilage samt Anhänge zu nehmen:

Der Kläger hat grundsätzlich Anspruch auf eine Konkretisierung der ihm gegenüber erhobenen Vorwürfe: Wen soll er wann bei welcher Gelegenheit in welcher Art und Weise sexuell belästigt haben? Er hat Anspruch darauf, dass er zu derart konkret erhobenen Vorwürfe ebenso konkret Stellung nehmen kann. Mit den Schutzanträgen der Beklagten würde der Gehörsanspruch des Klägers aber gleichsam darauf verkürzt, beispielsweise zu bestätigen oder eben zu bestreiten, dass irgendeine Mitarbeiterin von irgendeiner Drittperson irgendwann erfahren hat, dass der Kläger zu dieser Drittperson irgendwann gesagt haben soll, diese irgendeine Mitarbeiterin habe „grosse Titten“. Hinzu kommt, dass die von der Beklagten eingereichten Anhänge zur Beilage durchaus eines Kommentars würdig sind. So findet sich dort – das mag bloss ein Versehen sein – beispielsweise ein Anhang 5, der in der Zusammenfassung falsch zitiert wird. Es finden sich auch Zusammenfassungen, die den Inhalt der Beilage kaum mehr sinngerecht wiedergeben.

Es ist der Beklagten zwar beizupflichten, dass sexuelle Belästigungen mit einer fristlosen Kündigung sanktioniert werden können. Wie bei jedem Fehlverhalten eines Arbeitnehmers muss diese Massnahme allerdings anhand des zur Verfügung stehenden Sanktionskataloges (Verwarnung, ordentliche Kündigung, fristlose Kündigung) die angemessene Reaktion darstellen. So wurde beispielsweise eine fristlose Entlassung als gerechtfertigt angesehen, als ein Arbeitnehmer einer minderjährigen Schnupperlehrtöchter an den Busen griff (KAR 2002 S. 303). Sie wurde dagegen – ohne vorhergehende Verwarnung – höchstrichterlich verneint, als ein Arbeitnehmer den Busen von zwei Mitarbeiterinnen berührte, die ein wenigstens zweideutiges Verhalten an den Tag gelegt hatten, das den Eindruck erwecken konnte, sie seien einverstanden und der Arbeitnehmer zu keinen Drohungen, Vorteilsversprechungen oder Druckausübungen gegriffen hat, um Gefälligkeiten sexueller Natur erlangen zu können (JAR 2010 S. 329). Es kommt mithin nicht nur per se auf die Art und allenfalls Anzahl der sexuellen Belästigungen an, sondern auch auf die Person der involvierten Mitarbeiterinnen (beispielsweise Direktunterstellte oder in einer anderen Organisationseinheit tätige Mitarbeitende) und die weiteren Umstände. Nicht zuletzt spielt bei den vorliegend zur Diskussion stehenden verbalen sexuellen Belästigungen auch das zeitliche Moment eine gewisse Rolle. Es macht einen Unterschied, ob das Fehlverhalten länger zurückliegt und sich der Kläger in der Zwischenzeit wohlverhalten hat oder ob die sexuellen Belästigungen über einen längeren Zeitraum bis unmittelbar zur fristlosen Kündigung andauerten. Zu all dem kann der Kläger aber aufgrund der Zusammenfassung der Beklagten vernünftigerweise nicht Stellung nehmen.

Damit ist der Antrag der Beklagten auf Anordnung von Schutzmassnahmen auch unter dem Aspekt der höher zu gewichtenden Interessen des Klägers abzuweisen.»

(Beschluss AN130044 vom 4. Februar 2015; vom Obergericht bestätigt am 27. Oktober 2015; RA150002)

22. ZPO 59; Mangelndes Rechtsschutzinteresse

Der Kläger hatte bereits ein Verfahren wegen missbräuchlicher Kündigung angestrebt. Im vorliegenden verlangte er eine Genugtuung und stellte weitere Begehren.

Aus den Erwägungen:

«Eine weitere Prozessvoraussetzung ist, dass die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse (Rechtsschutzinteresse) hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

Aushändigung von Protokollen

Genau die Tatsache, dass über die Gespräche betreffend Mobbingvorwürfe nur Handprotokolle geführt wurden und diese bereits vernichtet wurden, wurde im genannten Urteil beanstandet und führte unter anderem zur Bejahung der Missbräuchlichkeit der Kündigung. Es ist daher kein Rechtsschutzinteresse des Klägers auf Herausgabe von solchen Protokollen zu erkennen. Im Übrigen können vernichtete Protokolle ohnehin nicht mehr herausgegeben werden. Im Weiteren hat der Kläger selbst im vorliegenden Verfahren das begehrte Protokoll eingereicht. Ein Rechtsschutzinteresse auf erneute Herausgabe dieses Protokolls, das der Kläger schon hat, besteht nicht. Auf dieses Rechtsbegehren ist somit nicht einzutreten.

Schuldeingeständnis/offizielle Entschuldigung

Der Kläger verlangt, dass die Beklagte zu einem schriftlichen Schuldeingeständnis und zu einer offiziellen Entschuldigung zu verpflichten sei. Da keine Rechtsgrundlage für die verlangte Entschuldigung und das Schuldeingeständnis der Beklagten ersichtlich ist, ist auch auf dieses Rechtsbegehren mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Keine Information über den Kläger gegenüber Drittpersonen

Der Kläger verlangt, es sei die Beklagte zu verpflichten, keinerlei Informationen mehr über den Kläger gegenüber Drittpersonen offenzulegen. Ausgenommen seien zwingende gesetzliche Auskunfts- und Mitteilungspflichten mit einer schriftlichen Ermächtigung durch den Kläger. Der Kläger führt keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür an, dass die Beklagte sich Dritten gegenüber über ihn geäußert hätte. Er stellt eine bloße Vermutung an und räumt selber ein, diese Vermutung nicht beweisen zu können. Es ist daher keinerlei schutzwürdiges Interesse an einer Anordnung des Gerichts in diesem Zusammenhang zu erkennen. Wenn der Kläger nicht einmal konkret behaupten und schon gar nicht beweisen kann, dass und wem gegenüber die Beklagte Informationen über ihn gegeben haben soll, kann auch nichts „beseitigt“ werden. Wird keine konkrete Verletzung der Persönlichkeit geltend gemacht, kann auch keine Widerrechtlichkeit festgestellt werden. Auch auf dieses Rechtsbegehren ist mangels Rechtsschutzinteresses, aber auch mangels Substantiierung, nicht einzutreten.»

(AN140050 vom 2. März 2015; vom Obergericht bestätigt am 20. August 2015, LA150014; das Bundesgericht ist am 23. November 2015 auf eine Beschwerde nicht eingetreten; 4A_508/2015)

23. ZPO 117; Unentgeltliche Rechtspflege: Aussichtslosigkeit

Ein Temporärangestellter erlitt bei der Arbeit für den Einsatzbetrieb einen Unfall und verlangte vor Gericht eine Genugtuung bzw. Schadenersatz von seinem ehemaligen Arbeitgeber. Gleichzeitig stellte er das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Das Gericht kam zum Schluss, die Mittellosigkeit sei gegeben und prüfte hierauf, ob die Forderung nicht aussichtslos sei.

Aus den Erwägungen:

«Neben der Mittellosigkeit des Gesuchstellers wird für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege weiter vorausgesetzt, dass das Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist. Aussichtslos ist ein Rechtsbegehren, wenn die Gewinnaussichten bei Einreichung des Gesuchs beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können (BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 8). Die Erfolgsaussichten werden summarisch geprüft und müssen nur glaubhaft gemacht werden können (BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 20).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Personalverleihfirma. Der Kläger wurde von der Beklagten im Jahre 2007 an die Firma Z. AG (Einsatzfirma) verliehen.

Der Kläger macht geltend, er sei an den Einsatzbetrieb für Schaufelarbeiten verliehen worden. Am ersten Tag, dem 19. Juni 2007, seien es auch nur Schaufelarbeiten gewesen. Am Nachmittag habe ihn Herr B. angerufen und mitgeteilt, dass sein Einsatz am 20. Juni ende und er ab dem 22. Juni einen neuen Vertrag erhalte. Am 20. Juni habe sich dann ein Arbeitsunfall ereignet. Der Baggerist der Einsatzfirma habe ihm den Auftrag erteilt, zu planieren. Diese Arbeit habe er zum ersten Mal gemacht und der Baggerist habe ihn in diese Arbeit instruiert. Er habe dem Kranführer alleine Zeichen geben müssen. Am Nachmittag sei er in der verbotenen Zone gestanden, wobei er dorthin befohlen worden sei, und habe dem Kranführer das Zeichen gegeben, den Kübel zu stoppen. Der Kübel habe gestoppt, doch als er sich hinausgelehnt habe um den Kübel zu öffnen, habe ihn dieser am Kopf getroffen und sein Kopf sei dann zwischen dem Kübel und einer Betonwand eingequetscht gewesen. Der Kläger macht weiter geltend, dass er den Kübel nicht berührt habe und dieser stillgestanden sei, als er sich von der Gefahrenzone hinausgelehnt habe. Seit dem Unfall könne er nicht mehr arbeiten. Im Weiteren macht der Kläger geltend, dass der Bauleiter der Einsatzfirma und sein Arbeitgeber (gemeint ist die Beklagte) ihm eine Arbeit gegeben hätten, obwohl er keine Fachkenntnisse gehabt habe. Ausserdem habe er alleine in der Gefahrenzone stehen müssen, wobei der Bauleiter die Schranken von der Gefahrenzone habe wegnehmen lassen, damit er dort habe stehen können.

Im Rahmen der Instruktionsverhandlung ergänzte der Kläger, dass er Herrn B. von der Beklagten mitgeteilt habe, dass er gefährliche Arbeiten und nicht nur Schau-

felarbeiten machen müsste. Dieser habe ihn angewiesen, die Planierungsarbeiten noch rasch zu Ende zu führen und zu pressieren.

Der Kläger stellt sich nun auf den Standpunkt, die Beklagte als seine Arbeitgeberin habe ihre Fürsorgepflicht verletzt und sei für den Unfall verantwortlich. Aus diesem Grund fordert er von der Beklagten Fr. 30'000.– als Genugtuungs- bzw. Schadenersatz aus dem Unfallereignis aus dem Jahre 2007.

Unbestrittenermassen ereignete sich der Unfall im Einsatzbetrieb. Im Dreiecksverhältnis zwischen Personalverleiher, Arbeitnehmer und Entleiher (Einsatzbetrieb) ist die Fürsorgepflicht aufgeteilt. Während der Personalverleiher, im vorliegenden Fall die Beklagte, für die sorgfältige Auswahl des Arbeitnehmers zu sorgen hat, d.h. ihn auch gemäss seinen Fähigkeiten zu verleihen hat, ist der Entleiher bzw. Einsatzbetrieb für die Arbeitssicherheit vor Ort verantwortlich (Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel 2013, N 938 ff., insbes. 953 ff.).

Aus diesem Grund scheinen die Erfolgchancen des Klägers im vorliegenden Fall äusserst gering. Die Haftung der Beklagten wird sehr schwierig zu bejahen sein. Vielmehr scheint der Einsatzbetrieb haftbar zu sein, da er für die Arbeitssicherheit verantwortlich war und der Unfall sich bei Arbeiten für den Einsatzbetrieb ereignete. Der Kläger führte denn auch aus, er wolle gegen den Einsatzbetrieb und auch gegen den Kranführer vorgehen. Selbst wenn der Kläger der Beklagten mitgeteilt hätte, er werde für Planierungsarbeiten eingesetzt, so hat der Kläger selbst ausgeführt, dass er vom Baggeristen des Einsatzbetriebes in die Arbeit instruiert worden sei. Unter welchem Gesichtspunkt in einem solchen Fall die Beklagte als Verleiherin für den Schaden haften soll, ist nicht ersichtlich. Somit erscheinen die Erfolgchancen des Klägers im vorliegenden Verfahren geringer als die Verlustrisiken und damit ist das Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abzuweisen.»

(AH140184 vom 19. Februar 2015; eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht Zürich am 12. März 2015 abgewiesen; RA150003)

24. ZPO 147; Verschiebungsgesuch und Säumnisfolgen

Für die Beklagte war zur Hauptverhandlung am 7. September 2015 unentschuldigt niemand erschienen. Nach Zustellung des unbegründeten Urteils meldete sich der Verwaltungsrat der Beklagten zunächst per Telefon und stellte mit Schreiben vom 17. September 2015 (samt Beilagen) sodann (sinngemäss) ein Begründungsbegehren.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 147 Abs. 1 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Das Verfahren wird gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt und die Parteien auf die Säumnisfolgen hingewiesen worden sind (Art. 147 Abs. 3 ZPO).

Das Gericht hat bei Säumnis die bereits erfolgten Eingaben zu berücksichtigen. Im Übrigen kann es seinem Entscheid die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zugrunde legen (Art. 234 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann von Amtes wegen Beweis erheben, wenn betreffend die Richtigkeit einer unstrittigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO).

Für die Beklagte ist anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. September 2015 unentschuldigt niemand erschienen. In seinem Begehren um Begründung des vorliegenden Urteils führte der Verwaltungsrat der Beklagten A. aus, das hiesige Gericht telefonisch darüber informiert zu haben, dass er am 7. September 2015 nicht in Zürich weile. Ein schriftliches Verschiebungsgesuch für die Verhandlung vom 7. September 2015 wurde nicht eingereicht. Solange eine Vorladung nicht widerrufen wird, bleibt sie gültig, d.h. soweit eine Partei keine Antwort auf ein von ihr geltend gemachtes Verschiebungsgesuch erhalten hat, muss sie davon ausgehen, dass der ursprüngliche Erscheinungstermin nach wie vor Gültigkeit beansprucht (Jenny, in Gehri/Kramer, Kommentar ZPO, Zürich 2010, Art. 136 N 10). Dem vorliegenden Entscheid sind nach dem Gesagten – mit Ausnahme erheblicher Zweifel an deren Richtigkeit – die Vorbringen des Klägers in seinen Eingaben und anlässlich der Hauptverhandlung zugrunde zu legen.»

(AH150080 vom 7. September 2015)

Die Beklagte erhob gegen diesen Entscheid Berufung und bestritt vor Obergericht die Passivlegitimation.

Das Obergericht hielt dazu fest:

«Wie erwähnt, ist für die Beklagte an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung niemand erschienen. Ebenso wenig hat die Beklagte die mit Verfügung vom 15. Juni 2015 angesetzte Frist zur Stellungnahme zur Klage wahrgenommen. Die Beklagte beanstandet zu Recht nicht, weder Vorladung noch Verfügung betreffend Fristansetzung vom 15. Juni 2015 erhalten zu haben, nachdem diese vom einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglied A. am 30. Juni 2015 persönlich entgegengenommen worden war. Damit war die Beklagte vor Vorinstanz säumig. Entsprechend ist zu prüfen, inwiefern die von der Beklagten behauptete fehlende Passivlegitimation im Berufungsverfahren noch berücksichtigt werden kann.

Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen (Noven) nur zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt selbst in Verfahren, die der strengen Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 626 f. E.2.2). Entsprechend hat dies umso mehr im vorliegenden arbeitsrechtlichen Verfahren zu gelten, für welches die soziale Untersuchungsmaxime gilt; es ist allein Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich. Unechte Noven können grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414; BGE 138 III 625, E.2.2).

Nach dem Gesagten sind die im Berufungsverfahren erstmals eingereichten Unterlagen neu und damit unzulässig und unbeachtlich. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte einen Teil dieser Unterlagen bereits vor Vorinstanz eingereicht hat, da sie dies erst nach Erlass des unbegründeten Urteils vom 7. September 2015 getan hat. Diese Urkunden, welche beweisen sollen, dass der Kläger nicht mit der Beklagten, sondern mit A. persönlich eine Vereinbarung betreffend seine Tätigkeit abgeschlossen hat, hätten der Vorinstanz vor Aktenschluss eingereicht werden müssen. Ebenso hat die erstmals im Berufungsverfahren behauptete Tatsache als Novum unberücksichtigt zu bleiben, wonach gegen einen Arbeitsvertrag spreche, dass der Kläger in 18 Monaten nie Rechnung gestellt bzw. Lohn verlangt habe.»

(Die Berufung wurde mit Urteil vom 11. Januar 2016 abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts bestätigt; LA150044)

25. ZPO 234; Säumnisfolgen und Mitwirkungspflichten

Für die Beklagte war unentschuldigt niemand erschienen, worauf das Arbeitsgericht das Urteil ohne deren Mitwirkung fällte.

Aus den Erwägungen:

«Der vorliegende Prozess mit einem Streitwert von insgesamt Fr. 13'112.75 ist im vereinfachten Verfahren zu führen (Art. 243 ZPO) und untersteht der Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 ZPO, Art. 153 ZPO).

Bei Säumnis einer Partei berücksichtigt das Gericht die Eingaben, die nach Massgabe dieses Gesetzes eingereicht worden sind. Im Übrigen hat es seinem Entscheid unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zugrunde zu legen (Art. 234 ZPO). Diese Bestimmung gilt sinngemäss auch im vereinfachten Verfahren (Art. 219 ZPO).

Auf diese Säumnisfolgen ist die Beklagte mit der Vorladung hingewiesen worden.

Auch im Bereich der Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO bleibt es grundsätzlich Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streites vorzutragen und die Beweismittel zu nennen. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien keineswegs von der Pflicht, bei der Sachverhaltsermittlung und Beweiserhebung mitzuwirken. Die wesentlichen Behauptungen müssen die Parteien selbst vorbringen. Das Gericht hat – anders als nach Art. 296 ZPO hinsichtlich Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten – den massgeblichen Sachverhalt nicht auszuforschen, sondern durch Befragung der Parteien darauf hinzuwirken, dass diese den prozessrelevanten Sachverhalt vortragen und das Vorgebrachte ergänzen. Der Richter hat sich nur ergänzend an der Sammlung des Prozessstoffes zu beteiligen (BSK ZPO, Mazan, N 13 zu Art. 247). Analoge Mitwirkungspflichten treffen die Parteien hinsichtlich der Beweisführung (BSK ZPO Guyan, N 9 zu Art. 153).

Es hätte damit zunächst der Beklagten obliegen, im Rahmen der Verhandlung darzutun, was an der Sachdarstellung des Klägers zutreffend ist und was nicht. Mit-

tels ergänzender Fragen hätte das Gericht sie allenfalls aufgrund von Art. 247 Abs. 2 ZPO zu unterstützen gehabt.

Nur wenn sich in der Folge divergierende Standpunkte ergeben hätten, hätte das Gericht aufgrund von Art. 153 ZPO bei der Beweiserhebung mitzuwirken gehabt. Bleibt das Vorbringen der klagenden Partei anlässlich der Verhandlung mangels Teilnahme der beklagten Partei unbestritten, ist ein Beweisverfahren nur zu initiieren, wenn Anhaltspunkte bestehen würden, die Anlass für Zweifel an der Richtigkeit der klägerischen Sachdarstellung geben könnten.

[...]

Es ist damit für die Entscheidungsfindung androhungsgemäss auf das (unbestritten gebliebene) Vorbringen des Klägers und die von ihm eingereichten Urkunden abzustellen.»

(AH150073 vom 15. Juli 2015; vom Obergericht am 18. September 2015 bestätigt; LA150032; das Bundesgericht ist auf die Beschwerde am 9. Dezember 2015 nicht eingetreten; 4D_71/2015).

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2013:

Zu Nr. 1.:

Dieser Prozess ist immer noch am Obergericht hängig.

In der Publikation 2014:

Zu Nr. 7.:

Die Beschwerde des Klägers wurde vom Bundesgericht am 14. August 2015 abgewiesen; 4A_135/2015.

III. 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 2015 ist für arbeitsrechtliche Verfahren von folgenden Zahlen auszugehen:

Schlichtungsverfahren:

	2014	2015
Anzahl Schlichtungsgesuche	904	1027
Erledigung durch Verfügung	503	578
Erledigung durch Urteil	8	3
Akzeptierte Urteilsvorschläge	31	32
Abgelehnte Urteilsvorschläge	9	10
Klagebewilligungen	353	404

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

	2014	2015
Übertrag Vorjahr	175	177
Klageeingänge von Arbeitnehmern	257	332
Klageeingänge von Arbeitgebern	9	14
Total	441	523
Erledigungen im laufenden Jahr	264	283
Pendenzen Ende Jahr	177	240

Erledigungsarten

	2014	2015
durch Urteil	70	85
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	162	156
anderweitig	32	42

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2014	2015
Verhandlungen	220	235
Beweisverfahren	19	21
Entscheidbegründung	19	88

Streitwerthöhe

	2014	2015
bis Fr. 8'000.–	36	36
von Fr. 8'000.– bis Fr. 12'000.–	29	35
von Fr. 12'000.– bis Fr. 30'000.–	119	128
von Fr. 30'000.– bis Fr. 100'000.–	35	41
von Fr. 100'000.– bis Fr. 500'000.–	33	19
über Fr. 500'000.–	5	8

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2014	2015
bis 1 Monat	16	22
1 bis 2 Monate	41	48
2 bis 3 Monate	38	55
3 bis 6 Monate	62	62
6 bis 12 Monate	62	56
1 bis 2 Jahre	33	24
über 2 Jahre	12	16