

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2017



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2017

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

Redaktion: Dr. iur. Th. Oertli, Leitende Gerichtsschreiberin

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.-

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	
1. OR 30; Keine gegründete Furcht bei Unterzeichnung einer Saldoklausel	5
2. OR 319, 320 Abs. 2, PartG 13; Arbeitsverhältnis bei Partnerschaft	8
3. OR 319, 320 Abs. 2; Bestand eines Arbeitsverhältnisses	12
4. OR 322d; Vesting von zugeteilten Aktien bei einem befristeten Arbeitsverhältnis: Auslegung der Bonusvereinbarung	15
5. OR 324a; (Vor-)Leistungspflicht der Arbeitgeberin bei gleichwertiger Versicherungslösung	17
6. OR 328b; Herausgabe von Mitarbeiter-Daten in die USA	20
7. OR 329d, 341; Ferien(-lohn): Verzicht, Beweislast und Bezug während Freistellung	26
8. OR 333; Betriebsübertragung, die sich zum Nachteil der Arbeitnehmerin auswirkt	28
9. OR 334; Kurzfristige Absage eines Einsatzes	32
10. OR 335c; Kündigungsfrist nach Vertragsänderung (Auslegung nach dem Vertrauensprinzip)	34
11. OR 336; Kündigung nach Vorwürfen betreffend sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz (Anforderungen an interne Untersuchung)	36
12. OR 336; Einschränkung der Kündigungsfreiheit durch eigenes Reglement	39
13. OR 336c, 341; Unwirksamer Verzicht auf Verlängerung der Kündigungsfrist bei Krankheit	40
14. OR 337; Gerechtfertigte fristlose Kündigung nach ordentlicher Kündigung	41
15. OR 337, 322d; Kein wichtiger Grund für den Verfall von Anwartschaften	45
16. OR 337; Voreilige und deshalb ungerechtfertigte fristlose Kündigung bei Lohnausstand	46
17. OR 337; Ungerechtfertigte fristlose Kündigung eines Teamleiters im Private Banking	48
18. DSG 6; Herausgabe von Mitarbeiter-Daten in die USA	50
19. ZPO 34; Örtlich unzuständiges Friedensrichteramt (anderer Stadtkreis)	57
20. ZPO 118, § 128 GOG/ZH; Voraussetzungen für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Prozessvorbereitung	58
21. ZPO 152 Abs. 2; Rechtswidrig beschaffte Beweismittel?	60
22. ZPO 223; Versäumte Klageantwort	61
23. ZPO 328; Abweisung eines Revisionsbegehrens nach Säumnisurteil	62
24. § 148 aZPO/ZH, § 104a Abs. 1 aGVG/ZH; Verweigerung der Mitwirkung an einer Begutachtung nach Rückweisung durch das Obergericht	63
25. § 20 GOG/ZH; Arbeitsstreitigkeit als doppelrelevante Tatsache	66
II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	75
III. Statistischer Überblick	76

Hinweis

Zum besseren Verständnis sind längere Entscheide zum Teil mit Titeln versehen, die teilweise von der Redaktorin angebracht wurden. Weitere Ergänzungen oder Weglassungen sind mit eckigen Klammern gekennzeichnet.

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Wiederum können wir Ihnen eine Auswahl von Entscheiden aus dem vergangenen Jahr vorlegen, die zeigt, wie vielfältig und abwechslungsreich die zu behandelnden Fälle am Arbeitsgericht Zürich sind.

Im Jahr 2017 sind zahlreiche Entscheide betreffend die Herausgabe von Mitarbeiterdaten in die USA ergangen. Auszüge aus zwei Entscheiden des Arbeitsgerichts und den in der Folge auf Berufung hin ergangenen Entscheiden des Obergerichts zu dieser Thematik finden sich unter Nr. 6 und 18.

Zudem erging im Berichtsjahr ein Entscheid, der sich ausführlich mit der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen bei fraglicher Zuständigkeit des Arbeitsgerichts auseinandersetzt. Anlass gab ein in ZR 114 Nr. 36 veröffentlichter Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich. Der Entscheid des Arbeitsgerichts ist unter Nr. 25 wiedergegeben.

Auf Ende 2017 wurde unser Leitender Gerichtsschreiber, Ersatzrichter und Redaktor dieser Entscheidsammlung, Dr. iur. Gerhard Koller, pensioniert. «Gerry» Koller hat das Arbeitsgericht Zürich seit 1989 als Leitender Gerichtsschreiber sehr massgebend geprägt. Sein Wissen und seine Erfahrung waren enorm. Wir bedanken uns auch an dieser Stelle für sein Wirken für das Arbeitsgericht und für seine stets sehr kollegiale Art. Und wir wünschen Gerry Koller für die Zukunft von Herzen alles Gute. Ein besonderer Dank gilt Gerry Koller für die kritische Durchsicht des Entwurfs der diesjährigen Entscheidsammlung.

Nachfolgerin als Leitende Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Arbeitsgericht Zürich ist Dr. iur. Theres Oertli. Sie bringt für ihr neues Amt langjährige Erfahrung als Gerichtsschreiberin am Arbeitsgericht, als Anwältin in einer Wirtschaftskanzlei und als Gerichtsschreiberin am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit.

Zürich, im Mai 2018

lic. iur. Erich Kaufmann, Präsident der 4. Abteilung/Bereichsvertreter
Dr. iur. Th. Oertli, Ersatzrichterin/Leitende Gerichtsschreiberin
Arbeitsgericht

I. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

1. **OR 30; Keine begründete Furcht bei Unterzeichnung einer Saldoklausel**

Der Beklagte arbeitete seit 2006 bei der Klägerin – einem mittelgrossen, im Bereich Gebäudeunterhalt und Hauswartungen tätigen Unternehmen. Der massgebliche Arbeitsvertrag enthielt ein Konkurrenzverbot. Die Klägerin gewährte dem Beklagten im Verlauf des Arbeitsverhältnisses ein Darlehen und überliess ihm ein Fahrzeug für den geschäftlichen und privaten Gebrauch.

Die Parteien unterzeichneten im Sommer 2014 zwei Vereinbarungen zu einer sofortigen Vertragsauflösung aufgrund eines von der Klägerin vermuteten Fehlverhaltens des Beklagten. Am 13. Januar 2015 trafen die Parteien erneut eine Vereinbarung „betreffend Kündigungsfrist/Forderungen“. Diese Vereinbarung beinhaltete eine Saldoklausel.

Die Klägerin erachtete die zuletzt getroffene Vereinbarung vom 13. Januar 2015 infolge Erregung begründeter Furcht für unverbindlich und forderte unter anderem die Rückzahlung der ausstehenden Darlehensschuld, die Rückgabe des Firmenfahrzeugs sowie die Zahlung einer Konventionalstrafe aufgrund einer angeblichen Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbots.

Aus den Erwägungen:

«Ausgehend von den Sachdarstellungen der Klägerin ist X. [Anmerkung: Delegierter des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift] vom Beklagten und von Frau Y. [Anmerkung: der Lebenspartnerin des Beklagten] unter Druck gesetzt worden, indem ihm ernsthafte Nachteile in Aussicht gestellt worden sind, sollte er die Vereinbarung nicht unterzeichnen. Die Klägerin substantiiert dabei lediglich einen konkreten Nachteil, welcher X. in Aussicht gestellt worden sei, namentlich „dass Frau Y. als Schlüsselperson bei der Z. AG dafür sorgen werde, dass die Klägerin alle Aufträge der Z. AG verlieren werde“. X. habe sich genötigt gefühlt, die Vereinbarung vom 13. Januar 2015 zu unterzeichnen, weil die Klägerin von diesen Aufträgen [nachfolgend: „Z. AG-Aufträge“] wirtschaftlich stark abhängig und für gegen 200 Mitarbeiter verantwortlich sei. [...]

Bei X. handelt es sich um einen erfahrenen Geschäftsmann, welcher im relevanten Zeitpunkt bereits seit vielen Jahren als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift für die Klägerin tätig war. Es ist davon auszugehen, dass er – zumindest in einem gewissen Mass – mit den Verhältnissen bei der Z. AG, die einer der wichtigsten Kunden der Klägerin sein soll, vertraut war. Insbesondere wusste X. unbestrittenermassen, dass Frau Y. keine Kompetenzen hatte, für die Z. AG Verträge zu kündigen. Die Klägerin macht denn auch nicht geltend, X. habe sich vor einer Kündigung der Verträge durch Frau Y. gefürchtet. Stattdessen bringt die Klägerin vor, Frau Y. habe als Teamleiterin und langjährige Mitarbeiterin über einen grossen Einfluss bei der Z. AG verfügt. Sie habe sich als Schlüsselperson bei der Z. AG

bezeichnet und ausgeführt, dass sie viele Verwaltungen und Bewirtschafter kenne. Da die Klägerin keine Furcht vor dem Verlust von Aufträgen anderer Verwaltungen oder Bewirtschafter substantiiert, sind allfällige gute Kontakte von Frau Y. ausserhalb der Z. AG vorliegend nicht relevant.

Frau Y. war gemäss den unbestritten gebliebenen Sachdarstellungen der Klägerin eine langjährige Mitarbeiterin der Z. AG und als Teamleiterin für vier Liegenschaften zuständig, welche die Klägerin reinigte bzw. wartete. Somit erscheint eine allfällige Annahme von X., dass Frau Y. ihren Vorgesetzten die Kündigung der Verträge mit der Z. AG hätte vorschlagen bzw. nahelegen können, grundsätzlich als den konkreten Umständen angemessen. Aus der Sicht eines erfahrenen Geschäftsmannes wie X. erscheint es jedoch nicht angemessen, davon auszugehen, dass ein solcher Vorschlag – ohne konkreten begründeten Anlass, welcher eine Kündigung und den damit für die Z. AG verbundenen Aufwand rechtfertigen würde – eine nahe Gefahr der Kündigung der vertraglichen Beziehung zwischen der Klägerin und der Z. AG herbeiführen könnte. [...]

Die Sachdarstellungen der Klägerin betreffend das Verhalten von X. in den Monaten nach der Entlassung des Beklagten lassen zudem darauf schliessen, dass X. zumindest während dieser Zeitspanne nicht davon ausging, dass Frau Y. den Fortbestand der Z. AG-Aufträge ernsthaft gefährden könnte. Die durch X. und den Beklagten unterzeichnete „Vereinbarung zur Fristlosen Kündigung“ vom 31. August 2014 beinhaltet die Bedingung, dass „Frau Y. (Z. AG) uns nicht schadet, weil Sie, sie verlassen würden und uns die Schuld gibt“. Gemäss der Klägerin wurde diese Bedingung in die Vereinbarung aufgenommen, „da die Klägerin zahlreiche Aufträge der Firma Z. AG ausführt und die Partnerin des Beklagten, Frau Y., damals bei der Z. AG arbeitete“.

Dies zeigt, dass sich X. bereits im August 2014 mit dem Schädigungspotential von Frau Y. auseinandersetzte und dieses als relevant genug einschätzte, um es neben mehreren weiteren Bedingungen in die Vereinbarung vom 31. August 2014 aufzunehmen. Trotzdem hielt ihn dies nicht davon ab, den Beklagten im November 2014 sowie Dezember 2014 wegen ausbleibender Zahlungen zu mahnen sowie am 29. Dezember 2014 die Einleitung einer Betreibung für die gesamte Darlehensschuld sowie polizeilicher Massnahmen zur Abholung des Firmenfahrzeuges anzukündigen. Vor allem hielt es X. auch nicht davon ab, am 8. Januar 2015 Strafanzeige gegen den Beklagten einzureichen. In Anbetracht der Wichtigkeit der Z. AG-Aufträge für die Klägerin hätte es X. wohl kaum riskiert, in dieser Weise gegen den Beklagten vorzugehen, wenn er die Einflussreichweite von Frau Y. als gross genug eingeschätzt hätte, um die Kündigung aller Z. AG-Aufträge zu bewirken. Die Forderungen, welche X. mit seinem Vorgehen vom Beklagten erhältlich machen wollte – die Darlehenssumme von Fr. 25'607.– sowie der Wert des Firmenfahrzeuges – hätten das Risiko des Verlusts eines Grosskunden kaum aufwägen können.

Die Sachdarstellungen der Klägerin betreffend das Verhalten von X. nach der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 13. Januar 2015 sprechen zudem dafür, dass X. nach dem 13. Januar 2015 nicht (mehr) davon ausging, dass Frau Y. Einfluss innerhalb der Z. AG gross genug sei, um die Kündigung der Z. AG-Aufträge veranlassen zu können. Die Unterzeichnung der Vereinbarung vom 13. Januar 2015 war nicht geeignet, X. die Sicherheit zu geben, dass Frau Y. ihre Drohung nicht doch noch verwirklichen

würde. Anders als die Vereinbarung vom 31. August 2014 enthält die Vereinbarung vom 13. Januar 2015 keine Verpflichtung von Frau Y., der Klägerin nicht zu schaden. Frau Y. wird in der Vereinbarung vom 13. Januar 2015 überhaupt nicht erwähnt, sodass der Text der Vereinbarung keinerlei Hinweise darauf gibt, dass Frau Y. etwas mit dieser Vereinbarung zu tun gehabt haben könnte. Durch die Unterzeichnung der Vereinbarung – welche, wie bereits erwähnt, unter anderem vorsah, dass der Beklagte weder das Darlehen zurückbezahlen noch das Firmenfahrzeug zurückgeben müsse – verlor X. zudem wichtige Druckmittel gegenüber Frau Y. und dem Beklagten. Dennoch hielt dies X. gemäss der Klägerin nicht davon ab, am 3. Februar 2015 gegenüber Frau Y. direktem Vorgesetzten C. Anschuldigungen gegen Frau Y. im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 13. Januar 2015 zu erheben und am 9. Februar 2015 sowie am 13. Januar 2015 weitere Persönlichkeiten innerhalb der Z. AG über diese Vorwürfe zu informieren.

Zudem macht die Klägerin zwar geltend, dass X. einen Kantonspolizisten zeitnah über den Vorfall vom 13. Januar 2015 informiert habe. Hingegen behauptet die Klägerin nicht, dass sich X. bei diesem Gespräch um die Einstellung des am 8. Januar 2015 gegen den Beklagten eingeleiteten Strafverfahrens bemüht habe. In Anbetracht der Wichtigkeit der Z. AG-Aufträge für die Klägerin hätte es X. wohl kaum gewagt, die Z. AG ohne sichere Beweise mit Vorwürfen gegen Frau Y. zu konfrontieren sowie die Gefahr in Kauf genommen, dass Frau Y. von dem bereits gegen den Beklagten eingeleiteten Strafverfahren erfährt, wäre er noch immer vom durch die Klägerin geltend gemachten sehr grossen Einfluss von Frau Y. innerhalb der Z. AG überzeugt gewesen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – ausgehend von den Sachdarstellungen der Klägerin – eine allfällige Furcht von X. davor, dass Frau Y. im Falle der Verweigerung des Vertragsschlusses am 13. Januar 2015 dafür sorgen könnte, dass die Klägerin alle Z. AG-Aufträge verlieren würde, nicht als „gegründete Furcht“ im Sinne von Art. 30 Abs. 1 OR zu qualifizieren wäre. Die konkreten, von der Klägerin geltend gemachten Umstände der Vertragsunterzeichnung lassen eine allfällige Annahme von X. am 13. Januar 2015, dass Frau Y. tatsächlich fähig wäre, die Kündigung der Z. AG-Aufträge zu veranlassen, als unangemessen erscheinen. Die Sachdarstellungen der Klägerin betreffend das Verhalten von X. sprechen dagegen, dass er vor oder nach dem 13. Januar 2015 davon ausging, dass Frau Y. die Kündigung der Z. AG-Aufträge veranlassen könnte. Aus den Sachdarstellungen der Klägerin betreffend die Ereignisse am 13. Januar 2015 ergeben sich zudem keine Anhaltspunkte, welche X. als erfahrenen Geschäftsmann einen Anlass hätten geben können, davon auszugehen, dass Frau Y. die Kündigung aller Z. AG-Aufträge veranlassen könnte. Selbst falls die Klägerin nachweisen könnte, dass X. die Vereinbarung vom 13. Januar 2015 lediglich aus Furcht vor Frau Y. unterschrieb, würde eine solche Furcht nicht ausreichen, um die Vereinbarung aufgrund von Furchterregung als einseitig unverbindlich anzusehen.

Fazit

Aus den Sachverhaltsdarstellungen der Klägerin ergeben sich keine Umstände, welche die einseitige Unverbindlichkeit der Vereinbarung vom 13. Januar 2015 zu Folge hätten. Die Klägerin ist somit auf die Gültigkeit der Vereinbarung von 13. Januar 2015 zu

behaften. Aufgrund der darin enthaltenen Saldoklausel kann die Klägerin keine Forderungen gegenüber dem Beklagten mehr geltend machen, sodass die Klage vollumfänglich abzuweisen ist.»

(AG150006 vom 21. März 2017)

2. OR 319, 320 Abs. 2, PartG 13; Arbeitsverhältnis bei Partnerschaft

Der Kläger lebte von September 2011 bis Januar 2014 mit X. in einer eingetragenen Partnerschaft. Das Paar wohnte in einer grossen Liegenschaft in Y. („Hof Z.“); der Kläger kümmerte sich um das Grundstück. X. war Alleinaktionär der Beklagten und stellte in deren Namen sowie im Namen zweier weiterer Gesellschaften, deren Alleinaktionär er ebenfalls war, auf den Kläger lautende Lohnausweise für die Jahre 2011 bis 2013 aus. Der Lohn wurde dem Kläger nie ausgerichtet. Nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft verstarb X. In der Folge zahlte dessen Willensvollstrecker dem Kläger gestützt auf die vorerwähnten Lohnausweise einen Teil des Lohnes aus. Der Kläger forderte von der Beklagten den restlichen Lohn.

Aus den Erwägungen:

Zum Zusammenspiel von Art. 320 Abs. 2 OR und Art. 13 PartG führte das Arbeitsgericht aus:

«Bei Arbeitsleistungen im familiären und privaten Umfeld ist zu beachten, dass Arbeitsleistungen im Geschäft des Ehepartners oder im elterlichen Betrieb ihren Rechtsgrund oft im Familien- und nicht im Arbeitsrecht haben, womit z.B. kein Kündigungsschutz besteht. Überschreitet die Arbeitsleistung allerdings das, was aufgrund familienrechtlicher Pflichten erwartet werden darf, kann auch unter Familienmitgliedern ein Arbeitsvertrag vorliegen. Zu beachten ist, dass Art. 165 Abs. 1 ZGB über die angemessene Entschädigung bei einem ausserordentlichen Beitrag an die eheliche Gemeinschaft die Grenzziehung zwischen Familienrecht und Arbeitsrecht zum Familienrecht hin verschoben hat (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N 11 zu Art. 319 OR).

Gemäss Art. 13 PartG sorgen die beiden Partnerinnen oder Partner gemeinsam nach ihren Kräften für den gebührenden Unterhalt ihrer Gemeinschaft. Im Unterschied zu Art. 163 Abs. 2 ZGB zählt Art. 13 PartG keine Beispiele für mögliche Unterhaltsleistungen der beiden Partnerinnen oder Partner auf. Die in Art. 163 Abs. 2 ZGB in einer nicht abschliessenden Aufzählung erwähnten Unterhaltsleistungen (Geldzahlungen, Besorgung des Haushalts, Mithilfe im Beruf oder Gewerbe, Kinderbetreuung) können allerdings ohne Weiteres auf das Partnerschaftsgesetz übertragen werden.

Zu unterscheiden ist zwischen Geldleistungen und Naturalbeiträgen. Die Naturalleistungen ihrerseits umfassen die Dienstleistungen und die Sachleistungen. Dabei sind alle Formen der Unterhaltsleistung grundsätzlich gleichwertig. Zu den Dienstleis-

tungen zählen etwa: Haushaltsführung (Einkaufen, Kochen, Putzen, Waschen, Gartenpflege, Reparaturen, handwerkliche Arbeiten, Führen der Buchhaltung, Ausfüllen der Steuererklärung usw.), Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Partners oder der anderen Partnerin. Insoweit diese Mithilfe den Charakter eines Unterhaltsbeitrags hat, ist diese nicht entschädigungspflichtig. Darüber hinausgehende Leistungen sind dagegen nach den Regeln für den Arbeitsvertrag zu entschädigen, dessen konkludenter Abschluss durch die Partner angenommen wird (Art. 320 Abs. 2 OR). Im Eherecht steht für die Entschädigung einer solchen Mehrleistung Art. 165 Abs. 1 ZGB zur Verfügung. Eine Parallelnorm fehlt allerdings im Partnerschaftsgesetz, weshalb die Entschädigung gegebenenfalls arbeitsvertraglicher Natur ist (Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007 Art. 13 N. 61 ff.).

Hinsichtlich der Entschädigung der ausserordentlichen Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Partners oder der Partnerin, wie sie im Eherecht von Art. 165 Abs. 1 ZGB vorgesehen ist, kann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 320 Abs. 2 OR zurückgegriffen werden. Demnach gilt ein Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn erwartet werden kann. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die Mitarbeit des Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen, soweit sie die Unterhaltspflicht übersteigt, dann entlohnt werden muss, wenn sie nicht durch einen höheren Lebensstandard, Ansprüche bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder durch Erbanwartschaften abgegolten wird (vgl. BGE 113 II 414 E. 2 S. 414 ff.; Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, a.a.O., Art. 13 N 9).

Somit ist Art. 320 Abs. 2 OR grundsätzlich auch auf das Konkubinatsverhältnis oder bei einer eingetragenen Partnerschaft anwendbar. Liegt indessen eine gemeinsame Zweckverfolgung mit gemeinsamen Kräften und damit eine einfache Gesellschaft vor, kommt Art. 320 Abs. 2 mangels Subordination nicht zur Anwendung und allfällige Ansprüche sind nach den Liquidationsregeln der Art. 548 ff. OR abzuhandeln (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR).»

Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass Art. 320 Abs. 2 OR auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet und auch keine die übliche Haushaltsführung sprengenden Leistungen erstellt seien und hielt folgendes Fazit fest:

«Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vorliegend kein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert. Es wurden auch mündlich keine konkreten Arbeitszeiten, keine Ferien, keine Kündigungsfristen, keine Probezeit etc. festgelegt. Ein Subordinationsverhältnis zwischen X. oder der Beklagten einerseits und dem Kläger andererseits ist nicht erstellt; ebenso wenig eine Weisungsgebundenheit des Klägers. Weiter ist nicht erstellt, dass die vom Kläger erbrachten Leistungen den Rahmen der üblichen Haushaltsführung sprengten und daher entschädigungspflichtig sind. Der vom Kläger geltend gemachte Lohn erscheint nicht als einziger, wichtigster Grund der Arbeitsleistung im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR. So schloss der Kläger erst

nach Entdeckung der streitgegenständlichen Lohnausweise auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Vorliegend ist somit vielmehr von einer gemeinsamen Zweckverfolgung mit gemeinsamen Kräften (die Tiere wurden mithin auf alleinigen Wunsch des Klägers angeschafft) auszugehen und Art. 320 Abs. 2 OR kommt mangels Subordination nicht zur Anwendung.

Zwischen dem Kläger und X. und zwischen dem Kläger und der Beklagten bestand kein Arbeitsvertrag. Daran ändern auch die Lohnausweise der Beklagten, ausgestellt durch X., sowie die vorgenommenen sozialversicherungsrechtlichen Abzüge nichts. Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob das Verhalten von X. der Beklagten zuzurechnen wäre. Die Klage ist abzuweisen.»

Dieser Entscheid wurde im Berufungsverfahren vom Obergericht bestätigt. Mit Bezug auf das Zusammenspiel von Art. 13 PartG und Art. 320 Abs. 2 OR gilt laut Obergericht was folgt:

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

«*Arbeitsvertrag*. Der Kläger macht Ansprüche aus Arbeitsvertrag geltend, wobei er davon ausgeht, dass er im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR Arbeit im Dienste des Arbeitgebers „auf Zeit“ geleistet habe, weshalb die arbeitsvertraglichen Vorschriften greifen sollten. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages richtig umschrieben. Richtig sind auch die vorinstanzlichen Überlegungen, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 320 Abs. 2 OR das Vorliegen eines Arbeitsvertrages anzunehmen ist. Auf die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen ist daher zu verweisen. Allerdings ist klarzustellen, dass dann, wenn die Arbeitstätigkeit eines eingetragenen Partners als dessen Beitrag an den Unterhalt der Gemeinschaft gemäss Art. 13 PartG anzusehen ist, diese Leistung nicht gegen Lohn erfolgt und die arbeitsvertraglichen Bestimmungen nicht zum Zuge kommen. Das PartG hat keine Bestimmung, welche Art. 165 ZGB entspricht, welche Vorschrift die ausserordentlichen Beiträge eines Ehegatten betrifft. Die Entschädigungsgrundsätze gemäss Art. 165 ZGB sind aber sinngemäss auch für eingetragene Partner heranzuziehen (Geiser/Müller, Arbeitsrecht der Schweiz, Bern 2015, Rz 223 ff.), sind doch sowohl die Ehe als auch die eingetragene Partnerschaft familienrechtliche Institute, die nur ganz ausnahmsweise von schuldrechtlichen Verträgen überlagert werden.

Der Kläger stand nie für den Beruf oder das Gewerbe seines Partners im Einsatz, so dass die Entschädigung im Sinne von Art. 165 Abs. 1 ZGB, welche derartige Sachverhalte erfasst, nicht greifen kann. In Frage käme sodann die Entschädigung gemäss Art. 165 Abs. 2 ZGB, wenn sich ergeben sollte, dass der Kläger „bedeutend mehr“ als sein Partner aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt seiner Gemeinschaft mit X. beigetragen hat. Liegt zwischen den Partnern kein durch übereinstimmende Willenserklärungen abgeschlossener Arbeitsvertrag vor, dann dürfen die arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht über Art. 320 Abs. 2 OR auf die eheliche bzw. partnerschaftliche Verbindung gleichsam aufgepfropft werden, denn der Gesetzgeber hat die erhebliche Mehrarbeit eines Ehegatten oder Partners familienrechtlich

und nicht arbeitsrechtlich gelöst (vgl. dazu Murer, in *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, 2013, Zum Verhältnis zwischen Art. 165 Abs. 1 ZGB und 320 Abs. 2 OR, S. 223 ff.). Der Weg über Art. 320 Abs. 2 OR ist dem Kläger aus grundsätzlichen Überlegungen verbaut.

Eingetragene Partnerschaft. Gemäss Art. 13 Abs. 1 PartG, der Art. 163 Abs. 1 ZGB weitgehend entspricht, waren der Kläger und X. gegenseitig verpflichtet, „gemeinsam nach ihren Kräften für den gebührenden Unterhalt ihrer Gemeinschaft zu sorgen“. Wie die Partner ihre Kräfte aufteilten, beschrieb der Kläger bereits in der Klageschrift. Demnach kümmerte er sich um die Betreuung der 52 Tiere, die gemäss vorinstanzlicher Feststellung von X. einzig auf Wunsch des Klägers gekauft wurden. Dieser Umstand wurde gemäss dem vorinstanzlichen Urteil seitens des Klägers nicht bestritten. Pauschale Bestreitungen, auf die er sich beruft, sind ohnehin unbeachtlich. [...] Und damit steht auch fest, dass die 52 Tiere, denen der Kläger während seiner Lebensgemeinschaft mit X. Pflege angedeihen liess, von X. einzig auf Wunsch des Klägers angeschafft wurden. Unbestritten blieb auch, dass während der ganzen Dauer der eingetragenen Partnerschaft einzig X. für die gesamten Kosten der gemeinsamen Lebenshaltung aufkam und dass der Kläger während dieser Zeit von seinem Partner „regelmässig teure Geschenke und statthafte Bargeldbeträge“ erhielt. Die Bewirtschaftung des Gutes Z. war aus der Sicht des Paares daher nicht etwa gewerblicher Art, sondern Ausdruck des gemeinsamen Lebensplanes. Aus den Tatsachenvorbringen des Klägers ergeben sich keine Hinweise, aus denen im Sinne von Art. 165 Abs. 2 ZGB abgeleitet werden könnte, er habe an die Gemeinschaft mit X. „bedeutend mehr beigetragen“, als er dies hätte tun müssen, zumal auch die Leistungen von X. für die Gemeinschaft gesamthaft sehr bedeutend waren. Schliesslich hat sich das Paar anlässlich der gerichtlichen Auflösung per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt. Damit wurden sämtliche Leistungen von X. für die Lebensgemeinschaft erfasst, seien diese direkter oder auch nur indirekter Art, d.h. Leistungen auch über Gesellschaften, die er beherrschte. Damit ist der Klage der Boden von vornherein entzogen.

Lohnausweise; Stellung der Beklagten. Für seinen Standpunkt, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der von X. beherrschten Beklagten zustande gekommen sei, stützt sich der Kläger einzig auf die Lohnausweise, welche von der Beklagten für die Jahre 2011, 2012 und 2013 zuhanden der Steuerbehörden ausgestellt wurden und die er in der Berufung als „Lohnabrechnungen“ bezeichnet. In diesen Lohnausweisen sieht der Kläger das „Hauptbeweismittel“ für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

Von vornherein nicht einzusehen ist, weshalb die blossе Ausstellung von Lohnausweisen zur Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR führen soll, wie das der Kläger offensichtlich meint. Diese Bestimmung kommt dann zum Zuge, wenn der Arbeitgeber – hier müsste das die Beklagte sein – „Arbeit in seinem Dienst auf Zeit“ entgegengenommen hat. In dieser Hinsicht fehlen aber tatsächliche Behauptungen. Mit keinem Wort erörtert der Kläger, weshalb die Beklagte auf dem X. gehörenden Land-

gut im Kanton A., fern von ihrem Geschäftssitz und in Abweichung von ihrem Geschäftszweck, Arbeit vom Kläger entgegengenommen haben soll. Durch das blosses Ausstellen von Lohnausweisen ergibt sich das jedenfalls nicht. [...]»

(AH160006 vom 25. April 2017 und Obergericht LA170015 vom 24. November 2017)

Anmerkung: Durch Anhang Ziff. 1 der Änderung zum ZGB vom 17. Juni 2016 (Adoption), in Kraft seit 1. Januar 2018, wurde Art. 13 Abs. 1 PartG mit dem Hinweis ergänzt, dass im Übrigen die Art. 163–165 ZGB betreffend Unterhalt sinngemäss gelten (Satz 2).

3. OR 319, 320 Abs. 2; Bestand eines Arbeitsverhältnisses

Die Beklagte betreibt eine Kaffeebar. Der Kläger berief sich auf ein Arbeitsverhältnis in deren Sandwichproduktion und forderte Lohn für seine behaupteten Arbeitsstunden. Laut der Beklagten hatte demgegenüber der Kläger vorgeschlagen, Sandwiches gegen Gewinnbeteiligung zu produzieren. Von einer Anstellung des Klägers sei nie die Rede gewesen. Das Arbeitsgericht prüfte nach durchgeführtem Beweisverfahren das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses anhand der einschlägigen Kriterien.

Aus den Erwägungen:

«Entgeltliche Arbeitsleistung

Der Kläger schuldet seine Arbeitsleistung und keinen Erfolg; serienmässig hergestellte Sandwiches sind nicht als Werke im Sinne eines Werkvertrages anzusehen. Unbestritten ist, dass der Kläger seine Arbeitsleistung auf unbestimmte Zeit gegen Entgelt erbringen sollte.

Unternehmensrisiko

Wie bereits ausgeführt konnte die Beklagte die von ihr behauptete Gewinnbeteiligung des Klägers am Sandwichverkauf nicht beweisen. Selbst wenn dieser Beweis gelungen wäre, hätte dies noch nicht entscheidend gegen ein Arbeitsverhältnis gesprochen. Denn auch im Arbeitsverhältnis ist eine rein erfolgsorientierte Vergütung zulässig, solange dadurch ein angemessenes Entgelt erzielt wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 322a OR). Im Umkehrschluss wäre aber in diesem Fall angesichts des schlecht laufenden Sandwichverkaufs wiederum die Vergütung des Klägers bis zur Angemessenheit aufzustocken gewesen (vgl. dazu die Ausführungen zu den Mindestlöhnen nach L-GAV hinten).

Eingliederung in die Arbeitsorganisation

Arbeitszeit

Unbestritten ist, dass sich der Kläger täglich regelmässig am Morgen bei der Beklagten einfand. Diese Richtzeiten waren durch die Notwendigkeit einer frühen Sand-

wichproduktion vorgegeben. Mit anderen Worten hatte der Kläger auf unbestimmte Zeit mehr oder weniger fixe Arbeitszeiten, zu denen er anwesend zu sein hatte, da die Sandwiches morgens hergestellt werden mussten, um für das hauptsächlich morgens und mittags laufende Geschäft verfügbar zu sein.

Zu erfassen hatte er seine Arbeitszeiten allerdings offensichtlich nicht.

Arbeitsort

Der Kläger verrichtete seine Arbeit ausschliesslich in den Produktionsräumlichkeiten der Beklagten mit den Produktionsmitteln der Beklagten und den ihm von dieser (im Wesentlichen) zur Verarbeitung eingekauften Lebensmitteln. Dies war insofern zwingend, als sich die von ihm benötigten Gerätschaften und Zutaten dort befanden, er mit dem [Anmerkung: Produktionsmitarbeiter] X. zusammenarbeitete, sich die Kaffeebar in der Nähe befand und er selbst keine Produktionsstätte gehabt hat.

Weisungen

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäss Art. 321d OR umfasst am Arbeitsplatz Zielanweisungen (Art, Ort, Umfang und Organisation der Arbeitsleistung), Verhaltensanweisungen (Ordnungsvorschriften; z.B. Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften) und Fachanweisungen (Art und Weise der Arbeitsausführung; BK zu Art. 319-330b OR, Bern 2010, N 18 ff. zu Art. 321d OR). Die fachliche Weisungsfreiheit steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, solange die Arbeitsleistung nur infolge der sonstigen betrieblichen Weisungsgebundenheit erfolgt (BK, a.a.O., N 52 zu Art. 319 OR).

Dass der Kläger Verhaltensanweisungen der Beklagten befolgte, ist erstellt: Wie er selber einräumt, wurden z.B. Hygienevorschriften erlassen, die es zu befolgen galt. Wie oben [in den nicht wiedergegebenen Erwägungen zur Beweiswürdigung] ausgeführt ist der Aussage des Klägers nicht zu folgen, wonach er selbst diese Regeln aufgestellt habe. Vielmehr ist von den Aussagen der Herren Y. [Anmerkung: Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten] und Z. [Anmerkung: ehemaliger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten] auszugehen, wonach der Kläger sich nicht um die Hygiene gekümmert habe. Gemäss Y. habe Z. die Hygienevorschriften erlassen. Im Sinne einer generellen Zielanweisung hatte der Kläger immerhin mit X. die morgendliche Sandwichzubereitung sicher zu stellen.

Hingegen wurden dem Kläger seitens der Beklagten offenbar keine fachlichen Anweisungen erteilt. Dies schliesst jedoch ein Arbeitsverhältnis keineswegs aus. Je spezialisierter und anspruchsvoller eine Tätigkeit ist, desto mehr gewinnen Fachkenntnisse an Bedeutung und drängen die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers in den Hintergrund. Wer Fachanweisungen erteilen will, muss nämlich selber über das notwendige Fachwissen verfügen, weshalb mit zunehmender Spezialisierung der Tätigkeit des Arbeitnehmers die Anweisungsbefugnis des Arbeitgebers abnimmt (BK, a.a.O., N 26 zu Art. 321d OR). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Kläger über eine abgeschlossene Fachausbildung als Koch verfügt. Er

ist daher bei der Sandwichproduktion fachlich den anderen Mitwirkenden bei der Beklagten überlegen, weshalb er keine fachlichen Weisungen erhalten hat.

Arbeitsmaterial und -geräte

Wie oben ausgeführt ist davon auszugehen, dass grundsätzlich nicht der Kläger, sondern andere Mitwirkende bei der Beklagten den Einkauf der Zutaten für die Sandwichproduktion mit Mitteln der Beklagten erledigten. Auch das sonstige Material und die benötigten Geräte (z.B. Öfen, Kühlschränke) für die Sandwichproduktion wurden von der Beklagten zur Verfügung gestellt.

Sozialversicherungsbeiträge

Die Beklagte bezahlte für den Kläger unbestrittenermassen keine Sozialversicherungsbeiträge, was jedoch gemäss Lehre und Praxis nur ein untergeordnetes Indiz für die Vertragsqualifikation darstellt. Dies würde selbst dann gelten, wenn man ihn wie von der Beklagten behauptet ausdrücklich darauf hingewiesen hätte, er müsse sich selber versichern.

Kündigung

Wie im nachfolgenden [nicht wiedergegebenen] Abschnitt VI. erläutert, hat der Kläger das Rechtsverhältnis mit der Beklagten fristlos aufgelöst. Die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit ist grundsätzlich ein Indiz für ein Auftragsverhältnis (vgl. Art. 404 Abs. 1 OR). Jedoch sieht auch das Arbeitsverhältnis mit Art. 337 OR unter bestimmten aussergewöhnlichen Umständen eine fristlose Kündigungsmöglichkeit vor.

Fazit

Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, ist davon auszugehen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der Kläger war hinsichtlich der Sandwichproduktion am Morgen in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert und es bestand ein gewisses Subordinationsverhältnis.»

Zum Lohnanspruch im Stundenlohn erwog das Gericht zum Schluss:

«Da es sich bei der Beklagten um einen gastgewerblichen Betrieb handelt, kommen auf das Arbeitsverhältnis des Klägers die zwingenden Bestimmungen des L-GAV zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 L-GAV). Massgebend ist dabei der im Jahr 2015 geltende L-GAV, da der Kläger zu dieser Zeit seine Arbeit verrichtete. Gemäss Art. 9 Abs. 2 L-GAV hat ein Mitarbeiter jeden Monat, unabhängig vom Lohnsystem (Fest-/Umsatzlohn), Anspruch auf den Mindestlohn nach Art. 10 L-GAV. Der Kläger hat unbestrittenermassen beim Hotel Q. in Zürich seine Lehre als Koch abgeschlossen. Daher hätte er – wäre er Vollzeitmitarbeiter gewesen – mit beruflicher Grundbildung und Eidgenössischem Fähigkeitszeugnis nach Art. 10 Abs. 1 III lit. a L-GAV Anspruch auf einen Mindestlohn von Fr. 4'108.– brutto pro Monat. Ein Monat hat durchschnittlich 4,33 Wochen. Gemäss Art. 15 L-GAV beträgt die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit in einem Betrieb wie demjenigen der Beklagten bei

einer 100% Anstellung 42 Stunden. Daraus ergibt sich ein Mindest-Stundenlohn des Klägers von Fr. 22.60 brutto (Fr. 4'108 : 4,33 : 42). Somit hat der Kläger für seine geschätzt 142 geleisteten Arbeitsstunden einen Lohnanspruch von Fr. 3'209.20 brutto.»

(AH150179 vom 11. August 2017)

4. OR 322d; Vesting von zugeteilten Aktien bei einem befristeten Arbeitsverhältnis: Auslegung der Bonusvereinbarung

Der Kläger arbeitete – zunächst mit unbefristetem Vertrag – ab Mai 2010 für die Management-Gesellschaft der beklagten Holdinggesellschaft. Mit Arbeitsvertrag vom 12. Dezember 2011 wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers bis zum 31. Dezember 2013 befristet. Der befristete Arbeitsvertrag wurde nicht verlängert.

Mit "Performance Share Unit Grant Notice" vom 27. Januar und 2. Februar 2011 sprach die Beklagte dem Kläger 300 Performance Share Units gemäss den in der sog. IPO Regulation festgelegten Bedingungen zu. Im Rahmen dieses Programms wurden dem Kläger im März 2012 eine erste Tranche seiner Anwartschaft auf Aktien der Beklagten und im März 2013 eine zweite Tranche der versprochenen Aktien der Beklagten übertragen. Streitig war, ob dem Kläger trotz beendetem befristetem Arbeitsverhältnis ein Anspruch auf Übertragung der dritten und letzten Tranche der im Rahmen des IPO Bonus zugeteilten Aktien (Performance Share Units) zustand.

Aus den Erwägungen:

«Dadurch, dass die Beklagte dem Kläger mit der Performance Share Unit Grant Notice 300 Shares zugesprochen hat, hat sie das ihr zustehende Ermessen ausgeübt. Die Grant Notice enthält eine genaue Bezeichnung der Anzahl Shares und damit alle notwendigen Elemente, um sie zu einer bindenden Offerte zu machen. Die weiteren Faktoren, insbesondere der Vesting Multiple, sind berechenbar. Die IPO Regulation enthält zwar eine Klausel, dass der Verwaltungsrat in gewissen Fällen eine Anpassung der zugeteilten Aktien vornehmen kann (vgl. Artikel 15 IPO Regulation). Dass ein solcher Fall vorliegt, behauptet aber keine der Parteien. Durch die Performance Share Units Grant Notice erwarb der Kläger folglich einen klagbaren Anspruch auf die echte Gratifikation, oder anders gesagt, die Beklagte hat die Übertragung der Aktien zugesichert, sofern die dafür geltenden Bedingungen erfüllt sind. Die Vesting Regeln stellen Zahlungsmodalitäten dar und führen zu einer aufgeschobenen Fälligkeit der zweiten und dritten Tranche.

Die für eine Auszahlung der Gratifikation geltenden Bedingungen der Beklagten werden in Artikel 17 der IPO Regulation unter dem Titel „EarlyVesting“ festgehalten.[...]

Solche Bedingungen sind, wie bereits gesehen, bei Gratifikationen zulässig. Absatz 1 hält fest, dass bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer bzw. einer Entlassung durch den Arbeitgeber die Performance Share Units nicht „vesten“, das heisst, dass kein Erwerb zugeteilter Aktien stattfindet. Absatz 2 behandelt die Fälle von Pen-

sionierung, Invalidität, Tod und die begründete Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer. In diesen Fällen findet ein Vesting statt, auch wenn das eigentlich vorgesehene Vesting-Datum noch nicht eingetreten ist.

Vorliegend ist das Arbeitsverhältnis zufolge Befristung beendet worden. Dieser Fall ist von keinem Absatz, insbesondere nicht von Absatz 1, ausdrücklich erfasst, soweit sind sich die Parteien einig. Absatz 1 bzw. dessen Wortlaut ist – entgegen den Behauptungen der Beklagten – klar. Er regelt das Vesting in den Fällen der Kündigung durch den Arbeitnehmer oder der Entlassung durch den Arbeitgeber, also bei Beendigungen des Arbeitsverhältnisses durch einseitig erfolgten Willensakt. In Absatz 2 wird insbesondere die Ausnahme der Kündigung aus einem begründeten Anlass durch den Arbeitnehmer genannt (vom Kläger wurde nicht bestritten, dass es sich dabei um einen Verschieb handelt und „with cause“ statt „without cause“ heissen sollte). Bezüglich Befristung des Arbeitsverhältnisses besteht eine Lücke. Der Fall des befristeten Arbeitsverhältnisses ist einfach nicht geregelt. Es behauptet keine der Parteien, man habe darüber gesprochen. Insbesondere behauptet auch die Beklagte nicht, sie habe den Kläger darauf hingewiesen, ein befristeter Vertrag falle unter einen der genannten Tatbestände. Entsprechend musste auch der Kläger nicht davon ausgehen.

Die Befristung wurde, berücksichtigt man die darin erwähnte Rückwirkung des Vertrags, auf drei Jahre festgelegt. Dies wurde nicht alleine im Hinblick auf die fixe Beendigungsmöglichkeit so gehandhabt. Die Beklagte selber führt als Grund der Befristung des Arbeitsverhältnisses an, es sollte damit verhindert werden, dass Konkurrenzgesellschaften Schlüsselfiguren, wie den Kläger, aufgrund ordentlich kündbarer Arbeitsverträge abwerben könnten. Mit der Befristung war der Kläger während drei Jahren sicher an die Beklagte gebunden. Das lag im Interesse der Beklagten. Allein schon diese Überlegung lässt es nicht zu, die Lücke in der „Early Vesting“-Regelung so zu füllen, wie es die Beklagte möchte, nämlich die Beendigung des Arbeitsvertrages zufolge Befristung mit einer Kündigung durch den Arbeitgeber gleichzustellen. Es sind zwei völlig verschiedene Dinge.

Nur nebenbei bemerkt ist die Formulierung übrigens ebenso lückenhaft bezüglich einer allfälligen einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses mittels Aufhebungsvereinbarung. Es erscheint offenkundig, dass eine solche Auflösung nicht unter Absatz 1 von Art. 17 subsumiert werden könnte.

Auch der Beizug der Definition von „Termination of Participant“ in der IPO Regulation hilft der Beklagten nicht weiter. Diese Definition hält lediglich fest, es bedeute den Tag, an welchem das Arbeitsverhältnis ende („means the day on which the employment relationship between a Participant and the Company or a Subsidiary, as the case may be, ends“). Über mögliche Beendigungsgründe wird in den Definitionen nichts gesagt. In Artikel 17 finden sich die Formulierungen „resignation by the Participant“ bzw. „dismissal by the employer“ als mögliche Unterkategorien der „termination of employment“. Wie erwähnt sind auch weitere Beendigungsvarianten denkbar.

Bemerkenswert ist sodann, dass die IPO Regulation vor Unterzeichnung des zweiten (befristeten) Arbeitsvertrags des Klägers implementiert wurde. Wäre die Beklagte der Meinung gewesen, es erfolge nach Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages

keine Übertragung der zugeteilten Aktien, wäre zu erwarten gewesen, dass sie entweder eine entsprechende Klausel in den Vertrag genommen oder die IPO-Regulation abgeändert hätte. Sie hätte klar und ausdrücklich vorsehen können, dass nur Personen, welche am Vesting Datum in einem (ungekündigten) Arbeitsverhältnis mit der Beklagten oder deren Tochtergesellschaften stehen, überhaupt beim Entscheid zur Übertragung der Aktien berücksichtigt werden sollen. Dies hat sie aber nicht gemacht.

Beide Parteien haben den befristeten Vertrag so geschlossen, wie er ist, im Wissen um die eindeutige Formulierung in der IPO Regulation. In der Performance Share Unit Grant Notice vom 27. Januar/2. Februar 2011 wurden dem Kläger 300 (nach der Nennwertreduzierung 30'000) Performance Share Units (und damit die Gratifikation) versprochen. Keine der in Artikel 17 der IPO Regulation aufgestellten Bedingungen für deren Nicht-Übertragung ist erfüllt. Also waren dem Kläger alle Aktien zu übertragen. Entsprechend steht ihm auch der Anspruch auf die letzte Tranche – unter Berücksichtigung des unbestrittenen Vesting Multiple von 2.0 also von 20'000 Aktien – zu. Die Klage ist bezüglich Ziffer 1 des Rechtsbehrens gutzuheissen.»

(AN160026 vom 21. Dezember 2017; eine dagegen erhobene Berufung ist am Obergericht hängig)

5. OR 324a; (Vor-)Leistungspflicht der Arbeitgeberin bei gleichwertiger Versicherungslösung

Das Arbeitsverhältnis der Parteien unterstand dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV). Strittig war die Lohnfortzahlungspflicht der beklagten Arbeitgeberin, nachdem zum einen die Krankentaggeldversicherung dem Kläger mitgeteilt hatte, dass gemäss ihrer beratenden Ärztin die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht ausgewiesen sei und sie keine Leistungen erbringen könne. Zum anderen gelang es dem Kläger vor Arbeitsgericht, den Beweis für die von der Beklagten bestrittene 100%ige Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit im massgebenden Zeitraum zu erbringen.

Aus den Erwägungen:

«Gleichwertige Vereinbarung?»

Art. 324a Abs. 4 OR sieht vor, dass von der gesetzlich vorgesehenen Lohnfortzahlungspflicht abgewichen werden kann, sofern eine mindestens gleichwertige Regelung durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart wurde. Gleichwertigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben, wenn eine Versicherung während mindestens 720 Tagen innert 900 Tagen ein Taggeld in der Höhe von mindestens 80% des Lohnes ausrichtet, mit einer Wartefrist von maximal drei Tagen und bei mindestens hälftiger Tragung der Prämien durch den Arbeitgeber (Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.2.1).

Vorliegend enthält der LMV in Art. 64 Abs. 1 folgende Regelung: *“Lohnfortzahlung durch Kollektivversicherung: Der Betrieb ist verpflichtet, die dem LMV unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 90% des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich abgegolten.”* Weiter enthält er in Abs. 2 lit. a folgende Regelung zur Prämienteilung: *“Die Prämien für die Kollektivtaggeld-Versicherung werden vom Betrieb und den Arbeitnehmenden je zur Hälfte getragen.”* Zu den Karenztagen wird schliesslich in Abs. 3 lit. b Folgendes festgehalten: *“Entschädigung des Lohnausfalles zu 90% infolge Krankheit nach höchstens einem Karenztag zu Lasten der Arbeitnehmenden. Erfolgt ein Aufschub von höchstens 30 Tagen je Krankheitsfall, ist der Lohnausfall während dieser Zeit vom Arbeitgeber zu entrichten. [...]”*

Der LMV erfüllt das Kriterium der Schriftlichkeit und enthält alle für die Annahme der Gleichwertigkeit notwendigen Punkte. Ebenso wurde ein ausdrücklicher Abgeltungs-Vorbehalt festgehalten. Vorliegend haben die Parteien somit eine grundsätzlich gleichwertige Vereinbarung getroffen.

Lohnanspruch trotz Verweigerung durch Krankentaggeldversicherung?

Rechtliches

Wird die Leistungspflicht des Arbeitgebers durch eine Versicherungslösung abgelöst und ist diese gleichwertig, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich von seiner Zahlungspflicht befreit (Roberta Papa, in: Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, S. 69 ff., S. 80). Der Arbeitgeber ist aber nur solange und soweit von seiner Lohnfortzahlungspflicht entlastet, wie diese tatsächlich durch die Versicherung übernommen wird (Thomas Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 323 ff., S. 329). Verweigert der Versicherer seine Leistung z.B. weil dem Arbeitnehmer eine Verletzung von Mitwirkungspflichten vorgeworfen werden kann, spielt es eine Rolle, ob sich die auferlegten Pflichten in einem üblichen und zumutbaren Rahmen bewegen und ob sie dem Arbeitnehmer bereits bei Vereinbarung der Ersatzlösung bekannt sind bzw. sein müssen. Kann dies bejaht werden, ist die Gleichwertigkeit der Ersatzlösung nicht tangiert (vgl. Papa, a.a.O., S. 91).

Schliesslich darf dem Arbeitnehmer nicht das Risiko übertragen werden, gegen die falsche Partei zu klagen. Er muss trotz Bestehens einer Kollektivtaggeldversicherung gegen den Arbeitgeber klagen können, wenn er seine Leistungen nicht erhalten hat. Erweist sich die vom Arbeitgeber abgeschlossene Kollektivtaggeldversicherung als tatsächlich gleichwertig, muss der Arbeitgeber dann aber nur das leisten, was auch die Taggeldversicherung leisten müsste, und kann dieses Taggeld dann bei

der Versicherung einfordern (Thomas Geiser, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016 S. 100 ff., S. 105). Der Arbeitgeber haftet insbesondere dafür, dass der Versicherungsvertrag mit den Bedingungen des Arbeitsvertrags kongruent ist. Dies gilt sowohl bezüglich der Höhe der Leistungen als auch des sachlichen Deckungsumfanges (Christoph Häberli/David Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 141). Das Arbeitsgericht Zürich geht regelmässig und seit Langem von einer Vorleistungspflicht der Arbeitgeberin aus (statt vieler: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2005, Nr. 7; Urteil vom 21. Oktober 2010, AN080919; vgl. dazu auch Urteil des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft vom 11. November 2003 in JAR 2004, S. 418 ff.; Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP 9/2000, S. 1077). Dem Arbeitnehmer steht zwar gemäss KVG und VVG ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu, er verliert aber den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber nicht. Für diese Lösung spricht im Übrigen auch Art. 19 Abs. 2 ATSG, wonach der Arbeitgeber die Taggelder bei der Versicherung einfordern kann, soweit er selber Leistungen in der Höhe der Taggelder an den Arbeitnehmer ausrichtet. Die Leistungspflicht der Beklagten entfällt damit erst, wenn die Versicherung auch tatsächlich bezahlt.

Würdigung

Wie vorgehend festgestellt, war der Kläger infolge Krankheit vom 21. Oktober 2015 bis und mit 15. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig und der Entscheid der Krankentaggeldversicherung, die Leistungen zu verweigern, beruhte auf einer unzureichenden Grundlage.

Das Gesetz erlaubt es bloss mit einer gleichwertigen Lösung von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. In casu wäre die Lösung aber nicht gleichwertig, wenn der Kläger seinen Anspruch – aufgrund der bestehenden Taggeldversicherung der Beklagten – nicht direkt bei der Beklagten geltend machen könnte. Denn hätte die Beklagte keine Taggeldversicherung abgeschlossen, wäre die Rechtslage für den Kläger günstiger, da ihn kein Prozessrisiko treffen würde.

Auch der LMV hält in Art. 64 Abs. 1 fest: “Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich abgegolten.” Vorliegend leistete die Krankentaggeldversicherung aber nicht, womit die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht abgegolten ist.

Einzig eine Verletzung der Mitwirkungspflichten seitens des Klägers könnte die Beklagte von ihrer Vorleistungspflicht befreien. Die Leistungsverweigerung der Krankentaggeldversicherung erfolgte jedoch nicht, weil der Kläger seine Mitwirkung verweigerte, sondern aufgrund des von seiner Hausärztin, Dr. med. Y., nur rudimentär ausgefüllten Formulars. Der Kläger wusste nicht, dass der ablehnende Entscheid der Krankentaggeldversicherung v.a. aufgrund des bloss rudimentär ausgefüllten Formulars erfolgte und durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass seine Hausärztin dieses Formular gewissenhaft, unter Angabe der

Abklärungen bei den beiden Spezialisten, ausfüllen würde und alle nötigen Angaben der Krankentaggeldversicherung zur Verfügung gestellt hatte. Diesbezügliche Ausführungen machte denn auch die Vertrauensärztin der Krankentaggeldversicherung.

Ausserdem forderte die Krankentaggeldversicherung den Kläger nicht zu einer weiteren Mitwirkung auf, sondern erwähnte nur, dass ohne neue medizinische Tatsachen keine Leistungen erbracht werden können. Da der Kläger davon ausgehen konnte, dass seine Hausärztin das Formular gewissenhaft und mit allen nötigen Angaben ausgefüllt hatte, gab es aus seiner Sicht auch keine neuen medizinischen Tatsachen. Die Rechtsvertreterin des Klägers hielt die Krankentaggeldversicherung mit Schreiben vom 10. Februar und 26. Februar 2015 dazu an, Einsicht in die vollständigen Akten zu erhalten. Erst am 11. März 2016 sandte die Krankentaggeldversicherung der klägerischen Rechtsvertreterin die angeforderten Akten zu. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger zwar die Möglichkeit gehabt, die unvollständigen Angaben seiner Hausärztin zu ergänzen, das Verfahren war jedoch bereits rechtshängig. Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten des Klägers, welche die Beklagte von ihrer Leistungspflicht entbunden hätte, kann nach dem Gesagten nicht bejaht werden.

Zwischenfazit

Nach dem Gesagten ist die Beklagte nicht von ihrer Leistungspflicht entbunden. Sie ist betreffend die Bezahlung von Krankentaggeld vorleistungspflichtig und hat dem Kläger den gemäss Art. 64 LMV darauf entfallenden Lohn zu vergüten.»

(AH160127 vom 23. Oktober 2017)

6. OR 328b; Herausgabe von Mitarbeiter-Daten in die USA

Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im sog. Steuerstreit zwischen den USA und verschiedenen Schweizer Banken. Hintergrund sind das in diesem Zusammenhang vom U.S. Department of Justice (DoJ) am 29. August 2013 veröffentlichte „Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks“ sowie das „Joint Statement“ zwischen dem DoJ und dem Eidgenössischen Finanzdepartement vom gleichen Tag und die vom Bundesrat erlassene Musterverfügung (Bewilligung nach Art. 271 StGB u.a. zur Herausgabe von Personendaten von Mitarbeitenden). Im Zusammenhang mit der Lieferung von Mitarbeiterdaten in die USA wird seit längerem kontrovers diskutiert, ob diese im Arbeitsverhältnis bereits gestützt auf Art. 328b OR untersagt ist, oder ob eine Datenherausgabe mit Rechtfertigungsgründen gemäss Datenschutzgesetz legitimiert werden kann.

Das Arbeitsgericht Zürich hat im Publikationsjahr hierzu in einem Entscheid vom 21. September 2017 erwogen:

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber die Daten über seine Angestellten nur bearbeiten, soweit sie deren Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass generell nur Datenbearbeitungen zulässig sind, die in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen. Ansonsten liegt zunächst einmal eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR). Offenkundig ist auch, dass eine Übermittlung von Daten eine Datenbearbeitung ist (vgl. die Begriffserklärungen im Datenschutzgesetz: Art. 3 lit. e DSG: “Bearbeiten: jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten”; Art. 3 lit. f DSG: “Bekanntgeben: das Zugänglichmachen von Personendaten, wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen”).

Kontrovers beurteilt wird jedoch die Frage, wie weit der Regelungsbereich von Art. 328b OR geht, mithin, ob bereits aufgrund dieser Bestimmung eine Datenlieferung ausgeschlossen ist. Zentral ist zudem die Auslegungsfrage, was unter “Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich” im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist.

David Rosenthal hält dafür, dass Art. 328b OR keine Verbotsnorm sei. Satz 1 von Art. 328b OR sei ein Art. 4 DSG konkretisierender Bearbeitungsgrundsatz (Rosenthal, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, N 5 ff. zu Art. 328b OR m.H.). Auch eine Verletzung von Art. 328b OR unterliege der Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 13 Abs. 1 DSG. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Interessenabwägung sei im Übrigen im Rahmen von Art. 328 OR (Fürsorgepflicht) unbestritten. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, dass eine solche Interessenabwägung ausgerechnet im Rahmen von Art. 328b OR nicht zulässig sein solle, konkretisiere Art. 328b OR doch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Datenbearbeitung (Rosenthal, a.a.O., N 12 f. zu Art. 328b OR).

Da die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis den Bestimmungen des DSG wie jede andere Datenbearbeitung im privaten Bereich unterliege, könnten deliktische Ansprüche auch bei der ungerechtfertigten Verletzung anderer Bearbeitungsgrundsätze oder weiterer Bestimmungen des DSG entstehen. Art. 12 und Art. 15 DSG würden selbstverständlich auch im Arbeitsverhältnis gelten. Da mit dem Globalverweis auf das DSG auch Art. 13 DSG zur Anwendung komme, schlossen bei analoger Anwendung dieser DSG-Norm hinreichende Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG eine geltend gemachte Vertragsverletzung aus, soweit sie auf einer Verletzung von Art. 328b Satz 1 OR oder sonst den Bestimmungen des DSG beruhen (Rosenthal, a.a.O., N 15 zu Art. 328b OR; gleicher Meinung offenbar das Obergericht Zürich, Geschäfts-Nr. LA160028-O vom 22. Dezember 2016, E. 5.4., mit Hinweisen auf Geiser, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungsspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 240 und 251, sowie auf Wildhaber/Hänsenberger,

Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317, wo allerdings auch wieder auf Rosenthal verwiesen wird).

Demgegenüber weisen Streiff/von Kaenel/Rudolph darauf hin, dass Art. 328b OR einen weitreichenden, eigenen Regelungsgehalt habe. Er beschränke die zulässige Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis auf Fälle mit Arbeitsplatzbezug. Richtig betrachtet werde gar ein elementares Prinzip des Datenschutzgesetzes durchbrochen, indem Datenbearbeitungen nicht mehr grundsätzlich zulässig, sondern grundsätzlich unzulässig seien, es sei denn, sie seien durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages gerechtfertigt. Jede Bearbeitung von Daten des Arbeitnehmers, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug hätten, sei damit unzulässig. Sie sei also selbst dann nicht zulässig, wenn sie nach dem Datenschutzgesetz erlaubt wäre. Anders als im Bereich des Datenschutzgesetzes vermöge also auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit nicht zu beseitigen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR, insbesondere unter Hinweis auf Staehelin, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, N 1 zu Art. 328b OR; gleicher Meinung OFK-Michel Pellascio, Zürich 2009, N 2 zu Art. 328b, und Philippe Carruzzo, *Le contrat individuel de travail*, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 2009, Art. 328b OR).

Diese zweitgenannte Ansicht überzeugt. Der Wortlaut von Art. 328b OR ist klar und unmissverständlich. Der erste Satz dieser Bestimmung erlaubt die Datenbearbeitung nur, soweit die Daten über den Arbeitnehmer dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Jede andere Bearbeitung der Daten über den Arbeitnehmer ist damit verboten und rechtswidrig.

Dass sich der Gesetzgeber möglicherweise über die Tragweite dieser Norm nicht im Klaren war, ändert nichts daran, dass der Wortlaut eindeutig ist. Auch dass die Norm in gewissen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, mag zutreffen. Weder das Eine noch das Andere rechtfertigt aber eine Auslegung am klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung vorbei. Die Auslegung, wie sie unter anderem Rosenthal vornimmt, hätte letztlich zur Konsequenz, dass die Bestimmung von Art. 328b OR völlig ohne Sinn wäre. Gerade so gut hätte der Gesetzgeber Art. 328b OR weglassen oder erklären können: "Das Datenschutzgesetz gilt auch im Arbeitsverhältnis." Genau das hat er nicht getan. Es wird zwar auf das Datenschutzgesetz verwiesen, aber eben nur "im Übrigen". Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit dem in seinem Wortlaut klaren Art. 328b OR eine völlig sinn- und bedeutungslose und damit überflüssige Erklärung abgeben wollte. Darauf deutet auch die Botschaft zum Datenschutzgesetz vom 23. März 1988 hin. Darin wird betont, dass der Arbeitnehmer wegen seiner rechtlichen und tatsächlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber eines besonderen Schutzes bedürfe. Der neue Artikel 328b OR (der eben zusammen mit dem Datenschutzgesetz am 1. Juli 1993 in Kraft trat) regle deshalb "in Ergänzung zum Datenschutzgesetz Inhalt und Umfang von Personalinformationen (...)" (Botschaft zum DSG, in Bundesblatt, 140. Jg., Bd. II, S. 488). In diesem Sinne stellt Art. 328b OR tatsächlich eine Konkretisierung des datenschutzrechtlichen Verhältnismässigkeitsgebotes von Art. 4 Abs. 2 DSG dar, wobei aber dem Arbeitgeber nicht jede verhältnismässige Datenbearbeitung

erlaubt ist, sondern eben nur jene, die für das konkrete Arbeitsverhältnis notwendig ist (Kurt Pärli, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Diss. Bern 2003, S. 157 ff.). Dass die Datenbearbeitung bei einem Arbeitsverhältnis weiter reichen soll als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag gebunden haben, wie das Obergericht meint (Obergericht Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 22. Dezember 2016, Geschäfts-Nr. LA160028-O, E. 5.4.), widerspricht dem in den Materialien genannten Zweck des Art. 328b OR, nämlich den Arbeitnehmern besonderen Schutz zu gewähren, geradezu diametral.

Dass die Datenbearbeitung zur Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis notwendig sein soll, behauptet keine der Parteien.

Was die Erforderlichkeit der Bearbeitung zur Durchführung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber anbelangt, so werden darunter gemeinhin administrative Belange verstanden, so etwa die zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den (schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt erforderlichen Angaben, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR, insbesondere unter Hinweis auf Staehelin, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, N 6 zu Art. 328b OR). Die Datenübermittlung, die vorliegend zur Diskussion steht, hat mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses im geschilderten Sinn nichts zu tun. Das Arbeitsverhältnis ist im Übrigen bereits beendet. Die Beklagte steht wie viele andere Schweizer Banken in einem Steuerstreit mit den Vereinigten Staaten. Kein Arbeitnehmer musste vor dem Ausbruch des Steuerstreites zwischen der Schweiz und den USA - und schon gar nicht 1995, als der Kläger einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten schloss - je auch nur im Entferntesten damit rechnen, dass dereinst Daten von ihm im Hinblick auf die Lösung des Steuerstreites in die USA geliefert werden sollen. Unter diesen Umständen kann entgegen der Ansicht des Obergerichts nicht von einem Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten gesprochen werden. Damit ist die Datenübermittlung nicht rechters.»

Die Beklagte erhob Berufung gegen den Entscheid des Arbeitsgerichts. Mit Bezug auf die Tragweite von Art. 328b OR folgte das Obergericht den Erwägungen des Arbeitsgerichts nicht – wie der nachfolgende Auszug aus dem Entscheid des Obergerichts zeigt. Es verneinte stattdessen (wie bereits das Arbeitsgericht in seiner Eventualbegründung) das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für die Datenherausgabe nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO (vgl. zu dieser Fragestellung Entscheid Nr. 18).

Aus dem Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich:

«Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Und gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, “soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind”. Weiter gelten nach dieser Gesetzesvorschrift “im Übrigen” die Bestimmungen des DSGVO.

Die Vorinstanz ist der Meinung, dass die von der Beklagten ins Auge gefasste Datenlieferung mit dem früheren Arbeitsvertrag der Parteien nichts zu tun habe, weshalb sie ohne weiteres gemäss Art. 328b OR unzulässig sei. Diese Rechtsanschauung wird mit der Berufung beanstandet, wogegen der Kläger sich mit seiner Berufungswantwort dazu nicht äussert. In der Tat steht die vorinstanzliche Rechtsauffassung in diesem Punkte mit der Praxis der Berufungsinstanz nicht in Einklang (Urteil LA160038 vom 31. Januar 2017, E. 5; Urteil LA16009 vom 22. Dezember 2016, E. 7; LA160028 vom 22. Dezember 2016, E. 5).

Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Und gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, “soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind”. Weiter gelten nach dieser Gesetzesvorschrift “im übrigen” die Bestimmungen des DSG.

Art. 328b OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Datenschutzgesetzgebung. In zeitlicher Hinsicht erfasst Art. 328b OR sowohl den Zeitraum der Dauer als auch jenen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 131 V 298 E. 6.1; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Rz 473). Wenn Art. 328b OR von der Bearbeitung der Daten spricht, lehnt sich das Gesetz an die Legaldefinition von Art. 3 lit. e DSG an, wonach unter “Bearbeiten” namentlich auch das “Bekanntgeben” von Daten zu verstehen ist. Und darunter ist wiederum gemäss Art. 3 lit. f DSG jedes “Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen” gemeint. Dass es bei der hier ins Auge gefassten Bekanntgabe der Personendaten des Klägers an eine ausländische Behörde um eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 328b OR bzw. im Sinne des DSG geht, steht ausser Frage.

Nach Art. 328b OR kommt eine Datenbearbeitung in zwei Fällen in Frage. Einerseits ist sie nach dieser Gesetzesvorschrift denkbar, wenn sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betrifft. Dieser Aspekt kann hier allerdings von vornherein nicht interessieren. Und weiter kommt eine Datenbearbeitung nach dem Wortlaut von Art. 328b OR dann in Frage, wenn sie “für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich” ist. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall die von der Beklagten in Aussicht genommene Datenlieferung auch aus diesem Grunde nicht zulässig sei. Eine Datenbearbeitung sei nur dann zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich, wenn eine administrative Notwendigkeit bestehe, z.B. “zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den (schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen”. Das treffe hier nicht zu. Die Vorinstanz beruft sich auf Lehrmeinungen, die Art. 328b OR einen eigenen Regelungsgehalt zuweisen (mit Hinweis u.a. auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR). In diesem Sinne führt die Vorinstanz aus, dass der Wortlaut von Art. 328b OR klar und unmissverständlich sei. Es gebe gar nichts dazu auszulegen. Der erste Satz dieser Bestimmung erlaube die Datenbearbeitung nur, soweit die Daten über den Arbeitnehmer dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durch-

führung des Arbeitsvertrages erforderlich seien. Jede andere Bearbeitung der Daten über den Arbeitnehmer sei damit verboten und rechtswidrig.

Es stellt sich die Frage, was unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist. Es ist dies ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auszulegen ist. Art. 328b OR wurde mit dem Erlass des DSGVO in das Gesetz eingeführt und entspricht wörtlich Art. 328b Abs. 1 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs. In der bundesrätlichen Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass die erwähnte Bestimmung "eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots" des heutigen Art. 4 Abs. 2 "des allgemeinen Datenschutzgesetzes" (= DSGVO) darstelle (BB1 1988 II 488). In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch Art. 328b OR und das DSGVO beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag aneinander gebunden haben (vgl. Portmann/Stöckli, a.a.O., Rz 431), indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSGVO – einen weiteren Rechtfertigungsgrund liefert und so als ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse beschränkter Bearbeitungsgrundsatz angesehen werden kann (Wildhaber/Hänsenberger, *Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen*, ZBJV 152/2016 S. 317). Ferner hat Art. 328b OR für internationale Verhältnisse die weitere Bedeutung, dass das schweizerische Datenschutzrecht stets uneingeschränkt anwendbar ist, sobald der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht untersteht (Geiser, *Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz]*, ZBJV 152/2016 S. 251). Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" ist alles zu verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Dazu gehört beispielsweise auch, dass in einem Gerichtsverfahren, das mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht, Personendaten des Arbeitnehmers vorgelegt werden dürfen (ZK OR-Staehelin, Art. 328b N 6). Wenn der Kläger im Rahmen des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages Kontobeziehungen eines US-Bürgers bearbeitet hat und die Beklagte von einer in- oder ausländischen Behörde aus diesem Grunde gezwungen wird, die Daten des Klägers als des zuständigen "relationship manager" offenzulegen, gehört ein solcher Vorgang durchaus im Sinne von Art. 328b OR zur Durchführung des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Diese Bestimmung, die im Wesentlichen auf das DSGVO verweist, hat einen verhältnismässig engen eigenständigen Regelungsbereich (Geiser, a.a.O., S. 240). Sie konkretisiert in einer gewissen Weise Generalklauseln des DSGVO; eine Verbotsnorm ist sie aber nicht (Wildhaber/Hänsenberger, a.a.O.; Rosenthal, *Handkommentar DSGVO*, N 5 zu Art. 328b OR). Nicht umsonst verweist die Vorschrift ausdrücklich auf die Vorschriften des DSGVO, die uneingeschränkt anwendbar sind, soweit Art. 328b OR nicht besondere Rechtfertigungsgründe liefert. Was unter der Bearbeitung von Daten im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist, entscheidet sich daher nach der Vorschrift von Art. 3 lit. e DSGVO (BGer 4A_661/2016 vom 31. August 2017, E. 3.1.). Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob sich die Beklagte für die ins Auge gefasste Datenlieferung auf das DSGVO stützen kann.»

In seinen Erwägungen zum Datenschutzgesetz bestätigte das Obergericht, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO vorliegen würden, wobei es in Anwendung der Dispositionsmaxime das Verbot der Datenherausgabe auf zwei genau bezeichnete Dokumente begrenzte.

(AN160052 vom 21. September 2017 und Obergericht LA170032 vom 31. Januar 2018)

7. OR 329d, 341; Ferien(-lohn): Verzicht, Beweislast und Bezug während Freistellung

Die Klägerin arbeitete von 2009 bis 2012 als Senior Client Advisor bei der im Bereich Vermögensverwaltung und -beratung tätigen Beklagten. Sie verlangte vor Arbeitsgericht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ferienlohn für 30 Tage. Die Beklagte legte unter anderem eine E-Mail des Verwaltungsrats der Beklagten (X.) vom 11. Oktober 2012 an Y. (damalige CFO der Beklagten) vor, worin X. angab, er habe mit der Klägerin vereinbart, dass diese noch drei Wochen Ferien beziehen werde und dass der Rest wertlos verfalle.

Aus den Erwägungen:

«Im Rahmen eines echten Vergleichs ist es grundsätzlich zwar möglich, auf Ferien zu verzichten. Auch kann als Konzession seitens des Arbeitgebers eine Freistellung gesehen werden. Allerdings stand vorliegend im Zeitpunkt des angeblichen Verzichts der Klägerin – ein solcher müsste vor dem E-Mail von X. vom 11. Oktober 2012 an Y. erfolgt sein – eine Freistellung noch gar nicht im Raum. Eine andere Konzession seitens der Beklagten ist nicht ersichtlich, weshalb die Vereinbarung bzw. der Verzicht nichtig ist, selbst wenn es eine bzw. einen solchen gegeben hat. Damit konnte ein diesbezügliches Beweisverfahren unterbleiben.

Die Klägerin verlangt die Edition der Ferienliste durch die Beklagte. Diese Edition kann allerdings unterbleiben, da die Klägerin nur den Beweis zu erbringen hat, dass sie einen Ferienanspruch von vier Wochen pro Jahr hat. Dieser Nachweis gelingt ihr allein durch das Gesetz. Vielmehr hätte die Beklagte den Nachweis erbringen müssen, dass die Klägerin die ihr zustehenden Ferien bezogen hat. Nachdem die Beklagte statt zuverlässiger Dokumente (u.a. eben der Ferienliste), welche den Ferienbezug der Klägerin bescheinigen würden, lediglich mit deren Arbeitstätigkeit von zuhause aus sowie einer Vereinbarung über teilweisen Bezug und Verfall von Ferien argumentierte, gelingt es ihr nicht, den von der Klägerin behaupteten Bestand nicht kompensierter Ferientage zu widerlegen. Damit ist davon auszugehen, dass die Klägerin (bis zur Kündigung resp. Freistellung) noch (mindestens) 30 Ferientage zugute gehabt hätte.

Zu prüfen ist, ob die Klägerin diesen Ferienanspruch während ihrer Freistellung vom 26. November 2012 bis 31. Dezember 2012 kompensieren konnte. Die Freistellungszeit der Klägerin betrug 24 Arbeitstage – sofern man zu ihren Ungunsten Heilig

Abend sowie den 31. Dezember je als vollen Arbeitstag zählt (MO 26.11. bis FR 21.12. sowie MO 24.12., DO/FR 27./28.12. und MO 31.12.). Damit ist von vornherein ersichtlich, dass mindestens sechs Ferientage nicht real bezogen werden konnten und in Lohn abzugelten sind.

Während der Freistellungszeit können grundsätzlich Ferien bezogen werden. Da eine Freistellung – wie hier – in der Regel für den Arbeitnehmer überraschend angeordnet wird, jedenfalls nicht schon einige Zeit im Voraus für diesen absehbar ist, ist mit Blick auf den zwingenden Erholungszweck der Ferien zu prüfen, wie viele Tage der Freistellungszeit der Arbeitnehmer Ferien beziehen kann und muss. Schon seit Längerem ist in der Gerichtspraxis anerkannt, dass in den Fällen, in denen der Arbeitgeber den Ferienbezug ausdrücklich anordnet und die Freistellung das restliche Ferienguthaben sehr stark übersteigt, der restliche Ferienanspruch untergehen kann. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung ausgeweitet, indem in solchen Fällen der Ferienbezug auch ohne spezielle Anordnung des Arbeitgebers stattfinden soll (Rudolph, Fokus Arbeitsrecht: Zankapfel “Ferien” in: TREX 2013 S. 166).

Hauptstreitpunkt bleibt damit das Verhältnis von Freistellungsdauer zu Ferienanspruch: Je länger die Freistellung dauert, umso mehr Ferien können in der Regel als bezogen betrachtet werden. Eine allgemeine Regel, z.B. eine bestimmte Verhältniszahl, wird vom Bundesgericht abgelehnt. Gemäss der mehrjährigen Praxis des Arbeitsgerichts Zürich kann als Faustregel rund ein Drittel der Freistellungstage als Ferienbezug angerechnet werden, wobei jedoch stets die konkreten Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen sind (z.B. Datum des Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrages, effektiver Ferienbezug, Intensität der Stellensuche usw.).

Keine Ferien anrechnen lassen muss sich hingegen der Arbeitnehmer, der sich auf Weisung des Arbeitgebers ständig erreichbar und verfügbar halten muss (E-Mail, Blackberry etc.). Die vom Arbeitgeber erwartete ständige Erreich- und Verfügbarkeit des Arbeitnehmers führt bei diesem in aller Regel zu einer erhöhten Grundspannung. Diese steht der vom Gesetzgeber angestrebten “Tiefenerholung”, die auch in der Vorschrift zusammenhängender Ferienwochen (Art. 329c Abs. 1 OR) zum Ausdruck kommt, entgegen. Die ständige Erreich- und Verfügbarkeit lässt sich deshalb grundsätzlich nicht mit dem Ferienbezug vereinbaren (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 321 OR).

Die Klägerin wurde mit Schreiben von X. vom 5. Dezember 2012 auf den 10. Dezember 2012 in sein Büro zitiert. Der Tonfall des Schreibens zeigt deutlich, dass X. es als selbstverständlich erachtete, dass die Klägerin dieser Aufforderung in ihrer Freistellungszeit nachkommt. Noch deutlicher wird dies anhand des E-Mail-Verkehrs zwischen der Klägerin und X. vom 7. Dezember 2012, wo die Klägerin aufgrund des Besuchs ihrer Eltern aus dem Ausland darum bat, den auf Montag angesetzten Termin um einen Tag zu verschieben, was von X. mit den Worten “Good morning to you, we see each other on Monday” unmissverständlich abgelehnt worden ist.

Die Beklagte erwartete offenbar bis mindestens am 10. Dezember 2012, dass die Klägerin ihr stets zur Verfügung stehe und in der Lage sei, auch kurzfristig anberaumte Termine wahrzunehmen. Bis zu diesem Datum konnte die Klägerin so-

mit keine Ferien beziehen. Die Freistellungszeit vom 11. bis zum 21. Dezember 2012 (9 Arbeitstage) und am 24., 27., 28. und 31. Dezember 2012 (vier Arbeitstage) bestand aus insgesamt 13 Arbeitstagen, womit ersichtlich wird, dass mindestens 17 Ferientage nicht real bezogen werden konnten.

Für die verbleibende Freistellungszeit von 13 Arbeitstagen ist zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang die Klägerin sich um eine neue Arbeitsstelle bzw. die Organisation ihrer Selbständigkeit bemühen musste. Vorliegend wurde die Klägerin rund zwei Monate nach ihrer Kündigung freigestellt. Für den verbleibenden Monat ihrer Freistellung Ferien zu planen und zu organisieren, dürfte ihr daher grundsätzlich nur schwer möglich gewesen sein. Zu beachten ist hingegen, dass die Weihnachtsfeiertage in die Freistellungszeit fielen, während denen es durchaus üblich ist, Ferien zu machen bzw. dies bereits geplant sein kann. Zudem bringt die Beklagte vor, sie habe mit der Klägerin abgesprochen resp. es sei von dieser sogar so vorgeschlagen worden, dass sie bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses noch drei Wochen Ferien beziehen würde. Der Beklagten wurde der entsprechende Hauptbeweis auferlegt.»

Nach Würdigung der Zeugen- und Parteiaussagen erwog das Gericht weiter: «Demgemäss ist der Beweis als erbracht zu erachten, so dass davon auszugehen ist, dass sich die Parteien darauf verständigt haben, dass die Klägerin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch drei Wochen Ferien beziehen werde.

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen und dem Ausgang des Beweisverfahrens sind der Klägerin sämtliche 13 Arbeitstage der Freistellungszeit als Ferien anzurechnen, womit die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin noch 17 nicht bezogene Ferientage zu bezahlen. Denn zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin das Arbeitsverhältnis von sich aus am 30. September 2012 kündigte und sich bereits im Kündigungszeitpunkt ihres Ferienguthabens und der dreimonatigen Kündigungsfrist bewusst sein musste. Aufgrund der mit der Beklagten getroffenen Vereinbarung, dass sie noch drei Wochen Ferien während der Kündigungsfrist beziehen werde, konnte sie diese Ferien frühzeitig planen. Die volle Anrechnung der verbleibenden Arbeitstage vom 11. – 31. Dezember 2012 rechtfertigt sich zudem insofern, als dass der Klägerin vom 26. November 2012 (Zeitpunkt der Freistellung) bis zum 10. Dezember 2012 (Zeitpunkt, als sie von X. ins Büro beordert wurde) keinerlei Ferientage angerechnet werden, obwohl sie “nur” an einem Tag arbeiten musste.»

(AN130029 vom 20. Februar 2017)

8. OR 333; Betriebsübertragung, die sich zum Nachteil der Arbeitnehmerin auswirkt

Die Klägerin fordert ihren Lohn für die Monate Juni, Juli und August 2013 unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Die Klägerin wurde von der Beklagten – die damals noch als X. AG firmierte – im Oktober 2009 als Betriebsleiterin des Café-Restaurants X.

eingestellt. Strittig ist, ob das Arbeitsverhältnis – wie von der Beklagten behauptet – in der Folge aufgrund einer Betriebsübertragung Ende 2010 / Anfang 2011 von der X. AG auf die Stiftung X. überging, über die Ende 2016 der Konkurs eröffnet wurde.

Aus den Erwägungen:

«Wirtschaftliche Identität des Betriebs

Als Café-Restaurant mit Restaurationsmöglichkeit ist das Café-Restaurant X. eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbstständig am Wirtschaftsleben teilnimmt, und somit ein Betrieb i.S.v. Art. 333 OR. Die wirtschaftliche Identität des Café-Restaurant X. wurde gemäss Aktenlage zudem seit der Gründung gewahrt. Insbesondere verfolgte das Café-Restaurant X. stets denselben gemeinnützigen Zweck. Es sind auch keine wesentlichen Änderungen in der Organisationsstruktur ersichtlich. Das Café-Restaurant X. wurde fortwährend in denselben Räumlichkeiten mit im Wesentlichen wohl gleichbleibender Kundschaft geführt. Die Klägerin war von Oktober 2009 bis Oktober 2016 die Betriebsleiterin des Cafés.

Betriebsübertragung

Die Beweislast für die behauptete Betriebsübertragung trägt die Beklagte (Art. 8 ZGB). Ihre diesbezüglichen Behauptungen und Substanziierungen waren eher knapp. Dennoch ergeben sich aus den vorliegenden Akten, den Sachdarstellungen der Parteien und den Handelsregistereinträgen hinreichend Indizien für eine Betriebsübertragung des Café-Restaurants X. von der Beklagten auf die Stiftung X. mit Wirkung auf den Jahreswechsel 2010/2011.

Zunächst stützen selbst die Angaben der Klägerin die Annahme einer Betriebsübertragung. In der Klage liess sie ausführen, dass die Beklagte das Café-Restaurant X. in eine gemeinnützige Stiftung eingebracht habe. An anderer Stelle heisst es in der Klageschrift, das Café-Restaurant X. sei flugs in eine Stiftung ausgelagert worden, als es nicht mehr rentiert habe. An der Hauptverhandlung führte die Klägerin hierzu aus, vorher sei es die X. AG gewesen. Im Jahr 2011 sei „es“ dann übergegangen, weil man gesehen habe, dass es von den Finanzen und vom Konzept her nicht aufgegangen sei. Durch die Gründung der Stiftung hätten sie sich erhofft, Gelder der öffentlichen Hand und Spendengelder organisieren zu können. Dies sei der Grund für die Gründung der Stiftung X. gewesen.

Die Klägerin war als Gründungsmitglied massgeblich an der Errichtung eben dieser Stiftung beteiligt. Der Zweck der Stiftung X. ist denn auch so formuliert, dass die Führung des gleichnamigen Café-Restaurant X. als gemeinnütziges, soziales Café und Restaurant davon erfasst ist. Das auch von der Klägerin mitgetragene Ziel war offensichtlich, eine Betriebsübertragung dieses Cafés in die zu diesem Zweck im November 2010 gegründete Stiftung X.

Daran vermag auch deren Vorbringen, es liege kein Übernahmevertrag, ja nicht einmal ein entsprechender Stiftungsratsbeschluss vor, nichts zu ändern. Wie vorab dargelegt, braucht es nicht zwingend eine vertragliche Beziehung zwischen dem alten und

dem neuen Betriebsinhaber. Es genügt die Weiterführung des Betriebs durch einen neuen Inhaber. Dass der Betrieb weitergeführt wurde bzw. dass die Identität des Betriebs dabei gewahrt wurde, ist erstellt. Zudem macht die Beklagte geltend, dass die Betriebsmittel, das Inventar des Café-Restaurants, der Stiftung X. unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden seien, was unbestritten blieb. Ob der Mietvertrag für die Kaffeeräumlichkeiten wie von der Klägerin behauptet erst – aber immerhin – zu Beginn des Jahr 2012 auf die Stiftung übertragen wurde, spielt keine Rolle. Die Räumlichkeiten wurden der Stiftung zuvor zur Verfügung gestellt. Offenbar wurden auch Mietzinsen belastet. Die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang sind damit grundsätzlich erfüllt.

Die Klägerin konnte ihre Behauptung, wonach auch nach dem bestrittenen Betriebsübergang nicht alle Löhne und Rechnungen durch oder zulasten der Stiftung X. bezahlt worden seien, denn auch nicht belegen. [...] Gemäss den unbestritten gebliebenen Buchhaltungsauszügen der Beklagten hatte diese im Jahr 2011 keinerlei Personalaufwand. Die Lohnausweise der Klägerin für die Jahre 2011 – 2013 wurden von A. im Namen der Stiftung X. ausgestellt. Auch der Auszug aus dem Pensionskassenkonto der Klägerin vom 27. Juni 2017 weist einen zum Jahresübergang 2010/2011 eingetretenen Wechsel aus. Vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 wurden die Beiträge durch die X. AG überwiesen, ab dem 1. Januar 2011 bis zur Konkurseröffnung am 26. September 2016 leistete die Stiftung X. die Abgaben für die Klägerin. Dem Auszug aus dem individuellen Konto der Klägerin (IK-Auszug) bei der Ausgleichskasse vom 18. Januar 2017 kann nicht entnommen werden, wer die Beiträge in den massgebenden Jahren bezahlt hat, da als Arbeitgeber einzig „X. Zürich“ angegeben wird.

Aus dem Umstand, dass die Klägerin beziehungsweise ihr Treuhänder auf dem Deckblatt ihrer privaten Steuererklärung auch ab dem Jahr 2011 nach wie vor die X. AG als Arbeitgeberin aufführten, kann mit Bezug auf die Betriebsübertragung ebenfalls nichts abgeleitet werden.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der bisherigen Praxis zu Art. 333 OR vor allem dadurch, dass sich die Betriebsübertragung infolge des nachträglichen Konkurses der Stiftung X. zum Nachteil der Arbeitnehmerin auswirkte. Fraglich ist, ob in einer solchen Konstellation höhere Anforderungen – die rechtsprechungsgemässen Voraussetzungen sind mit Blick auf den Arbeitnehmerschutzgedanken eher gering – an die Annahme einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR gestellt werden müssten. Allerdings gilt es zu beachten, dass vorliegend eine weitere Besonderheit darin besteht, dass die Klägerin an der Umgestaltung der Betriebsstruktur mit Gründung einer Stiftung beteiligt war und die Betriebsübertragung letztlich mitgestaltet und mitgetragen hat.

Dies spielt namentlich auch mit Bezug auf die weitere Argumentation der Klägerin eine Rolle. Die Klägerin stützt ihre Ansicht, wonach keine eigentliche Betriebsübertragung stattgefunden habe, wesentlich darauf, dass sich die Gründer des Kaffeehausprojekts, die Eheleute B., undurchsichtiger Firmenkonstrukte bedient hätten. In diesem Zusammenhang erwähnt sie etwa, dass in der Bilanz der Stiftung noch im Januar 2015 ein Verbindungskonto zur Beklagten existiert habe, das dann im Jahr 2016 im Hinblick auf den schon lange drohenden Konkurs der

Stiftung flugs ausgebucht worden sei. Die Klägerin macht eine Querfinanzierung und Verschleierung sowie eine Selbstkontraktion zwischen der Beklagten und der Stiftung geltend.

Als Adressatin der Berichte der Revisionsstelle betreffend die Geschäftsjahre 2011 bis 2016 war die Klägerin indes sowohl über die finanzielle Lage der Stiftung im Allgemeinen als auch über das erwähnte Verbindungskonto zur Beklagten jederzeit informiert und in ihrer Funktion als Stiftungsrätin auch mitverantwortlich für die Geschäftsbücher der Stiftung (vgl. Art. 83a ZGB; vgl. auch den Hinweis in den jeweiligen Revisionsberichten). Insbesondere war ihr jederzeit klar, dass das Kaffeehausprojekt bereits unter der Führung der X. AG und in der Folge auch unter der Führung der Stiftung X. finanzielle Probleme hatte. Doch auch sie befürwortete die Übertragung in eine Stiftung, was beispielsweise das Werben um Spendengelder und den Erhalt von Geldern der öffentlichen Hand erleichtern sollte. Sie wusste von der Überschuldung und ermöglichte unter anderem mit dem einstweiligen Verzicht auf Lohnauszahlungen über mehrere Jahre die Fortsetzung des Projekts. Ebenso musste sie sich über die Doppelstellung des Ehepaars B. bewusst sein. Die Klägerin hätte jederzeit aussteigen und kündigen beziehungsweise bereits zu Beginn den Übergang ihres Arbeitsvertrags im Rahmen der Betriebsübertragung ablehnen können (siehe auch nachfolgend). Denn als Betriebsleiterin und Gründungstifterin war sie über die Problematik informiert.

Rechtsfolgen der Betriebsübertragung

Da das Café-Restaurant X. nach dem Gesagten im Dezember 2010 / Januar 2011 auf die infolge Konkurs zwischenzeitlich gelöschte Stiftung X. übertragen worden ist, sind die damaligen Arbeitsverhältnisse auf die Stiftung übergegangen (Art. 333 Abs. 1 OR). Da die Klägerin im Zeitpunkt der Betriebsübertragung unbestrittenermassen als Betriebsleiterin des Café-Restaurant X. arbeitete, ist auch ihr Arbeitsverhältnis – mangels Ablehnung des Übergangs i.S.v. Art. 333 Abs. 2 OR – auf die Stiftung X. übergegangen. Daran vermag auch das klägerische Vorbringen, das Ablehnungsrecht könne nur ausgeübt werden, wenn die Arbeitnehmer über den Betriebsübergang informiert worden seien, was vorliegend unbestrittenermassen nicht geschehen sei, nichts zu ändern. Die Klägerin wusste insbesondere um den Grund der Betriebsübertragung sowie die mit der Übertragung einhergehenden Folgen. Sie musste infolgedessen nicht gesondert über die Betriebsübertragung informiert werden.

Eine allfällige andere Absicht des verstorbenen Stiftungsratsmitglieds A. könnte nichts am automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin ändern. Gemäss einem Teil der Lehre ist Art. 333 OR zwar auf Arbeitnehmer, die beim ehemaligen Arbeitgeber bleiben wollen und sollen, nicht anwendbar (BSK OR I, Portmann/Rudolph, N 9 und 16 zu Art. 333). Selbst wenn dieser Meinung – die im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht – gefolgt würde, wäre eine allfällige Abmachung zwischen A. und der Klägerin, den Vertrag der Klägerin bei der Beklagten zu belassen, nicht massgeblich. A. hatte im Zeitpunkt der Betriebsübertragung bei der Beklagten keine Organstellung inne. Somit könnte eine derartige Willensäusse-

rung von A. auch nicht der Beklagten zugerechnet werden. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch eine Befragung der in diesem Zusammenhang als Zeugin genannten C. Anzumerken bleibt, dass zumindest die von A. im Namen der Stiftung ausgestellten Lohnausweise und Bescheinigungen offener Lohnforderungen der Klägerin gegenüber der Stiftung X. auch nicht auf eine ursprünglich andere Intention schliessen lassen (zum Schluss von nachträglichem Parteiverhalten auf den tatsächlichen Willen vgl. etwa BGE 129 III 675 E. 2.3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013 E. 8.5). Zudem spricht der Umstand, dass die Klägerin ein erstes Mal im November 2013 eine solche Bescheinigung offener Lohnforderungen durch die Stiftung X. entgegen nahm und im September 2014 um eine nämliche Bescheinigung ersuchte, dafür, dass auch sie von einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Stiftung ausging.

Da nach dem Gesagten das mit Arbeitsvertrag vom 29. Oktober 2009 begründete Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin im Dezember 2010 / Januar 2011 auf die zwischenzeitlich infolge Konkurs gelöschte Stiftung X. übergegangen ist, schuldet die Beklagte der Klägerin die offenen Löhne für die Monate Juni, Juli und August 2013 nicht. Die geltend gemachten Monatslöhne (Juni, Juli August 2013) wurden zudem erst mehr als zwei Jahre nach der Betriebsübertragung fällig, sodass auch eine solidarische Haftung der Beklagten gestützt auf Art. 333 Abs. 3 OR nicht in Frage kommt. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.»

(AH160201 vom 23. Oktober 2017; die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 3. April 2018 abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts vollumfänglich bestätigt, LA170037)

9. OR 334; Kurzfristige Absage eines Einsatzes

Der beklagte Gastrounternehmer schrieb im Oktober 2016 auf einer Online-Vermittlungsplattform verschiedene Arbeitseinsätze aus. Der Kläger meldete sich für mehrere Einsätze. Die Parteien handelten die Details jeweils durch kurze individuelle Rücksprachen per E-Mail aus. Am 17. November 2016 sagte die Bankettleiterin des Beklagten (X.) dem Kläger Einsätze vom 22. und 23. November 2016 ab.

Der Kläger verlangte vor Arbeitsgericht Lohn für den 22. und 23. November 2016, da die Absage zu kurzfristig erfolgt sei und er keine anderen Einsätze haben können.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Parteivereinbarung ist die Absage bzw. die vorzeitige Kündigung des jeweiligen Arbeitseinsatzes möglich, wenn sie rechtzeitig erfolgt. Der Beklagte liess die Einsätze vom 22. und 23. November 2016 unbestrittenermassen am 17. November 2016 absagen.

Ob die Kündigung im Sinne der Partevereinbarung rechtzeitig erfolgte, ist zunächst anhand der zwischen den Parteien tatsächlich gelebten Verhältnisse zu beurteilen. Die Parteien haben im Oktober 2016 befristete Arbeitsverträge für vier Tage im November 2016 abgeschlossen. Am 1. November 2016 erkundigte sich der Kläger bei der Bankettleiterin X., wie lange der Arbeitseinsatz am 3. November 2016 dauere, weil sein Zug nach B. um Mitternacht losfahre resp. fragte er an, ob er allenfalls früher gehen könne. Frau X. bestätigte ihm daraufhin den Arbeitseinsatz bis morgens um 2.00 Uhr und erklärte, er könne nicht früher gehen, da der Einsatz so ausgeschrieben worden sei. Daraufhin antwortete der Kläger am 2. November 2016 um 12.45 Uhr, er habe gedacht, es handle sich um einen Freitag und sie solle ihn doch bitte vom Arbeitseinsatz tags darauf am 3. November 2016 “abmelden”.

Offensichtlich war es für den Kläger am 2. November 2016 noch selbstverständlich, dass eine rechtzeitige Kündigung am Vortag erfolgen könne. Bereits aus diesem Grunde erscheint es rechtsmissbräuchlich, nun für den Arbeitgeber einen anderen Massstab ansetzen zu wollen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Beklagte die Absenz vom 3. November 2016 akzeptiert und auch vor dem Friedensrichteramt nichts dagegen einzuwenden gehabt habe, im Gegenteil, der Beklagte hat offensichtlich diese Kündigung noch als rechtzeitig erachtet.

Sodann ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte im Gegensatz zum Kläger nicht lediglich einen Tag, sondern fünf respektive sechs Tage im Voraus – und damit unter Einhaltung einer gewissen Abmeldefrist – den Arbeitseinsatz annullierte, weshalb unter Hinweis auf die gelebten Vertragsverhältnisse die Rechtzeitigkeit bereits aus diesem Grunde gegeben ist. Dass im vorliegenden Fall eine konkrete Abmeldefrist vereinbart wurde und wie lange diese gewesen ist, ist weder geltend gemacht noch belegt worden. Zur Begründung der Kündigung führte der Beklagte resp. seine Mitarbeiterin ausserdem an, dass immer am Mittwoch oder Donnerstag die genaue Personenanzahl für die kommende Woche bekannt gegeben werde, weshalb jeweils zu diesem Zeitpunkt mehr Leute engagiert respektive einigen Personen abgesagt werden müsse. Dies scheint angesichts der Schnellebigkeit und der grossen Konkurrenz im Gastrogewerbe als plausibel, wurden doch die Arbeitseinsätze für Anfang und Ende November auch erst im Oktober ausgeschrieben. Von einer schikanösen Absage ist daher, entgegen den Ausführungen des diesbezüglich beweisbelasteten Klägers, nicht auszugehen.

Die Bankettleiterin X. nahm die Abmeldung noch am 17. November 2016 im System vor, womit der Kläger mittels standardisiertem E-Mail über die Kündigung informiert wurde. Dass es angenehmer gewesen wäre, mittels Telefon oder persönlichem E-Mail über die Kündigung informiert zu werden, mag zwar sein, doch ändert dies nichts an der rechtzeitig und korrekt vorgenommenen Kündigung. Denn einerseits waren für die Kündigung gemäss Partevereinbarung keine Formerfordernisse einzuhalten und zum anderen war sämtliche, der Kündigung vorangegangene, Korrespondenz zwischen den Parteien per E-Mail erfolgt. Sodann hat auch der Kläger am 2. November 2016 die Form des E-Mails gewählt, um den Anlass vom 3. November 2016 zu kündigen.

Eine Kündigung zur Unzeit im Sinne von Art. 336c OR liegt nicht vor, wurde doch zu keinem Zeitpunkt eine Sperrfrist ausgelöst. Im Übrigen trifft den Arbeitgeber, wie vorliegend, bei einer rechtmässig und rechtzeitig ausgesprochenen Kündigung auch keine Pflicht, dem Arbeitnehmer eine andere Arbeit anbieten zu müssen. [...]

Aufgrund der gesamten Umstände ist davon auszugehen, dass die Kündigung der Einsätze vom 22. und 23. November 2016 rechtzeitig erfolgt ist. Der Kläger kann damit keine Ansprüche gegenüber dem Beklagten geltend machen und die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.»

In seiner Eventualbegründung führte das Gericht ergänzend aus, dass die Klage auch wegen Missachtung der Schadenminderungspflicht (Art. 324 Abs. 2 OR) vollumfänglich abzuweisen wäre. Der Beklagte legte plausibel dar, dass in der Vorweihnachtszeit überdurchschnittlich viele Arbeitseinsätze vorhanden sind. Die Bemühungen des Klägers, einen solchen Ersatzsinsatz zu finden, waren unzureichend.

(AH160199 vom 31. März 2017)

10. OR 335c; Kündigungsfrist nach Vertragsänderung (Auslegung nach dem Vertrauensprinzip)

Mit Arbeitsvertrag vom 16. Januar 2013 wurde der Kläger bei der Beklagten als CEO in der Funktion eines Co-CEO eingestellt und eine sechsmonatige Kündigungsfrist vereinbart. Am 23. Mai 2013 unterzeichneten die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag. Dieser sah keine Regelung zur Kündigungsfrist mehr vor, war im Übrigen aber identisch mit dem ersten Vertrag. Im Februar 2014 wurde dem Kläger unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist gekündigt. Streitig war unter anderem die anwendbare Kündigungsfrist.

Aus den Erwägungen:

«Abändern bedeutet in erster Linie Modifizieren bestehender Abmachungen: Alte Vertragsbestimmungen fallen ersatzlos weg oder werden durch neue ersetzt (BK-Kramer/Schmidlin, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 1–18 OR, N 4 zu Art. 12). Das Weglassen einer Vertragsklausel kann also, entgegen den Aussagen des Klägers, auch eine Vertragsabänderung sein. Vorliegend geht es nicht darum, ob Schriftlichkeit bei der Abänderung eingehalten wurde oder nicht. Der Vertrag vom Mai 2013 ist nämlich schriftlich verfasst und unterzeichnet. Vielmehr geht es darum, ob die Parteien bewusst etwas weggelassen haben oder nicht. Um die Voraussetzung der Schriftlichkeit einer Abänderung zu erfüllen, genügt es grundsätzlich, dass ein neuer unterzeichneter Vertrag den Hinweis enthält, dass er den alten ersetze. Es muss nicht jede Abweichung im Sinne einer expliziten Klausel, “Die Ziffer XY fällt weg/ist aufgehoben,” schriftlich kommentiert werden.

Unbestritten ist, dass die Parteien die Regelung der Kündigungsfrist diskutiert haben. Es ist aber umstritten, ob sich die Parteien bezüglich der Kündigungsfrist schliesslich geeinigt haben oder nicht bzw. ob diesbezüglich eine konkludente bzw. mündliche Regelung stattgefunden oder ob man eine solche bewusst unterlassen hat, weil man es später regeln wollte. Lässt sich ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille hinsichtlich eines bestimmten Vertragsinhalts nicht feststellen, ist zu prüfen, ob nicht gestützt auf das Vertrauensprinzip eine Vertragspartei in ihrem – allenfalls fehlerhaften – Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu diesem Vertragspunkt zu schützen und diesbezüglich ein normativer Konsens anzunehmen ist. Der konkrete Vertragsinhalt ist dabei so auszulegen und zu objektivieren, wie ihn vernünftige Parteien unter den konkreten Umständen verstanden hätten. Massgebliche Auslegungsmittel dafür sind zunächst eine objektivierende Würdigung des Wortlauts der umstrittenen Willenserklärung, in Ergänzung dazu aber auch die Würdigung der weiteren Umstände wie die Entstehungsgeschichte, die Begleitumstände, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss sowie der Vertragszweck und eine allfällige Übung. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 2016 LA160002-O/U E. 2.2).

Der Arbeitsvertrag vom 23. Mai 2013 enthält die ausdrückliche und eindeutige Klausel "Dieser Vertrag ersetzt denjenigen vom 16. Januar 2013". "Ersetzen" bedeutet gemäss Duden für jemanden, etwas Ersatz schaffen, jemanden, etwas an die Stelle von jemandem setzen. Synonyme sind austauschen, auswechseln, erneuern, substituieren (<http://www.duden.de/rechtschreibung/ersetzen>; zuletzt besucht am 14. August 2017). Mit der gewählten Formulierung ist also die Streichung des bisherigen und die alleinige Geltung des neuen Vertrags zu verstehen. Der neue Vertrag wurde von beiden Parteien unterzeichnet. Der Kläger selber sagte anlässlich seiner Parteibefragung aus, den Vertrag bewusst ohne Regelung der Kündigungsfrist unterschrieben zu haben. Die Beklagte bzw. X. stellt sich auf den Standpunkt, davon ausgegangen zu sein, wenn nichts stehe, gelte die gesetzliche Regelung. Er ergänzte, dass er dem Kläger gekündigt hätte, hätte dieser den neuen Vertrag nicht unterschrieben. Der Kläger bestätigte diese Aussage im Grundsatz. Die Parteien sind sich zumindest einig, den Punkt "Kündigungsfrist" diskutiert zu haben.

Der zweite Arbeitsvertrag wurde noch während der Probezeit des Klägers, also in den ersten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses, am 23. Mai 2013, unterzeichnet. Die Kündigung datiert vom 24. Februar 2014, also neun Monate später. In der gesamten Zeit dazwischen hat der Kläger sich nicht um eine Regelung der Kündigungsfrist gekümmert, bzw. nichts dergleichen geltend gemacht. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Kläger im Februar 2013 derart darum bemüht gewesen sein will, das sogenannte Gesamtpaket inklusive Kündigungsfrist neu zu regeln, er dann aber über Monate hinweg nichts unternommen hat. Zumindest durfte die Beklagte dann davon ausgehen, der Kläger habe sich mit der Situation, wie sie sie verstand, abgefunden.

Am 23. Mai 2013 lief noch die Probezeit, für die eine Kündigungsfrist von sieben Tagen vereinbart wurde. Eine Änderung des Vertrags im Sinne einer Änderungskündigung konnte damit zu diesem Zeitpunkt selbst gegen den Willen des Klägers unter Einhaltung einer Frist von sieben Tagen umgesetzt werden [...].

Sowohl der Wortlaut des zweiten Vertrags, der Umstand, dass es Diskussionen über die Regelung der Kündigungsfrist gab, dass beide Parteien sich einig sind, dass als Alternative eine Kündigung im Raum stand, dass der Kläger bewusst die Version ohne Regelung der Kündigungsfrist unterzeichnete, sowie auch das Verhalten des Klägers nach Unterzeichnung des Vertrags führen zum Schluss, dass das Verständnis der Beklagten zu schützen ist. Der Beweis, dass sich die Parteien einig waren, dass die Kündigungsfrist unverändert sechs Monate betragen soll, ist dem Kläger nicht gelungen. Der Kläger hätte sich im Klaren sein müssen, dass neu ein Monat Kündigungsfrist gilt. Folglich ist ein normativer Konsens zustande gekommen, welcher sich auf eine einmonatige Kündigungsfrist bezieht.»

(AN150020 vom 7. September 2017)

11. OR 336; Kündigung nach Vorwürfen betreffend sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz (Anforderungen an interne Untersuchung)

Dem Kläger oblagen bei der Beklagten Verantwortlichkeiten im Sicherheitsdienst. Anfang Januar 2015 wurde der Kläger von zwei Mitarbeitenden der Personalabteilung der Beklagten zu einem Gespräch eingeladen, in dem es um gegen den Kläger gerichtete Vorwürfe der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ging. Der Kläger wies die Vorwürfe von sich. Im Anschluss an das Gespräch wurde der Kläger von der Arbeit freigestellt, und ein paar Tage später kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist. Der Kläger erachtete die Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

«Wie ausgeführt hat die Beklagte nicht den Wahrheitsbeweis für eine Belästigung der beiden Frauen zu erbringen. Zu prüfen ist hingegen, ob die Beklagte genügende Abklärungen tätigte und sich (dabei) aufgrund der Aussagen der Beteiligten der erhärtete Verdacht für Verfehlungen des Klägers ergab.

Die Beklagte verfügt über ein Merkblatt zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, welches Regeln zum Vorgehen bei entsprechenden Vorfällen aufstellt. Demnach ist X. Relations eine der internen Anlaufstellen für Betroffene und bei der Ergreifung von Massnahmen anzuhören. Bei rechtlichen Fragen ist auch Y. Law miteinzubeziehen. Massnahmen in der Form eines Verweises oder einer Kündigung (ordentlich oder fristlos) müssen verhältnismässig sein und bei klar belegbaren Beobachtungen oder bei überzeugender Darstellung, dass eine Belästigung stattgefunden hat, ergriffen werden.

Der Mitarbeiter A., so die Beklagte, habe die Vorwürfe am 12. November 2014 an sie, genauer an den Leiter der Abteilung Sicherheitsdienst, herangetragen. Er habe ihm mitgeteilt, dass er mit der Mitarbeiterin B. im Oktober 2014 eher zufällig auf das Thema zu sprechen gekommen sei. Die Mitarbeiterin C. habe er dann am 11. November 2014 aktiv auf die Situation angesprochen. In der Folge sei die interne Anlaufstelle X. Relations orientiert worden. Die Leiterin X. Relations habe im November und Dezember 2014 separate Gespräche mit den beiden betroffenen Frauen und weiteren Mitarbeitenden geführt. Dabei seien die weiteren Mitarbeitenden generisch, also nicht mit Bezug auf den Kläger, befragt worden. Die Gespräche protokollierte sie. Am 6. Januar 2015 habe man den Kläger mit den erhobenen Vorwürfen konfrontiert. Das Ergebnis der Untersuchung und die Stellungnahme des Klägers hierzu seien in der Folge mit der Abteilung Y. Law und mit den Vorgesetzten des Klägers besprochen worden. Anschliessend sei der Fall dem Komitee, welches beabsichtigte Massnahmen in Fällen sexueller Belästigungen überprüft, präsentiert worden.

Der Kläger bestreitet zwar pauschal, dass die Vorwürfe untersucht worden seien; den gesamten Ablauf der Ereignisse und die Echtheit der Gesprächsnotizen sowie der Protokolle bestreitet er aber nicht. Im Gegenteil stützt er sich in seiner Argumentation ebenfalls auf deren Inhalt. Dass die interne Anlaufstelle X. Relations der Beklagten tätig wurde und am 21. November 2014 sowie am 2., 9. und 17. Dezember 2014 diverse Gespräche führte und dieses Ergebnis sogleich weiterleitete, ist aus den Akten ersichtlich und damit belegt. Dass der Kläger zu den Vorwürfen – auch wenn in anonymisierter Form – im Gespräch vom 6. Januar 2015 (unter Berücksichtigung der Weihnachtszeit) zeitnah Stellung nehmen konnte, bestätigt er selber. Auch darüber besteht ein Protokoll. Dass die Beklagte dem Kläger nicht anlässlich dieses Gesprächs kündigte, sondern erst drei Tage später, erklärt sie damit, dass sie das Untersuchungsergebnis dem zuständigen Komitee vorlegte. Diesen Schritt der Untersuchung bestreitet der Kläger denn auch nicht. Es kann also keineswegs gesagt werden, die Beklagte hätte jegliche Abklärungsversuche unterlassen. Sie hat sich an ihre internen Regeln gehalten und eine hinreichend sorgfältige Untersuchung durchgeführt. Einzig die Offenlegung der Namen der anschuldigenden Personen gegenüber dem Kläger unterliess sie.

Wie ausgeführt hat die Arbeitgeberin, welcher Anschuldigungen eines Arbeitnehmers gegen einen anderen Arbeitnehmer zugetragen werden, nicht eine mit einem Strafprozess vergleichbare Untersuchung zu führen und dem beschuldigten Arbeitnehmer die belastenden Beweise offenzulegen. Vielmehr trifft die Arbeitgeberin gegenüber allen Arbeitnehmern die gesetzliche Fürsorgepflicht im Sinne von Art. 328 OR. Die Beklagte wahrte die Anonymität der betroffenen Frauen in Übereinstimmung mit ihrem Merkblatt zu sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Gestützt darauf behandelte sie die Gespräche sowie deren Inhalt vertraulich. In Würdigung der gesamten ihr zugetragenen Aussagen der verschiedenen Mitarbeitenden durfte sie die Interessen der beiden Frauen höher gewichten. Dies umso mehr, als beide Frauen in der vorliegenden Sache keine weiteren Massnahmen wünschten. Deshalb durfte sie

auf die Anstrengung weiterer Untersuchungshandlungen, wie die Bekanntgabe der Namen der Betroffenen, oder gar auf die Durchführung einer Konfrontationseinvernahme verzichten.

Während der Kläger zwar im Kündigungsverfahren die Identitäten der weiblichen Angestellten nicht erfuhr, wurden diese im Rahmen des vorliegenden Prozesses gemeinsam mit den Gesprächsprotokollen als Beweise offeriert, sodass der Kläger in der Zwischenzeit über die Identitäten der beiden Frauen und der weiteren involvierten Personen sowie über die Gesprächsinhalte Kenntnis erhalten hat. Anlässlich der Hauptverhandlung bestritt der Kläger die Aussagen der Beteiligten im Detail und stellte seine Sicht der Dinge dar. Zur Überprüfung des begründeten Verdachts sind auch seine Vorbringen hierzu einzubeziehen. [...]

Die Beklagte sah sich nach ihren Abklärungen vorliegend mit zwei ausgesprochenen Vorwürfen betreffend sexuelle Belästigung gegen den Kläger konfrontiert. Weitere Aussagen von zwei Mitarbeiterinnen ergänzten das Bild. So wusste die Mitarbeiterin D. im generisch geführten Gespräch gleich, von wem die Rede war. Sie habe zwar immer ein gutes Verhältnis zum Kläger gehabt, könne sich aber vorstellen, dass sich andere Frauen von ihm belästigt fühlten (Gesprächsnotiz vom 9. Dezember 2014). Die Mitarbeiterin E. erwähnte in einem Gespräch, in dem es um etwas anderes ging, dass der Kläger grundsätzlich ein Frauenproblem habe. Er verhalte sich speziell und müsse immer Witze machen (Gesprächsnotiz vom 2. Dezember 2014). Basierend auf diesen Aussagen erscheint es nachvollziehbar, dass die Beklagte die Vorwürfe nicht ignorieren konnte. Kommt hinzu, dass an ein Direktionsmitglied im Sicherheitsdienst besonders hohe Anforderungen betreffend Integrität zu stellen sind. Durch die im Raum stehenden, erhärteten Vorwürfe entstanden bei der Beklagten begründete Zweifel an der Integrität des Klägers. Daher ist es nachvollziehbar, dass sie das nötige Vertrauen für die weitere Zusammenarbeit nicht mehr gegeben sah. Dies allein stellt einen sachlichen Grund für eine Kündigung dar und schliesst somit die Missbräuchlichkeit der Kündigung aus.

Ihre Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger hat die Beklagte erfüllt, indem sie die Vorwürfe hinreichend sorgfältig untersuchte und weitere Angestellte (auch die generisch befragten) nicht über die im Raum stehenden Vorwürfe gegen den Kläger informierte, sondern Diskretion wahrte. Zu einer noch weiter gehenden Untersuchung der Vorwürfe war die Beklagte nicht verpflichtet. [...]

Fazit

Die Beklagte hat bei Kenntnisnahme der Vorwürfe gegen den Kläger hinreichende interne Abklärungen getätigt, indem sie konkrete Gespräche mit den betroffenen Frauen sowie generische Gespräche mit weiteren Mitarbeitern führte und den Kläger mit den gegen ihn erhobenen Vorwürfen konfrontierte bzw. ihn dazu Stellung nehmen liess. Dass die Beklagten dem Kläger im Sinne einer Gewährung des "rechtlichen Gehörs" anlässlich des Gesprächs vom 6. Januar 2015 die Namen der Frauen nicht mitteilte, macht die Kündigung aus der oben dargelegten Fürsorgepflicht gegenüber der betroffenen Arbeitnehmerinnen und aufgrund des Genügens eines

erhärteten Verdachts nicht missbräuchlich. Dass die Beklagte die Vorwürfe gegen den Kläger überprüfte und aufgrund des Ergebnisses das für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen als nicht mehr gegeben erachtete, genügt als Kündigungsgrund. Sie war nicht verpflichtet, den Wahrheitsgehalt der Vorwürfe zu überprüfen. Vor diesem Hintergrund erweist sich auch ein Beweisverfahren zur Überprüfung des Wahrheitsgehalts der gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe als nicht notwendig.

Nach dem Gesagten war die Kündigung der Beklagten nicht missbräuchlich. Die Klage ist deshalb abzuweisen.»

(AN150111 vom 2. Februar 2017)

12. OR 336; Einschränkung der Kündigungsfreiheit durch eigenes Reglement

Der 57-jährige Kläger arbeitete seit dem Jahr 2009 für die Beklagte. Diese führte im Jahr 2015 ein Disziplinarwesen mit einem Punktesystem ein. Es war vorgesehen, dass bei acht Minuspunkten automatisch die Kündigung erfolgt. Der Kläger erachtete eine mit acht Minuspunkten begründete ordentliche Kündigung als missbräuchlich, da das Verhalten der Beklagten in offensichtlichem Widerspruch zu ihren Fürsorge- und Treuepflichten sowie dem zentralen Gebot der schonenden Rechtsausübung stehe.

Aus den Erwägungen:

«Wie gesehen hat ein Arbeitgeber zwar grundsätzlich die Freiheit, einen Arbeitnehmer zu entlassen, wenn er mit dessen Arbeitsleistung nicht zufrieden ist. Erstellt ein Arbeitgeber aber wie vorliegend ein Disziplinarreglement, wonach für gewisse Verfehlungen eine bestimmte Anzahl Punkte verteilt werden und wonach bei einer bestimmten Anzahl von Punkten automatisch die Kündigung erfolgt, so schränkt er sich die eigentlich geltende Kündigungsfreiheit selber ein. Er muss sich dann an sein Reglement halten. [...]

Die Beklagte hat genau geregelt, wann ein Mitarbeiter für einen Verstoß wie bestraft wird, bei welchem Punktestand eine Kündigung erfolgt und dass nur korrekt ausgefüllte Kontrollberichte bearbeitet werden dürfen. Die Beklagte durfte dem Kläger nach ihren eigenen Regelungen für den Vorfall vom 23. April 2015 keinen Punkt zuschreiben und der Kontrollbericht für den Vorfall vom 6. Mai 2015 wurde nicht vollständig ausgefüllt. Folglich hatte der Kläger im Mai 2015 weder acht Punkte, noch wurde der Vorfall vom 6. Mai 2015 korrekt bearbeitet. Die Kündigung bzw. die Art und Weise der Kündigung ist daher missbräuchlich, da die Beklagte damit ein falsches, ihren eigenen Regeln nicht entsprechendes Spiel gespielt hat.»

(AH160116 vom 16. Januar 2017)

13. OR 336c, 341; Unwirksamer Verzicht auf Verlängerung der Kündigungsfrist bei Krankheit

Zu prüfen war die Wirksamkeit eines Verzichts auf Verlängerung der Kündigungsfrist im Krankheitsfall.

Aus dem den Erwägungen:

«Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR). Bei Art. 336c OR handelt es sich um eine relativ zwingende Norm, von welcher allein zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann (Art. 362 Abs. 1 OR). Nicht anfechtbar unter Berufung auf Art. 341 OR sind Vergleiche zwischen den Parteien, mit denen ein streitiges oder unsicheres Rechtsverhältnis bereinigt wird und bei denen eindeutig beide Seiten Konzessionen machen. Gemäss Bundesgericht ist eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen, wobei zu beurteilen ist, ob die beidseitigen Ansprüche, auf die verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind (statt vieler BGer 4A_563/2011 vom 19. Januar 2012, E. 4.1; BGer 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006, E. 3.1). Kommt die Initiative zum Vergleich vom Arbeitgeber, so ist dem Arbeitnehmer eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen (BGer 4A_364/2016 vom 31. Oktober 2016, E. 3.1). Zur Prüfung der Angemessenheit eines Vergleiches ist sodann von der Situation auszugehen, in der sich der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Unterschrift befand. War er bereits krank, so haben die Konzessionen des Arbeitgebers höher auszufallen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5 f. zu Art. 341 OR).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie habe mit dem Kläger einen echten Vergleich geschlossen. Während der Kläger auf den Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR verzichtet habe, habe sie, die Beklagte, sich dazu bereit erklärt, einen Anteil am mutmasslichen Bonus rund drei Monate vor dem üblichen Fälligkeitstermin zu bezahlen. Der Kläger macht hingegen geltend, er habe nur deshalb in die Vereinbarung eingewilligt, weil er auf das Zustandekommen des Zusammenarbeitsvertrages vertraut habe.

Zunächst ist festzuhalten, dass mit Kündigung des Arbeitsverhältnisses alle Ansprüche spätestens am letzten Tag der Kündigungsfrist fällig werden. Die Beklagte hätte Ende Dezember 2014 den Bonus aufgrund der im Arbeitsvertrag enthaltenen klaren Definition grundsätzlich bestimmen können. Selbst wenn die Bonuszahlungen Ende Januar 2015 aufgrund der fehlenden Zahlen des N. und des T. Revenues noch nicht hätten bestimmt werden können, so wäre der Bonus gemäss Arbeitsvertrag 60 Tage nach Beendigung des Finanzjahres fällig geworden. Daran ändert auch nichts, dass es offenbar einer konzernweiten Praxis entsprach, den Bonus erst im April des auf das Geschäftsjahr folgenden Jahres auszubezahlen. Die Beklagte zahlte also dem Kläger seinen Anteil am mutmasslichen Bonus rund einen, maximal zwei Monate früher aus, als sie dies vertraglich zugesichert hatte. Im Weiteren ging die Beklagte kein finanzielles Risiko ein, indem sie dem Kläger einen Bonus ausbezahlte, welcher ihm ohnehin zugestanden hätte. Ihr Verzicht beschränkte sich auf ein allfälliges Verrechnungsrecht im Sinne von Art. 323b

Abs. 2 OR, entgangene Zinsen auf dem Kapital sowie die entgangene Arbeitsleistung des Klägers. Umgekehrt hatte sie den Vorteil, die Stelle sofort wieder besetzen zu können.

Was den Kläger anbelangt, so verzichtete dieser auf die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis Ende Januar 2015 und damit maximal auf einen Monatslohn sowie die dazugehörigen Sozialversicherungsleistungen, wobei er sich allfällige andere Verdienste in dieser Zeit anrechnen lassen müsste. Sodann ist davon auszugehen, dass der Kläger vom verfrüht ausbezahlten Bonus profitierte, hielt er doch selber fest, dass er das Geld für die Gründung der Gesellschaft in A. verwenden wolle. Allerdings kann dem E-Mail vom 22. Dezember 2014 nicht entnommen werden, dass er auf das Geld dringend angewiesen gewesen wäre und es nicht auch von einer Drittquelle hätte beschaffen können. Jedenfalls kann aber davon ausgegangen werden, dass der Kläger im Vertrauen auf den noch abzuschliessenden Zusammenarbeitsvertrag auf die ihm zustehenden Rechte verzichtete.

Im Weiteren ist zu beachten, dass der Kläger im Zeitpunkt des Verzichts bereits krank war, womit die Konzessionen der Beklagten entsprechend höher ausfallen müssten, weil das Risiko eingetreten ist respektive sich der Anspruch des Klägers zu diesem Zeitpunkt bereits realisiert hatte. Unter Berücksichtigung dieses Aspekts erscheinen die Konzessionen der Beklagten im Vergleich zu denjenigen des Klägers als ungenügend. So zahlte die Beklagte zwar ein bis zwei Monate verfrüht einen Bonus aus, doch wäre dieser ohnehin geschuldet gewesen. Was sodann die entgangene Arbeitsleistung des Klägers anbelangt, so dürfte diese angesichts der Freistellung ab dem 28. Oktober 2014 sowie angesichts der Vereinbarung des Verzichts auf Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht besonders ins Gewicht fallen. Die Zinsen auf dem Kapital dürften sich auf ein Weniges beschränkt haben. Gesamthaft betrachtet ist der Verzicht der Beklagten bei bereits erfolgter Erkrankung des Klägers als gering einzustufen, wohingegen der Kläger eine weitaus grössere Konzession einging und auf einen Teil seines Lohnes sowie die entsprechenden Sozialversicherungsleistungen verzichtete. Dies insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Rechtsunsicherheit relativ gering und der gesetzliche Anspruch des Klägers offenkundig war. Die beidseitigen Ansprüche, auf die verzichtet wurde, waren daher nicht von ungefähr gleichem Wert, weshalb der Kläger nicht gültig auf die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses verzichten konnte.»

(AN160031 vom 8. November 2017)

14. OR 337; Gerechtfertigte fristlose Kündigung nach ordentlicher Kündigung

Die Klägerin arbeitete als Leiterin einer Apotheke und kündigte den Arbeitsvertrag im Sommer 2015 unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende Februar 2016. Am 2. Februar 2016 kündigte die beklagte Arbeitgeberin fristlos; zudem erstattete sie Strafanzeige. Die Klägerin wehrte sich vor Arbeitsgericht ohne Erfolg gegen die fristlose Kündigung.

Aus den Erwägungen:

«Die Beklagte bringt vor, die Klägerin habe deren vertraulichen Informationen, namentlich die Beschreibung von Substanzen, welche die Beklagte für die Herstellung ihrer Hausspezialitäten und übrigen Produkte verwende, an ihre private E-Mail-Adresse weitergeleitet. Weiter habe sich die Klägerin eine private E-Mail-Kommunikation zwischen X. [Anmerkung: Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten] sowie dessen damaliger Ehefrau betreffend Unterlagen für eine Steuerprüfung an ihre private E-Mail-Adresse geschickt. Die Klägerin habe zudem eine E-Mail von X. an seine Mitarbeiter aus dem Jahr 2010 betreffend einen dramatischen Umsatzrückgang, eine E-Mail aus dem Jahr 2010 betreffend die Bestellung von Unterhaltsmaterial sowie eine E-Mail aus dem Jahr 2009 betreffend eine offene Rechnung an ihre private E-Mail-Adresse geschickt. Schliesslich habe die Klägerin eine E-Mail aus dem Jahr 2009 betreffend einen Arbeitsvertrag einer Mitarbeiterin der Beklagten, eine E-Mail betreffend Einkaufskonditionen sowie eine E-Mail betreffend diverse Rechnungen an ihre private E-Mail-Adresse weitergesandt. Die Klägerin habe aber nicht nur ein allgemeines Interesse an Steuerunterlagen, sondern auch an Einzelbelegen und Rechnungen der Beklagten gehabt. Sie habe am 20. April 2015 um 16.30 Uhr einen Eigenbeleg und am 18. Januar 2016 um 15.29 Uhr eine externe Rechnung an ihre private E-Mail-Adresse geschickt. In der Befragung durch die Stadtpolizei Zürich vom 22. Februar 2016 habe die Klägerin zudem eingeräumt, dass sie die Rechnung nicht nur an ihre private E-Mail-Adresse, sondern auch ihrem Ehemann “zur Dokumentation” zugesandt habe. Weiter habe sich die Klägerin ein Excel Sheet mit allen T.-Spezialitäten der Beklagten geschickt. Die Klägerin habe zudem die an X. adressierte Post geöffnet und das Passwort für die ABC.-Umfrage notiert. So sei es ihr möglich gewesen, die ABC.-Daten der Beklagten für die Jahre 2009, 2010 und 2011 herunter zu laden, auf welche sie sonst keinen Zugriff gehabt hätte.

Dass sich die Klägerin die vorgenannten Unterlagen/Dokumente/ Informationen an ihre private E-Mail-Adresse “Klägerin@gmail.com” schickte bzw. dies zumindest versuchte, ist unbestritten sowie aktenkundig. Es befinden sich zwei umfassende Ordner mit den entsprechenden Beilagen bei den Akten. Die Klägerin erläutert zusammengefasst jedoch, dass es sich bei den weitergeleiteten Informationen nicht um Geschäftsgeheimnisse gehandelt habe bzw. sie als Geschäftsführerin rechtmässig Zugang zu diesen Unterlagen gehabt und diese als Apothekerin zu bearbeiten gehabt habe.

Letztgenanntes mag in Bezug auf die Formulare “Risikobasierte Eingangsanalytik”, die Identifikationsprotokolle, die E-Mail-Konversation zwischen der Klägerin und X., die T.-Liste, die Einkaufskonditionen oder allenfalls die ABC.-Daten zutreffen. Eine Zugriffsberechtigung im Rahmen einer Anstellung kann jedoch nicht gleichgesetzt werden mit der Erlaubnis, diese Informationen/Unterlagen – insbesondere auch über das Arbeitsverhältnis hinaus – privat zu besitzen oder zu gebrauchen. Dies beabsichtigte die Klägerin aber zumindest im Zusammenhang mit der Weiterleitung der Formulare “Risikobasierte Eingangsanalytik” und der Identifikationsprotokolle. Sie leitete unzählige dieser Formulare kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses an ihre private E-Mail-Adresse weiter. Entgegen ihren Vorbringen handelt es sich dabei nicht bloss um allgemein zugängliche Formulare. Im Rahmen der staatsanwalt-

schaftlichen Einvernahme räumte die Klägerin selber ein, dass es sich um Formulare handle, welche in der Y. Apotheke ausgefüllt worden seien. Die meisten Apotheken hätten schon solche Formulare. Sie habe sich diese zur weiteren beruflichen Verwendung weitergeschickt, für den Fall, dass eine Apotheke diese nicht hätte. Die Klägerin brachte infolgedessen Arbeitsergebnisse der Beklagten (von der Beklagten ausgefüllte Formulare) ohne deren Erlaubnis zur allfälligen beruflichen Weiterverwendung in ihren privaten Besitz. Ein solches Verhalten ist eindeutig dazu geeignet, eine Vertrauensbasis zu hinterfragen oder ins Wanken zu bringen.

Auch hinsichtlich der weiteren vorstehend genannten Unterlagen kann nicht von einer Berechtigung der Klägerin, sich diese an ihre private E-Mail-Adresse zu senden, ausgegangen werden. Daran vermag auch das klägerische Vorbringen, sie habe sich diese E-Mails weitergeleitet, um von zuhause aus zu arbeiten, nichts zu ändern. Der vom Arbeitgeber eingeräumte rechtmässige Zugang bezieht sich in der Regel auf den Arbeitsplatz. Sofern auch die Möglichkeit bestehen soll, von zuhause aus zu arbeiten, wird dies mittels eines – nur während des Arbeitsverhältnisses bestehenden – Homeoffice-Accounts ermöglicht. Einen solchen hatte die Klägerin unbestritten nicht.

In Bezug auf die “ABC.-Daten” ist auf das Folgende hinzuweisen: Diese Daten waren passwortgeschützt. Die entsprechenden Passwörter wurden dem Inhaber der Beklagten unbestritten jeweils mit einem als persönlich/vertraulich adressierten Brief zugestellt. Dass die Klägerin die Berechtigung gehabt habe, vertrauliche/persönliche Post ohne Rücksprache mit dem Inhaber der Beklagten zu öffnen, lässt sich aus den Akten nicht erschliessen. Vielmehr geht aus den eingereichten Unterlagen hervor, dass die Klägerin bis kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachgefragt haben muss, ob sie die als vertraulich adressierte Post öffnen dürfe. Dies stimmt denn auch mit dem von der Klägerin selbst verfassten Qualitätshandbuch überein. Selbst wenn die Klägerin die Berechtigung gehabt hätte, den “ABC.-Brief” mit den Passwörtern zu öffnen und die Daten anzuschauen, kann dies wiederum nicht als Berechtigung betrachtet werden, diese Daten (privat) herunterzuladen und zu besitzen. Dass die Klägerin dies getan hat, blieb aber unbestritten, und in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme sagte die Klägerin selber, es könne schon sein, dass sie die ABC.-Daten in ihrem (privaten) Ordner abgespeichert habe.

Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, abzuklären, ob die Klägerin von ihrem Vorgänger dahingehend instruiert worden sei, dass sie persönliche/vertrauliche Post der Beklagten öffnen dürfe, oder ob X. bereits seit dem Jahr 2012 gewusst habe, dass die Klägerin diesen vertraulichen Brief geöffnet habe. Eine Berechtigung, sich die Daten privat zugänglich zu machen, lag auch in diesem Fall nicht vor.

Angesichts der fehlenden Berechtigung braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Klägerin durch diese Handlungen eine Konkurrenzierung der Beklagten vorbereitete, ob es sich bei den weitergeleiteten Informationen um Geschäftsgeheimnisse handelte oder ob dieses Verhalten in strafrechtlicher Hinsicht relevant ist. Diesbezügliche Weiterungen erübrigen sich.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die vorgenannten Handlungen der Klägerin zweifelsohne dazu geeignet waren, die Beklagten an deren Vertrauenswürdigkeit

ernsthaft zweifeln zu lassen. Dies muss umso mehr gelten, als die Klägerin nach der Weiterleitung dieser Unterlagen an ihre private E-Mail-Adresse den "Postausgang" und den "Papierkorb" gelöscht hat, was unbestritten blieb. Denn diese Handlung der Klägerin war geeignet, den Anschein zu erwecken, sie wolle die Weiterleitung vertuschen.

Hinzu kommt, dass sich die Klägerin neben den vorgenannten Dokumenten auch Unterlagen an ihre private E-Mail-Adresse weitergeschickt hat, welche die Zeit vor ihrem Arbeitsverhältnis betrafen und folglich zumindest nicht direkt mit ihrer Anstellung zu tun hatten. Dabei ist in erster Linie auf den E-Mail-Verkehr zwischen X. und dessen damaliger Frau betreffend eine Steuerprüfung hinzuweisen. Die Klägerin führt aus, diese E-Mail habe klarerweise geschäftliche Informationen enthalten. Die weiteren angehängten E-Mails hätten Buchhaltungs- und Lohnfragen betroffen, für welche die Klägerin ebenfalls zuständig gewesen sei. Diese Erklärung überzeugt indessen nicht, da in der E-Mail eindeutig das Persönliche (Streitigkeiten zwischen X. sowie dessen ehemaliger Frau) im Vordergrund steht. Die Klägerin vermag auch nicht darzulegen, weshalb der untergeordnete geschäftliche Bezug im Zeitpunkt der Weiterleitung, welche rund acht Jahre später erfolgte, noch relevant sein sollte. Weshalb eine solche E-Mail darüber hinaus vom Geschäftscomputer hätte gelöscht werden müssen, aber auf dem privaten E-Mail der Klägerin hätte gespeichert bleiben sollen, vermag die Klägerin ebenfalls nicht zu erklären. Es handelt sich in erster Linie um (höchst-)persönliche Informationen des Geschäftsführers der Beklagten. Die Klägerin hatte kein Recht, sich diese E-Mail weiterzuleiten und privat zu besitzen. Sie hat dadurch das Vertrauen der Beklagten missbraucht. Dabei kann offengelassen werden, ob die Klägerin aufgrund von "Aufräumarbeiten im Out-Look" von dieser E-Mail Kenntnis hatte. Ebenso ist nicht näher darauf einzugehen, ob sich die Klägerin unter anderem diese E-Mail als "Druckmittel" gegen die Beklagte weiterleitete. [...]

Dass dies alles zu einem schweren und unwiderruflichen Vertrauensbruch bei der Beklagten führte, ist verständlich und nachvollziehbar. Dies muss umso mehr gelten, nachdem die Klägerin als Leiterin der von der Beklagten geführten Apotheke eine besondere Vertrauensstellung inne hatte. Aufgrund dessen kann offen gelassen werden, wie es sich hinsichtlich der weiteren weitergeleiteten Unterlagen verhält. Es handelte sich um einen massiven Vertrauensbruch, aufgrund dessen die fristlose Kündigung gerechtfertigt war. Daran vermag im vorliegenden Fall auch die Tatsache nichts zu ändern, dass bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden war und das Arbeitsverhältnis nur noch rund drei Wochen angedauert hätte. Denn das Arbeitsverhältnis war im Sommer 2015 nicht von der Beklagten, sondern von der Klägerin selbst gekündigt worden. Die Beklagte hat die fristlose Kündigung ferner innert der vom Bundesgericht geforderten und relativ kurzen Frist ausgesprochen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die fristlose Kündigung rechtmässig ausgesprochen wurde. Die Klage ist in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 1 abzuweisen.»

(AH160161 vom 27. Februar 2017)

15. **OR 337, 322d; Kein wichtiger Grund für den Verfall von Anwartschaften**

Dem Kläger stand laut arbeitsvertraglicher Regelung ein Anspruch auf Auszahlung von Awards zu. Laut der massgebenden Klausel verfallen diese Anwartschaften indes, falls der Arbeitnehmer “due to termination for Cause” aufhört, ein Angestellter einer Konzerngesellschaft zu sein. Strittig war unter den Parteien, was unter dem Begriff “Termination for Cause” zu verstehen ist. Das Gericht kam durch Auslegung der vertraglichen Bestimmungen zum Schluss, dass eine “Termination for Cause” im Sinne des Bonusplanes eine Kündigung aus Gründen meine, welche den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würden.

Der Kläger hatte bei einer geplanten Bondemission ein Sounding durchgeführt, obwohl die Emittentin (die in den nachfolgenden Erwägungen anonymisiert als “E.” bezeichnet wird) dafür kein Mandat erteilt hatte. Er musste sich deshalb den Vorwurf gefallen lassen, vertrauliche Informationen über eine Kundin (die Emittentin E.) in den Markt gegeben zu haben. Fraglich war, ob dieses Fehlverhalten als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR zu werten ist, oder ob es bei der Beklagten einer gängigen Praxis entsprach, vor der öffentlichen Bekanntgabe von Transaktionen auch ohne Sounding-Mandat ein Sounding durchzuführen und somit vorgängig Dritten Details bekannt zu geben.

Aus den Erwägungen:

«Beweisergebnis wichtiger Grund

Es kann nach dem Beweisverfahren als erstellt gelten, dass das Sounding – je nach beteiligten Parteien – grundsätzlich die Interessen der einzelnen Beteiligten (auch diejenigen der Emittenten) abzudecken vermag. Dass bei fehlenden Sounding-Mandaten von der Beklagten dennoch ein solches durchgeführt wurde, ist nachvollziehbar und durch das Beweisverfahren erstellt. Dass es sich bei der umstrittenen Sounding-Vorgehensweise um eine verbreitete Praxis der betreffenden Bankenabteilungen handelte, muss unter Hinweis auf die Transkriptionen der Telefongespräche des Klägers und der Aussagen der Befragten angenommen werden (s.o.) [...]. Folglich muss auch davon ausgegangen werden, dass der Vorgesetzte des Klägers und somit auch die Beklagte selbst von dieser Vorgehensweise wusste und diese dadurch zumindest tolerierte.

Fazit: kein Grund für den Verfall der Anwartschaften

Das Verhalten des Klägers, von welchem die betreffenden Abteilungen und ihre Vorgesetzten wussten, kann keinen Grund für eine fristlose Entlassung darstellen.

Zwar fällt ins Gewicht, dass der Kläger vertrauliche Informationen über Kunden weitergegeben hat. Zudem mag es auch durchaus zutreffen, dass X. [Anmerkung: der Verantwortliche der Abteilung Syndikat bei der Beklagten] weniger als die vom Kläger angegangenen Investoren kontaktieren wollte; die klägerische Behauptung, die “STOP IT”-Meldung von X. nicht bemerkt zu haben, ist insofern als Schutzbehauptung zu werten. Nichtsdestotrotz kann etwas, was zur Firmenkultur gehört, nicht plötzlich so

schlimm sein, dass es unzumutbar wäre, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist aufzulösen, die Kündigungsfrist somit abzuwarten und einzuhalten.

Einerseits handelte der Kläger beim Durchführen eines Soundings trotz fehlendem Mandat zu seinem persönlichen Vorteil. Andererseits darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass das Vorgehen auch zum Vorteil der Bank war. Ein Interesse an der Aufdeckung des Sounding-Vorgehens hatte die Beklagte somit nicht ohne weiteres, solange es branchenüblich war und die entsprechenden Abteilungen bzw. die Mitarbeitenden der Banken sich gegenseitig deckten. Es ist nicht auszuschliessen, dass es vor dem betreffenden Vorfall mit der E. keine Emittentin gab, welche die geplante Emission aufgrund des Sounding-Vorgehens nicht nur verzögert auf den Markt brachte, sondern gänzlich davon absah. Dahingehend sind auch die Aussagen von Y. [Anmerkung: der Vorgesetzte des Klägers], X., Z. und A. [Anmerkung: der Leiter der Beklagten in der Schweiz] zu werten. Die Beklagte hat denn auch – nach Abschluss der internen Untersuchung – nicht den Weg der fristlosen, sondern den der ordentlichen Kündigung gewählt.

Von einem beharrlichen Missachten von Weisungen durch den Kläger kann vorliegend auch nicht die Rede sein, hat die Beklagte doch nicht einmal behauptet, der Kläger sei je einmal verwarnt worden.

Folglich muss festgehalten werden, dass das Fehlverhalten des Klägers vorliegend keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR darstellt, welcher die Beklagte zu einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung berechtigt hätte.

Nach dem oben Gesagten verfällt ein Anspruch auf die Deferred Awards aufgrund der getroffenen vertraglichen Regelung bloss dann, wenn der zuvor Anspruchsberechtigte ein Verhalten an den Tag legt, welches die Beklagte zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würde.

Da vorliegend kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR vorliegt, sind die Anwartschaften des Klägers nicht verfallen.»

(AN140021 vom 26. Juni 2017)

16. OR 337; Voreilige und deshalb ungerechtfertigte fristlose Kündigung bei Lohnausstand

Zu beurteilen war die Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung des Arbeitnehmers aufgrund eines Lohnausstandes.

Aus den Erwägungen:

«Greift Art. 337a OR nicht – beispielsweise mangels Zahlungsunfähigkeit – so kann eine fristlose Kündigung dennoch gestützt auf Art. 337 OR gerechtfertigt sein. Dies insbesondere dann, wenn sich der Arbeitgeber trotz Mahnung weigert, den Lohn auszubehalten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 zu Art. 337 OR, S. 1117 ff., mit Hinweis auf BGer 4A_199/2008 vom 2. Juli 2008 E. 2). Erforderlich ist ein wiederholter Verzug oder eine beharrliche Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung. Ein erstma-

liges Ausbleiben der fälligen Lohnzahlung für nur wenige Tage reicht nicht aus, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen (vgl. Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009, Nr. 19). Entscheidend ist, ob das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 142 E. 5c). Würde bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen, so sind an eine fristlose Kündigung grundsätzlich erhöhte Ansprüche zu stellen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR, S. 1099 f.).

Der Kläger befand sich im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung unbestrittenermassen in einem ordentlich per 31. Juli 2016 gekündigten Arbeitsverhältnis. Zu beachten ist allerdings, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch den Kläger, sondern von der Beklagten gekündigt worden war. Das Argument der Beklagten, wonach der Kläger die Kündigung selbst verschuldet habe, indem er den ihm angebotenen neuen Arbeitsvertrag nicht unterzeichnet habe, geht ins Leere. Anders als von der Beklagten geltend gemacht, war der dem Kläger im Januar 2016 vorgelegte neue Arbeitsvertrag nicht "grundsätzlich derselbe wie der alte". Insbesondere sah dieser neue Arbeitsvertrag anstatt der äusserst grosszügigen Kündigungsfrist von sechs Monaten lediglich eine solche von einem Monat vor. Vor diesem Hintergrund sind an die fristlose Kündigung des Klägers trotz des bereits gekündigten Arbeitsverhältnisses keine erhöhten Ansprüche zu stellen. Dies auch deshalb, weil das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch rund ein halbes Jahr bis zum ordentlichen Kündigungstermin am 31. Juli 2016 fortgedauert hätte.

Die Beklagte bezahlte den Lohn für Dezember 2015 unbestrittenermassen erst am 12. Januar 2016 vollständig aus. Mangels anderer Regelung im abgeschlossenen Arbeitsvertrag wäre der Lohn des Klägers jedoch Ende Monat fällig gewesen (Art. 323 Abs. 1 OR). Somit bezahlte die Beklagte den Dezemberlohn 2015 erst mit erheblicher Verspätung. Umstritten ist, ob die Beklagte den Dezemberlohn erst nach Mahnung durch den Kläger per Schreiben vom 11. Januar 2016 ausbezahlte. Die Beklagte bestreitet den Erhalt dieses Schreibens, obwohl sie anerkennt, dass dieses durch einen ihrer damaligen Angestellten entgegen genommen worden ist. Die Frage betreffend die rechtsgültige Zustellung des Schreibens vom 11. Januar 2016 kann indes offen bleiben. Wie nachfolgend ausgeführt wird, wäre die Kündigung selbst bei erfolgreicher Zustellung des Schreibens vom 11. Januar 2016 als voreilig anzusehen. Bei Annahme der erfolgreichen Zustellung wäre die vollständige Bezahlung des Dezemberlohnes 2015 lediglich einen Tag nach Erhalt der Mahnung des Klägers und somit ganz am Anfang der vom Kläger gesetzten Frist erfolgt.

Unbestrittenermassen bezahlte die Beklagte auch den Lohn für Januar 2016 nicht rechtzeitig aus. Allerdings ist zu beachten, dass im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung des Klägers weniger als ein Monatslohn, nämlich der Januarlohn 2016 abzüglich des geleisteten Teilbetrags von Fr. 3'000.–, ausstehend war. Dies hielt der Kläger im Schreiben zur fristlosen Kündigung explizit fest, indem er unter dem Titel offenen Lohn einen Betrag von Fr. 8'233.15 (Fr. 11'233.15 – Fr. 3'000.–) forderte. Der Kläger kündigte sodann nur drei Tage nach Ablauf der bis am 8. Februar 2016 angesetzten Frist für die Bezahlung des Januarlohnes fristlos. Die Beklagte hatte dem

Kläger ihre Zahlungswilligkeit im Vorfeld der fristlosen Kündigung bereits mehrfach signalisiert. Mit den E-Mails vom 28. Dezember 2015 sowie vom 11. Januar 2016 informierte sie über die bestehenden Liquiditätsprobleme und betonte die hohe Priorität der Sicherung der zukünftigen Lohnzahlungen. Zudem leistete sie sowohl am 5. Januar 2016 als auch am 5. Februar 2016 Anzahlungen auf die ausstehenden Löhne. Den Dezemberlohn 2015 beglich sie sodann am 12. Januar 2016 vollständig.

Die fristlose Kündigung des Klägers erfolgte nach dem Gesagten voreilig. Auch unter Berücksichtigung der erheblichen Verspätung bzw. des Verzugs bei der Bezahlung des Dezemberlohnes 2015 und des Januarlohnes 2016, ist die Vertragsverletzung der Beklagten nicht als derart schwer anzusehen, dass sie eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bereits am 11. Januar 2016 unzumutbar gemacht hätte. Der Kläger war zweifellos berechtigt, die Arbeit am 8. Februar 2016 niederzulegen. Bei bereits niedergelegter Arbeit wäre dem Kläger allerdings ein längeres Zuwarten als lediglich drei Tage (vom 8. Februar bis zum 11. Februar 2015 [richtig: 2016]) zumutbar gewesen (vgl. Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009, Nr. 19; Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008, Nr. 25).

Auch die – von der Beklagten bestrittenen – Ausführungen des Klägers hinsichtlich Verspätungen bei der Lohnzahlung für Januar 2015 und bei früheren Lohnzahlungen vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Einerseits liegen zwischen diesen behaupteten Zahlungsverpätungen und der fristlosen Kündigung mehrere Monate, während derer der Lohn des Klägers unbestrittenermassen rechtzeitig ausbezahlt wurde. Andererseits macht der Kläger nicht geltend, dass er die Beklagte im Zusammenhang mit diesen früheren Verspätungen jemals gemahnt habe. Demnach ist auch kein diesbezügliches Beweisverfahren durchzuführen.

Die fristlose Kündigung des Klägers am 11. Februar 2015 [richtig: 2016] war somit voreilig und damit ungerechtfertigt.»

(AN160037 vom 12. Mai 2017; die dagegen erhobene Berufung wurde wieder zurückgezogen, vgl. den Beschluss des Obergerichts vom 22. Dezember 2017, LA170016)

17. OR 337; Ungerechtfertigte fristlose Kündigung eines Teamleiters im Private Banking

Der Beklagte war seit dem Jahr 2007 bei der Klägerin, einer Privatbank, angestellt. In seiner Funktion als Managing Director leitete er bei der Klägerin zuletzt ein mehrköpfiges Team von Private Bankern. Das Team betreute vermögende Privatkunden in der Schweiz. Im Jahr 2011 wurde die Klägerin verkauft. Der Beklagte gab an, er sei mit der neuen Geschäftspolitik nicht einverstanden gewesen und kritisierte unter anderem ein im Mai 2015 eingeführtes neues Gebührensystem. Zudem habe die Klägerin die Mitarbeitenden auch angewiesen, “Churning” (Umschichten von Depots der Kunden ohne einen im Kundeninteresse liegenden Grund) und

“Overtrading” zu betreiben und dafür Prämien ausgesetzt. Dieses Vorgehen verstosse gegen die Empfehlungen in einem Rundschreiben der FINMA. Die Klägerin bestritt diese Vorwürfe.

Zwischen dem 21. und dem 26. August 2015 kündigten drei Mitglieder des Private Banking-Teams des Beklagten. Der Beklagte selber kündigte am 25. August 2015 fristlos. Zu prüfen war, ob diese fristlose Kündigung gerechtfertigt war.

Aus den Erwägungen:

Zum Erfordernis einer vorgängigen Abmahnung führte das Arbeitsgericht was folgt aus:

«Androhung der fristlosen Kündigung:

Wie vorstehend ausgeführt, bedarf eine fristlose Kündigung – auch diejenige des Arbeitnehmers – unter Umständen einer vorgängigen Verwarnung mit zumindest sinn-gemässer Androhung der fristlosen Kündigung (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 9 und 13 zu Art. 337 OR).

Der Beklagte bringt nicht vor, dass er die Klägerin auf den Loyalitätskonflikt in Sachen “Churning” und “Overtrading” bzw. einen drohenden Reputationsschaden oder die Verfehlungen des Managements (Bezeichnung als “Monkeys” bzw. “Slaves”) hingewiesen habe. Wie ausgeführt, ist der vorgebrachte Sachverhalt zu diesen Themen nicht beweistauglich ermittelbar. Aber auch wenn man von diesem Sachverhalt ausginge, könnte er eine fristlose Kündigung nur rechtfertigen, wenn der Beklagte die Klägerin in diesem Zusammenhang abgemahnt und seine Kündigung angedroht hätte. Dasselbe gilt für den Umstand einer psychischen Problematik bzw. von Schlafstörungen.

Der Beklagte bringt einzig vor, er habe anlässlich eines Gesprächs von Ende April 2015 mit X. dagegen protestiert, wie die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeführt werden sollten, insbesondere was die Orientierung der Kunden über den Inhalt der neuen Gebührentabelle angehe. Dass der Beklagte die Klägerin im Hinblick auf ihre Pflichten als Arbeitgeberin abgemahnt und seine fristlose Kündigung angedroht hätte, ergibt sich aus seinen Vorbringen nicht. Beweiserhebungen zum weiteren Inhalt des Gesprächs von Ende April 2015 (“schwarz” sei nicht immer “schwarz”, es gebe auch “hellschwarz” und “dunkelschwarz”) sind demgemäss entbehrlich. Auch wenn man den behaupteten Gesprächsinhalt als wahr unterstellen würde, durfte der Beklagte noch nicht davon ausgehen, dass jegliche Abmahnung bzw. Anmahnung von Arbeitgeberpflichten unnütz sein würde.

Aus dem Entscheid des BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, ergibt sich nichts Anderes. Ein Normverstoss bzw. die Duldung rechtswidriger Handlungen durch die Arbeitgeberin rechtfertigt den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres zur fristlosen Kündigung. Namentlich sind zunächst weitere geeignete bzw. weniger weitgehende Massnahmen zu ergreifen, welche dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, wie etwa – auf das öffentliche Recht bezogen – eine Aufsichtsbeschwerde oder das Anrufen des Ombudsmannes (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, E. 2.2.3). Auf solche Massnahmen kann nur verzichtet werden, wenn von Vornherein feststeht, dass sich

diese als untauglich erweisen. Allerdings darf daraus formal kein zusätzliches Erfordernis für die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers abgeleitet werden. Ist die Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses erstellt, hat dies zu genügen (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, E. 2.2.3).

Die Erwägungen des Bundesgerichts im zitierten Entscheid können zwar nicht vorbehaltlos auf das Privatrecht übertragen werden. Es ging um die Erteilung ausländerrechtlicher Arbeitsbewilligungen bzw. entsprechender Ausnahmbewilligungen (vgl. BGer v. 19. August 2010, 8C_211/2010, E. 2.2.1). Einer Behörde steht, was die Bewilligungspraxis angeht, durchaus ein weiterer Spielraum zu, sodass eine Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmer und einem Vorgesetzten hinsichtlich der Rechtslage nicht bereits zwingend eine objektive Widerrechtlichkeit der Handlungen des Letzteren vermuten lässt.

Dennoch lassen sich aus dem zitierten Entscheid Schlüsse für das vorliegende Verfahren ziehen. Einen virulenten Konflikt zur Frage des “Churning” bzw. “Overtrading” hat der Beklagte nicht behauptet. Namentlich hat er nicht dargetan, es habe sich um konkrete Anweisungen mit Bezug auf einzelne Kundenportfolios gehandelt, denen er nicht hätte Folge leisten müssen und zufolge derer er zur umgehenden Erklärung der fristlosen Kündigung berechtigt gewesen wäre. Insofern genügt seine nachträgliche Rüge im Begründungsschreiben zur fristlosen Kündigung vom 25. August 2015 nicht. [...]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass kein zureichender Grund für die fristlose Kündigung des Beklagten vorliegt.»

(AG160001 vom 8. November 2017)

18. DSG 6; Herausgabe von Mitarbeiter-Daten in die USA

Im Berichtsjahr ergingen mehrere Entscheide, welche die Rechtmässigkeit der Lieferung von Personendaten von Bankmitarbeitenden, die mit US-bezogenen Konten zu tun hatten, an Behörden in den USA, insbesondere an das U.S. Department of Justice (DoJ), zum Gegenstand hatten (vgl. auch Entscheid Nr. 6). Der nachfolgende Entscheidungszug beleuchtet namentlich das geltend gemachte öffentliche Interesse an einer Datenherausgabe, wobei die Erwägungen aus Platzgründen nur auszugsweise wiedergegeben werden.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, deren Muttergesellschaft eine der grössten Geschäftsbanken in einem europäischen Land ist. Die Beklagte verfügt über eine Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Kooperation mit den amerikanischen Behörden und zur Teilnahme am US-Programm. Sie hatte dem DoJ den Namen und die Funktion der Klägerin mit Bezug auf drei Kontobeziehungen bereits übermittelt und mit dem DoJ auch schon ein Non Prosecution Agreement (NPA) geschlossen und sich darin zur Leistung einer Strafzahlung verpflichtet. Strittig war die Zulässigkeit der Datenübermittlung hinsichtlich zweier weiterer Konten.

Aus den Erwägungen:*«Datenschutz in den USA*

Die USA sind auf der Liste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (nachfolgend: EDÖB) als Staat geführt, der nur dann einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO bietet, wenn der Datenbearbeiter dem Privacy Shield beiträgt und auf der Liste des U.S. Department of Commerce verzeichnet ist (vgl. die Staatenliste des EDÖB, abrufbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>, Staatenliste EDÖB, Stand: 12. Januar 2017, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). Datenbearbeiter wäre vorliegend das DoJ, eine US-amerikanische Behörde, welche nicht Mitglied des Privacy Shield ist (vgl. die Liste des Privacy Shield, abrufbar unter <https://www.privacyshield.gov/list>, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). Ergänzend ist diesbezüglich anzufügen, dass die US-Regierung denn auch nicht Teilnehmer des "Safe Harbor Privacy Frameworks" war, welches gemäss EDÖB einen genügenden Datenschutz geboten hätte (Tätigkeitsbericht des EDÖB 2008/2009, S. 18 f.), vom EuGH in seinem Urteil vom 6. Oktober 2015 (Facebook) aber für ungültig erklärt (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-0/cp150117de.pdf>, zuletzt abgerufen am 21. November 2017) und nun durch den Privacy Shield ersetzt wurde (<https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/01405/01406/index.html?lang=de>, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). Die Vereinigten Staaten von Amerika sind somit grundsätzlich als Land zu qualifizieren, in welchem es im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO an einer Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz von Personendaten gewährleistet, weshalb Art. 6 DSGVO Anwendung findet, welcher der allgemeinen Bestimmung von Art. 12 DSGVO als lex specialis vorgeht (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 16 f.).

Bezüglich des US-Programms sind sodann auch dem Joint Statement des EFD und des DoJ keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wie die USA den Datenschutz gewährleisten werden. Vielmehr behalten sich die USA explizit das Recht vor, die im Rahmen des US-Programmes zur Verfügung gestellten Personendaten zu allen gemäss ihrem Recht gestatteten Zwecken verwenden zu können. Damit ist nicht davon auszugehen, das US-Programm biete entgegen dem allgemeinen Datenschutzstandard der USA ausnahmsweise einen angemessenen Schutz für die in dessen Rahmen übermittelten Personendaten (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 17 m.H.).

Aufgrund dieser Ausführungen ist die Übermittlung der Mitarbeiterdaten an die US-Behörden durch die Banken grundsätzlich nach Art. 6 DSGVO zu beurteilen. Da die Klägerin unbestrittenermassen der Datenübermittlung hinsichtlich der zwei in Frage stehenden Konten nicht zugestimmt hat (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSGVO), kommt von den in Art. 6 Abs. 2 DSGVO abschliessend aufgeführten Rechtfertigungsgründen einzig derjenige des Vorliegens eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Datenbekanntgabe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO in Frage (Maurer-Lambrou/Steiner, in: BSK DSGVO, Art. 6 N 22c).

Da das DoJ als Verwaltungsbehörde der Exekutive zuzurechnen und kein Gericht als solches ist, kommt auch der Rechtfertigungsgrund der Unerlässlichkeit

der Bekanntgabe für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht gemäss derselben Bestimmung nicht in Betracht (Rohner/Furrer, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in: Der Schweizer Treuhänder, 8/2013, S. 515 ff., S. 520; Rosenthal, a.a.O., N 65 zu Art. 6 DSGVO). Zum gleichen Schluss kam auch das Obergericht Zürich, nach Abwägung der in der Lehre vertretenen und auch von der Beklagten vorgebrachten Meinungen (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.2. m.w.H.). Dies vermag auch das von der Beklagten ins Feld geführte Urteil des Tribunal Cantonal Vaud vom 30. Juni 2017 nicht zu entkräften, welches sich nur rudimentär mit der Minderheitsmeinung von Meier (Philippe Meier, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, Rz 1288) auseinandersetzt.»

Nach grundsätzlichen Ausführungen zum öffentlichen Interessen an der Datenübermittlung erwog das Arbeitsgericht weiter:

«Öffentliche Interessen

Die Wichtigkeit des Finanzplatzes Schweiz darf aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht unterschätzt werden. Eine Anklageerhebung des DoJ gegen ein sich in der Schweiz befindendes Bankinstitut hätte zweifelsohne verheerende Folgen und würde – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – mit ziemlich hoher Wahrscheinlichkeit mit dessen Untergang enden (vgl. BGE 137 II 431, E. 4.3.1.). Laut einer Analyse einer amerikanischen Anwaltskanzlei sollen von zehn in den letzten 30 Jahren angeklagten Instituten mit einer Ausnahme alle übernommen worden oder ganz vom Markt verschwunden sein (Rohner/Furrer, a.a.O., S. 517 m.H.). Die Verhinderung des Untergangs einer Schweizer Bank – abgesehen von den wenigen systemrelevanten Grossbanken – wäre angesichts der dargelegten Folgen für sich allein gesehen aber dennoch als “bloss” privates Interesse zu qualifizieren. Gesamtwirtschaftlich gesehen wären die negativen Folgen für die Schweizer Wirtschaft überschaubar. Demgegenüber ist es durchaus vorstellbar, dass die kumulierten privaten Interessen mehrerer Banken auch öffentliche Interessen darstellen können (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 20 f.). Angesichts der Wichtigkeit des Finanzplatzes für die Schweizer Wirtschaft besteht ein öffentliches Interesse daran, einen reihenweisen Kollaps von Bankinstituten, mit entsprechend schwerwiegenden Folgen für die Schweizer Wirtschaft (z.B. Verlust von Arbeitsplätzen und Steuereinnahmen etc.), zu verhindern.

Wie eingangs erwähnt, ist grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Beilegung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA und somit an der Kooperation der Banken zu bejahen (siehe auch Urteil des Tribunal Cantonal Vaud vom 30. Juni 2017). Massgebend ist jedoch einzig, ob im hier konkret zu beurteilenden Fall auch ein öffentliches Interesse an der Übermittlung der klägerischen Personendaten besteht. Es rechtfertigt sich für die Beurteilung der Frage, ob die Gefährdung einer Bank im Sinne des Gesagten dem schweizerischen, öffentlichen Interesse zu-

widerläuft, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant gilt oder nicht (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.1.1., m.H.). Wie eingehend vom Obergericht Zürich dargetan, ist der Kreis der systemrelevanten Banken im Sinne von Art. 151 ZPO notorisch und überdies auf der Homepage der Schweizerischen Nationalbank jederzeit abrufbar (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.1.2.).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine (aus Schweizer Sicht) nicht systemrelevante, sondern auf dem Platz Schweiz mittelgrosse Bank mit ca. 1'200 Mitarbeitenden. Das Obergericht Zürich hat in einem Fall – bei welchem es sich um eine andere nicht systemrelevante Bank handelte, welche wie die Beklagte Tochtergesellschaft eines ausländischen Finanzkonzerns ist – festgehalten, dass beim Ausfall einer in der Schweiz nicht systemrelevanten Bank das schweizerische, öffentliche Interesse nicht tangiert sei. Die Beklagte kann daher als Tochtergesellschaft eines ausländischen Finanzkonzerns in der Schweiz ebenfalls nicht als systemrelevante Bank gelten (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.1.3.). Die vorliegende Datenlieferung lässt sich somit im Hinblick auf die mögliche Rettung der Beklagten von vornherein nicht wegen eines vorhandenen überwiegenden öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG rechtfertigen. Vielmehr ist die Abwendung der Gefahr einer Anklageerhebung bzw. die Verhinderung ihres Untergangs in erster Linie als privates Interesse der Beklagten zu qualifizieren (vgl. auch BGer Urteil vom 22. September 2016, 4A_83/2016, E. 3.4.3). Ein solches ist jedoch im Rahmen der vorliegenden Interessenabwägung nicht relevant (a.M. Urteil des Tribunal Cantonal Vaud, Cour d'Appel Civile, vom 30. Juni 2017, E. 3.2.4.4).

Von der Beklagten wird ferner vorgebracht, der vorliegende Fall dürfe bei der Feststellung des überwiegenden öffentlichen Interesses nicht isoliert von den anderen Klagen im Rahmen der Datenlieferungsfälle an das DoJ beurteilt werden. Das öffentliche Interesse sei nicht aus einer Einzelfallperspektive zu bestimmen, sondern bedürfe einer Gesamtwürdigung der Umstände. So würde bei einer singulär auf einzelne Banken bezogenen Einzelfallbetrachtung nicht berücksichtigt, dass jeder einzelne Entscheid, der die Lieferung an das DoJ verweigern würde, die Summe der nicht gelieferten Daten erhöhe und ein Gesamtbild der Nichtkooperation hinterlasse. Dies könnte wiederum zur Verhinderung, Verzögerung oder zum Widerruf der NPA Abschlüsse führen. Massgebend für die Bestimmung des öffentlichen Interesses sei daher die Reaktion des DoJ auf die Verweigerung zahlreicher oder sogar sämtlicher wegen Gerichtsentscheiden unterbliebener Datenlieferungen.

Dem DoJ ist zweifellos nicht entgangen, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des NPA mit der Beklagten im Dezember 2015 in der Schweiz zwei erstinstanzliche Urteile vorlagen, die den Banken Datenlieferungen untersagten (Urteil des Tribunal de Première Instance Genf vom 28. Mai 2015, C/1271/2013-7, inzwischen von der zweiten Instanz bestätigt am 11. Dezember 2015; Arrêt de la Cour de Justice, Chambre civile, C/1271/2013; Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Geschäfts-Nr. CG140026-F vom 9. Juli 2015). Gleichwohl konnte die Beklagte ein NPA abschliessen. Der Presse ist darüber hinaus zu entnehmen, dass sich mittlerweile sämtliche Banken der Kate-

gorie 2 mit den US-Behörden geeinigt haben (<http://www.finanzen.ch/nachrichten/aktien/Letzte-Kategorie-2-Bank-einigt-sich-in-den-USA-1001017905>, Artikel vom 28. Januar 2016, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). All diese Einigungen wurden erzielt, obwohl noch etliche Prozesse betreffend Datenlieferung an das DoJ in der Schweiz pendent gewesen sind (<http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/die-banken-verlieren-meistens-vor-gericht-1.18664310>, Artikel vom 17. Dezember 2015, worin von über 1'000 Fällen die Rede ist, zuletzt abgerufen am 21. November 2017), also noch viele Namen nicht geliefert worden sind, die gemäss US-Programm eigentlich hätten geliefert werden sollen.

Die fehlenden Daten der Klägerin (Name und Funktion) hinsichtlich zweier Konten standen dem Abschluss des NPA im Dezember 2015 zwischen dem DoJ und der Beklagten nicht im Wege. Die Beklagte übermittelte dem DoJ die Höchststände der angeblich von der Klägerin betreuten Konten (ohne Name und Funktion der Klägerin) und bezahlte hierfür bereits Strafzahlung. Unter diesen Umständen kann heute kaum angenommen werden, das DoJ werde das NPA widerrufen, wenn die Daten nicht geliefert werden können, weil die Beklagte in den betreffenden Gerichtsverfahren trotz redlichen Bemühens unterlegen ist. Die Gefahr, dass es im Rahmen des Steuerstreites mit den USA überhaupt zum Untergang der Beklagten kommen könnte, erscheint also äusserst gering. Es ist auch unwahrscheinlich, dass eine ganze Reihe anderer Banken untergeht, weil gewisse Namen nicht geliefert werden. Anzuführen bleibt, dass selbst im Falle eines Widerrufs sich nach dem Gesagten nach schweizerischem Recht kein Weg findet, der Beklagten die Lieferung der Daten zu erlauben (vgl. OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.5.2.). Das öffentliche Interesse ist nach dem Gesagten zu verneinen. Selbst wenn man aber ein gewisses öffentliches Interesse annähme, müsste diesem das Interesse der betroffenen Person, dass ihre Daten nicht in ein Land ohne angemessenen Datenschutz exportiert werden (Rosenthal, a.a.O., N 62 zu Art. 6 DSGVO), gegenüber gestellt werden.

Privates Interesse (der Klägerin)

Den öffentlichen Interessen gegenübergestellt werden muss das Interesse der betroffenen Person, dass ihre Daten nicht in ein Land ohne angemessenen Datenschutz exportiert werden (Rosenthal, a.a.O., N 62 zu Art. 6 DSGVO).

Dazu sei zunächst noch einmal daran erinnert, dass nicht primär die Klägerin nachweisen muss, dass ihr in den USA oder sonstwo etwas passieren würde, wenn die Daten geliefert würden, sondern dass die Beklagte den Nachweis des überwiegenden öffentlichen Interesses erbringen muss. Letztlich bleibt es spekulativ und nicht berechenbar, was die amerikanischen Behörden im einen oder andern Fall unternehmen würden. Es entspricht aber notorischem wirtschaftspolitischen Wissen, dass die amerikanischen Behörden im Steuerstreit mit der Schweiz harte Bandagen tragen (ZR 114/2015 S. 99). Die Gefahr einer Festhaltung zwecks Befragung lässt sich nicht unterschätzen: Ein solches Risiko hätte die Klägerin alleine zu tragen. Zwar ist der Beklagten dahingehend beizupflichten, dass die Daten, welche sie im vorliegenden Fall übermitteln möchte, keine allzu hohe Sensitivität aufweisen. Die Beklagte ver-

mag jedoch nicht darzutun, dass sich die US-Behörden über Einzelheiten der von der Klägerin seinerzeit bei der Beklagten angeblich betreuten US-Personen nicht interessieren würden. Die Folgen einer Datenlieferung sind unbestrittenermassen unklar. Angesichts der Kontoschwelle von USD 50'000.– ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich die US-Behörden im Rahmen ihres US-Programms für alle Einzelheiten interessieren, die geeignet scheinen, auf Einkommens- und Vermögensverhältnisse der betreffenden Kunden in den letzten Jahren Rückschlüsse ziehen zu können. Die von der Klägerin allfällig betreuten US-Konten und das damit verbundene Wissen der Klägerin könnte diesbezüglichen Nachforschungen durchaus dienlich sein (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.3.4.). Die territoriale Einschränkung bei der Vermeidung des Zugriffs von US-Behörden erstreckt sich dabei nicht nur auf die USA, sondern auch auf sämtliche Länder, die mit den USA ein Auslieferungsabkommen abgeschlossen haben. Dies illustriert der Fall des Ex-UBS-Topmanagers Raoul Weil, der in Italien verhaftet wurde. Zentral für die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung einzelner Mitarbeiter durch die US-Behörden (und damit für die Gewichtung der privaten Interessen) ist – wie bereits bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses –, was für eine Stellung und wie viele US-Kunden mit wie viel Vermögen ein Mitarbeiter hatte. Dabei sind auch andere Umstände relevant, beispielsweise angewandte Geschäftspraktiken oder bereits laufende US-Strafverfahren im geschäftlichen Umfeld des betroffenen Mitarbeiters. Allein, dass die Klägerin wegen der konkreten Gefahr einer Festhaltung durch die amerikanischen Behörden massiv in ihrer persönlichen (Bewegungs-)Freiheit eingeschränkt ist, genügt in einer Zeit der internationalen Mobilität, um ihr (erhebliches) privates Interesse am Datenlieferungsverbot zu bejahen (a.M. Urteil des Tribunal Cantonal Vaud, Cour d'Appel Civile, vom 30. Juni 2017, E. 3.2.4.4, act. 54).

Es ist überdies unmöglich vorauszusehen, wozu die klägerischen Daten nach erfolgter Lieferung verwendet werden könnten. Insbesondere ist auch nicht klar, wie lange die klägerischen Daten gespeichert würden oder ob ein Schutz betreffend die Veränderung/Manipulation der Daten besteht. Eine Lieferung der Daten würde einer Aushebelung der informationellen Selbstbestimmung gleichkommen. Diese Ungewissheit, was mit den Daten passiert bzw. für welche Zwecke sie verwendet werden, hat sowohl in privater als auch in beruflicher Hinsicht einschränkende Auswirkungen auf die Klägerin.

Nach dem Gesagten ist ein verbleibendes Restrisiko für die Klägerin nicht von der Hand zu weisen. Daran ändert der Umstand, dass der Name der Klägerin dem DoJ bereits bekannt ist, nichts. Relevant ist einzig, dass der Name und die Funktion der Klägerin im Zusammenhang mit den beiden umstrittenen relevanten Kontoverbindungen nicht bereits den amerikanischen Behörden geliefert worden ist. Damit ist auch klar, dass ein Rechtsschutzinteresse – wie bereits ausgeführt – der Klägerin nicht weggefallen ist.

Letztlich ist es nicht relevant, wie hoch exakt die Risiken für die Klägerin sind. Entscheidend ist vielmehr, dass es der Beklagten nicht gelingt, ein öffentliches Interesse darzutun, das die Interessen der Klägerin überwiegt.»

Das Obergericht bestätigte das Verbot, die strittigen Personendaten der Klägerin an das DoJ zu übermitteln, da keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO vorliegen würden, und führte unter anderem aus:

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

«Im Sinne einer Eventualerwägung ist das soeben zum öffentlichen Interesse Gesagte zu ergänzen, und zwar namentlich im Anschluss an ein nicht amtlich publiziertes Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (BGer 4A_83/2016). Der Hinweis der Beklagten, dass dieses Urteil zu wenig “nuanciert” sei, beeindruckt allerdings nicht. Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird sich auch die Beklagte abfinden müssen.

Im erwähnten nicht amtlich publizierten Urteil vom 22. September 2016 (BGer 4A_83/2016) übernahm das Bundesgericht zwei von seiner Vorinstanz (dem Zürcher Handelsgericht) angenommene öffentliche Interessen mehr oder weniger diskussionslos (E. 3.3.1. in Verbindung mit E. 3.3.3 und 3.3.4.): So besteht danach ein erstes öffentliches Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreites mit den USA und damit verbunden an einer Vermeidung einer weiteren Eskalation. Und ein zweites öffentliches Interesse besteht danach darin, dass im Sinne des Joint Statement das US-Programm eingehalten werde, und zwar namentlich im Hinblick auf die Reputation der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin.

Zu Recht stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die strittige Datenherausgabe nicht als unerlässlich zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreites anzusehen sei: Im Sinne von Art. 151 ZPO offenkundig ist, dass sich die US-Behörden mit allen 78 Banken, die der Kategorie 2 angehören, zwischen dem 30. März 2015 und dem 27. Januar 2016 geeinigt haben, indem mit allen diesen Instituten ein “Non Prosecution Agreement” abgeschlossen wurde. Zu dieser Kategorie 2 gehört mit der Beklagten die grosse Mehrheit der vom Steuerstreit betroffenen Institute. Zur Kategorie 1 zählen nur wenige Banken, darunter nur zwei systemrelevante Banken, die Zürcher Kantonalbank und die Credit Suisse. Daraus ergibt sich, dass im heutigen Zeitpunkt, d.h. im Urteilszeitpunkt, der US-Steuerstreit längst nicht mehr so virulent ist, wie das früher der Fall war. Die strittige Datenherausgabe kann jedenfalls nicht als unerlässlich zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und damit einer Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes sowie zur Erhaltung des guten Rufes der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin angesehen werden (vgl. dazu BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4. in fine). Die Beklagte liefert denn keinerlei konkrete Hinweise dafür, dass gerade die strittige Datenherausgabe unerlässlich für die Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und für die Erhaltung des guten Rufes der Schweiz sei (vgl. BGer 4A_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.1). Namentlich wird von der Beklagten nicht dargetan, welche Vermögenswerte sie für US-amerikanische Kundschaft betreut. Die Beklagte macht ebenso wenig Ausführungen zur Bedeutung ihres US-Geschäfts bzw. zur Frage, inwieweit sie durch eine Anklageerhebung in ihrer Geschäftstätigkeit eingeschränkt wäre. Auch auf konkrete Auswirkungen einer Anklageerhebung weist die Beklagte

nicht hin. Namentlich kann sich die Beklagte nicht mit der UBS vergleichen, für die in BGE 137 II 431 E. 4.3.1 eine Bedrohung angenommen wurde: Die Anklageerhebung gegen eine kleinere Bank, die erst noch lediglich als ausländische Niederlassung ihres Mutterhauses fungiert, hat nicht die gleiche Bedeutung wie die Anklageerhebung gegen eine weltweit tätige Grossbank wie die UBS. Es ist mangels konkreter Hinweise jedenfalls nicht anzunehmen, dass eine Anklageerhebung gegen die Beklagte zu einem Vertrauensverlust gegenüber dem Schweizer Finanzplatz mit entsprechender Kettenreaktion führen würde (vgl. dazu BGer 4A_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.2).»

(AN160046 vom 27. November 2017 und Obergericht LA180002 vom 20. März 2018)

19. ZPO 34; Örtlich unzuständiges Friedensrichteramt (anderer Stadtkreis)

Die Beklagte bemängelte, dass die Klagebewilligung vom örtlich unzuständigen Friedensrichteramt ausgestellt worden sei.

Aus den Erwägungen:

«Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Sitz der Beklagten oder am Arbeitsort zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Die örtliche Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde bestimmt sich nach den Art. 9 ff. ZPO. Bestehen in einer Gemeinde mehrere Schlichtungsbehörden, so gelten diese Bestimmungen zur Abgrenzung der Zuständigkeiten der verschiedenen kommunalen Schlichtungsbehörden sinngemäss. Wegen der politischen Einheit der Gemeinde gilt die Klage jedoch auch dann als ordnungsgemäss eingeleitet, wenn das Schlichtungsgesuch zwar in der gleichen Gemeinde, aber innerhalb dieser Gemeinde nicht bei der örtlich zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht wird. Dieser Schlichtungsbehörde steht es frei, ein solches Schlichtungsverfahren selber an die Hand zu nehmen oder aber an die örtlich zuständige Behörde zu überweisen. Selbst die Klagebewilligung einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde berechtigt grundsätzlich zur ordentlichen Klageeinleitung. Der Entscheid über die örtliche Zuständigkeit ist dann Sache des Gerichts. Dieses kann die Klage nicht einfach deswegen zurückweisen, weil die Klagebewilligung von einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde ausgestellt wurde, jedenfalls dann nicht, wenn die beklagte Partei am Schlichtungsverfahren teilgenommen hat. In diesem Fall wäre es sinnlos, die Wiederholung des Schlichtungsverfahrens vor der örtlich zuständigen Behörde zu verlangen (Urs Egli, DIKE-Komm-ZPO, Art. 202 N 13 ff.).

Das Schlichtungsverfahren zwischen den Parteien wurde vom Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 7 + 8 durchgeführt. Sowohl der Sitz der Beklagten als auch der Arbeitsort des Klägers befanden sich an der L.-Strasse in 8001 Zürich, wes-

halb das Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 1 + 2 örtlich zuständig wäre. X. nahm jedoch als damaliger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift für die Beklagte an der Schlichtungsverhandlung teil. Das Schlichtungsverfahren wurde in der gleichen Gemeinde, in welcher das örtlich zuständige Friedensrichteramt liegt, eingereicht, weshalb das Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 7 + 8 die Schlichtungsverhandlung durchführen durfte. Eine Wiederholung des Schlichtungsverfahrens wäre auch wenig zielführend. Auf die Klage ist einzutreten, zumal die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gegeben ist.»

(AH150088 vom 30. März 2017)

20. ZPO 118, § 128 GOG/ZH; Voraussetzungen für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Prozessvorbereitung

Die Gesuchstellerin beantragte nach Erhalt der Klagebewilligung aber noch vor Klageeinreichung, es sei ihr vom Arbeitsgericht unter anderem ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Vorbereitung einer arbeitsrechtlichen Klage zu bestellen.

Aus den Erwägungen:

«Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, hat sie ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Mit Art. 117 ff. ZPO wird der als verfassungsrechtliche Minimalgarantie in Art. 29 Abs. 3 BV verankerte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung auf Gesetzesstufe geregelt (BGE 138 III 217 E. 2.2.3). Die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 ff. ZPO dient dem Zugang zum Gericht. Mit dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege soll eine nicht über genügend finanzielle Mittel verfügende Partei in den Stand versetzt werden, zur Durchsetzung ihrer Rechte einen Prozess zu führen. Es soll ihr der Zugang zum Gericht ungeachtet ihrer Bedürftigkeit gewährleistet sein (Urteil des Bundesgerichts 4A_610/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1 mit Hinweisen). [...]

Art. 118 Abs. 1 lit. c zweiter Teilsatz ZPO sieht die Möglichkeit vor, einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bereits zur Vorbereitung des Prozesses zu bestellen. Der Anwendungsbereich einer solchen vorprozessualen unentgeltlichen Rechtspflege beginnt dort, wo zumindest bereits eine gewisse Nähe zu einem Gerichtsprozess vorhanden ist und endet spätestens im Zeitpunkt, in dem die Wirkungen der “normalen” unentgeltlichen Verbeiständung zu laufen beginnen. Da bei einem anlässlich der Klageeinleitung gestellten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege die Aufwendungen für die Klageschrift mitumfasst sind, kann die vorprozessuale Verbeiständung nur dann zum Zug kommen, wenn die notwendigen, vorprozessualen anwaltlichen Bemühungen über das normale Mass der Vorbereitung einer Klageschrift hinausgehen (Daniel Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozess-

ordnung, 2015, Rz 485). Als Anwendungsfälle für eine vorprozessuale unentgeltliche Verbeiständung gelten die Erarbeitung einer Scheidungskonvention, die Prüfung der Prozessaussichten oder die Abklärung der Zuständigkeit (Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen, 2. Auflage 2016, N 14 zu Art. 118 sowie Urteil des Obergerichts vom 11. April 2013, VO130051, E. 2.13.).

Laut Berner Kommentar umfasst die vorprozessuale, unentgeltliche Verbeiständung sachlich alle anwaltlichen Vorkehren, die im Hinblick auf Prozessvermeidung/ Prozessvereinfachung oder Prozesschancenbeurteilung als notwendig, nützlich und verhältnismässig erscheinen (Bühler, BK 2012, N 99 zu Art. 118 ZPO). Wird die unentgeltliche, vorprozessuale Verbeiständung zwecks Prüfung der rechtlichen und/oder tatsächlichen Prozess- und Beweisaussichten gewährt, müssen die im Einzelfall erforderlichen anwaltlichen Bemühungen mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden sein; sei es mit Bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen, wie z.B. den Inhalt des massgebenden ausländischen Rechts oder des zu beschaffenden Beweismaterials. Denn der übliche, ohne weiteres überblick- und realisierbare vorprozessuale Aufwand im Zusammenhang mit der Sammlung des Tatsachen- und Beweismaterials (Instruktion) und der Prüfung der relevanten formellen und materiellen Rechtsfragen, wie er vor jeder Einleitung eines zivilgerichtlichen Verfahrens zu leisten ist, wird von der nach Prozesseinleitung erteilten Bewilligung erfasst (Bühler, BK, N 91 zu Art. 119 ZPO).

Dass sich die Bestellung eines vorprozessualen unentgeltlichen Rechtsbeistandes nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände rechtfertigt und nur für Ausnahmen konzipiert ist, entspricht nach dem Gesagten sowohl der herrschenden Lehre als auch der Praxis des Obergerichts (vgl. etwa das bereits zitierte Urteil des Obergerichts vom 11. April 2013, VO130051, E. 2.13.).

Vorliegend zeigte die Gesuchstellerin nicht auf, dass die Vorbereitung der von ihr in Aussicht gestellten Klage ein besonderes Mass an Aufwand nach sich ziehen wird oder mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Im Gegenteil: Sie führte aus, die Vorbereitung der Klage würde aufgrund von Instruktionen, Abklärungen und dem Verfassen der Klageschrift einen gewissen Aufwand verursachen und etwas Zeit in Anspruch nehmen. Genau diese überblickbaren Aufwendungen sind von der vom Prozessgericht zu bewilligenden unentgeltlichen Rechtspflege erfasst.

Die Gesuchstellerin legte auch keine anderen Gründe dar, die eine Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bereits vor Einleitung der Klage gebieten würden. So erfordern – soweit überhaupt dargetan – weder die Komplexität der Rechtsfragen noch die Unübersichtlichkeit des Sachverhalts eine vorprozessuale Bestellung eines Rechtsbeistandes zur Vorbereitung der Klage. Die juristische Un- erfahrungheit der Gesuchstellerin spielt in diesem Kontext ebensowenig eine Rolle, ist doch dadurch die Notwendigkeit aussergewöhnlicher Vorbereitungs- handlungen zur Abklärung der Sach- und Rechtslage mitnichten dargetan. Sodann führt die Gesuchstellerin auch nicht aus, ein Rechtsbeistand sei zur Prozessvermeidung, bspw. wegen langwierigen und rechtlich komplexen vorprozessualen Vergleichsgesprächen, notwendig. Letztlich führt auch der Umstand, dass die Gegenpartei offenbar

durch eine Rechtsschutzversicherung unterstützt wird, nicht dazu, dass eine Bestellung eines Rechtsbeistandes erst nach Klageeinleitung die Durchsetzung der Rechte ungebührlich erschweren würde.

Zusammengefasst legt die Geschwisterin nicht dar, welche Abklärungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach Einreichung des Schlichtungsgesuchs bzw. vor Klageanhebung zu treffen wären, mithin welche Vorbereitungsarbeiten von der vom Prozessgericht zu bewilligenden unentgeltlichen Rechtspflege nicht erfasst wären. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist daher abzuweisen.»

(ED170079 Verfügung vom 18. Dezember 2017)

21. ZPO 152 Abs. 2; Rechtswidrig beschaffte Beweismittel?

Die Beklagte machte unter anderem geltend, die vom Kläger eingereichten Urkunden würden als Beweismittel ausser Betracht fallen und dürften vom Gericht nicht zur Kenntnis genommen werden. Dem Kläger sei es gestützt auf die Allgemeinen Anstellungsbedingungen arbeitsvertraglich untersagt gewesen, Dokumente der Beklagten zu kopieren. Ausserdem sei der Kläger verpflichtet gewesen, der Beklagten bei seinem Austritt Ende Januar 2015 alle Unterlagen ohne Aufforderung zurückzugeben.

Aus den Erwägungen:

«Nach Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Es gilt dabei in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine rechtswidrige Beschaffungshandlung, welche auf die Verwendung des Beweises im Prozess gerichtet ist, vorliegt. Rechtswidrig beschaffte Beweise sind beispielsweise solche, die eine Partei durch Diebstahl einer Urkunde, Betrug oder durch Verletzung eines Geheimnisses erlangt hat (Christian Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), DIKE Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 152 N 78). Erfolgt die Entstehung und Beschaffung nicht rechtswidrig, kann auch die Einreichung grundsätzlich nicht rechtswidrig sein (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RB140019 vom 26. September 2014 E. 3.2.4). Die Rechtswidrigkeit der Einreichung als solche kann sich jedoch aus gewissen Gesetzen ergeben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann beispielsweise ein Verstoß gegen Art. 12 BGFA durch die Einreichung vertraulicher Anwaltskorrespondenz betreffend Vergleichsgespräche dazu führen, dass ein Beweismittel als rechtswidrig beschafft i.S.v. Art. 152 Abs. 2 ZPO anzusehen ist (BGE 140 III 6 E. 3.1).

Eine auf die Verwendung des Beweises im Prozess gerichtete Beschaffungshandlung ist den Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen. Vielmehr scheinen die relevanten Urkunden dem Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beklagte zugegangen zu sein. In einigen der Urkunden ist die Geschäftsleitung, welcher der Kläger unbestrittenermassen angehörte, explizit als Adressat genannt. Die Beklagte

substantiiert keine konkreten Beschaffungshandlungen des Klägers, sondern verweist auf ein nicht näher substantiiertes Erstellen von Kopien sowie die Nichtrückgabe von Dokumenten. Aus dem Umstand, dass der Kläger einer allfälligen Rückgabepflicht nicht nachgekommen ist, lässt sich daher keine widerrechtliche Beschaffung i.S.v. Art. 152 Abs. 2 ZPO herleiten. [...]

Die von der Beklagten beanstandeten Urkunden können somit Berücksichtigung finden, soweit sie relevant sind. Der Editionsantrag des Klägers betreffend diese Dokumente ist somit obsolet.»

(AN150024 vom 6. Juli 2017)

22. ZPO 223; Versäumte Klageantwort

Der Vorsitzende hatte der Beklagten am 7. Februar 2017 eine nicht erstreckbare Frist von 60 Tagen zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt. Nach Eintritt der Arbeitslosenkasse als Klägerin 2 wurde die Beklagte am 13. März 2017 aufgefordert, innert der laufenden Klageantwortfrist auch deren Klage zu beantworten. Der Rechtsvertreter der Beklagten teilte dem Gericht am 19. April 2017 mit, dass er die Interessen der Beklagten im vorliegenden Verfahren nicht mehr vertrete. Die Frist zur Erstattung der Klageantwort lief schliesslich am 25. April 2017 ungenutzt ab.

Am 4. Mai 2017 setzte der Vorsitzende der Beklagten eine letzte Frist von 20 Tagen (unter Berücksichtigung der besonderen Umstände), um die schriftliche Klageantwort einzureichen, unter der Androhung, dass das Gericht im Säumnisfall einen Endentscheid treffe, sofern die Angelegenheit spruchreif sei (Art. 223 ZPO). Am 16. Mai 2017 ersuchte die Beklagte um Fristerstattung bis 31. Juli 2017. Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2017 wurde dieses Gesuch grundsätzlich abgewiesen. Wegen einer Verzögerung beim Entscheid wurde der Beklagten eine allerletzte, nicht mehr erstreckbare Nachfrist bis 6. Juni 2017 gewährt.

Aus den Erwägungen:

«Am 6. Juni 2017, 16:40 Uhr, wurde dem Arbeitsgericht eine Eingabe der Beklagten vom 5. Juni 2017 überbracht. In dieser Eingabe führt Y., einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beklagten, aus, die Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, in der zur Verfügung stehenden Zeit eine schriftliche Klageantwort durch einen neuen Anwalt erstellen zu lassen. Da die Beklagte die Forderungen des Klägers vehement bestreite, insbesondere aufgrund dessen vertragswidrigen und geschäftsschädigenden Verhaltens als Geschäftsführer der Beklagten, bitte die Beklagte das Gericht, eine Hauptverhandlung durchzuführen, an der die Beklagte die Möglichkeit habe, mit Hilfe anwaltschaftlicher Vertretung vollumfänglich auf die Klage antworten zu können.

Die Eingabe der Beklagten genügt den Anforderungen an eine Klageantwort nicht. Die Beklagte unterlässt es auszuführen, welche Behauptungen der beiden Kläger im Einzelnen bestritten oder anerkannt werden. Dazu war die Beklagte aber

aufgefordert (die Aufforderung entspricht Art. 222 Abs. 2 ZPO). Zur Forderung der Klägerin 2 äussert sich die Beklagte gar nicht. Eine generelle Bestreitung der “Forderungen des Klägers” (gemeint wohl des Klägers 1) genügt nicht. Das angeblich vertragswidrige und geschäftsschädigende Verhalten des Klägers 1 wird mit keinem Wort beschrieben und damit nicht ansatzweise substantiiert gemacht.

Anzufügen ist, dass die Erstattung einer Klageantwort der Beklagten auch ohne anwaltlichen Beistand ohne Weiteres zuzumuten gewesen wäre. Die Klagebegründung des Klägers 1 umfasst inklusive Parteibezeichnungen und Rechtsbegehren ganze vier Seiten. Der Sachverhalt ist einfach und überschaubar und auch für juristische Laien verständlich. Gleiches gilt für die Klagebegründung der Klägerin 2.

Unter diesen Umständen liegt auch nach abgelaufener Nachfrist keine Klageantwort der Beklagten vor. Da die Angelegenheit spruchreif ist, kann das Gericht deshalb androhungsgemäss ein Urteil fällen. Die Durchführung einer Hauptverhandlung ist nicht erforderlich (Art. 223 Abs. 2 ZPO).»

(AN160070 vom 4. Juli 2017; die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 19. Oktober 2017 abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts vollumfänglich bestätigt, LA170025)

23. ZPO 328; Abweisung eines Revisionsbegehrens nach Säumnisurteil

Im vorangegangenen Verfahren AH170145 wurde die unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienene Beklagte mit Urteil vom 26. Oktober 2017 verpflichtet, der Klägerin Fr. 2'161.25 netto und die Betreibungskosten zu bezahlen sowie eine Arbeitsbestätigung aus- und zuzustellen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen.

Mit Eingabe vom 15. November 2017 verlangte die säumige Beklagte (im Folgenden: Gesuchstellerin) die Revision dieses Urteils.

Am 23. November 2017 ersuchte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, beim Arbeitsgericht um Zustellung der Akten im Verfahren AH170145, weil die Gesuchstellerin Beschwerde gegen das Urteil vom 26. Oktober 2017 erhoben habe.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 328 Abs. 1 ZPO kann eine Partei beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision des rechtskräftigen Entscheids verlangen, unter anderem dann, wenn sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte (lit. a).

Wie erwähnt hat die Gesuchstellerin laut Mitteilung des Obergerichts Beschwerde gegen das Urteil vom 26. Oktober 2017 erhoben. Die Beschwerde hemmt indessen die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht

(Art. 325 Abs. 1 ZPO). Das beanstandete Urteil vom 26. Oktober 2017 ist also formell rechtskräftig (vgl. Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss vom 20. November 2012, PS120220-O) und grundsätzlich einer Revision zugänglich.

Die Gesuchstellerin verlangt, dass neue wichtige Beweise, welche vorher im Verfahren nicht berücksichtigt worden seien, nun berücksichtigt würden. Dies betreffe allfällige ausstehende Lohnzahlungen, welche mit den durch das Niederlegen der Arbeit der Mitarbeiter entstandenen volkswirtschaftlichen Schäden zur Verrechnung mit ausstehenden Lohn Guthaben gebracht würden. Diese neuen Beweise seien die Arbeitsverträge und der Umstand, dass die Kündigungsfristen in keinem Fall eingehalten worden und die Mitarbeiter ohne vorgängige Information einfach nicht mehr zur Arbeit erschienen seien. Das Verfahren sei wieder aufzunehmen, weil erhebliche Tatsachen und Beweismittel vorlägen, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt gewesen und die allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen geeignet seien, eine andere Beurteilung des Zivilpunktes zu bewirken.

Die Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Gesuchstellerin beruft, sind nicht neu im Sinne von Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO.

So lag der Arbeitsvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin dem Einzelrichter bereits im Zeitpunkt der Hauptverhandlung und des Urteils vor.

Entscheidend ist nun aber, dass es die korrekt vorgeladene Gesuchstellerin durch ihr Fernbleiben von der Hauptverhandlung selber zu vertreten hat, dass sie ihre Argumente und Beweismittel nicht vorbringen konnte. Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Eingabe vom 15. November 2017 nichts vor, was sie nicht schon an der Hauptverhandlung vom 10. Oktober 2017 hätte vorbringen können. Insbesondere hätte sie die angeblichen Schäden, die ihr die Mitarbeiterinnen verursacht haben sollen, bereits damals geltend machen können, wenn sie denn an der Hauptverhandlung teilgenommen hätte.

Unter diesen Umständen liegen keine Gründe für die Revision des Urteils vom 26. Oktober 2017 vor. Das Revisionsbegehren ist abzuweisen.»

(BR170008 vom 28. November 2017; die Beschwerde gegen das Säumnisurteil im Verfahren AH170145 wurde vom Obergericht mit Urteil vom 19. Dezember 2017 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde, RA170021)

24. § 148 aZPO/ZH, § 104a Abs. 1 aGVG/ZH; Verweigerung der Mitwirkung an einer Begutachtung nach Rückweisung durch das Obergericht

Laut Arbeitsvertrag des Klägers mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin vom 3. August 2000 galt für den Fall eines Unfalls folgende Regelung:

“In case of accident, M. [Einfügung: ehemalige Arbeitgeberin] shall pay 80% of yearly gross income with a waiting period of 60 days for a lifelong duration.”

Das Arbeitsverhältnis ging später infolge einer Betriebsübertragung auf die Beklagte über. Am 29. Juni 2001 erlitt der Kläger einen Nichtberufsunfall.

Im ersten Urteil vom 30. August 2012 (AN090590; vgl. Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012 Nr.6 mit Bezug auf eine andere Fragestellung als die vorliegende) stützte sich das Arbeitsgericht im Wesentlichen auf ein Gutachten von Dr. med. X. an die IV-Stelle aus dem Jahr 2004, einen Bericht von Dr. O. aus dem neuropsychologischen Ambulatorium an die IV-Stelle vom November 2001, einen Brief von Dr. med. Y. vom November 2004 zuhanden des vertrauensärztlichen Dienstes des Unfallversicherers, die vom Hausarzt des Klägers Dr. med. Z. ausgestellten Dokumente sowie auf dessen Aussagen als Zeuge. Es gelangte zum Schluss, dass beim Kläger von einer Erwerbsunfähigkeit im Umfang von 50% auszugehen sei (Beweissatz 1), wobei es sich um eine lebenslängliche Einschränkung handle (Beweissatz 2).

Das Arbeitsgericht zeigte im damaligen Entscheid Verständnis für die Weigerung des Klägers zur Offenlegung der Akten der Invaliden- und Unfallversicherung. Gerade wegen der teilweise ähnlichen Kriterien, nach welchen der Invaliditätsgrad und die Unfallkausalität im Verhältnis zum Invaliden- und Unfallversicherungsverfahren zu überprüfen seien, bestehe ein berechtigtes Interesse des Klägers daran, den zivilgerichtlichen Entscheid nicht von allenfalls präjudizierenden Erwägungen aus den erwähnten Verwaltungsverfahren beeinflusst zu wissen. Das Gleiche gelte bezüglich der Verweigerung des Klägers, die Akten der Vorsorgeeinrichtung zu edieren.

Dieses Urteil wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 7. August 2013 (LA120024) aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinn der Erwägung ans Arbeitsgericht zurückgewiesen. Am 15. März 2017 erging der erneute Entscheid des Arbeitsgericht, aus dem nachfolgend zitiert wird.

Aus den Erwägungen:

Das Arbeitsgericht resümierte zunächst die Erwägungen des Obergerichts und erwog hierzu und zum bisherigen Verlauf seit der Rückweisung zusammenfassend:

«Zusammenfassend hielt das Obergericht in Bezug auf Beweissatz 1 (Erwerbsunfähigkeit des Klägers) fest, dass der von der Beklagten offerierte Gegenbeweis hätte abgenommen und allenfalls auch ein Gutachten hätte eingeholt werden müssen. Bezüglich Beweissatz 2 (lebenslange Erwerbsunfähigkeit des Klägers) sei aufgrund der abgenommenen Beweismittel der rechtsgenügende Beweis nicht erbracht. [...]

Wie dargelegt erteilt das Obergericht in seinem Rückweisungsentscheid detaillierte Anweisungen.

Diesen Anweisungen folgend führte das Arbeitsgericht das Beweisverfahren fort. Mit Beschluss vom 5. März 2014 wurde der Kläger noch einmal zur Edition der Akten der Invaliden- und Unfallversicherung angehalten. Diese reichte er innert Frist ein. Darin finden sich zwei zusätzliche Gutachten, eines von Dr. med. H. vom 6. Dezember 2004 und eines von Dr. med. I. Beide sprechen sich eher zu Ungunsten des Klägers aus. Darüber hinaus ergeben sich aus den edierten Akten keine wesentlichen neuen Erkenntnisse.

Nachdem das Obergericht bereits aufgrund der dem Gericht ursprünglich vorliegenden Akten zum Schluss gekommen war, der Nachweis des Klägers einer lebens-

langen Erwerbsunfähigkeit sei damit nicht erbracht, war vom Arbeitsgericht zwingend ein medizinisches Gutachten einzuholen. Da die Gutachten von Dr. med. H. und Dr. med. I. dem Gutachten von Dr. med. X. und dem Bericht von Dr. O. in den interessierenden Punkten widersprechen, wurde auch bezüglich des Beweissatzes 1 entschieden, ein neues Gutachten einzuholen.»

Mit Schreiben vom 31. August 2015 hatte der Kläger erklärt, dass er für eine Begutachtung nicht mehr zur Verfügung stehe. Daraus zog das Gericht die folgenden Konsequenzen: «Der Beweisauflassbeschluss vom 25. Oktober 2010 war mit dem Hinweis darauf verbunden, dass bei Säumnis die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei unterbleibe. Da der Kläger sich jedoch dahingehend äusserte, dass er für eine Begutachtung nicht mehr zur Verfügung stehe, ist er seinen prozessualen Obliegenheiten nicht nachgekommen. Die Vorbringen des Klägers, er sei es nach dieser langen Zeit leid, ein Spielball von Instanzen, Versicherungen, Gerichten, Anwälten, Spitälern und Ärzten und mit dem Ablauf des Verfahrens und der Art der Begutachtung nicht zufrieden zu sein, ändert nichts am Eintritt der prozessualen Säumnis. Im Ergebnis ist der vorliegende Entscheid aufgrund des bisher durchgeführten Beweisverfahrens, also unter Berücksichtigung der vorhandenen Akten und der erfolgten Befragungen auszufällen.

Was die Frage anbelangt, ob eine lebenslange Erwerbsunfähigkeit vorliege (Beweissatz 2), hat das Obergericht für das Arbeitsgericht verbindlich festgestellt, dass aufgrund der vom Arbeitsgericht vor der Rückweisung erhobenen Beweise der Beweis nicht als erbracht gelten kann. Die beiden genannten Gutachten (zuhanden des Unfallversicherers) können diese Feststellung nicht umkehren. Im Gegenteil: Erstens decken beide Gutachten die Zeit nach 2004 ebenso wenig ab wie alle andern Gutachten und ärztlichen Berichte. Zweitens sprechen beide Gutachten eher gegen als für den klägerischen Standpunkt. So bestätigte der Neurologe Dr. med. I. am 17. Dezember 2004 nicht einmal den Zusammenhang der Migräne-Kopfschmerzen des Klägers mit dem Unfall. Dr. med. H., Chefarzt des Q.-Spitals, Klinik für Rheumatologie und Rehabilitation, kam am 6. Dezember 2004 zum Schluss, von Seiten der Nacken-/ Armschmerzen ergebe sich keine Arbeitsunfähigkeit. Dass eine lebenslange Erwerbsunfähigkeit vorliege, ist also auch nach Ergänzung des Beweisverfahrens nicht nachgewiesen.

Auch bezüglich der Frage, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang der Kläger erwerbsunfähig war bzw. ist (Beweissatz 1), ergeben sich aufgrund der zwei genannten Gutachten Zweifel, ob das Arbeitsgericht an der im aufgehobenen Urteil dargelegten Auffassung festhalten könnte. Letztlich kann dies aber heute offen gelassen werden.

Selbst wenn nämlich das Arbeitsgericht zum Schluss käme, aufgrund der bisher erhobenen Beweismittel seien die dem Kläger obliegenden Nachweise erbracht, könnte die Klage nicht gutgeheissen werden. Die Weigerung des Klägers, sich der Begutachtung zu stellen, bedeutet nämlich nicht nur, dass der Kläger seine Hauptbeweise allenfalls nicht erbringt, sondern gleichzeitig, dass er der Beklagten den ihr offen stehenden Gegenbeweis vereitelt. Das Obergericht hat für das Arbeitsgericht verbindlich festgestellt, der Hinweis des Arbeitsgerichts, die Beklagte habe auf die

ärztliche Begutachtung des Klägers verzichtet, sei nicht vertretbar. Das heisst, die Beklagte konnte damals gar nicht gültig auf ein Gutachten verzichten. Mit der Leistung ihres Anteils am Kostenvorschuss hat die Beklagte bestätigt, am Antrag auf Einholung eines Gutachtens festzuhalten. Indem sich der Kläger weigert, sich der Begutachtung zu unterziehen, wird es der Beklagten verunmöglicht, durch das polydisziplinäre Gutachten Feststellungen aus den bereits vorliegenden Arztberichten und Befragungen zu widerlegen.

Das hat zur Folge, dass der Beweis des Klägers dafür, dass er erwerbsunfähig ist, war und lebenslang bleiben wird, nicht als erbracht angesehen werden kann.»

(AN130052 vom 15. März 2017)

25. § 20 GOG/ZH; Arbeitsstreitigkeit als doppelrelevante Tatsache

Das Arbeitsgericht wies die vorliegende Klage ab, da die Tätigkeit des Klägers, der laut Partnerschaftsvertrag und Organisationsreglement einer von drei gleichberechtigten Mitgeschäftsführern und Aktionären der beklagten AG war, nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei. Verneint wurde namentlich das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses. Zudem trug der Kläger in ganz erheblichem Mass das Unternehmensrisiko mit. Im Anschluss setzte sich das Gericht in den nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen eingehend mit der bisherigen Kasuistik zur Theorie der doppelrelevanten Tatsachen bei fraglicher Zuständigkeit des Arbeitsgerichts auseinander. Das Gericht kam zum Schluss, dass die vom Arbeitsgericht nicht beurteilten möglichen anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei blieben.

Aus den Erwägungen:

«Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Gemäss § 20 Abs. 1 lit. a GOG entscheidet das Arbeitsgericht erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Die sachliche Zuständigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Erlässt ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeit nach sich ziehen kann (Urteil des Obergerichtes vom 22. Dezember 2016, LA160009, Ziff. 3.2.).

Arbeitsstreitigkeit als doppelrelevante Tatsache

Wenn mit der Frage der Zuständigkeit zugleich der materielle Anspruch entschieden wird (doppelrelevante Tatsachen), ist dieser Entscheid nicht im Zulässigkeitsverfahren, d.h. durch Eintretensprüfung und mit Beschluss, sondern im Erkenntnisverfahren und damit durch Urteil zu treffen. Das gilt allerdings nur, wenn sich Zulässigkeits-tatsachen und Begründetheitstatsachen decken (ZR 99 Nr. 107). Das Handelsgericht be-rief sich in jenem Entscheid massgebend auf BGE 122 III 249. In beiden Verfahren war die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes umstritten.

Unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist bereits dann von einer Arbeitsstreitigkeit auszugehen, wenn aus den blossen Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden muss. In diesem Sinne sind vom Kläger behauptete Tatsachen, welche sowohl für die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Es ist lediglich von Amtes wegen zu prüfen, ob sich aus den Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Bestehen eines bestimmten (von ihm behaupteten) Vertragsverhältnis schliessen lässt.

Das Gericht ist indessen an die rechtliche Würdigung der geltend gemachten Ansprüche durch den Kläger nicht gebunden; die Beantwortung dieser Frage hat aber nicht bei der Prüfung der Frage der Zuständigkeit, sondern erst bei der materiellen Beurteilung des klägerischen Anspruches zu erfolgen. Die endgültige Vertragsqualifikation gehört demgegenüber zur materiellen Beurteilung. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anheb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen und durch die Klageantwort sowie durch die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden. Nur wenn in diesem Sinne die von der Klägerin behauptete rechtliche Qualifikation ihres Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (ZR 111/2012 Nr. 6 E. 6.1. und 6.2.; BGE 137 III 32; Urteil des Obergerichtes vom 5. Juli 2016, LA160017).

Diese Praxis überzeugt ohne weiteres, wenn die geltend gemachten Ansprüche arbeitsvertragstypisch sind und mit der Verneinung des Arbeitsvertrags zugleich die Unbegründetheit der Ansprüche – unter jedwelchen Rechtstiteln – feststeht (so auch das Urteil des Arbeitsgerichts vom 19. November 2010, AN090715, unter Bezugnahme auf das Urteil des Obergerichtes vom 13. Juli 2004, LA030008). Ein solches klageabweisendes Sachurteil entfaltet hinsichtlich der behaupteten Forderungen insoweit materielle Rechtskraft, als die klagende Partei den identischen Anspruch nicht neu einklagen kann bzw. die beklagte Partei einer identischen Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegenhalten kann (BGE 122 III 252, E. 3 bb).

Vorliegend stehen nicht arbeitsvertragstypische Ansprüche im Streit. “Lohnforderungen” können auch als auftragsrechtliche Honorarforderungen, Werklohn etc. Bestand haben.

Kasuistik

- a) Mit Beschluss vom 12. Februar 2014 (LA130022; auszugsweise publiziert in ZR 114 Nr. 36) wies das Obergericht einen Prozess an das Arbeitsgericht Zürich zur Verfahrensergänzung zurück. Es nahm zunächst Bezug auf die Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen, aus welcher das Obergericht die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes herleitete. Es erwog weitergehend, das sachlich zuständige Arbeitsgericht könne eine Klage nicht einfach “aus Arbeitsvertrag” abweisen; es werde damit die Rechtsweggarantie von Art. 29aBV verletzt. Eine derartige Beurteilung der Klage führe zur materiellen Rechtskraft. Weitergehend stellte es dann allerdings klar, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sei als

Arbeitsvertrag zu qualifizieren und hielt als Ergebnis fest, das Arbeitsgericht werde die Ansprüche des Klägers unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten zu prüfen haben (Ziff. 5.6.). Die Erwägungen zum Grundsatz *iura novit curia* erweisen sich demnach letztlich als *obiter dictum*.

- b) Im Verfahren AN010440 qualifizierte das Arbeitsgericht mit Urteil vom 11. Dezember 2002 nach Durchführung eines Beweisverfahrens das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Arbeitsvertrag und schützte die eingeklagten Ansprüche teilweise. Das Obergericht gelangte im Urteil vom 13. Juli 2004 (LA030008) zur Auffassung, es liege ein Auftrag vor und wies die Klage ab. Das erscheint im Ergebnis insoweit richtig, als ausschliesslich arbeitsvertragstypische Ansprüche im Streit standen (Ferienentschädigung, Überstunden), wozu allerdings Ausführungen des Obergerichtes fehlen.
- c) Im Verfahren AN070516 machte der Kläger Ansprüche aus fristloser Entlassung geltend. Das Arbeitsgericht wies am 19. März 2008 seine Klage (aus Arbeitsvertrag) ab. Gleichzeitig trat es auf die Klage nicht ein, soweit der Kläger die nämlichen Ansprüche auf einer anderen Rechtsgrundlage geltend machte. Das Obergericht schützte diese Klageabweisung. Es hielt fest, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag bestand. Dies führe unter Hinweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur Prüfung doppelrelevanter Tatsachen zu Abweisung der Klage, soweit diese noch Gegenstand des Berufungsverfahrens sei. Mangels Anfechtung des Nichteintretensentscheids prüfte das Obergericht diesen nicht weiter (Entscheid vom 6. März 2009 in LA080011). Ob das zum erwähnten Beschluss vom 12. Februar 2014 (LA130022) kongruent ist, erscheint zumindest fraglich, da der Grundsatz *iura novit curia* die Klageabweisung (aus Arbeitsvertrag) beschlagen würde.
- d) Im Verfahren LA100033 wies das Obergericht am 25. April 2012 ein Verfahren an das Arbeitsgericht Zürich zurück mit der Auflage, über die Frage eines Subordinationsverhältnisses ein Beweisverfahren durchzuführen. Im Hinblick auf die erneute Entscheidfällung des Arbeitsgerichtes hielt es fest:

“Die Frage, ob der eingeklagte Anspruch auf einem Arbeitsvertrag beruht oder nicht, ist sowohl für die Prüfung der Zuständigkeit als auch für die materielle Beurteilung der Klage erheblich. Es handelt sich dabei – wie von der Vorinstanz ausgeführt – um doppelrelevante Tatsachen. Massgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist gemäss einem allgemeinen prozessualen Grundsatz primär der von der klagenden Partei vorgebrachte Anspruch und dessen Begründung. Die von B._____ behaupteten Tatsachen – das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und die daraus geforderte Lohnzahlung für die Monate Januar 2009 bis und mit November 2009 – sind sowohl für die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich. Sie sind für

die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht;“ [...] “Für die Prüfung der Zuständigkeit ist bzw. war daher vorläufig ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag der klagenden Partei abzustellen. Gemäss Tatsachenvortrag des Klägers vor Vorinstanz wurde denn auch ein Anspruch aus Arbeitsvertrag begründet. Dieser Anspruch wurde von der Beklagten bestritten, welche mit der Klageantwort einen Antrag auf Nichteintreten stellte (Urk. 11 S. 1). Die Vorinstanz ging indes zu Recht davon aus, dass keine Ausnahme vorlag, die einen Nichteintretensbeschluss im Anschluss an die Klageantwort“ [...] “gerechtfertigt hätte, sondern sie ging mit der Fortsetzung des Hauptverfahrens sinngemäss davon aus, dass die Vorbringen des Klägers zu prüfen sein würden.“ [...] “Bei doppelrelevanten Tatsachen ist schliesslich – wie bereits erwähnt – der tatsächlich erstellte bzw. der bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage, nicht aber für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erheblich (BGE 137 III 32; Bundesgericht 4A_407/2011, Urteil vom 5. Dezember 2011; vgl. auch ZR 99 Nr. 107 und 111 Nr. 6, je mit weiteren Hinweisen). Trotzdem führt eine für die klägerische Partei letztlich negative Beurteilung der materiellen Begründetheit der Klage zu einem nachträglichen Nichteintreten. Wird im Laufe des Verfahrens festgestellt, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt, so fällt die aufgrund des vorerst behaupteten Sachverhalts anzunehmende Zuständigkeit nachträglich weg; es ist alsdann ein Prozessurteil zu fällen, und es ist damit – jedenfalls nach der hier noch anzuwendenden bisherigen zürcherischen Zivilprozessordnung und der Praxis der Kammer – auf die Klage nicht einzutreten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 22 zu § 108 ZPO/ZH; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 211; vgl. auch ZR 76 Nr. 51 E 6)“ ... “Die Vorinstanz hat ein Sachurteil gefällt, um dem Kläger die Möglichkeit einzuräumen, allenfalls eine neue Klage gestützt auf Art. 394 ff. OR einzureichen (Urk. 29 S. 18 unten). Dies kann die klägerische Partei indes auch dann, wenn ein Prozessurteil gefällt wird. Es kommt dem Entscheid keine anspruchbezogene materielle Rechtskraft zu (Alexander Zürcher in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 60 N 29). Andererseits muss sich aber die beklagte Partei bei einem Nichteintretensentscheid auch nicht ein weiteres Mal mit einer “Forderung aus Arbeitsrecht“ auseinandersetzen. Zwar erwächst ein Prozessurteil nicht in der Sache selbst in Rechtskraft, jedoch bezüglich der Prozessvoraussetzungen. Nach heute herrschender Auffassung beschlägt dies auch die durch das Gericht behandelten Sachurteilsvoraussetzungen, d.h. hier gegebenenfalls das Fehlen eines Arbeitsvertrages. Müsste in einem späteren Verfahren die identische Eintretensfrage beurteilt werden, so wäre der Zweitrichter diesbezüglich an den Entscheid des Erstrichters gebunden (Zürcher, a.a.O., Art. 59 N 48).

Ob bei Anwendung der (neuen) Schweizerischen Zivilprozessordnung im Sinne eines Teils der Lehre ein Sachurteil zu fällen und bei Verneinung eines Arbeitsvertrages die Klage abzuweisen wäre, kann hier offen gelassen werden. Letzteres wird u.a. von Tanja Domej unter Hinweis auf Urs H. Hoffmann-Nowotny (Doppelrele-

vante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010, Rz 103 ff.) gefordert (KUKO-Domej, Art. 60 N 6). Begründet wird dies vorab damit, dass bei mangelnder Verwirklichung der behaupteten Tatsachen der beklagten Partei mit einem Sachurteil mehr gedient sei als mit einem blossen Unzuständigkeitsentscheid, welcher ein erneutes Einbringen der Klage vor einem andere Gericht ermöglichen würde. Dieser insbesondere auch auf die Kommentierung der deutschen Zivilprozessordnung abgestützten Lehrmeinung (vgl. dazu Hoffmann-Nowotny, a.a.O., Rz 185 ff., Rz 200) stehen indes auch abweichende Auffassungen gegenüber. Nach diesen soll (auch) beim nachträglichen Wegfall einer Prozessvoraussetzung ein Nichteintretensentscheid gefällt werden (Zürcher, a.a.O., N 28 zu Art. 60 ZPO, vgl. auch Myriam A. Gehri, Basler Kommentar, N 2 und 11 zu Art. 60 ZPO). Es erscheint denn auch fraglich, ob die beklagte Partei, welche die Zuständigkeit – hier des Arbeitsgerichts – bestreitet, in dem Sinne “zwangsbeglückt” werden soll, dass grundsätzlich über den klägerischen Anspruch zu verhandeln ist, und dass das Gericht – hier das Arbeitsgericht – zu zwingen ist, die Begründetheit der Klage allenfalls auch unter Gesichtspunkten zu beurteilen, für welches es an sich nicht zuständig ist. Dies wird auch von Hoffmann-Nowotny, a.a.O., Rz 208, in Frage gestellt mit dem Hinweis, dass die beklagte Partei – vorbehältlich zwingender Prozessvoraussetzungen – einen Sachentscheid anstreben könne, indem ihr die Möglichkeit einer Einlassung offen stehe.”

Zu diesem Entscheid bleibt an dieser Stelle anzumerken, dass bereits das frühere kantonale Recht den Grundsatz *iura novit curia* kannte (§ 56 aZPO), das Obergericht sich aber nicht dazu veranlasst sah, die Vorinstanz anzuweisen, ungeachtet des Ergebnisses des Beweisverfahrens hinsichtlich eines Subordinationsverhältnisses den eingeklagten Anspruch unter jedwelchen Rechtstiteln zu prüfen. Unter neuem Prozessrecht liess es einzig die Art der Erledigung offen für den Fall, dass im Entscheidverfahren festgestellt würde, dass kein Arbeitsvertrag vorliege.

- e) Im Verfahren AN140044 klagte der Kläger vor Arbeitsgericht (Stunden-)Lohn ein. In seinem Entscheid vom 16. März 2015 nahm das Arbeitsgericht auf die Doppelrelevanz von Tatsachen Bezug und erwo, es sei aufgrund des Vorbringens des Klägers einstweilen von seiner sachlichen Zuständigkeit auszugehen. Nach Durchführung des vorgesehenen ordentlichen Verfahrens einschliesslich der Hauptverhandlung erachtete das Arbeitsgericht den Prozess als spruchreif. Es qualifizierte das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Auftrag und trat auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein. Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses war auch vor Obergericht streitig. Dieses schützte in seinem Beschluss vom 15. Mai 2016 (LA150027) die Schlussfolgerungen des Arbeitsgerichtes, wonach zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis vorliege. Das Arbeitsgericht sei mangels sachlicher Zuständigkeit deshalb zurecht auf die Klage nicht eingetreten. Es fehlen allerdings weiterführende Erwägungen zur Verfahrenserledigung bei doppelrelevanten Tatsachen (Erledigung im Eintretens- oder Entscheidverfahren) oder zum Grundsatz *iura novit curia*.

Würdigung

Soweit ersichtlich verknüpfte das Obergericht erstmals mit dem bereits erwähnten Beschluss vom 12. Februar 2014 (ZR 114 Nr. 36; [oben Kasuistik a]) die Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen und den Grundsatz *iura novit curia* mit dem Ergebnis, dass das Arbeitsgericht – gegebenenfalls – die bei ihm eingeklagten Ansprüche aus Arbeitsvertrag auch unter Auftragsrecht zu prüfen habe. Analoges müsste auch für die Unterformen des Auftrages, Werkvertragsrecht und gesellschaftsähnliche Verhältnisse gelten. Inwieweit das Obergericht sich mit diesen Überlegungen im Beschluss vom 15. Mai 2016 (LA150027; [oben Kasuistik e]) nochmals auseinandersetzte, ist offen.

Der Entscheid des Obergerichtes vom 12. Februar 2014 (ZR 114 Nr. 36) führt im Ergebnis dazu, dass ein Kläger sich mit einer mehr oder weniger überzeugenden Begründung auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages berufen kann. Im Eintretensverfahren darf das angerufene Gericht (Ausnahmen vorbehalten) die Vertragsgrundlage der Klage (doppelrelevante Tatsachen) nicht prüfen, im Entscheidverfahren hat es sie (insbesondere aufgrund einer entsprechenden Einrede der Beklagten) zwar zu prüfen. Diese Prüfung führt aber bei nicht arbeitsvertragstypischen Ansprüchen (z.B. Lohn) noch nicht zu einem Sachentscheid, sondern das Arbeitsgericht hat andere Vertragsqualifikationen zu prüfen. D.h. alleine aufgrund einer mehr oder weniger überzeugenden Vertragsqualifikation des Klägers hätte das Arbeitsgericht Entscheide ausserhalb seines eigentlichen Zuständigkeitsbereiches zu treffen. Die beklagte Partei ihrerseits hätte sich dem Entscheid eines Gerichtes zu unterziehen, dessen sachliche Zuständigkeit für ihr Vertragsverhältnis mit der klagenden Partei an sich nicht gegeben ist, im Falle des Arbeitsgerichtes (gegebenenfalls) dem Entscheid eines Gremiums mit Fachrichtern für ein fremdes Sachgebiet.

Ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs würde das Arbeitsgericht, kommt es im Entscheidverfahren anders als der Kläger zum Ergebnis, es liege kein Arbeitsvertrag vor, nicht einfach aus Auftragsrecht entscheiden dürfen. Wie weit dieser Anspruch der Parteien geht, ist alles andere als klar: Darf sich die Beklagte einstweilen darauf beschränken, angesichts der Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen zwar die Vertragsqualifikation in Frage zu stellen, aber – da einstweilen von einem Arbeitsvertrag auszugehen ist – im übrigen nur aus Arbeitsrecht zu plädieren oder hat sie bereits im vorgesehenen Entscheidverfahren vor Arbeitsgericht umfassend auch aus der aus ihrer Sicht korrekten Vertragsqualifikation zu plädieren, z.B.:

- Kann die Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit zufolge einer arbeitsvertraglich an sich unzulässigen Gerichtsstandvereinbarung (Art. 35 ZPO) nachschieben oder hat die Beklagte sie i.S. von Art. 18 ZPO (eventualiter) vor bzw. mit der Einlassung auf die Klage vor Arbeitsgericht zu erheben?
- Kann die Beklagte sämtliche spezifischen Einwendungen aus der aus ihrer Sicht zutreffenden Vertragsqualifikation (z.B. aus Werkmängeln, Verjährung etc.) noch nachschieben oder hätte sie diese bereits im Rahmen der üblichen Parteivorträge (eventualiter) zu erheben gehabt?
- Kann die Beklagte eine Widerklage nachschieben, für welche das Arbeitsgericht

mangels arbeitsrechtlicher Streitigkeit (einstweilen offensichtlich) nicht zuständig war oder hätte sie diese bereits mit der Beantwortung der Klage aus Arbeitsvertrag (eventualiter) erheben müssen? Kann eine solche Widerklage überhaupt am an sich unzuständigen Arbeitsgericht erhoben werden, das aufgrund der *Maxime iura novit curia* im konkreten Fall gleichsam zu einem ordentlichen Gericht konvertiert? Oder wird ihr das prozessuale Instrument der Widerklage entzogen?

- Müssen im Ergebnis beide Parteien von Anfang an (eventualiter) auch aus dem Vertragsrecht plädieren, das von der Beklagten und im Entscheidverfahren vom Arbeitsgericht als anwendbar erachtet wird oder kann das zu gegebener Zeit nachgeholt werden?

Der Entscheid des Obergerichtes vom 12. Februar 2014 stellt den Grundgedanken doppelrelevanter Tatsachen in Frage. Doppelrelevant sind Tatsachen (z.B. das Subordinationsverhältnis beim Arbeitsvertrag), mit deren Beantwortung nicht nur die (hier) sachliche Zuständigkeit, sondern auch der Anspruch entschieden wird bzw., wie es das Bundesgericht auch schon formulierte: Doppelrelevant sind Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind. Ist das Arbeitsgericht aber verpflichtet, bei einer Verneinung eines Subordinationsverhältnisses den Anspruch unter Auftragsrecht zu prüfen, wird alleine mit der Verneinung eines Subordinationsverhältnisses der Anspruch (bzw. die Begründetheit der Klage) noch nicht entschieden, was dazu führen müsste, dass beispielsweise bei eingeklagten Lohnansprüchen der Entscheid über das Subordinationsverhältnis wieder ins Eintretensverfahren zu verlegen wäre, zumindest das Verfahren entsprechend zu erledigen wäre. In diesem Sinne erscheinen die Erwägungen des Obergerichtes in seinem Entscheid vom 25. April 2012 [oben Kasustik d] durchaus als sachgerecht, womit es dem Arbeitsgericht eine Wegleitung gab, in welcher Form nach Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage des Subordinationsverhältnisses gegebenenfalls zu erledigen sei (Beschluss oder Urteil), es aber nicht anwies, die Klage auch unter Auftragsrecht etc. zu prüfen.

Umfang der materiellen Rechtskraft

Das Obergericht argumentiert im mehrfach zitierten Beschluss vom 12. Februar 2014 (LA130022; ZR 114 Nr. 36) mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und hält fest, eine materielle Beurteilung der Klage, wie sie von der Vorinstanz vorgenommen worden sei, führe zur materiellen Rechtskraft, und zwar ungeachtet darum, wie das Gericht rechtlich argumentiere.

Materielle Rechtskraft (abgeurteilte Sache, *res iudicata*) entfaltet ein Urteil hinsichtlich des identischen Anspruches (statt vieler: Gehri in: Spühler/Tenchio/Infanger, BSK ZPO, 2. Auflage, Basel 2013, N 18 f. zu Art. 59 ZPO). Der Grundsatz *iura novit curia* seinerseits findet seine Grenzen ebenfalls bei der Klageidentität (Gehri, a.a.O., N 24 zu Art. 57 ZPO). Und schliesslich soll die Doppelrelevanz von Tatsachen bzw. deren Beurteilung im Entscheidverfahren dazu führen, dass der identische Anspruch nicht erneut geltend gemacht werden kann. Die Identität des Anspruches ist damit sowohl für die abgeurteilte Sache, den Grundsatz *iura novit curia* und die Doppelrelevanz von Tatsachen das massgebende Abgrenzungskriterium. Das Obergericht scheint diese

Anspruchsidentität in seinem Beschluss vom 12. Februar 2014 ohne weitere Begründung für eine Klage aus Arbeitsvertrag und eine solche aus Auftrag als gegeben zu erachten.

Seit jeher mass das Bundesgericht dem Rechtsgrund bei der Prüfung der Klageidentität Bedeutung zu. In seiner früheren Praxis verwendete es die Formel, dass Identität zu bejahen sei, "wenn der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sacherhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet" werde bzw. umgekehrt Identität von Ansprüchen zu verneinen sei, wenn sie nicht auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen würden (BGE 123 III 16, 121 II 474). Dabei stellte es bereits in seinem nicht publizierten Entscheid 4C.384/1995 vom 1. Mai 1997 klar, dass der Begriff Rechtsgrund nicht im technischen Sinn als angerufene Rechtsnorm, sondern im Sinne des Entstehungsgrundes zu verstehen sei. Veranlasst durch kontroverse Meinungsäusserungen in der neueren Doktrin setzte sich das Bundesgericht in BGE 139 III 126 mit seiner bisherigen Rechtsprechung auseinander. Dabei änderte es seine bisherige Rechtsprechung nicht grundsätzlich, sondern brachte seine soeben zitierten Aussagen auf die präzisiertere Formel, dass die Identität von Ansprüchen nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Klagefundament, auf das sich die Klagebegehren stützen, beurteilt werde. Dabei sei der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen.

In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht mitunter auch schon die Identität zwischen vertraglichem und ausservertraglichem Schadenersatz verneint (BGE 4C.351/2005). Im Entscheid 137 III 32 erinnerte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Handelsreisendenvertrag und Agenturvertrag an die Doppelrelevanz einer ganzen Reihe von Tatsachen (Weisungen, Rapportierungspflicht, obligatorische Schulungen, strenges Konkurrenzverbot). Auf das diesbezügliche Sachvorbringen des Klägers hätte das Arbeitsgericht für die Prüfung der Zuständigkeit abstellen müssen. Bei doppelrelevanten Tatsachen sei der tatsächliche bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage erheblich. Zwar hat sich das Bundesgericht nicht explizit über die materielle Rechtskraft ausgesprochen. Es stellte aber klar, dass für den Erfolg der Klage "aus Arbeitsvertrag" das (bewiesene) tatsächliche Vorbringen des Klägers massgebend ist. Weiter ist dieser Sachverhalt für die materielle Begründetheit der Klage entscheidend. Das lässt sich durchaus dahingehend verstehen, dass das Bundesgericht den mit der Klage geltend gemachten Entstehungsgrund (Arbeitsvertrag als Rechtsgrund) nicht als gegeben erachtet, die Klage deshalb abzuweisen ist, ohne dass einer erneuten Klage aus Auftrag die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen stünde (so auch Droese Lorenz, *Res iudicata ius facit*, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015, S. 51 Fn 272).

Der geltend gemachte Entstehungsgrund des eingeklagten Anspruches ist damit für die Frage der Anspruchsidentität nicht bedeutungslos, zumal dieser Entstehungsgrund nicht alleine auf Rechtsnormen bzw. Rechtsanwendung beruht, sondern immer in Verbindung mit Tatsachenbehauptungen steht; soweit sich eine klagende Partei auf Arbeitsvertrag beruft, hängt die Anwendung arbeitsvertraglicher Normen insbesondere vom Bestehen eines Subordinationsverhältnisses ab. Bei nicht individualisierten

Rechtsbegehren ist deshalb zur Bestimmung der massgebenden inhaltlichen Identität des Streitgegenstandes die Klagebegründung hinzuzuziehen. Identität liegt vor, wenn aus demselben Lebensvorgang (bestehend aus den Tatsachen und den rechtlich erheblichen Umständen) und aus demselben Rechtsgrund das gleiche Rechtsbegehren oder ein Teil davon geltend gemacht wird (Müller-Chen in: Brunner/Gasser/Schwander, Dike Kommentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 19 ff. zu Art. 64 ZPO; vgl. auch Droese, a.a.O., S. 50 ff.).

Schlussfolgerung

Als Schlussfolgerung ergibt sich: Alleine mit der Anrufung des Arbeitsgerichtes und der Berufung auf dessen sachliche Zuständigkeit bringt der Kläger zum Ausdruck, dass aus seiner Sicht seine Klage auf einem Arbeitsverhältnis gründet; entsprechend sind seine Rechtsbegehren als solche arbeitsrechtlicher Natur zu qualifizieren. Der Kläger behauptet, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen seien gegeben. Das Arbeitsgericht hat zufolge Doppelrelevanz dieser behaupteten Tatsachen auf die Klage einzutreten. Ergibt die materielle Beurteilung in casu, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt, hat das Arbeitsgericht die Klage folgerichtig – andernfalls keine doppelrelevanten Tatsachen vorliegen würden – abzuweisen, wobei der Zusatz “aus Arbeitsvertrag” entbehrlich ist. Mangels Klageidentität bleibt dem Kläger die Möglichkeit gewahrt, die Klage aus anderem Rechtsgrund vor dem dafür zuständigen Gericht erneut zu erheben, da diese vom Arbeitsgericht nicht beurteilten und nicht zu beurteilenden anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei bleiben.

Sollte entgegen dieser hier vertretenen Auffassung die Klageidentität zwischen der vorliegenden Klage aus Arbeitsvertrag und einer allfälligen neuen aus Auftrag etc. dagegen bejaht werden, wäre:

- im Konnex mit (ordentlichen) Lohnansprüchen mangels Doppelrelevanz der Tatsachen (Subordinationsverhältnis) die Klärung der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes generell ins Eintretensverfahren zu verlegen
oder aber
- nach Durchführung des Entscheidverfahrens im Sinne des Beschlusses des Obergerichtes vom 15. Mai 2016 [oben Kasuistik e] auf die Klage nicht einzutreten.

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

(AN150014 vom 15. März 2017)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2013

Zu Nr. 1.:

Dieser Prozess ist immer noch am Obergericht hängig.

In der Publikation 2016

Zu Nr. 19.:

Die Klage wurde am 10. April 2017 auch vom Obergericht abgewiesen (LA160029). Das Bundesgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 1. November 2017 (4A_286/2017) ab, soweit es darauf eintrat.

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 2017 ist für arbeitsrechtliche Verfahren von folgenden Zahlen auszugehen:

Schlichtungsverfahren:

	2016	2017
Anzahl Schlichtungsgesuche	952	1050
Erledigung durch Verfügung	519	611
Erledigung durch Urteil	4	6
Akzeptierte Urteilsvorschläge	17	17
Abgelehnte Urteilsvorschläge	8	11
Klagebewilligungen	404	405

Verfahren vor Arbeitsgericht:

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2016	2017
Übertrag Vorjahr	240	206
Klageeingänge von Arbeitnehmern	271	320
Klageeingänge von Arbeitgebern	9	9
Total hängige Verfahren	520	535
Erledigungen im laufenden Jahr	314	315
Pendenzen Ende Jahr	206	220

Erledigungsarten

	2016	2017
durch Urteil	109	106
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	177	168
anderweitig	28	41

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2016	2017
Verhandlungen	267	232
Beweisverfahren	12	16
Entscheidbegründung	88	75

Streitwerthöhe

	2016	2017
bis Fr. 8000.–	53	50
Fr. 8000.– bis 12000.–	23	20
Fr. 12000.– bis 30000.–	143	132
Fr. 30000.– bis 100000.–	31	45
Fr. 100000.– bis 500000.–	22	25
über Fr. 500000.–	5	9

Prozessdauer der erledigten Fälle

		2016	2017
bis 1 Monat		11	21
1 bis	2 Monat	38	26
2 bis	3 Monat	51	52
3 bis	6 Monat	81	75
6 bis	12 Monat	61	68
1 bis	2 Jahre	49	47
über	2 Jahre	23	26