

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2003



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

**Entscheide des
Arbeitsgerichtes Zürich
Entscheide 2003**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 18.--

Layout: TEXTA Verena Röllin Zürich

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Aus den Entscheiden	1
1.	OR 321a; Treuepflichtverletzung; Abwerbung durch eine Lehrerin	1
2.	OR 321c; Geltendmachung von Überstunden mit Kundenrapporten	3
3.	OR 321e; Arbeitserfolg und Schadenersatz	4
4.	OR 321e; Haftung für Autoschäden	6
5.	OR 322; Lohnberechnung	7
6.	OR 322a; Garantierte Mindestprovision	8
7.	OR 324; Folgen einer fristlosen Entlassung durch die Einsatzfirma bei Temporärarbeit	10
8.	OR 324a; Schriftformerfordernis für Taggeldversicherung	11
9.	OR 324a; Ansprüche bei Mutterschaft bei fehlender Leistungspflicht durch die Krankentaggeldversicherung	13
10.	OR 324a; Abschluss einer Krankentaggeldversicherung durch die Arbeitnehmerin	15
11.	OR 327a; Ungenügende Spesenentschädigung	19
12.	OR 328; Verletzung der Fürsorgepflichten	21
13.	OR 328b; Personalakte und Datenschutz	23
14.	OR 329d; Ferienlohnanspruch auf Schichtzulagen?	24
15.	OR 330a; Erwähnung einer Krankheit im Arbeitszeugnis	27
16.	OR 335; Prüfung der Interessenlage bei einer Aufhebungsvereinbarung	29
17.	OR 335; Rück- bzw. Bezahlung von Ausbildungskosten	31
18.	OR 336; Krankheit und missbräuchliche Kündigung	33
19.	OR 336; Kündigungsgrund: Finanzieller Engpass der Arbeitnehmerin	35
20.	OR 336; Mobbing, wenn die "Chemie" nicht stimmt?	38
21.	OR 336c; Kumulation von Sperrfristen	40
22.	OR 337; Zulässige Abklärungszeit vor einer fristlosen Entlassung	41
23.	OR 337; Vom Arbeitgeber unterstützter Alkoholkonsum	42
24.	OR 339a; Voraussetzungen für eine Retention seitens des Arbeitnehmers	44
25.	OR 340; Konkurrenzverbot beim Temporärarbeitsverhältnis	47
26.	OR 340a; Örtliche Begrenzung eines Konkurrenzverbotes	49
27.	OR 342; Mindestlohn und "nicht zwingende" Zulagen	50
28.	Gastgewerbe L-GAV 22; Arbeitsverhinderung im Ausland	52
29.	Gastgewerbe L-GAV 30; Vorgeschriebene Dienstkleider	54
II.	Ergänzungen zu weiter gezogenen Entscheiden in der Publikation 2002	57
III.	Ergänzungen zu weiter gezogenen Entscheiden in der Publikation 2001	59

IV.	Umfrage über die Tätigkeit der Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter am Arbeitsgericht Zürich	61
1.	Einleitung	61
2.	Die Umfrage	62
3.	Persönliches	63
4.	Verhältnis zur Gerichtskanzlei	67
5.	Verhandlungen	68
6.	Beratung und Urteil	71
7.	Weiterbildung	75
V.	Statistischer Überblick	81

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Sie halten den Jahrgang 2003 unserer Entscheide in der Hand. Wie Sie dem Inhaltsverzeichnis entnehmen können, hatte das Arbeitsgericht auch in diesem Jahr wieder eine Fülle arbeitsrechtlicher Probleme zu entscheiden. Der Statistik kann entnommen werden, dass unbeschrieben von der wirtschaftlichen Lage die Anzahl der Klageeingänge ziemlich konstant bleibt. Wir hoffen, die Publikation der Entscheide führe zu einer höheren Rechtssicherheit, da das Arbeitsrecht viele Problemlösungen dem Gericht überlässt.

Bekanntlich stehen dem Arbeitsgericht Zürich 120 Fachrichter/innen (60 von den Arbeitgeber/innen und 60 von den Arbeitnehmer/innen) zur Verfügung, welche für Verhandlungen in Kollegialgerichtscompetenz beigezogen werden. Zwecks Qualitätssteigerung hat unser Bereichsvertreter, Dr. H.-P. Egli, im Sommer 2003 bei ihnen eine Umfrage durchgeführt. Das Ergebnis können Sie der interessanten Auswertung im Teil IV entnehmen.

Im Jahr 2003 traten wiederum viele kleinere oder grössere Gesetzes- und Verordnungsänderungen in Kraft.

Speziell zu erwähnen sind das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts und seine Verordnung, welche auf den 1. Januar 2003 in Kraft gesetzt wurden (SR 830.1 und 830.11).

Ebenfalls auf den 1. Januar 2003 wurde das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden nebst Verordnung in Kraft gesetzt (SR 943.1 und 943.11). Die neuen Bestimmungen lösen das Bundesgesetz von 1930 über die Handelsreisenden samt den dazugehörenden Vollzugsbestimmungen ab.

Das Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen wird am 1. Juni 2004 in Kraft gesetzt werden. Bereits ab 1. Juni 2003 in Kraft sind die neuen Artikel 360b und 360c OR (AS 2003 1370 f.)

Wir wünschen Ihnen eine abwechslungsreiche Lektüre.

Zürich, im April 2004

ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Dr. H.-P. Egli, Bereichsvertreter

Dr. G. Koller, Gerichtsschreiber

I. Aus den Entscheiden

1. OR 321a; Treuepflichtverletzung: Abwerbung durch eine Lehrerin

Die Klägerin war seit 1995 bis Ende Februar 2003 als Kinderhausleiterin mit pädagogischen Aufgaben tätig. Sie führte anschliessend ihre Tätigkeit an einem anderen Ort weiter. Den Februarlohn erhielt sie nicht mehr ausbezahlt. Die Beklagte begründete dies damit, die Klägerin habe eine eigentliche Abwerbeaktion betrieben und insgesamt 10 bisher bei der Beklagten betreute Kinder an den neuen Ort mitgenommen. Unter der Federführung der Klägerin sei irgendwo eine neue Struktur entstanden; mit Hinblick darauf habe die Klägerin täglich morgens und abends mit den Eltern gesprochen, die für eine Abwerbung in Frage kamen. Jedes der Kinder bringe der Beklagten monatlich Fr. 1'000.--. Den daraus resultierenden Schaden macht die Beklagte verrechnungsweise geltend.

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

(Erwägungen zur Treuepflicht)

"Die Treuepflicht verbietet einem Arbeitnehmer grundsätzlich, während bestehendem Arbeitsverhältnis, mithin auch während der Kündigungsfrist, bereits Kunden des alten Arbeitgebers für einen neuen Arbeitgeber oder eine neue selbständige Erwerbstätigkeit abzuwerben. Bezogen auf einen bei einer Bank angestellten Vermögensverwalter hielt das Obergericht des Kantons Zürich in einem Entscheid vom 5. Oktober 1995 (LA940064) allerdings fest, es sei nachgerade unumgänglich, dass der Vermögensverwalter seine Kundschaft über eine erfolgte Kündigung orientiere, andernfalls diese Kundschaft durch einen nicht vorangekündigten Weggang ihres Beraters brüskiert sein müsste. Ebenso wenig sei zu beanstanden, wenn der Vermögensverwalter die Kunden wissen lasse, wo er künftig arbeite; denn wenn dies genüge, um die Kunden zu einem Wechsel zu bewegen, liege es auf der Hand, dass diese ohnehin entschlossen waren, dem Vermögensverwalter zu folgen.

Der Klägerin war es damit unbenommen, die Eltern der von ihr betreuten Kinder über die Kündigung und ihren neuen Arbeitsort zu orientieren, ohne dass darin eine Treuepflichtverletzung gesehen werden könnte, selbst wenn ihr neuer Arbeitsort ein von ihr selbst gegründetes Konkurrenzunternehmen sein sollte.

Die Beklagte macht indessen geltend, im Rahmen einer eigentlichen Abwerbeaktion hätte die Klägerin noch während ihrer Anstellung bei der Beklagten erwirkt, dass zahlreiche Eltern ihre Kinder in der neuen Struktur untergebracht hätten, die unter der Federführung der Klägerin entstanden sei. Eine derartige Abwerbeaktion liesse sich - deren Nachweis - vorbehalten - grundsätzlich als treuwidrig im Sinne von Art. 321a OR qualifizieren.

Andernorts lässt die Beklagte allerdings selbst ausführen, die Kinder seien bei ihr durchschnittlich während etwa anderthalb Jahren von der Klägerin betreut worden. Die Klägerin sei die Leiterin des Kinderhauses gewesen, habe die Kinder betreut und für sie sogar gekocht. Am Morgen und am Abend sei sie auch für die Eltern da gewesen; sie sei Anlaufstelle gewesen, wenn etwas mit den Eltern zu besprechen gewesen sei oder sich Probleme ergeben hätten. Gegenüber den Kindern habe sie pädagogische Aufgaben wahrzunehmen gehabt. Die Klägerin sei die absolute Vertrauensperson sowohl für die Kinder als auch für die Eltern gewesen. Die Klägerin habe den Drive einer Person, von welcher bei einem Weggang gar nichts anderes angenommen werden könne, als dass sie sich selbständig mache.

Es habe sich für die Klägerin erübrigt, mit Werbebriefen und ähnlichem an die Eltern heranzutreten, da man sich eine bessere Möglichkeit, eine Vertrauensbasis zu schaffen, gar nicht vorstellen könne. Die persönliche Bindung der Eltern und Kinder an die Führungsperson sei das Massgebliche. Es sei geradezu so, dass Eltern und Kinder der Klägerin nachgelaufen seien wie die Enten Dr. Lorenz.

Wenn aber der Klägerin der eigenen Sachdarstellung der Beklagten folgend eine absolute Vertrauensposition zu konzedieren ist, die gleichsam dazu führte, dass Eltern und Kinder ihr wie die Enten von Dr. Lorenz nachliefen, erübrigt sich eine Prüfung, ob die Klägerin allenfalls zusätzliche Abwerbeanstrengungen unternommen hat. Vielmehr ist - um beim Vergleich mit den Enten des Dr. Lorenz zu bleiben - davon auszugehen, dass Eltern und Kinder der Klägerin nachgelaufen wären, auch wenn sie diese Eltern und Kinder lediglich über ihren Wechsel von der Beklagten an den neuen Arbeitsort informiert hätte. In diesem Sinne räumte die Beklagte selbst ein, für die Eltern der fraglichen Kinder hätte es keinen Sinn mehr gemacht, diese Kinder nach dem Weggang der Klägerin durch die Beklagte betreuen zu lassen. Selbst wenn daher mit anderen Worten die Klägerin nur gemacht hätte, was die Treuepflicht erlaubt, nämlich die Eltern und Kinder über die Kündigung und den neuen Arbeitsort zu orientieren, wäre es alleine deshalb schon zu einer Umplatzierung der Kinder gekommen; besondere, verpönte Abwerbebemühungen wären gar nicht notwendig gewesen. Der von der Beklagten geltend gemachte Schaden wäre damit auch ohne ein zusätzlich treuwidriges Verhalten der

Klägerin (Abwerbeaktion) eingetreten, weshalb einem derartigen Verhalten jede Kausalität für diesen Schaden fehlt.

Ist eine derartige - entscheidende - Kausalität aber zum Vornherein auszuschliessen, braucht nicht geklärt zu werden, inwieweit sich die Klägerin treuwidrig verhalten haben könnte; ebenso wenig ist zu prüfen, ob und welcher Schaden der Beklagten durch den Wechsel von bis zu 10 Kindern entstanden ist.

Soweit die Beklagte geltend macht, die Klägerin habe Mitarbeiterinnen abgeworben, bleibt ihr Vorbringen unsubstantiiert. Sie vermochte nicht darzulegen, wann und inwieweit die Klägerin aktiv geworden ist, um diese Mitarbeiterinnen zu einem Stellenwechsel zu bewegen.

Kann die Beklagte aber keine Schadenersatzansprüche gegen die Klägerin erheben, bleibt sie zur Zahlung des Lohnes für den Monat Februar 2003 verpflichtet, da ein anderweitiger Grund für die Zahlungsverweigerung nicht auszumachen ist."

(AGer., AN030262 vom 17.04.2003)

2. OR 321c; Geltendmachung von Überstunden mit Kundenrapporten

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

"Mit Bezug auf die geltend gemachte Überstundenforderung verweist der Beklagte (Arbeitnehmer) auf die Stundenrapporte mit seinen den Kunden weiterverrechneten Stunden.

Der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien weist eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden aus; eine Regelung hinsichtlich allfälliger Überstunden enthält er nicht. Selbst (wie von der Klägerin behauptet) als höherer leitender Angestellter (i.S. des ArG) könnte der Beklagte sich damit auf das vertraglich vereinbarte Pensum berufen und für ein allfälliges Mehrpensum eine Entschädigung im Sinne von Art. 321c Abs. 3 OR beanspruchen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 321c OR; J. Brühwiler, a.a.O., Ziff. 2 zu Art. 321c OR). Der Anspruch des Beklagten auf Überstundenentschädigung ist daher grundsätzlich gegeben.

Überstunden sind nur zu vergüten, soweit sie angeordnet worden sind oder betrieblich notwendig waren. Der förmlichen Anordnung gleichgesetzt wird, wenn

der Arbeitgeber von ihrer Leistung Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR). Umgekehrt ist der Arbeitnehmer verpflichtet, allfällige, ohne Weisung des Arbeitgebers geleistete Überstunden gelegentlich zu melden, andernfalls sein Entschädigungsanspruch verwirkt (Urteil OG ZH vom 24.11.1998 i.S. S. ca. C. AG).

Aktenkundig hat der Beklagte erstmals nach seiner Kündigung Überstunden gemeldet, obwohl diese teilweise bereits 1999 angefallen sind (vgl. dazu nachfolgend). Eine frühere Meldung geleisteter Überstunden hat der Beklagte auch im Prozess nicht behauptet. Er hat indessen die Arbeitsrapporte für seine Leistungen bei den Kunden eingereicht und dazu geltend gemacht, gestützt auf diese Rapporte sei mit diesen Kunden effektiv auch abgerechnet worden. Letzteres hat die Klägerin nicht bestritten. Sie muss deshalb die Zeitrapporte des Beklagten, mithin auch das von ihm geleistete Arbeitspensum laufend zur Kenntnis genommen haben und konnte sich auch über allfällige vom Beklagten geleistete Überstunden Rechenschaft ablegen.

Die Arbeitsrapporte X. weisen die vom Beklagten geltend gemachten 79 Überstunden aus, die im vorerwähnten Sinne als gemeldet und genehmigt zu gelten haben. Die von der Kundin Y. selbst erstellten Zeiterfassungsblätter für den Beklagten weisen weitere 30.5 Überstunden aus, die als genehmigt zu gelten haben."

(AGer. ZH, AG010020 vom 28.02.2003; eine Berufung wurde am 15.07.2003 erledigt, da die Klägerin in Konkurs geraten und liquidiert worden ist.)

3. OR 321e; Arbeitserfolg und Schadenersatz

Der Kläger war im Range eines Prokuristen angestellt. Er erhielt ein fixes monatliches Salär sowie Spesen. Im weiteren war vorgesehen, dass er jeweils am Anfang des folgenden Geschäftsjahres ein separat zu vereinbarendes variables Salär für das abgelaufene Jahr aufgrund des letztjährigen Budgets und den effektiven Leistungen und dem effektiven Geschäftsgang erhalten sollte.

Im März des Folgejahres warf die Beklagte dem Kläger vor, er habe seine budgetierte und mit ihm vereinbarte Umsatzleistung nicht erfüllt, weshalb das Salär angepasst werden müsse, und stellte ihm eine Lohnabrechnung für das 1. Quartal aus, welches per Ende März einen Minusbetrag von Fr. 11'330.-- aufwies. Der Kläger lehnte diese Vertragsänderung ab und kündigte zuerst fristgemäss. Gleichzeitig verlangte er u.a. den Märzlohn sowie die Sicherstellung des Aprillohnes. Die Be-

klage blieb dabei, der Kläger sei vorleistungspflichtig und erhalte auch den Aprillohn nicht, wenn er den geforderten Umsatz nicht erbringe. Zudem drohte sie ihm die fristlose Entlassung an, wenn er weiterhin seiner Arbeits- und Umsatzleistungspflicht nicht nachkomme. Nach weiteren Schriftenwechseln und Abmahnung kündigte der Kläger seinerseits fristlos.

Aus dem Entscheid:

"Die begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrages sind das Zurverfügungstellen von Arbeitszeit im Rahmen einer fremden Arbeitsorganisation gegen Lohn. Diese Elemente stehen sich gleichwertig gegenüber (sog. Synallagma). Beim Arbeitsvertrag steht das Zeitmoment im Vordergrund. Der Arbeitnehmer stellt seine Arbeitskraft während einer bestimmten Zeit zur Verfügung. Geschuldet ist die Leistung von Arbeit und nicht eine besondere Qualität oder ein Erfolg (dies im Gegensatz zum Werkvertrag). Der Lohn ist trotz Ausbleibens des Erfolgs voll zu zahlen, ausser der Arbeitnehmer leiste die Arbeit nicht selber (komme also seiner persönlichen Arbeitspflicht nicht nach), verletze schuldhaft eine Sorgfaltspflicht oder beanspruche die Arbeitszeit ausschliesslich oder mehrheitlich für sich selber (vgl. Streiff/von Kaenel, N 2 und 4 zu Art. 319 OR; Rehbinder, N 5, 22 und 47 zu Art. 319 OR; Brühwiler, N 3b zu Art. 319 und N 1 zu Art. 321 OR; Staehelin/Vischer, N 16 zu Art. 319 und N 5 zu Art. 322 OR). Die vereinbarte Höhe des periodisch zu entrichtenden Monatslohnes kann als solche nicht einseitig herabgesetzt oder die Lohnzahlung verweigert werden, auch dann nicht, wenn Fehlstunden oder unsorgfältige Arbeit vorliegen (ZR 1971 Nr. 48). ...

Bezüglich des zwischen den Parteien in Art. 6 des Arbeitsvertrages vereinbarten Fixlohnes ist nur die Leistung von Arbeit und nicht eine besondere Qualität oder ein Erfolg (Umsatz) geschuldet. Die Beklagte macht keine Umstände geltend, woraus vorliegend geschlossen werden müsste, dass der Kläger seiner persönlichen Arbeitspflicht nicht nachgekommen wäre, dass er in der Arbeitszeit nicht für die Beklagte gearbeitet hätte oder dass er schuldhaft eine Sorgfaltspflicht verletzt hätte. Es geht also nicht an und ist völlig haltlos, dass die Beklagte dem Kläger ab März 2001 überhaupt keinen Lohn mehr bezahlte und den vereinbarten Fixlohn einseitig, ohne Einhaltung der Kündigungsfrist "in die für die unbedingte Ausgewogenheit von Einnahmen und Ausgaben notwendige Relation zu dem durch den Kläger erzielten und von den Kunden bezahlten Nettoumsatz" bringen wollte, wie sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29. März 2001 unter dem Titel "Notwendige Anpassung Ihres Salärs brutto zu Ihrem Umsatz" ausdrückt, und dies erst noch rückwirkend per 1. Januar 2001.

Aus den weiteren Schreiben der Beklagten geht klar hervor, dass die Beklagte sich von ihrer Irrmeinung bezüglich Umsatzerzielung/Fixlohn überhaupt nicht abbringen liess, weshalb der Kläger nach erfolgter rechtzeitiger und korrekter Androhung der fristlosen Kündigung seinerseits das Arbeitsverhältnis zu Recht fristlos kündigte (auch wenn bei der Beklagten - was die Beklagte zutreffend festhält - keine Zahlungsunfähigkeit vorlag). Es war dem Kläger schlicht nicht zuzumuten, seine Arbeitsleistung nicht nur für den Monat März, sondern auch für weitere Monate vorzuschiesse (gemäss der Ansicht der Beklagten befand sich der Kläger per 31. März 2001 ja in einem Lohnminus von Fr. 11'330.--) und dabei zu riskieren, die Gegenleistung (Lohn) weiterhin nicht zu erhalten, und dauernd gegen die haltlose Rechtsauffassung der Beklagten ankämpfen zu müssen."

(AGer., AN010377 vom 23. Mai 2003)

4. OR 321e; Haftung für Autoschäden

Nach erfolgter Kündigung verursachte der Kläger auf der Heimfahrt von einer Baustelle auf dem Eis und bei schlechten Witterungsbedingungen einen Selbstunfall. Der Arbeitgeber warf ihm grobfahrlässiges Verhalten und Verletzung der Bestimmungen vor, weil er entgegen diesen die Polizei nicht verständigt habe. Im Gegensatz zu früheren Ereignissen stellte er dem Kläger den vollen Schadensbetrag in Rechnung.

Aus dem Entscheid:

"Aufgrund der Erwägungen kann demnach davon ausgegangen werden, dass der Kläger den Unfall wohl nicht grobfahrlässig - d.h. unter Missachtung der elementarsten Vorsichtsmassnahmen - verursachte, er aber andererseits auch die in der speziellen Situation erhöhte Vorsicht nicht genügend beachtete, weshalb er sich den Vorwurf der Schadensverursachung aufgrund mittlerer Fahrlässigkeit gefallen lassen muss. Eine Haftpflicht des Klägers ist demnach dem Grundsatz nach zu bejahen.

Hinsichtlich der Höhe der Ersatzpflicht macht die Beklagte nicht nur den Selbstbehalt von Fr. 1'000.--, sondern den entstandenen Gesamtschaden in der Höhe von Fr. 4'654.-- geltend, da die Vollkaskoversicherung auf dem dem Kläger zur Verfügung gestellten Opel Astra nur auf vier Jahre abgeschlossen worden sei, und diese Versicherung am 1. Januar 2003 abgelaufen sei. Diese Regelung sei in den "Be-

stimmungen zum Geschäftsauto" enthalten und dem Kläger somit bekannt gewesen.

Die "Bestimmungen zum Geschäftsauto" vom 26. Februar 1995 bestimmen unter Ziff. 3.2., dass die Beklagte alle neuen Fahrzeuge während vier Jahren vollkaskoversichert. Unter der gleichen Ziffer wird detailliert aufgeführt, welche Schadensereignisse durch diese Versicherung abgedeckt sind. Nicht ersichtlich ist jedoch der genaue Zeitpunkt, ab welchem die Schadensdeckung läuft, resp. wann sie eben nicht mehr besteht. Die Formulierung "neue Fahrzeuge" alleine genügt diesbezüglich nicht, ist dem Arbeitnehmer doch das Kaufdatum des Geschäftswagens in den meisten Fällen unbekannt. Es ist für diesen demnach nicht nachvollziehbar, ab welchem Zeitpunkt er im Falle eines Unfalles mit einer Schadensdeckung zu rechnen hat, die über den Selbstbehalt von Fr. 1'000.-- hinausgeht. Da es jedoch in der Hand der Beklagten liegt, wie lange sie ihre Fahrzeuge (vollkasko-) versichern will, kann von ihr erwartet werden, dass sie - will sie das Haftungsrisiko für Unfälle vollumfänglich auf den Arbeitnehmer abwälzen - diesen auch klar und deutlich über die Haftungserweiterung informiert. Dies hat sie vorliegend unterlassen, weshalb die Höchstgrenze, für die der Kläger einzustehen hat, nicht der Gesamtschaden, sondern vielmehr der Selbstbehalt der Vollkaskoversicherung in der Höhe von Fr. 1'000.-- darstellt.

Da den Kläger wie oben ausgeführt keine grobe, jedoch zumindest eine mittlere Fahrlässigkeit bei der Unfallverursachung trifft, hat er demnach den Selbstbehalt anteilmässig zu übernehmen. Unter Berücksichtigung des erhöhten Unfallrisikos, dem er als Führer eines Geschäftswagens ausgesetzt ist, erweist sich eine Übernahme von Fr. 500.-- als angemessen."

(AGer., AN030581 vom 12.8.2003)

5. OR 322; Lohnberechnung

Die Klägerin wurde per 1. September 2001 angestellt. Weil sie am Sonntag, 2. September 2001 nach einem Autorennen in Belgien nicht rechtzeitig an den Flughafen gelangte und den Rückflug auf den Montag verschieben musste, konnte sie die Stelle erst einen Tag später antreten. Vom 4. bis 24. September war sie krank. Am 25. September wurde ihr auf 7 Tage gekündigt, unter sofortiger Freistellung. Die Beklagte bezahlte ihr einen Betrag für drei Einführungstage und die sieben Kalendertage Kündigungsfrist. Die Klägerin verlangt zusätzlich den Lohn für die Zeit vom 1. bis 26. September 2001.

(Zum Anspruch auf Krankenlohn, siehe unten Nr. 8)

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

"Die Klägerin fordert weiter Fr. 800.-- brutto Lohn für insgesamt vier zu wenig entschädigte Kalendertage, namentlich den 1. und 2. sowie den 25. und 26. September 2001. Das Arbeitsverhältnis habe am 1. September begonnen, weshalb auch für das Wochenende des 1./2. Septembers 2001 Lohn geschuldet sei. Weil die Klägerin sodann das dem E-Mail der Beklagten vom 25. September 2001 angehängte pdf-file nicht habe öffnen können, habe sie von der Kündigung erst durch das am 26. September 2001 zugegangene Einschreiben erfahren. Die Kündigungsfrist habe daher vom 27. September bis zum 3. Oktober 2001 gedauert. Die Beklagte habe bisher nur die sieben Tage der Kündigungsfrist ausbezahlt, der Lohn für die vier Tage sei noch ausstehend."

Das Gericht kam zum Schluss, dass die Klägerin am 3. und am 25. September aus eigenem Verschulden der Arbeit ferngeblieben sei. Diese Tage seien zu bezahlen, aber als Ferientage anzurechnen. Zu den übrigen Tagen hielt es fest:

"Sodann ist festzuhalten, dass der Monatslohn das Wochenende mitumfasst, weshalb dieses grundsätzlich bezahlt ist. Da bei der Umrechnung des Monatslohns in einen Taglohn von durchschnittlich 21,75 Arbeitstagen pro Monat ausgegangen wird, ist das Wochenende aber im Tagesansatz mitenthalten und nicht separat zu entschädigen. Für den 1. und 2. September ist deshalb aufgrund der vorliegenden Lohnberechnung keine zusätzliche Lohnzahlung geschuldet."

Das Gericht berechnete in der Folge dann auch den Lohnanspruch anhand der Arbeitstage.

(AGer., AN030206 vom 16.05.2003)

6. OR 322a; Garantierte Mindestprovision

Zwischen den Parteien war umstritten, ob es sich bei der monatlich ausbezahlten Provision um eine garantierte Mindestprovision im Sinne eines Lohnbestandteils oder nur um eine Akonto Zahlung handelte.

Aus dem Entscheid:

"Beide Parteien gehen davon aus, allein der Wortlaut des Arbeitsvertrages sei massgebend. Ergänzende oder abweichende mündliche Abreden bzw. Präzisierungen werden nicht behauptet. Die Darstellung der Beklagten, wonach Hauptgrund für die Anstellung des Klägers das Erreichen eines Umsatzwachstums in Deutschland gewesen sei, was der Kläger auch gewusst habe, ist diesbezüglich irrelevant. Massgebend ist einzig, in welcher Art und Weise der Umsatz mit der Lohnhöhe bzw. mit der Ausrichtung einer Provision verknüpft worden ist. Ziff. 4 des Anstellungsvertrages lautet wie folgt:

"Herr X. bezieht für seine vollamtliche Tätigkeit ein Monatsgehalt bestehend aus einem Fixum von Fr. 4'000.-- zuzüglich einer Umsatzbeteiligung von mind. Fr. 2'000.--, gerechnet auf Fr. 1'000'000.-- Jahresumsatz. Auf dem darüber erreichten Mehrumsatz wird Herrn X. eine Umsatzbeteiligung von 10% bezahlt, vorausgesetzt, dass diese zusätzlichen Umsätze normal kalkuliert sind und keine Verluste einbringen. ..."

Gemäss dem Wortlaut dieser Vertragsklausel ist klar, dass der Kläger **neben** dem sogenannten monatlichen "Fixum" eine weitere Leistung von **mindestens** Fr. 2'000.-- pro Monat erhalten sollte. Diese Zahlung wird zwar als "Umsatzbeteiligung" bezeichnet, ist aber nach grammatikalischer Auslegung auch dann geschuldet, wenn gar kein Umsatz erzielt wird. Durch das Wort bzw. die Abkürzung "mind." wird sie quasi zur "garantierten Umsatzbeteiligung". Dass sich deren **Berechnung** auf einen Betrag von Fr. 1 Mio. stützt, erlangt erst dann Bedeutung, wenn der erzielte Umsatz diese Grenze überschreitet. Alsdann ist nämlich kein zum voraus fixierter Betrag mehr geschuldet, sondern eine prozentmässige Beteiligung. Liegt der jährliche Umsatz jedoch zwischen Fr. 0.-- und Fr. 1 Mio., so beträgt diese unverändert Fr. 2'000.-- pro Monat.

Selbst wenn angenommen würde, der Wortlaut dieser Vertragsklausel sei unklar, wäre gleich zu entscheiden. In diesem Fall käme nämlich die Unklarheitsregel zur Anwendung, wonach der Vertrag zu Ungunsten derjenigen Partei auszulegen ist, welche den Vertragstext aufgesetzt hat. Damit käme man auch zum Schluss, dass die Provision unabhängig von der Höhe des erzielten Umsatzes ausbezahlt sei.

Offensichtlich wurde das Arbeitsverhältnis auch in dieser Art und Weise gelebt, wurde dem Kläger doch während der gesamten Anstellungsdauer die monatliche Provision von Fr. 2'000.--, unbesehen vom erzielten Umsatz ausbezahlt. Auch in den Lohnabrechnungen für die jetzt noch strittigen Monate Januar und Februar 1998 führte die Beklagte den Provisionsanteil auf.

Die von der Beklagten im Prozess vertretene Ansicht, es solle sich bei diesen Zahlungen nur um Anzahlungen gehandelt haben und es könne erst nach Abschluss des Geschäftsjahres geprüft werden, wie hoch der Provisionsanspruch des Klägers effektiv sei, geht fehl. Wie gezeigt, lässt sich eine solche Rechtsauffassung nicht auf den Wortlaut des Arbeitsvertrages stützen. Zudem wurde von der Beklagten nicht behauptet, die Provisionszahlungen seien auch tatsächlich als Akontozahlungen bezeichnet worden. Auf den im Recht liegenden Lohnabrechnungen findet sich jedenfalls nirgends ein Hinweis darauf, dass die entsprechenden Zahlungen nur einen vorläufigen Charakter hätten und nur vorbehaltlich einer allfälligen Schlussabrechnung ausbezahlt würden. Der Kläger durfte und musste somit auch aufgrund der monatlichen Abrechnungen davon ausgehen, dass er einen unbedingten Anspruch auf die Fr. 2'000.-- unter dem Titel Umsatzbeteiligung hat."

(AGer., AN980406 vom 16.12.2003)

7. OR 324; Folgen einer fristlosen Entlassung durch die Einsatzfirma bei Temporärarbeit

Der Kläger schloss mit einem in der Personalvermittlung bzw. dem Personalverleih tätigen Unternehmen einen unbefristeten Einsatz ab 5. August 2002 bei der Einsatzfirma ab. Die Probezeit betrug drei Monate mit einer Kündigungsfrist von fünf Arbeitstagen jeweils auf Freitag. Am 21. August 2002 wurde er vom Einsatzbetrieb weggeschickt.

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichts:

"Bei der Temporäranstellung handelt es sich um ein Drei-Parteien-Verhältnis. Der Arbeitnehmer schliesst mit der Temporärfirma einen Vertrag ab, wonach er bereit ist, von dieser bei Drittfirmen eingesetzt zu werden, wofür ihm die Temporärfirma einen vereinbarten Lohn verspricht. Die Temporärfirma ihrerseits schliesst mit der Einsatzfirma einen Vertrag ab, dass sie Letzterer gegen entsprechende Vergütung eine geeignete Arbeitskraft zur Verfügung stelle. Zwischen dem Arbeitnehmer und der Drittfirma entsteht keine direkte vertragliche Bindung. Aus diesem Grund kann die Einsatzfirma den Arbeitnehmer auch nicht fristlos entlassen (Streiff/von Kaelnel, a.a.O., N 20 zu Art. 319 OR).

Nachdem der Kläger von der Einsatzfirma nach Hause geschickt wurde, kontaktierte er die Beklagte und informierte sie über den Vorfall. Auf ihren Rat hin ging er bei der Einsatzfirma nochmals vorbei, doch eine Wiederaufnahme der Arbeitstä-

tigkeit war ausgeschlossen, weil die Einsatzfirma den Kläger nicht mehr beschäftigen wollte.

Mangels eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Einsatzfirma war es (rechtlich) nicht möglich, den Kläger fristlos zu entlassen. Ihre Handlung blieb aber nicht ohne Folgen, sondern bewirkte bei der Beklagten einen Annahmeverzug (Art. 324 OR). Die Beklagte blieb daher zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Kläger zur Nachleistung verpflichtet gewesen wäre.

Der Kläger, welcher sich noch in der Probezeit befand, verlangt den Lohn für die Kündigungsfrist. Vereinbarungsgemäss konnte während der Probezeit unter Einhaltung einer Frist von fünf Arbeitstagen jeweils auf Freitag gekündigt werden. Der Vorfall in der Einsatzfirma ereignete sich am 21. August 2002, einem Mittwoch. Die ordentliche Kündigungsfrist dauerte daher bis Freitag, 30. August 2002. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für insgesamt 8 Arbeitstage zu bezahlen."

(AGer., AN020918, Säumnisurteil vom 25.02.2003)

8. OR 324a; Schriftformerfordernis für Taggeldversicherung

Der Arbeitsantritt war per 3. September vorgesehen, welcher sich aber wegen eines verspäteten Rückflugs um einen Tag verschob. In der Nacht auf den 4. September erkrankte die Klägerin und war bis am 24. September arbeitsunfähig. Die Parteien streiten über die Lohnfortzahlung für diese Zeit. Die Klägerin verlangt die Leistungen der Krankentaggeldversicherung, da im Vertrag stehe, es würden dafür Prämien in Abzug gebracht. Die Beklagte geht davon aus, der Verweis, der ohnehin irrtümlich erfolgt sei, genüge dem Schriftformerfordernis nicht. Die Beklagte übernehme die ganzen Prämien, es bestehe aber eine Wartezeit von 30 Tagen.

Aus dem Entscheid:

"Durch die Anmerkung betreffend des Abzugs von Prämienbeiträgen für die Krankentaggeldversicherung im Arbeitsvertrag ist vorliegend das Schriftformerfordernis erfüllt. Für beide Parteien war daraus klar ersichtlich, dass von der gesetzlichen Regelung abgewichen werden soll, indem die Beklagte für die Klägerin eine Krankentaggeldversicherung abschliesst. Darauf ist die Beklagte zu behaften, zumal der von beiden Parteien unterzeichnete Vertrag mit diesem Wortlaut von ihr selbst aufgesetzt wurde. Dass die Beklagte die gesamten Prämien selbst über-

nehmen wollte und die Formulierung betreffen Krankentaggeldversicherung allenfalls aus Versehen in den Arbeitsvertrag aufnahm, ist unerheblich, da es sich bei der Verteilung der Prämienbelastung für eine Krankentaggeldversicherung weder um einen objektiv noch um einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt handelt. Es liegt daher offensichtlich kein wesentlicher Irrtum im Sinne von Art. 23 ff. OR vor. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte auch tatsächlich über eine Krankentaggeldversicherung für die Klägerin verfügte. Massgebend ist vielmehr, dass mit dem Hinweis auf den Abzug für die Prämien der Krankentaggeldversicherung dem Schriftformerfordernis Genüge getan ist und die Klägerin angesichts des Vertragstextes nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass mit diesem Arbeitsvertrag in Abweichung zu Art. 324a OR der Bestand einer Krankentaggeldversicherung vereinbart wurde.

Ist somit als von Art. 324a OR abweichende Regelung formgültig eine Krankentaggeldversicherung vereinbart, ohne dass die Einzelheiten deren Leistungsumfangs geregelt werden, darf die Arbeitnehmerin davon ausgehen, dass im Sinne der allgemein üblichen und als gleichwertig anerkannten Regelung der Versicherungsschutz in Höhe von 80 % des Bruttolohnes ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses und nicht erst nach Ablauf der Dauer von drei Monaten (gemäss Art. 324a Abs. 1 OR) besteht, namentlich wenn die Prämien bereits ab diesem Tag geschuldet sind.

Davon durfte vorliegend auch die Klägerin ausgehen, hätte doch die Beklagte den im Arbeitsvertrag erwähnten Abzug für die Prämien bereits beim ersten Monatslohn vornehmen können. Dass sie dies nicht machen wollte, ist für die Vereinbarung einer abweichenden Regelung gemäss Art. 324a Abs. 4 OR und die daraus resultierende Leistungspflicht (wie oben erwähnt) irrelevant.

An der Leistungspflicht der Beklagten ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses kann sodann auch deren Vereinbarung mit der Versicherung, die ersten 30 Tage der Krankheit eines Arbeitnehmers selber zu zahlen, nichts ändern. Dieser Aufschub dient einzig dazu, einen Teil der Prämien einzusparen, wobei die Prämienersparnis zu Gunsten des Arbeitgebers geht, wofür er das entsprechende Risiko übernimmt; den Arbeitnehmer betrifft diese Regelung insofern nicht, als es bei einer Karenzfrist von 30 Tagen zu Beginn jeder Krankheitsabsenz an der nach Art. 324a Abs. 4 OR vorgeschriebenen Gleichwertigkeit der versicherungsrechtlichen Ablösung fehlen würde, weshalb der Arbeitgeber während der Aufschubszeit anstelle der Versicherung die entsprechenden Leistungen zu erbringen hat (J. Brühwiler, a.a.O., N 24 zu Art. 324a OR). Dies gilt unabhängig von der vorstehend behandelten Frage, ob ein Anspruch auf Krankenlohn bereits ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses besteht." (...)

"Auf den Leistungen von Krankenversicherungen sind die obligatorischen Sozialbeiträge nicht abzurechnen (Art. 6 Abs. 2 lit. b AHV, Art. 2 IVG, Art. 26 und 27 EOG, Art. 2 AVIG und Art. 22 und 155 UVV). Zahlt hingegen der Arbeitgeber während der Aufschubszeit anstelle der Versicherung, hat er die Sozialbeiträge abzuführen. Weil der Arbeitnehmer während dieser Zeit die gleichen Leistungen wie während der versicherten Zeit beanspruchen kann, ist die versprochene Leistung in dieser Höhe netto zu entrichten, d.h. hat der Arbeitgeber auch den Arbeitnehmeranteil der Sozialversicherungsbeiträge zu übernehmen (R. Kuhn/G. Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Teil 9 Kap. 6.2.5 S. 9 f.)."

(AGer., AN030206 vom 16.05.2003)

9. OR 324a; Ansprüche bei Mutterschaft bei fehlender Leistungspflicht durch die Krankentaggeldversicherung

Die Klägerin war als Floristin tätig. Nachdem ihr (der mehrheitliche Anteil an) Prämien für eine Krankentaggeldversicherung in Abzug gebracht wurde, stellte das Gericht fest, dass sie für die Arbeitsunfähigkeit entweder Anspruch auf Versicherungsgelder oder aber auf Schadenersatz wegen fehlendem Versicherungsabschluss einen Anspruch habe. Da es sich um eine Versicherung nach KVG handelte, stellte sich weiter die Frage, welche Ansprüche ihr für Mutterschaft zustehen, da sie die Versicherungsdauer von 270 Tagen nicht erfüllte.

Aus dem Entscheid:

"Diesbezüglich stellen sich namentlich folgende Fragen: Ist der Arbeitgeber auch dann verpflichtet, Leistungen wegen Mutterschaft nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR zu erbringen, wenn Leistungen nach Art. 74 Abs. 2 KVG deshalb ausbleiben, weil die Arbeitnehmerin nicht genügend lange mutterschaftsversichert war? Und ist der Arbeitgeber auch dann verpflichtet, Leistungen wegen Mutterschaft nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR zu erbringen, wenn bereits (beträchtliche) Leistungen wegen Krankheit erbracht wurden? Was die erste Frage betrifft, ist Folgendes zu bemerken: Nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber "für eine beschränkte Zeit" Leistungen wegen Mutterschaft zu erbringen, ohne dass eine Karenzfrist von 270 Tagen besteht. Nach Art. 324a Abs. 4 OR kann die Lösung gemäss Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR durch eine andere für die Arbeitnehmerin mindestens gleichwertige Lösung (insbesondere durch eine sog. Versicherungslösung) ersetzt werden. Die andere für die Arbeitnehmerin mindestens gleichwertige Lösung muss dabei nicht in jedem Einzelfall gleichwertig sein (vgl. ZK-Staehelin, N

62 zu Art. 324a OR). Vorliegend ist aber zu beachten, dass die Lösung gemäss Art. 74 KVG nicht nur in bestimmten Einzelfällen, sondern für eine ganze Gruppe von Arbeitnehmerinnen, nämlich für alle Arbeitnehmerinnen, die bei Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits schwanger waren (und nicht bereits vor der Begründung des Arbeitsverhältnisses mutterschaftsversichert waren), nicht gleichwertig ist. Gerade der Umstand, dass die betreffenden Arbeitnehmerinnen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits schwanger waren, ist aber auch kein Umstand, der eine Benachteiligung rechtfertigt. Wie oben aufgezeigt, ist das Arbeitsrecht gegenüber dem Umstand, dass eine Arbeitnehmerin bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses bereits schwanger ist, grundsätzlich indifferent. Daraus folgt, dass die Frage, ob der Arbeitgeber auch dann verpflichtet ist, Leistungen wegen Mutterschaft nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR zu erbringen, wenn Leistungen nach Art. 74 Abs. 2 KVG deshalb ausbleiben, weil die Arbeitnehmerin nicht genügend lange mutterschaftsversichert war, bejaht werden muss. Wenn die Gleichwertigkeit der anderen Lösungen verneint werden muss, dann ist schliesslich auf die gesetzliche Lösung, auf die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR, zurückzugreifen (vgl. ZK-Staehelin, N 66 zu Art. 324a OR). Was die zweite Frage betrifft, ist zu bemerken, was folgt: Nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 2 OR trifft den Arbeitgeber bei nicht selbstverschuldeter Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin wegen "Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines gesetzlichen Amtes" während drei Wochen eine Lohnfortzahlungspflicht, wenn die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit das zweite Dienstjahr noch nicht erreicht hatte, wie es bei der Klägerin der Fall gewesen wäre. Art. 324a Abs. 3 OR bestimmt sodann: "Bei Schwangerschaft und Niederkunft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten." Nach Lehre und Praxis ist Art. 324a Abs. 3 OR keine Anspruchsnorm, sondern eine Hilfsnorm: Art. 324a Abs. 3 OR vermittelt keinen selbständigen Anspruch bei Mutterschaft, sondern stellt nur klar, dass Mutterschaft nie selbstverschuldet im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR ist und daher durchaus zu Leistungen nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 2 OR führen kann (vgl. z.B. BK-Rehbinder, N 27 zu Art. 324a OR bzw. JAR 1992, S. 135 ff.). Wenn eine Arbeitnehmerin, die sich noch im ersten Dienstjahr befindet, zunächst während drei Wochen krank ist und sodann gebärt, dann bestehen demzufolge bloss Ansprüche wegen Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, nicht aber Ansprüche wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Mutterschaft. Wie verhält es sich aber, wenn die Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit durch eine Krankentaggeldversicherung abgedeckt sein müssen? Als klar erscheint der Fall, dass die Arbeitnehmerin zunächst gebärt, auf Grund von Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR vom Arbeitgeber Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Mutterschaft erhält und sodann krank wird. In diesem Fall muss bzw. müsste der Versicherer Krankentaggelder leisten. Damit erfüllt bzw. erfüllte der Versicherer nichts anderes als seine versicherungs-

vertraglichen Pflichten. Die wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Mutterschaft erbrachten Leistungen werden dadurch aber nicht einfach rechtsgrundlos, mit der Folge, dass sie vom Arbeitgeber nach Art. 62 ff. OR zurückverlangt werden können. In dem Fall, dass die Arbeitnehmerin zunächst gebärt, aufgrund von Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR vom Arbeitgeber Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Mutterschaft erhält und sodann krank wird, hat die Arbeitnehmerin, für die eine Krankentaggeldversicherung besteht, also sowohl Anspruch auf Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit als auch Anspruch auf Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Mutterschaft. Nicht anders ist der Fall zu beurteilen, dass die Arbeitnehmerin - wie es vorliegend der Fall war - zunächst krank wird, Leistungen wegen Krankheit bezieht und sodann gebärt (vgl. J.M. Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 113). Ob die Arbeitnehmerin zunächst krank wird oder zunächst gebärt und sodann gebärt oder sodann krank wird, kann keine Rolle spielen. Derartige Zufälligkeiten für rechtlich relevant zu erklären, ist nicht gerechtfertigt. Daraus folgt, dass die Klägerin, die zunächst krank wurde und sodann gebär, auch Anspruch auf Leistungen wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Mutterschaft gehabt hätte, und zwar - da sie sich noch im ersten Dienstjahr befunden hätte - nach Art. 324a Abs. 2 OR Anspruch auf Lohnfortzahlung für drei Wochen. In diesem Umfang hat die Klägerin Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR. Zu beachten ist dabei, dass sowohl auf Lohnfortzahlungen nach Art. 324a Abs. 1 / Abs. 3 OR (vgl. BK-Rehbinder, N 21 zu Art. 324a OR) als auch auf entsprechendem Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR (vgl. BK-Rehbinder, N 6 zu Art. 337c OR) Arbeitnehmerbeiträge für die Sozialversicherungen in Abzug gebracht werden müssen."

(AGer., AN030026 vom 14. November 2003; auf eine Berufung ist das Obergericht mit Beschluss vom 23. Februar 2004 nicht eingetreten; LA030059)

10. OR 324a; Abschluss einer Krankentaggeldversicherung durch die Arbeitnehmerin

Die Klägerin wurde auf Abruf eingestellt. Mit dem Lohn wurde ihr in Form eines Zuschlags der Arbeitgeberbeitrag für eine Krankentaggeldversicherung bezahlt und ihr empfohlen, bei ihrer eigenen Krankenkasse eine Taggeldversicherung abzuschliessen, was sie aber nicht machte.

Aus den Erwägungen:

"In Lehre und Praxis ist unumstritten, dass eine mindestens gleichwertige andere Regelung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR auch darin bestehen kann, dass die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin regelmässig einen bestimmten Lohnzuschlag ausbezahlt, um im Krankheitsfall auf eine Lohnfortzahlung zu verzichten. Eine derartige mindestens gleichwertige Regelung im Sinne von Art. 324a OR ist aber nicht unproblematisch: Damit sichergestellt ist, dass die Arbeitnehmerin im Krankheitsfall tatsächlich wenigstens für eine beschränkte Zeit über ein Einkommen verfügt, ist die Arbeitnehmerin faktisch gezwungen, den betreffenden Lohnzuschlag von ihren übrigen finanziellen Mitteln auszuscheiden und gesondert aufzubewahren oder aber eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Dem schweizerischen Arbeitsrecht schwebt zwar durchaus das Bild der mündigen Arbeitnehmerin vor; gerade aber aus diesem Grund muss denn auch als zulässig betrachtet werden, dass die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin regelmässig einen bestimmten Lohnzuschlag ausbezahlt, um im Krankheitsfall auf eine Lohnfortzahlung zu verzichten. Die Problematik, die einer derartigen mindestens gleichwertigen anderen Regelung im Sinne von Art. 324a OR innewohnt, und der gesetzgeberische Entscheid, dass die Arbeitgeberin - in einem gewissen Ausmass - die Verantwortung für die soziale Sicherheit der Arbeitnehmerin trägt, verlangen indessen, dass zumindest folgende Voraussetzungen an die finanzielle Entlastung der Arbeitgeberin im Krankheitsfall der Arbeitnehmerin gestellt werden:

Um sicherzustellen, dass die Arbeitnehmerin im Krankheitsfall tatsächlich wenigstens für eine beschränkte Zeit über ein Einkommen verfügt, hat die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin einen genügend hohen Lohnzuschlag auszubezahlen; dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kosten einer Krankentaggeldversicherung höher sind, wenn nicht eine Kollektivversicherung, sondern eine Einzelversicherung abgeschlossen wird (vgl. Th. Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall, Tagungsdokumentation, S. 14). Unklar ist allerdings, ob der Lohnzuschlag bloss die Hälfte der Versicherungsprämien für eine Einzelversicherung (so wohl Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 27 zu Art. 324a/b OR) abzudecken hat.

Um die Gefahr, dass die Arbeitnehmerin den betreffenden Lohnzuschlag nicht von ihren übrigen finanziellen Mitteln ausscheidet und gesondert aufbewahrt und daher im Krankheitsfall allenfalls über keine finanziellen Mittel mehr verfügt, zu minimieren, hat die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin weiter ausdrücklich darüber aufzuklären, dass die Arbeitnehmerin im Krankheitsfall überhaupt keine Ansprüche hat, wenn sie keine Krankentaggeldversicherung abschliesst (vgl. ZK-Schönenberger/

Stachelin, N 61 zu Art. 324a OR, vgl. auch BK-Rehbinder, N35 zu Art. 324a OR). Es stellt sich letztlich sogar die Frage, ob die Arbeitgeberin ihrer (Mit-)Verantwortung für die soziale Sicherheit der Arbeitnehmerin nur dann nachkommt, wenn sie die Arbeitnehmerin arbeitsvertraglich *verpflichtet*, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, und sodann überprüft, ob die Arbeitnehmerin eine Krankentaggeldversicherung tatsächlich abgeschlossen hat (so ausdrücklich Th. Geiser, a.a.O., S. 12 f., vgl. auch Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 27 zu Art. 324a/b OR). Die Frage muss wohl bejaht werden, wenn die Arbeitgeberin ihre (Mit-)Verantwortung für die soziale Sicherheit der Arbeitnehmerin tatsächlich nicht ohne weiteres, d.h. nicht schlicht durch das Anbringen von entsprechenden Hinweisen in den Arbeitsverträgen, abwälzen können soll."

Das Gericht kam zum Schluss, dass vorliegend der entsprechende Hinweis in den Unterlagen die genannten Voraussetzungen jedenfalls nicht vollständig erfüllt. Es kam ebenfalls zum Schluss, dass auch bei Abrufverträgen und einer hohen Fluktuation die getroffene Lösung nicht den Anforderungen entspreche. Es hielt weiter fest:

"Wenn die genannten Voraussetzungen an die finanzielle Entlastung der Arbeitgeberin im Krankheitsfall der Arbeitnehmerin nicht erfüllt sind und die Arbeitnehmerin den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung unterliess, dann bleibt es im Krankheitsfall der Arbeitnehmerin - jedenfalls grundsätzlich - bei der gesetzlichen Minimallösung von Art. 324a Abs. 1 und 2 OR, also bei der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin jedenfalls für eine beschränkte Zeit (vgl. ZK-Schönenberger/Stachelin, N 61 zu Art. 324a OR und BK-Rehbinder, N 35 zu Art. 324a OR).

Vorliegend ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte eine Lohnfortzahlungspflicht trifft, und zwar für die Dauer von maximal drei Wochen, zumal die Klägerin im Zeitpunkt ihrer Erkrankung im Mai 2002 zwar bereits seit mehr als drei Monaten im Dienst der Beklagten stand, aber sich immer noch im ersten Dienstjahr befand.

Unklar ist allerdings, wie im Einzelnen zu verfahren ist, wenn die genannten Voraussetzungen an die finanzielle Entlastung der Arbeitgeberin im Krankheitsfall der Arbeitnehmerin nicht erfüllt sind und die Arbeitnehmerin den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung unterliess.

Nach J. Brühwiler ist davon auszugehen, dass die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR "wegen Selbstverschuldens des Arbeitnehmers" zu kürzen ist, wenn die Arbeitnehmerin den Abschluss einer

Krankentaggeldversicherung unterliess und die Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR lohnfortzahlungspflichtig wird (vgl. J. Brühwiler, a.a.O., N 23 zu Art. 324a OR). Dazu ist Folgendes zu sagen: Abgesehen davon, dass schadenersatzrechtliche Grundsätze nicht unbesehen auf die sozialpolitisch motivierte Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR übertragen werden dürfen, fällt eine Kürzung der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR, weil die Arbeitnehmerin den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung unterliess, von vornherein höchstens dann in Betracht, wenn - was vorliegend aber nicht der Fall ist (vgl. die als Empfehlung [bzw. als Bitte] formulierte Texte) - die Arbeitnehmerin arbeitsvertraglich zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung *verpflichtet* war; denn anderenfalls kann vor dem Hintergrund, dass gerade die Arbeitgeberin die Verantwortung trägt, dass eine mindestens gleichwertige andere Regelung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR im Krankheitsfall tatsächlich mindestens zu dem von Art. 324a Abs. 1 und 2 OR angestrebten Sozialschutz führt, von einem (Selbst-)Verschulden der Arbeitnehmerin nicht die Rede sein.

Nach H.-P. Egli ist davon auszugehen, dass die Arbeitnehmerin zur Rückleistung der von der Arbeitgeberin im Lauf des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohnzuschläge verpflichtet ist, wenn die Arbeitnehmerin den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung unterliess und die Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR lohnfortzahlungspflichtig wird (vgl. H.-P. Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, S. 1076, vgl. auch J. Brühwiler, a.a.O., N. 23 zu Art. 324a OR). Eine Pflicht zur Rückleistung der von der Arbeitgeberin im Laufe des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohnzuschläge ist indessen abzulehnen, und zwar bereits deshalb, weil die Pflicht zur Rückleistung der von der Arbeitgeberin gezahlten Lohnzuschläge im Falle von langjährigen Arbeitsverhältnissen zu einer für die Arbeitnehmerin untragbaren Belastung werden kann, namentlich dann, wenn die Arbeitnehmerin den betreffenden Lohnzuschlag nicht von ihren übrigen finanziellen Mitteln ausgeschieden und gesondert aufbewahrt hat. Im Übrigen ist aber auch nicht ersichtlich, wie die Pflicht zur Rückleistung der von der Arbeitgeberin im Lauf des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohnzuschläge dogmatisch begründet werden könnte. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung fällt deshalb ausser Betracht, weil die von der Arbeitgeberin im Lauf des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohnzuschläge in der Regel - wie auch vorliegend - durchaus nicht ohne Rechtsgrund im Sinne von Art. 62 OR erfolgten, sondern auf Grund einer Verpflichtung aus dem zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmerin abgeschlossenen Arbeitsvertrag. Und: Der Argumentation, dass die von der Arbeitgeberin im Lauf des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohnzuschläge zweckgebunden waren, nun aber, da die Arbeitgeberin ihrer Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR nachzukommen hat, gewissermassen

zwecklos geworden sind, könnte jedenfalls deshalb nicht gefolgt werden, weil die Lehre von der Zweckbindung im Gesetz einzig in Art. 108 Ziff. 2 OR eine - wackelige - Stütze findet.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin den Kranken-Lohn für die Dauer der Krankheit der Klägerin schuldet, ohne dass die Klägerin zur Rückleistung der von der Beklagten im Lauf des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohnzuschläge verpflichtet ist."

(AGer., AN020917 vom 16.1.2003)

11. OR 327a; Ungenügende Spesenentschädigung

Die Beklagte war als Direktorin in einem Betrieb tätig, welcher Führungskräfte vermittelt. Vereinbart wurde u.a., dass sämtliche Aufwendungen, welche die Beklagte für die Klägerin tätige, den Betrag von Fr. 250'000.-- jährlich nicht überschreiten sollten. Da der Grundlohn Fr. 204'000.-- brutto betrug, sollten demzufolge für Fahrzeugkosten, Pauschalspesen und übrige Spesen jährlich Fr. 46'000.-- oder monatlich Fr. 3'834.-- zur Verfügung stehen. Die verschiedenen Bezüge der Beklagten, seien es Lohn oder Spesenentschädigung, wurden in einem Kontokorrent erfasst.

Aus dem Entscheid:

"Art. 327a Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigen Auslagen zu ersetzen hat. Diese Norm ist relativ zwingend ausgestaltet, das heisst, sie darf zuungunsten der Arbeitnehmerin nicht abgeändert werden (Art. 362 Abs. 1 OR). Eine effektive oder vertragliche Abwälzung von Auslagen auf den Arbeitnehmer ist verboten (Brühwiler, a.a.O., N 5 zu Art. 327a OR). Daraus folgt, dass die erwähnte, am 30. Oktober 1995 abgeschlossene Vereinbarung "Total cost to the firm" nichtig ist. Art. 327a OR verbietet den Vertragsparteien den Auslagenersatz zu beschränken, da dies logischerweise zur Folge hätte, dass im konkreten Fall die Beklagte gezwungen gewesen wäre, die für das Geschäft getätigten Spesen selber zu tragen, sofern sie zusammen mit sämtlichen weiteren Lohnbestandteilen den vereinbarten Höchstbetrag von Fr. 250'000.-- jährlich überschritten hätten.

Aus Art. 327a OR folgt weiter, dass die Arbeitnehmerin sowohl die Notwendigkeit wie die Höhe der einzelnen Auslagen zu beweisen hat (Streiff/von Kaenel, a.a.O.,

N 8 zu Art. 327a OR). Ferner ist die Arbeitnehmerin insofern vorleistungspflichtig, als sie eine Abrechnungspflicht trifft. Erst wenn sie ihre Auslagen dem Bestand und der Höhe nach bezeichnet hat, tritt die Fälligkeit des Spesenersatzes und zwar auf den nächstfolgenden Zahltag ein (BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 327c OR). Ist eine Auslagenpauschale verabredet, ist diese bei jeder Lohnzahlung geschuldet, ohne dass die Arbeitnehmerin eine Abrechnung zu erstellen hat (Brühwiler, a.a.O., N 1 zu Art. 327c OR).

Im vorliegenden Fall vereinbarten die Parteien eine kombinierte Regelung. Neben dem jährlichen Salär von Fr. 204'000.-- verblieben Fr. 46'000.--. Dieser Betrag hatte einerseits die Fahrzeugkosten zu enthalten, wobei der Teil, der auf die private Benutzung des Geschäftsaautos fiel, als weiterer Lohnbestandteil zu qualifizieren ist. Andererseits enthielt er die Pauschalspesen von Fr. 12'000.-- per anno und die abzurechnenden Spesen, wobei hier wiederum zwischen Auslagen hinsichtlich eines bestimmten Mandats und solchen, die keinem bestimmten Mandat zugeordnet werden konnten, unterschieden wurde. Letztere wurden als "Cafeteria" bezeichnet."

Aufgrund der von der Klägerin eingereichten Spesenabrechnungen der Beklagten (nach einigen Korrekturen) ergab sich, dass in den Jahren 1996-1999 alljährlich der vereinbarte Anteil an Pauschalspesen, Fahrzeugkosten, Spesen und Cafeteria überschritten wurde. Letztlich war noch über einen Restbetrag von rund Fr. 66'000.-- zu entscheiden.

"Die von der Klägerin eingereichten Dokumente belegen, dass die Beklagte ihrer Obliegenheit, die Spesen abzurechnen, jeweils periodisch, das heisst, allmonatlich nachgekommen ist. Ferner hat sie entsprechende Belege der Klägerin abgeliefert. Die Klägerin überprüfte jeweils die Abrechnungen und Belege und erstattete der Beklagten periodisch die Auslagen. Der behauptete Negativsaldo zu Gunsten der Klägerin konnte demzufolge nur deshalb entstehen, weil die Klägerin - wie oben gezeigt zu Unrecht - davon ausging, die Gesamtsumme von Fahrzeuganteil und Spesen dürfe die jährliche Gesamtsumme von Fr. 46'000.-- nicht überschreiten. Da diese Vereinbarung nichtig ist, besitzt die Klägerin auch keine Forderung zur Rückzahlung von Auslagenersatz. Sie hat diese Auslagen im Gegenteil zu Recht ersetzt und das Kontokorrent der Beklagten entsprechend belastet.

Eine Rückforderung wäre allenfalls unter dem Titel ungerechtfertigte Bereicherung denkbar. Die Klägerin macht indessen gar nicht geltend, sie habe aus Irrtum über die Schuldspflicht eine Nichtschuld bezahlt. Im Gegenteil hat sie die Abrechnungen jeweils geprüft und sogar einige Auslagenposten zurückgewiesen. Sie befand sich

bei der Bezahlung der von der Beklagten generierten Spesen jedenfalls nicht in einem Irrtum.

Aus diesen Gründen ist die Klage im Umfang von Fr. 65'827.-- abzuweisen."

(AGer., AG000032 vom 10.4.2003; eine Berufung am Obergericht ist noch hängig.)

12. OR 328; Verletzung der Fürsorgepflichten

Die Klägerin fühlte sich nach ihrer Kündigung durch den neuen Vorgesetzten gemobbt.

Aus dem Entscheid:

"Der Rechtsvertreter der Klägerin machte anlässlich der Hauptverhandlung geltend, W. (der Geschäftsführer) habe die Klägerin seit deren Kündigung gemobbt. Als Mobbing bzw. als Fürsorgepflichtverletzung bezeichnet er die Einsichtnahme in private Dokumente der Klägerin, das Gespräch vom 19. August 2002, die infolge dieses Gesprächs getroffenen Massnahmen (Abnahme der Schlüssel, Arbeit unter Aufsicht u.a.), den Brief an die neue Arbeitgeberin der Klägerin betreffend das durch D. unterschriebene Zwischenzeugnis und an die Kundin I. betreffend die nicht verrechnete Arbeit der Klägerin, schliesslich die Vorverschiebung der Ferien. Gestützt auf Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 OR verlangt er daher die Zahlung einer Genugtuung an die Klägerin in der Höhe von Fr. 3'000.--.

In Bezug auf die Durchsuchung des Computers der Klägerin ist zu bemerken, dass dem Arbeitgeber grundsätzlich nicht erlaubt ist, E-Mails und Internet-Zugriffe des Arbeitnehmers zu überwachen oder zu kontrollieren, weil er dabei auf private Inhalte und Informationen stossen und auf das Verhalten des Arbeitnehmers schliessen kann. Eine Überwachung ist hingegen erlaubt, wenn ausgeschlossen werden kann, dass private Inhalte und Informationen betroffen werden. Das gilt sowohl für E-Mails als auch für Internetzugriffe. Der Arbeitgeber hat aber anzukündigen, dass er die Internet-Zugriffe und Dienste-Nutzungen künftig personenbezogen kontrollieren und Verstösse disziplinarisch sanktionieren wird. Das gilt auch, wenn konkrete Anhaltspunkte für Missbrauch vorliegen (Rudin, Was darf die Chefin, was die Angestellte? Arbeits- und datenschutzrechtliche Schranken der technischen Überwachung der Internet-Nutzung am Arbeitsplatz, in: Digma 2001, S. 4 ff., S. 9 f.).

W. beschränkte sich bei der Durchsuchung des Computers der Klägerin nicht auf die Beseitigung des vermeintlichen Virus, sondern öffnete und las mehrere private Dokumente sowie private E-Mails und überprüfte die Internet-Zugriffe der Klägerin in ihrer Abwesenheit und ohne sie vorgewarnt zu haben. Dadurch ging er über das vermeintliche dringende Betriebsinteresse an der Beseitigung des Virus hinaus, weshalb sein Verhalten als rechtswidriger Eingriff in die Privatsphäre der Klägerin zu qualifizieren ist.

In Hinsicht auf die Fürsorgepflicht der Beklagten zu berücksichtigen sind weiter die Briefe der Beklagten an die neue Arbeitgeberin der Klägerin sowie an die I. AG.

In ihrem Brief an die neue Arbeitgeberin der Klägerin beschuldigte die Beklagte die Klägerin der Verwendung eines gefälschten Arbeitszeugnisses bei ihrer Arbeitssuche: Das Arbeitszeugnis sei vorsätzlich ohne Wissen der Beklagten erstellt und auf deren Geschäftspapier gedruckt worden. Zudem sei es von keiner für die Beklagte unterschriftsberechtigten Person unterzeichnet worden. Dieser Brief konnte bei seiner Adressatin ohne weiteres den Eindruck erwecken, die Klägerin habe sowohl ihre sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) gegenüber der Beklagten verletzt als auch sich in strafrechtlicher Hinsicht schuldig gemacht. Es ist festzuhalten, dass das betreffende (Zwischen-)Zeugnis von D. am 31. August 2002 unterschrieben wurde, welcher bis Ende Mai 2002 Direktor der Tochtergesellschaft der Beklagten und direkter Vorgesetzter der Klägerin war. Er kündigte sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten per 31. August 2002 und wurde im letzten Monat seiner Anstellung freigestellt. Ab 1. Juni 2002 übernahm W. die Führung der Tochtergesellschaft der Beklagten. Angesichts des gespannten Verhältnisses zwischen W. und der Klägerin nach deren Kündigung ist durchaus verständlich, dass die Klägerin sich an ihren ehemaligen Vorgesetzten, welcher zu diesem Zeitpunkt noch bei der Beklagten angestellt war, wandte, um ein Zwischenzeugnis zu bekommen. Andererseits ist kein dringendes Interesse der Beklagten zu sehen, welches eine solche Massnahme hätte rechtfertigen können. Vielmehr hätte es genügt, wenn die Beklagte sich gegenüber der Klägerin vom Inhalt dieses Zwischenzeugnisses distanziert hätte. Die Beschuldigung der Klägerin gegenüber deren neuen Arbeitgeberin stellt damit eine nicht gerechtfertigte krasse Verletzung der Persönlichkeit, insbesondere der beruflichen Ehre der Klägerin seitens der Beklagten dar.

Ähnliches gilt in Bezug auf den Brief der Beklagten an die I. AG, durch den die Beklagte die Kundin informierte, dass diverse erbrachte Arbeitsstunden durch die für die Beklagte Verantwortlichen, D. und die Klägerin, weder budgetiert noch vollständig verrechnet worden seien. Wie bereits ausgeführt, kann sich die Beklagte weder auf eine Schädigungsabsicht der Klägerin noch auf den Eintritt eines tat-

sächlichen Schadens der Beklagten berufen. Auch in diesem Fall beschuldigte die Beklagte die Klägerin gegenüber Dritten in ungerechtfertigter Weise, weshalb sie ihre Fürsorgepflicht verletzte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Einschränkung der Persönlichkeitsrechte der Klägerin nach deren Kündigung vom 16. August 2002 über den Zweck des Arbeitsvertrages hinaus ging und die Beklagte dadurch ihre Fürsorgepflicht gegenüber der Klägerin zum Teil in krasser Weise verletzte. In Anwendung von Art. 328 in Verbindung mit Art. 49 OR ist der Klägerin daher eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 1'000.-- zuzusprechen."

(AGer., AN030087 vom 10.12.2003)

13. OR 328b; Personalakte und Datenschutz

Die Klägerin hatte nach erhaltener Kündigung volle Einsicht in ihre Personalakten verlangt. Später erfuhr sie zufällig, dass nebst den ihr zugesandten Akten noch eine weitere Liste existierte, in der u.a. vermerkt war, dass sie Gewerkschafterin sei. Sie schloss daraus, dass über sie und andere Angestellte offenbar schwarze Listen bestanden. Diese Informationen seien in Verletzung von Art. 328b OR gesammelt worden. Die Beklagte hingegen begründete die Existenz dieser Liste damit, diese sei im Hinblick auf die Reorganisation für den Hauptsitz zusammengestellt worden und habe als Planungshilfe gedient.

Aus den Erwägungen:

"Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten von Arbeitnehmern soweit bearbeiten, als sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Die Auskunft über Daten kann eingeschränkt werden, wenn entweder ein Gesetz dies zulässt oder ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Es ist daher zu prüfen, ob die Beklagte diese Liste zu Recht zurück gehalten hat.

Dass die Klägerin Vertreterin der Gewerkschaft war, ist unbestritten und der Vermerk ist daher inhaltlich nicht falsch. Ebenso unbestritten ist, dass die Klägerin in dieser Funktion eine Führungsrolle wahrgenommen hat und offensichtlich - trotz 100% Arbeitsunfähigkeit - mehrfach in den Medien aufgetreten ist. Damit kann nicht mehr gesagt werden, es handle sich um eine besonders schützenswerte Tatsache, nachdem diese sowohl den Arbeitnehmern wie auch dem Arbeitgeber und

auch öffentlich bekannt war. Im Übrigen wurden diese Daten nicht Dritten bekannt gegeben (Art. 12 DSGVO).

Die Gewerkschaftszugehörigkeit kann unmittelbare Auswirkungen auf die Zusammenarbeit haben, so z.Bsp. bezüglich rechtmässiger Gewerkschaftsarbeit am Arbeitsplatz, Gefahr der missbräuchlichen Kündigung, wenn die Kündigung wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit oder Gewerkschaftstätigkeit erfolgt (Art. 336 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a OR). Die Aufnahme des Vermerks war daher auch unter Beachtung von Art. 328b OR und Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO zulässig.

Somit stellt sich noch die Frage, ob diese Liste der Klägerin hätte offengelegt werden müssen. Das ist zu verneinen. Wie sich aus der Liste mit aller Deutlichkeit ergibt, handelt es sich dabei um eine Übersicht aller Angestellten mit internen Bemerkungen. Die Beklagte begründete ausführlich, dass es sich im Hinblick auf die - unbestrittene - Reorganisation um eine Übersicht für die zentrale Personalabteilung handelte, aus der hervor ging, bei welchen Angestellten besondere Rücksicht notwendig war. In solche Planungsunterlagen muss dem einzelnen Angestellten aber keine Einsicht gewährt werden. Es bleibt denn auch die Frage offen, wie die Klägerin reagiert hätte, wenn diese Liste vollständig allen Arbeitnehmern, die Einsicht wollen, offenbart worden wäre. Nur so hätte schliesslich überprüft werden können, ob es noch weitere Angaben über die einzelnen Personen gab. Damit hätte aber die Beklagte offensichtlich den Datenschutz der anderen Arbeitnehmer verletzt. In Anwendung von Art. 9 Abs. 3 DSGVO konnte die Beklagte diese daher geheim halten.

Das Begehren Nr. 2 bezüglich der Persönlichkeitsverletzung ist somit abzuweisen. Festzuhalten bleibt aber, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die Klägerin darauf hin zu weisen, dass noch weitere Daten bestehen. Insoweit hat sie Art. 9 Abs. 4 DSGVO verletzt, was festzustellen ist. Nachdem die Klägerin nicht mehr bei der Beklagten tätig ist, hat sie alle Personendaten über sie, die nicht aufgrund irgendwelcher Gesetze aufzubewahren sind, zu vernichten."

(AGer., AN030539 vom 19.9.2003; eine gegen den Entscheid erhobene Berufung hat diesen Streitpunkt nicht betroffen.)

14. OR 329d; Ferienlohnanspruch auf Schichtzulagen?

Die Klägerin war in einem sog. Call-Center eines Betriebs tätig. Dabei wurde sie in verschiedenen Schichten (Tages-, Nacht-, Wochenendschichten) eingesetzt. Das

Arbeitsgericht und das Obergericht hatten darüber zu entscheiden, ob diese Schichtzulagen bei der Berechnung des Ferienlohnes zu berücksichtigen sind oder nicht.

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

"Gemäss einhelliger Lehre setzt sich der Ferienlohn aus dem Grundlohn und den Zulagen mit dauerndem bzw. regelmässigem Charakter zusammen, also allen Lohnbestandteilen (wie Teuerungs-, Schicht-, Kinderzulagen). Überstunden gehören nur dazu, wenn sie regelmässig anfallen. Nicht zu berücksichtigen sind Zulagen, die nur während der Tätigkeit anfallen, wie effektive Spesen oder Schmutzzulagen (vgl. Brühwiler, N 1 und 3; Streiff/von Kaenel, N 3; Rehbinder, BK, N 2 je zu Art. 329d OR). Unterliegt der gesamte Lohn oder ein Teil davon Schwankungen, ist vom Durchschnitt auszugehen.

Dass die Arbeitnehmerin verpflichtet ist, in wechselnden Schichten zu arbeiten, ergibt sich sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie auch dem Schichtreglement. Die Klägerin war sich demnach bereits bei Abschluss des Vertrages bewusst, dass der Betrieb an sieben Tagen und 24 Stunden aufrecht erhalten wird und demnach auch die Arbeitsleistung nicht nur am Tag, sondern auch nachts und am Wochenende zu erbringen ist. (...)

Aus diesen Unterlagen ergibt sich im weiteren, dass die Klägerin ab Dezember 1999 während sämtlichen Monaten, in denen sie - zumindest teilweise - gearbeitet hat, Schichtzulagen erhalten hat, selbst im Januar 2003.

Aus dem Schichtreglement und der Darstellung der Beklagten ergibt sich, dass es Rotationspläne gibt und die individuelle Arbeitszeit von den Vorgesetzten eingeteilt und mindestens drei Wochen im Voraus publiziert wird.

Ziff. 5.1. des Reglements regelt die Zulagen im Grundsatz, während im Anhang A die Ansätze je nach Tag oder Zeit geregelt werden. Für Nachtarbeit ist zudem zusätzlich ein Zeitzuschlag von 10 Prozent vorgesehen.

Aus diesen Angaben ist klar ersichtlich, dass es sich um reine Lohnzuschläge für die diversen Schichten handelt, welche nicht mit sog. Inkonvenienzentschädigungen wie Schmutzzulagen oder z.B. Taxigeldern für die An- oder Rückfahrt während der Nacht verglichen werden können.

Zu beachten ist, dass gemäss ArG nur für (zusätzliche) vorübergehende Nacht- oder Sonntagsarbeit Lohnzuschläge geschuldet sind, während bisher für regelmäs-

sig wiederkehrende Nacht- oder Sonntagsarbeit nichts zu bezahlen war. Einzig für Nachtarbeit ist seit 1.8.00/1.8.03 ein Zeitzuschlag geschuldet. Das ArG zieht die Grenze zwischen regelmässiger bzw. vorübergehender Nachtarbeit bei 24 Einsätzen, welche hier klar überschritten werden.

Der Einwand der Beklagten, während der Ferien werde niemand in zulagenberechtigte Schichten eingeteilt, weshalb die Zulagen während der Ferien auch nicht geschuldet seien, ist nicht stichhaltig und widerspricht auch den Akten. Wer Ferien bezieht, arbeitet in dieser Zeit überhaupt nicht, d.h. er kann weder der einen noch der anderen Schicht zugeteilt werden. Ebenso logisch ist es, dass bei rechtzeitiger Ferienmeldung überhaupt keine Einteilung erfolgt, während das bei kurzfristigen Ferienwünschen doch möglich ist.

Zusammengefasst bleibt festzuhalten, dass es sich bei den Schichtzulagen um regelmässig wiederkehrende Zahlungen handelt, welche somit einen Lohnbestandteil darstellen, mit dem der Arbeitnehmer auch während des Ferienbezugs rechnen kann. Aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 329d OR ändert daran auch Stillschweigen im Vertrag nichts.

Da die Schichtzulagen unregelmässig pro Monat angefallen sind, ist der Ferienanteil mit 10.6 Prozent (entsprechend 5 Wochen) der jährlichen Schichtzulagen zu berechnen."

Demgegenüber hielt das Obergericht im Berufungsverfahren fest:

(Ausführliche Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen, GAV und Gerichtsentscheide)

"Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass - entgegen der Meinung der Klägerin - aus Art. 329d Abs. 1 OR nicht der zwingende Schluss gezogen werden muss, dass die von ihr erhaltenen finanziellen Zuschläge für Nacht- sowie Wochenend- und Feiertagsarbeit Bestandteil ihres Ferienlohnes sind.

Wie dargelegt haben die Parteien mit Bezug auf den Umfang des Ferienlohnes der Klägerin vertraglich nichts ausdrücklich geregelt, und die Beklagte hat der Klägerin während ihrer Ferien denn auch immer nur den Grundlohn ausbezahlt.

Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang schliesslich aus, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, in wechselnden Schichten zu arbeiten, und zwar nicht nur am Tag, sondern auch nachts und am Wochenende. Bei den Schichtzulagen habe es sich um regelmässig wiederkehrende Zulagen gehandelt, mit denen die Klägerin

auch während des Ferienbezugs habe rechnen können. Diese Argumentation wurde auch von der Klägerin übernommen.

Hierzu ist anzumerken, dass es zwar zutreffend ist, dass die Klägerin - wie einleitend ausgeführt - zwischen Dezember 1999 bis Ende Januar 2003 fast jeden Monat zulagenberechtigte Schichtarbeit geleistet hat. Die monatlichen Zulagen waren aber sehr unterschiedlich und bewegten sich zwischen Fr. 110.-- und Fr. 1'820.--. Bei dieser Sachlage kann nicht davon ausgegangen werden, die Klägerin habe während des Ferienbezuges mit einer bestimmten Schichtzulage rechnen können.

Auf Grund all dieser Erwägungen ergibt sich, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf weitergehenden Ferienlohn hat, weshalb die Berufung gutzuheissen, Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und die entsprechende Klage der Klägerin abzuweisen ist.

Der Vollständigkeit halber sei hier ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Verfahren lediglich darüber zu befinden war, ob die Beklagte gegenüber der Klägerin während deren Ferien neben dem Grundlohn noch einen gewissen Betrag für geleistete Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit zu leisten hatte. Dabei musste nicht auf die allgemeine Frage eingetreten werden, ob es gewisse Arbeitsverhältnisse gibt, bei denen während der Ferien neben dem Grundlohn auch noch eine Schichtzulage auszurichten ist. Diese Frage stellt sich z.B. bei einem Nachtwächter oder bei einem Taxifahrer, der nur Nachtfahrten durchführt, oder etwa auch bei einem Angestellten in einem Bäckereibetrieb, der jeden Arbeitstag frühmorgens zur Arbeit erscheinen muss."

(AGer., AN030539 vom 18.9.2003 und OGer., LA030053 vom 2.2.2004)

15. OR 330a; Erwähnung einer Krankheit im Arbeitszeugnis

Der Kläger betreute für eine private Organisation betagte und kranke Personen. Eines Tages legte er die Arbeit nieder und teilte der Beklagten mit, er müsse in die USA reisen, um dort mit den Oberhäuptern der Mormonen zu verhandeln; er erwarte natürlich die Kündigung. Der Beklagten war seit der Anstellung bekannt, dass der Kläger an einer manisch-depressiven Krankheit litt. Nachdem er längere Zeit unbekannt abwesend blieb, entliess sie ihn (wie sich zeigte zu unrecht) fristlos. Im Arbeitszeugnis machte die Beklagte einen Hinweis auf die Krankheit, den der Kläger gestrichen haben wollte.

Aus den Erwägungen:

"Es stellt sich damit die Frage, ob und gegebenenfalls wie das gesundheitlich bedingte Verhalten des Klägers in das Zeugnis aufzunehmen ist. Janssen (a.a.O., S. 126) erachtet einen Hinweis in schonender Form auf eine Krankheit des Arbeitnehmers dann als gerechtfertigt bzw. gar geboten, wenn die Krankheit einen gravierenden Einfluss auf die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers hat oder das Arbeitsverhältnis deshalb gar aufgelöst werden musste (ähnlich: Class/Bischofberger, a.a.O., S. 27). Auch das Arbeitsgericht Zürich erwog in seinem Entscheid vom 25. Februar 1992, dass eine Krankheit, die zu einem Funktionswechsel eines Arbeitnehmers führt, im Zeugnis erwähnt werden darf (und wies deshalb eine Schadenersatzklage ab: ZR 93 Nr. 51).

Auch wenn vorliegend dem Kläger sein Verhalten zufolge der akuten Phase seiner Krankheit nicht zum Verschulden gereicht, stellt dieses Verhalten objektiv seine Zuverlässigkeit in Frage. Zwar können auch andere Krankheits- oder Unfallereignisse dazu führen, dass ein Arbeitnehmer seine Arbeit unvermutet niederzulegen hat und der Arbeitgeber zunächst ohne weitere Nachricht verbleibt. Weniger dem "normalen Lauf der Dinge" entspricht dagegen eine nachrichtenlose Abwesenheit von rund drei Wochen (bis zur fristlosen Kündigung) bzw. über einem Monat (bis zur Zusendung des ärztlichen Attestes). Hinzu kommt, dass dem Kläger die Pflege kranker Menschen anvertraut gewesen ist. Der unvermutete Ausbruch der Krankheit und das damit verbundene Verhalten des Klägers (impulsive, unkontrollierbare Aktivitäten) stellt die sachgerechte Wahrnehmung dieser Pflegeaufgaben in Frage.

Es kann daher der Beklagten nicht verwehrt sein, einen Hinweis auf die gesundheitlichen Probleme des Klägers im Schlusszeugnis aufzunehmen, welche - selbst wenn die fristlose Kündigung mangels vorangegangener Verwarnung als ungerechtfertigt erscheint - im Ergebnis (Niederlegung der Arbeit ohne weitere Nachricht) dazu geführt haben, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde.

Das weitere berufliche Fortkommen des Klägers wird dadurch nicht in unbilliger Weise erschwert. Der Kläger muss sich bewusst sein, dass seine nicht vollständig kontrollierbare Krankheit seine Eignung für die ihm von der Beklagten übertragenen Arbeiten, die einer hohen Zuverlässigkeit bedürfen, in Frage stellt. Mit Bezug auf derartige Tätigkeiten ist eine eigentliche Offenbarungspflicht des Klägers zu stipulieren (wie er sie gegenüber der Beklagten denn auch durchaus erfüllt hat). Aber auch möglichen Arbeitgebern, die dem Kläger eine weniger verantwortungsvolle Tätigkeit zu übertragen gedenken, steht das Recht zu, sich nach der Gesundheit des Klägers zu erkundigen. Dem gegenüber steht die Pflicht des Klägers, die-

sen Arbeitgebern Auskunft über seine Erkrankung zu erteilen (vgl. Rehbinder, BK, N 32 zu Art. 320 OR). Hat der Kläger damit aber im Rahmen von Vorstellungsgesprächen einen möglichen neuen Arbeitgeber ohnehin über die mit seinem Gesundheitszustand verbundenen Anstellungsrisiken zu orientieren, vermag ein entsprechender Hinweis im von der Beklagten auszustellenden Zeugnis auch nicht zu einer unbilligen Erschwerung seines beruflichen Fortkommens zu führen.

Dem Kläger bleibt es unbenommen, gemäss neuerer bundesgerichtlicher Erkenntnis nebst dem Vollzeugnis auch eine blosser Arbeitsbestätigung zu beanspruchen, in welcher der Hinweis auf seine Gesundheit zu unterbleiben hätte (Janssen, a.a.O., S. 126)."

Das Zeugnis enthielt in der Folge am Schluss folgenden Text: "Herr X. verlässt uns zufolge gesundheitlicher Probleme".

(AGer., AN030333 vom 9.9.2003)

16. OR 335; Prüfung der Interessenlage bei einer Aufhebungsvereinbarung

Dem Kläger wurde im Rahmen eines Stellenabbaus eine Aufhebungsvereinbarung unterbreitet, welche auf drei Seiten verschiedene Abmachungen, wie Enddatum, Freistellung, Ferienauszahlung, Abfindung enthielt. Nach Unterzeichnung begab sich der Kläger in die Ferien, wo er einen Tauchunfall erlitt und für rund eine Woche arbeitsunfähig geschrieben wurde. Gestützt darauf verlangte er vom Arbeitgeber eine Verlängerung der Kündigungsfrist.

Aus dem Entscheid:

"Zulässigkeit der Aufhebungsvereinbarung:

Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses jederzeit möglich (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 335 OR).

Ein Aufhebungsvertrag kann aber zwingende gesetzliche Bestimmungen umgehen (z.B. eine gesetzliche Kündigungsfrist) und er kann unter Umständen zum Verlust von Ansprüchen führen, wie etwa die wegen Krankheit verlängerte Lohnzahlung. Zusätzlich können durch Saldierung weitere Ansprüche untergehen.

Das Bundesgericht würdigt Aufhebungsverträge regelmässig unter dem Aspekt des Verzichtverbots (Art. 341 OR). W. Portmann gelangt demgegenüber zum Schluss, dass die Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrages nicht unter dem Blickwinkel des Verzichtverbotes von Art. 341 Abs. 1 OR zu beurteilen ist, sondern unmittelbar danach, ob zwingende Kündigungsschutzbestimmungen umgangen wurden. Seiner Ansicht nach ist immer dann eine Umgehung anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer kein eigenes vernünftiges Interesse am Abschluss des Aufhebungsvertrages hat (Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, Jusletter vom 20.1.2003 und in Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag. Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme. Herausgegeben von Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger, Zürich 2002, 355 ff., Schulthess).

In der Tat gibt es Fälle, wo der Arbeitnehmer auf zwingende Ansprüche verzichtet, etwa auf eine Kündigungsfrist und ein Aufhebungsvertrag dennoch als zulässig angesehen wird. Wenn der Arbeitnehmer z.B. eine neue Stelle angeboten bekommt, die er noch vor Ablauf der Kündigungsfrist antreten möchte und sich daher mit dem Arbeitgeber auf eine kurzfristige Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigt, so ist diese Preisgabe zwingender Ansprüche zweifellos zulässig, weil sie im Interesse des Arbeitnehmers liegt. In solchen Problemlagen ist der Ansatz Portmanns der richtige Weg zur Lösung."

In der Folge setzte sich das Gericht mit den Bundesgerichtsentscheiden zum Thema Verzichtverbot/Gesetzesumgehung auseinander. Es kommt zum Schluss:

"In der Tat stiftet Art. 341 OR bei Aufhebungsverträgen Verwirrung. Wenn der Aufhebungsvertrag dazu führt, dass bereits bestehende Ansprüche aufgegeben werden (etwa ein Überstundenanspruch), so spielt das Verzichtverbot nach wie vor eine Rolle, denn vor der Aufgabe solcher Ansprüche schützt das Gesetz den Arbeitnehmer. Führt dagegen der Aufhebungsvertrag nur dazu, dass in der Zukunft möglicherweise sich ergebende Ansprüche nicht entstehen, so ist das nicht unter dem Aspekt des Art. 341 OR zu würdigen, weil im Zeitpunkt des Vertragschlusses kein Verzicht vorliegt. In solchen Fällen ist nur zu prüfen, ob die Aufhebungsvereinbarung eine Gesetzesumgehung darstellt.

Die Interessenslage im vorliegenden Fall:

Die Beklagte wollte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger beenden und zwar aus wirtschaftlichen Gründen. Um dies zu bewerkstelligen, standen ihr die Kündigung einerseits und der Aufhebungsvertrag andererseits zur Verfügung. Wenn der Aufhebungsvertrag nichts anderes ist als die Kündigung in anderer Form, so ist ein objektiviertes Interesse des Klägers an der Aufhebungsvereinbarung zu verneinen

und eine Umgehung des Art. 336c OR zu bejahen. Zu prüfen ist daher, inwiefern die Vereinbarung dem Kläger Vorteile bringt. Als relevante Leistungen der Beklagten sind diejenigen Zugeständnisse anzusehen, die der Kläger bei einer ordentlichen Kündigung nicht zwingend erhalten hätte. Diese können ein Interesse des Klägers begründen."

Das Gericht prüfte die einzelnen Zusicherungen: Der Kläger wurde freigestellt, erhielt die Ferien aber trotzdem ausbezahlt. Die Beklagte zahlte ihm zudem eine vertraglich nicht vorgesehene Austrittsabfindung. Ein Verzicht auf einen Bonus konnte nicht dargetan werden, da darauf kein pro rata Anspruch bestand.

Verzicht auf Sperrfrist:

"Im Zeitpunkt der Aufhebungsvereinbarung ist dieser Anspruch nicht bilanzfähig, weil völlig dahinsteht, ob der Kläger in der Restlaufzeit überhaupt krank wird. Bei ordentlicher Kündigung hätte hier ein Anspruch entstehen können, der je nach Krankheit kleiner oder grösser ausfällt. Wenn der Kläger krank wird, so ist jedenfalls mit einem Monatslohn zu rechnen wegen der Erstreckung auf das Monatsende. In dieser Grössenordnung muss sich die Schätzung des Krankheitsrisikos bewegen.

Zusammenfassung:

Das Termination Agreement verschafft dem Kläger somit zahlreiche Besserstellungen gegenüber einem Vorgehen nach dem Gesetzeswortlaut. Er kommt zu wesentlich mehr Freizeit und es wird ihm wesentlich mehr bezahlt als bei Kündigung (Ferien und lump sum). Demgegenüber muss der Kläger nur das Risiko der Krankheit tragen, das jedoch aus damaliger Sicht bilanziert nicht sonderlich erheblich ist. Daher entspricht die Vereinbarung der richtig verstandenen Interessenslage des Klägers. Eine Umgehung der Vorschriften über die Verlängerung der Kündigungsfrist ist nicht ersichtlich. Das führt zur Abweisung der Klage."

(AGer., AN020854 vom 17.10.2003)

17. OR 335; Rück- bzw. Bezahlung von Ausbildungskosten

Die Klägerin war seit Januar 2000 für ein Personalvermittlungsbüro als Geschäftsführer-Assistentin tätig. Im Oktober begann die Klägerin im Einverständnis mit dem Beklagten eine einjährige Ausbildung zur Personalfachfrau, wobei sich der

Beklagte verpflichtete, die Kosten dieser Ausbildung zu übernehmen. Ende Oktober 2002 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis per Ende Dezember 2002. Mit ihrer Klage fordert die Klägerin u.a. die zweite Teilzahlung der Ausbildungskosten. Der Beklagte verrechnet die anderen Ansprüche mit den von ihm bereits bezahlten Ausbildungskosten.

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

"Die Frage, ob die Ausbildungskosten der Klägerin notwendige Auslagen darstellen, kann in casu aber offen gelassen werden, da nicht bestritten ist, dass die Parteien eine Kostenübernahme durch den Beklagten vereinbart haben. Strittig ist jedoch, ob eine Rückzahlungsklausel für den Fall verabredet worden ist, dass die Klägerin vor Ablauf eines Jahres nach Abschluss der Ausbildung kündigt. Sodann wird zu prüfen sein, ob der Beklagte die zweite Rate der Ausbildungskosten zu bezahlen hat.

Rückzahlungsvereinbarungen sind grundsätzlich zulässig, soweit sie den zurückvergütenden Betrag und den Zeitraum fixieren, innert welchem die Kündigung eine Rückzahlungspflicht auslöst. Zudem darf das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers durch eine solche Vereinbarung nicht vereitelt oder unzulässig erschwert werden, was der Fall wäre, wenn der Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen über Jahre hinweg nicht kündigen kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 327a OR)."

Das Gericht stellte fest, dass eine Rückzahlungsklausel nicht bewiesen werden konnte und die einseitige Verrechnungserklärung des Beklagten keine Anerkennung der Verrechnung durch die Klägerin darstelle:

"Somit bleibt die Behauptung des Beklagten unbewiesen, weshalb die Klägerin dem Beklagten die erste Teilzahlung und die Prüfungsgebühren nicht zurückerstatten muss.

Hinsichtlich der letzten Teilzahlung der Ausbildungskosten ist gleichermassen vom Fehlen einer Rückzahlungsklausel auszugehen. Hier stellt sich Situation jedoch insofern anders dar, als sich die Klägerin bei Fälligkeit der zweiten Teilzahlung nicht mehr in ungekündigter Stellung beim Beklagten befand, weshalb dieser die Zahlung verweigerte.

Der Beklagte beruft sich sinngemäss auf die "clausula rebus sic stantibus", Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse. Solche sind regelmässig dann gegeben, wenn sich der Wert eines Vertrages ändert und die Verhältnisse nicht mehr mit der Wirklichkeit übereinstimmen, wie sie zur Zeit des Vertragsabschlusses bestan-

den haben (Gauch/Schluop/Schmid/Rey, OR AT, a.a.O., Rz 1280). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen allerdings die Parteien damit rechnen, dass die Verhältnisse sich später ändern. Sofern sie nichts Gegenteiliges verabredet haben, haben sie diese Risiken selber zu tragen (BGE 107 II 347 mit weiteren Hinweisen). Das bedeutet, dass der Beklagte seine Vereinbarung grundsätzlich zu erfüllen hätte, denn er musste jederzeit damit rechnen, die Klägerin könnte kündigen.

Ist das Verhältnis Leistung - Gegenleistung allerdings derart gestört, so dass das Beharren der Gläubigerin einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, ist ein richterlicher Eingriff gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB möglich (BGE 107 II 348). Diese Situation ist im vorliegenden Fall gegeben. Das Verhalten der Klägerin ist treuwidrig und stellt einen Verstoss gegen das allgemeine Gebot von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB dar, wenn sie gegen Ende der Ausbildung kündigt und verlangt, dass der Beklagte die Ausbildungskosten weiterhin bezahlen soll, ohne dass er jemals davon profitieren kann. Selbst wenn der Arbeitgeber versprochen hat, die Kosten der Ausbildung zu übernehmen, beharrt die Klägerin rechtsmissbräuchlich auf einen Anspruch, weshalb er nicht zu schützen ist (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 327a OR). Denn die absolvierte Ausbildung nützt ihr ganz allgemein; sie ist nicht spezifisch auf die Anstellung beim Beklagten zugeschnitten. Demzufolge ist der Beklagte nicht verpflichtet, die Kosten für die letzte Teilzahlung für die Ausbildung zu bezahlen."

(AGer., AN030200 vom 25.03.2003)

18. OR 336; Krankheit und missbräuchliche Kündigung

Der Kläger war ab 20. März 2001 zu 100% und ab 14. Juni 2001 zu 50% arbeitsunfähig. Am 26. September 2002 kündigte die Beklagte dem Kläger per Ende November 2002. Der Kläger erachtete die Kündigung als missbräuchlich. Im Verfahren stellte er den prozessualen Antrag, es sei ein Gutachten der Psychiatrischen Poliklinik zur Arbeitsunfähigkeit einzuholen und das Verfahren bis dahin zu sistieren.

Aus dem Entscheid:

"Der Kläger begründet diesen damit, dass seine Arbeitsunfähigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Fragen festgestellt werden müsse. Da die Beklagte jedoch die Arbeitsunfähigkeit des Klägers gar nicht bestreitet und auch der Grund der Ar-

beitsunfähigkeit für die Beurteilung der geltend gemachten Forderung keine Rolle spielt, ist das erwähnte Gutachten nicht abzuwarten und der Sistierungsantrag abzulehnen.

Der Kläger begründet seine Forderung damit, dass ihm aus Art. 336a OR eine Entschädigung zustehe, da ihm missbräuchlich gekündigt worden sei. Die Kündigung sei lediglich erfolgt, weil die Beklagte den Kläger für einen Simulanten gehalten habe, der sich aus Faulheit, Bequemlichkeit oder Durchtriebenheit davor gedrückt habe, ein volles Arbeitspensum zu verrichten. Weiter macht er geltend, die Beklagte habe von ihm, trotz seiner belegten Arbeitsunfähigkeit ein höheres Pensum verlangt, unter Androhung der Entlassung, welche sie - als er dieser Aufforderung nicht nachgekommen sei - schliesslich auch vorgenommen habe.

Die Beklagte erklärt, dem Kläger gekündigt zu haben, weil sie es sich auf Grund der rückläufigen Auftragszahlen nicht habe leisten können, einen vollen Arbeitsplatz nur zu 50% zu besetzen."

(Prüfung der Rechtzeitigkeit der Einsprache und der Klage gemäss Art. 336b OR.)

"Für die Rechtmässigkeit einer ordentlichen Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei die Aufzählung in Art. 336 OR nicht abschliessend ist. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund von persönlichen Eigenschaften ausgesprochen wird, die in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und die Zusammenarbeit im Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigen.

Eine Krankheit ist offensichtlich eine persönliche Eigenschaft im Sinne des Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Ist der Arbeitnehmer auf Grund dieser Krankheit nicht oder nur teilweise arbeitsfähig, steht sie aber ebenso offensichtlich im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Dementsprechend ist eine Kündigung wegen einer Krankheit, die eine Arbeitsunfähigkeit bewirkt, nicht missbräuchlich (Rehbinder, BK zu Art. 336 OR, N 3; Staehelin/Vischer, ZK zu Art. 336 OR, N 15). Den Schutz vor Kündigungen bei Arbeitsverhinderungen wegen Krankheit regelt Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Danach sind Kündigungen nichtig, die während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen werden. Dies gilt allerdings nicht unbeschränkt, sondern je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses unterschiedlich lang. Vorliegend beträgt diese sogenannte Sperrfrist 180 Tage (Stellenantritt Januar 1996, Kündigung September 2002), die Kündigung erfolgte aber erst nach 1 ½ Jahren

reduzierter Arbeitsfähigkeit. Der vom Gesetz vorgesehene Kündigungsschutz des Klägers zufolge krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung war demnach bei der Kündigung klar abgelaufen.

Die Kündigung ist auch nicht missbräuchlich, wenn entsprechend den klägerischen Vorbringen davon ausgegangen wird, dass die Kündigung erfolgt sei, weil die Beklagte den Kläger für einen Simulanten gehalten habe. Auch bei dieser Konstruktion bleibt es dabei, dass die persönliche Eigenschaft, die zur Kündigung geführt haben soll, im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stand. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die behauptete Krankheit nicht glaubt und ihm deswegen kündigt, ist dies nach Ablauf der Sperrfrist von Art. 336c OR unproblematisch, wenn der Arbeitnehmer auf Grund der behaupteten Krankheit seine Arbeitsleistung verringert hatte. Selbst wenn die Beklagte den Kläger tatsächlich ungerechtfertigterweise zu vermehrter Arbeitsleistung aufgefordert, dieser sich unter Verweis auf seine Arztzeugnisse aber hierzu geweigert hat und alleine deswegen von der Beklagten die Kündigung ausgesprochen worden ist, liegt keine missbräuchliche Kündigung vor, da kein Arbeitgeber verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer, der lediglich reduziert arbeitsfähig ist, nach Ablauf der Sperrfrist von Art. 336c OR weiterzubeschäftigen.

Demnach ist auch bei Zugrundelegung des Sachverhaltes, wie ihn der Kläger behauptet, keine missbräuchliche Kündigung gegeben. Dementsprechend ist die Klage vollumfänglich abzuweisen."

(AGer., AN030467 vom 16.7.2003)

19. OR 336; Kündigungsgrund: Finanzieller Engpass der Arbeitnehmerin

Die Klägerin war u.a. als Kundenbetreuerin bei einer Bank tätig. Sie ist Eigentümerin eines Hauses, zu dessen Finanzierung sie bereits vor Beginn ihrer Tätigkeit bei derselben Bank eine Festhypothek aufgenommen hatte. Im Verlauf der Anstellung wurde diese einerseits neu zu Vorzugskonditionen gewährt und andererseits durch eine variable Hypothek ergänzt und auch erhöht. Am 26. Juni 2002 fand zwischen den Parteien ein Gespräch statt, anlässlich welchem der Klägerin Frist bis zum 15. Juli 2002 angesetzt wurde, um sich zum Verkauf ihres Hauses zu entschliessen, ansonsten sie mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechnen müsse. Die Klägerin entschied sich gegen den Verkauf und erhielt am 22. Juli 2002 die Kündigung. Die Kündigung wurde damit begründet, dass es die Interessen der Bank verletze,

"wenn sich im Kassenbereich tätige Arbeitnehmer/ -innen über längere Zeit in prekären finanziellen Situationen befinden".

Die Klägerin betrachtet die Kündigung als missbräuchlich, da ihr gekündigt worden sei, weil sie das ihr verfassungsmässig zustehende Recht der persönlichen Freiheit ausgeübt habe, indem sie sich für die gegebene Wohnsituation entschieden habe. Sodann basiere die Kündigung auf einem gemäss Art. 181 StGB nötigen Verhalten der Beklagten, was ebenfalls zum Missbrauch der Kündigung führe.

Aus dem Entscheid:

"Die Beklagte rechtfertigte sich anlässlich der Hauptverhandlung damit, sie habe im Zeitpunkt der Erweiterung des Arbeitspensums darauf vertraut, dass sich die Situation verbessern würde und die Klägerin endlich sanieren würde, was angesichts des erhöhten Arbeitspensums und damit Lohnes nun etwas leichter fallen sollte.

Es mag zwar sein, dass die Beklagte durch die Lohnerhöhung (auch) eine Verbesserung der finanziellen Situation ihrer Darlehensnehmerin beabsichtigte. Das ändert indessen vorab nichts daran, dass die bereits im November 2001 als konkurswürdig erachtete, illiquide Situation der Klägerin, verbunden mit ihrer spätestens im April 2002 erkannten hartnäckigen Weigerung, einen Verkauf der Liegenschaft ernsthaft in Betracht zu ziehen, am 30. Mai 2002 - trotz des von der Beklagten betonten, seit längerem bestehenden Sicherheits- und Imagerisikos - offensichtlich einer Erhöhung des Arbeitspensums nicht entgegenstand. Bewilligt die Arbeitgeberin einer Arbeitnehmerin verbunden mit einer Lohnerhöhung die Erhöhung ihres Pensums, so darf letztere daraus folgern, dass die Arbeitgeberin einerseits von den Leistungen und Fähigkeiten überzeugt ist und ihr andererseits das erforderliche Vertrauen in Loyalität und Zuverlässigkeit attestiert. Hätte die Beklagte die damals gegebene Verschuldung der Klägerin als mit ihrer Tätigkeit am Bankschalter unvereinbar angesehen oder wäre sie der Meinung gewesen, der Klägerin nicht in allen Belangen vertrauen zu können, so hätte sie der Erhöhung des Arbeitspensums nicht zustimmen dürfen; hat sie die Zustimmung gleichwohl erteilt, ist sie am von ihr selbst erweckten Anschein zu behaften, die Vertrauenswürdigkeit der Klägerin stehe nicht in Frage.

Sollte sodann die Ausweitung des Arbeitspensums und der damit verbundenen Lohnerhöhung seitens der Beklagten von der Absicht getragen gewesen sein, der Klägerin die Sanierung ihrer Finanzen zu erleichtern, hätte sie der Klägerin diese Chance auch tatsächlich bieten müssen, wobei die Beklagte aufgrund der bereits festgestellten Uneinsichtigkeit der Klägerin in einen Liegenschaftsverkauf jedenfalls nicht davon ausgehen konnte, die Klägerin würde insoweit nunmehr mit Hin-

blick auf die bevorstehende Einkommenserhöhung plötzlich ihre Meinung ändern. Ein Vollpensum der Klägerin war indessen erst per 1. Juli 2002 vorgesehen, womit erstmals der Julilohn höher ausfallen und eine Budgetverbesserung erst ab August 2002 erwartet werden konnte. Diese Möglichkeit räumte die Beklagte der Klägerin dann aber gar nicht mehr ein, indem sie bereits am 26. Juni 2002 die Klägerin wieder ultimatim zum Verkauf der Liegenschaft anhielt und am 22. Juli 2002 zur Kündigung schritt. Die Beklagte hätte sich damit auch dann widersprüchlich verhalten, wenn sie die Lohnerhöhung der Klägerin mit der Erwartung einer Sanierung der wirtschaftlichen Verhältnisse verbunden hätte, indem sie der Klägerin in der Folge gekündigt hat, bevor sie ihr überhaupt Gelegenheit bot, mit dem erhöhten Lohn diese Sanierung anzugehen.

Dass sich die finanzielle Situation der Klägerin in der Zeitspanne zwischen dem 30. Mai 2002 und dem 26. Juni 2002 in einer Art geändert hätte, welche die Beklagte (aufgrund veränderter Verhältnisse) nicht mehr an ihr früheres Verhalten gebunden hätte, hat die Beklagte nicht dargelegt.

Soweit die Beklagte deshalb die Kündigung damit begründet, die finanzielle Situation der Klägerin sei untragbar gewesen und diese habe für die Bank ein Sicherheitsrisiko dargestellt, hat sie sich widersprüchliches Verhalten vorwerfen zu lassen, indem sie

- trotz der bereits festgestellten Illiquidität und Hinweis, diese entspreche nicht den Vorstellungen der Beklagten, die Klägerin im November 2001 vom Backoffice wieder in den Schalterdienst versetzte, verbunden mit der vorübergehend übernommenen Funktion einer Filialeiterin;

- trotz der im April 2002 durch die Klägerin ausgedrückte Uneinsichtigkeit in ihre Situation im Mai einer Ausdehnung des (Schalterdienst-) Pensums per Juli 2002 zustimmte;

- (allenfalls) trotz der mit der Erhöhung des Arbeitspensums/Lohnes erwarteten Verbesserung der finanziellen Situation ab Ende Juli 2002 der Klägerin dann gleichwohl bereits am 22. Juli 2002 kündigte.

Damit erscheint die Kündigung unter dem Aspekt von Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die angefochtene Kündigung vom 22. Juli 2002 als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a und b sowie als rechtsmissbräuchlich nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren ist.

Dabei kann offen gelassen werden, ob die Kündigungsandrohung für den Fall des Nichtverkaufs des Hauses zusätzlich - wie vom klägerischen Rechtsvertreter vorgebracht - nötiges Verhalten der Beklagten im Sinne von Art. 181 StGB darstellte, die infolgedessen ausgesprochene Kündigung demzufolge gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben verstösst und auch aus diesem Grunde missbräuchlich ist."

Das Gericht sprach der Klägerin in der Folge eine Entschädigung von 2 ½ Monatslöhnen zu.

(AGer., AN020957 vom 23.4. 2003)

20. OR 336; Mobbing, wenn die "Chemie" nicht stimmt?

Nachdem die Klägerin eine neue Vorgesetzte erhalten hatte, wurde ihr kurz darauf (nach ca. 2 Monaten) gekündigt. Sie betrachtet diese Kündigung als missbräuchlich, da ihr aufgrund von Charaktereigenschaften gekündigt worden sei. Eine Kündigung wäre daher allenfalls dann zulässig gewesen, wenn die Arbeitgeberin zuvor weniger einschneidende Massnahmen zur Wiederherstellung des Betriebsfriedens getroffen hätte. Der Klägerin sei aber nicht einmal mitgeteilt worden, welche ihrer persönlichen Eigenschaften zur Kündigung geführt hätten. Im weiteren berief sich die Klägerin auf die verfassungsrechtlich geschützte Meinungsäusserungsfreiheit. Auf eine kritische Äusserung einer Mitarbeiterin dürfe daher die Arbeitgeberin nicht mit einer Kündigung reagieren. Die Beklagte bestreitet die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Die Klägerin und ihre Vorgesetzte hätten unterschiedliche Auffassungen über die Ausführung des Jobs eines Produktmanagers gehabt, insbesondere in methodischer Hinsicht. Deshalb hätten sie keinen gemeinsamen Weg gefunden. Das fehlende Vertrauensverhältnis zwischen der Klägerin und ihrer Vorgesetzten hätte zur Kündigung geführt.

Aus dem Entscheid:

"Dem Bundesgerichtsentscheid vom 18.12.2001 lag ein offen ausgebrochener Konflikt zwischen zwei Mitarbeitenden eines Teams zugrunde, die nicht geschaffen waren, sich gegenseitig zu verstehen, und sich gegenseitig nichts durchgehen liessen. Die Arbeitgeberin legte der dortigen Klägerin nahe, ihre Integration im Schosse des Teams zu verbessern und die an sie gerichteten Weisungen und Bemerkun-

gen leichter zu akzeptieren, die oft mit einem schlechten Begriffsvermögen oder einem Irrtum der Klägerin verbunden seien. Statt sich zu erzürnen, solle sich die Klägerin auf ihr eigenes Ungenügen besinnen und ihre Wut beherrschen. Später ist zwischen den beiden Mitarbeitenden eine Auseinandersetzung ausgebrochen, als deren Folge die Klägerin (vergeblich) ein Gespräch mit den Vorgesetzten suchte. Die übrigen Mitglieder des Teams dagegen richteten einen Brief an die Arbeitgeberin, wonach die Klägerin zu vertreten habe, dass das Team nicht funktioniere. In der Folge wurde die Klägerin entlassen, unter anderem mit der Begründung, aufgrund des Verhaltens der Klägerin seien mehrfach Konflikte aufgetreten, und der Klägerin wurde in der Zusammenarbeit und Verfügbarkeit fehlender Respekt, Schwierigkeiten im Ersuchen von Rat und Hilfe, heftige Reaktionen auf Weisungen vorgeworfen.

Davon unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt insoweit, als kein offener Konflikt zwischen M. (formell neue Vorgesetzte seit zwei Monaten) und der Klägerin ausgebrochen ist. Vielmehr stehen als Ergebnis des Beweisverfahrens allenfalls "atmosphärische Störungen" im Raum: Einerseits das (allenfalls auch erklärte) persönliche Problem von M. in der Zusammenarbeit mit der Klägerin und andererseits der entsprechende (ihr allenfalls auch bestätigte) Eindruck der Klägerin, M. habe dieses persönliche Problem mit ihr. Dagegen sind weder relevante Angriffe von M. auf die Persönlichkeit oder Integrität der Klägerin erstellt noch persönlichkeitsverletzende Stellungnahmen zu diesen Differenzen (z.B. einseitige Schuldzuweisungen in Gesprächen oder in der Kündigungsbegründung) seitens des nächsten Vorgesetzten (L.) oder der Beklagten. Vielmehr begnügte sich L. (nach der Sachdarstellung der Klägerin) mit der blossen Feststellung, M. habe ein persönliches Problem; für eine längerfristige Zusammenarbeit fehle (deshalb) die Basis (so die Kündigungsbegründung der Beklagten), woraus - wie bereits erwähnt - lediglich auf inkompatible, beidseitige Persönlichkeitsstrukturen geschlossen werden kann.

Dass darin keine Persönlichkeitsverletzung der Klägerin gesehen werden kann, wurde ebenfalls bereits ausgeführt. Schon vor diesem Hintergrund lässt sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR) keine Verpflichtung der Beklagten herleiten, zunächst taugliche Aussöhnungsversuche zu unternehmen, andernfalls ihr eigenes rechtswidriges Verhalten vorzuwerfen wäre. Sowohl Art. 328 OR als auch der darauf beruhende, zitierte Bundesgerichtsentscheid sind sodann mit Augenmass auszulegen und zu würdigen. Die Tragweite sowohl dieser Gesetzesnorm als auch des genannten Entscheides würden aber überdehnt, wenn daraus letztlich die Verpflichtung des Arbeitgebers hergeleitet würde, vor einer Kündigung zunächst gleichsam ein Mediationsverfahren einzuleiten, wenn eine Vorgesetzte aufgrund der Unvereinbarkeit der Persönlichkeit keine erspriessliche Zusammenarbeit für möglich erachtet.

Bestand aber keine Verpflichtung der Beklagten, Aussöhnungsbemühungen zu unternehmen, kann aus deren Unterlassung die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht hergeleitet werden.

Zusammenfassend ist die Kündigung mithin nicht als missbräuchlich zu qualifizieren, weshalb die diesbezüglich eingeklagten Forderungen abzuweisen sind."

(AGer., AN020707 vom 23.9.2003; vom Obergericht bestätigt am 10.6.2004; LA030051))

21. OR 336c; Kumulation von Sperrfristen

Der Kläger war unbestrittenermassen vom 30. Dezember 1998 bis zum 11. April 1999 krank. Vom 12. April 1999 bis am 21. April 1999 arbeitete er wieder. Umstritten war, ob die Beklagte dem Kläger bereits am 21. April anlässlich einer Besprechung die schriftliche Kündigung vorlegte oder ob der Kläger sie erst am darauf folgenden 22. April 1999 per Post erhielt. Ab dem 22. April 1999 war der Kläger wieder arbeitsunfähig geschrieben.

Aus den Erwägungen:

"Die Kündigung des Klägers steht im Zusammenhang mit dem Vorwurf von Schwarzarbeit. Ein Geschäftspartner des Inhabers der Beklagten (D.), B., kam zu ihm und berichtete ihm u.a., der Kläger habe ihm, B., angeboten für ihn samstags oder sonntags zu arbeiten. D. wollte das zuerst nicht glauben und verlangte von B. Beweise, welche dieser in Form eines Tonbandes lieferte. D. zitierte hierauf den Kläger und liess von seiner Frau eine Kündigung vorbereiten, welche er dem Kläger am 21. April 1999 abends überreichte. Da der Kläger den Erhalt nicht quittieren wollte, ging die Kündigung gleichentags per Post an ihn ab. B. D., die Ehefrau von D. bestätigte diesen Ablauf. Die damalige Lehrtochter P. war ebenfalls anwesend, hat aber offenbar keine Details dieser Auseinandersetzung mitbekommen.

Obwohl D. als Unternehmensleiter ein interessierter Zeuge ist, ist seine Aussage doch zu materialreich und stimmig, um ins Reich der Phantasie verwiesen werden zu können. Dasselbe gilt für B. D. Erfahrungsgemäss holen Zeugen, die von der Wahrheit abweichen, nicht zu längeren Schilderungen aus, sondern geben eher sparsame Antworten. Abgesehen davon muss der Kündigungsbrief tatsächlich am 21. April abgeschickt worden sein, denn der Kläger hat ihn am 22. April 1999 erhalten. Auch das spricht dafür, dass er zur Post gegangen ist, nachdem der Kläger

den Erhalt nicht schriftlich bestätigen wollte. Die Kündigung des Klägers am 21. April 1999 ist daher nachgewiesen.

Da der Kläger erst ab 22. April 1999 wieder arbeitsunfähig war, ist die Kündigung in jedem Fall rechtswirksam.

Der Hausarzt des Klägers, Dr. P., führte aus, der Kläger habe ihn am 22. April 1999 wegen sehr starken Schmerzen in der Lendenwirbelsäule konsultiert. Der Arzt spricht von einer "eiligen" Konsultation. Dr. P. verabreichte dem Kläger Medikamente und überwies ihn an den Spezialisten Dr. W. Dieser behandelte den Kläger und schrieb ihn bis 18. Juli 1999 krank. Danach war er für mittelschwere Tätigkeiten wieder arbeitsfähig, nicht aber für die angestammte Arbeit auf dem Bau. Dr. W. stuft sich selbst als relativ streng in dem Sinn ein, dass er auf rasche Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess drängt.

Es kann aufgrund dieser beiden ärztlichen Stellungnahmen nicht zweifelhaft sein, dass der Kläger ab 22. April bis 18. Juli 1999 krank war. Würde man beim Hausarzt einen Irrtum für möglich halten, würde dieser doch durch die spezialärztliche Untersuchung ausgeschlossen.

Diese Krankheit löst eine eigene Sperrfrist aus, weil es sich nicht um einen Rückfall bei der Herzrhythmusstörung handelte, sondern um etwas völlig anderes und Neues. Die Kündigung der Beklagten wird daher auf den 31. Oktober 1999 wirksam."

(AGer., AN000596 vom 16.1.2003; vom Obergericht bestätigt am 10.9.2003; LA030013)

22. OR 337; Zulässige Abklärungszeit vor einer fristlosen Entlassung

Die Arbeitgeberin kündigte dem seit Dezember 1999 bei ihr tätigen Arbeitnehmer am 27. März per Ende Mai 2002 und stellte ihn wegen mangelnden Vertrauens sofort frei. Am 5. April 2002 wurde er fristlos entlassen, nachdem die Arbeitgeberin mit markierten Unterlagen festgestellt hatte, dass der Arbeitnehmer sie um mindestens Fr. 45.-- betrogen hatte.

Aus den Erwägungen:

"Eine fristlose Kündigung ist umgehend zu erklären, wenn der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis gelangt ist. Damit ist nicht eine augenblickliche Reaktion gemeint, aber ein Handeln sofort nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen, wobei sie in der Regel die Frist einer Woche nicht übersteigen darf, immerhin aber zu berücksichtigen ist, dass in juristischen Personen Willensbildungsprozesse aufwendiger sind (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 337 OR).

Vorliegend blieb unbestritten, dass der Kläger von der fristlosen Kündigung am 5. April 2002 Kenntnis erhielt. Aufgrund der unbestrittenen Sachdarstellung der Beklagten ist sodann davon auszugehen, dass die stellvertretenden Geschäftsleiter der Beklagten vom für die Kündigung ausschlaggebenden Verhalten des Klägers im Zuge der Abrechnung zwei oder drei Tage nach der ordentlichen Kündigung und Freistellung des Klägers am 27. März 2002 Kenntnis erhielten, somit im Zeitraum 28. bis 30. März 2002. Ebenso unbestritten blieb, dass D. L. und M. L. zunächst Rücksprache mit dem Geschäftsleiter, V. L., hielten und die schriftliche Kündigung sodann an die Wohnungstüre des Klägers klebten und sie ihm gleichzeitig postalisch übermachten. In Anbetracht dieser Umstände, insbesondere, dass es sich bei der Beklagten um eine Aktiengesellschaft handelt, erweist sich eine Frist von sechs bis maximal acht Tagen als angemessen.

Zusammengefasst wurde die fristlose Kündigung vom 5. April 2002 damit aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR und rechtzeitig ausgesprochen, womit sämtliche Ansprüche des Klägers ab dem 5. April 2002 in gesetzlicher Folge entfallen."

(AGer., AN020607 vom 8.1.2003)

23. OR 337; Vom Arbeitgeber unterstützter Alkoholkonsum

Die fristlose Entlassung durch die Beklagte gründet sich darauf, es sei ihr unzumutbar geworden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil der Kläger zuviel Alkohol konsumiere bzw. weil er es unterlassen habe, eine Entziehungskur zu absolvieren.

Aus den Erwägungen:

"Die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz kann niemals eine fristlose Entlassung rechtfertigen (Art. 337 Abs. 3 OR; Praxis 2001, Nr. 85, S. 499). Krankheit, verbunden mit Arbeitsunfähigkeit, ist der wichtigste Fall unverschuldeter Arbeitsverhinderung. Auch Alkohol- und Drogensucht sind heute als unverschuldete Krankheiten anerkannt; nur ein grobes Selbstverschulden ist zu berücksichtigen. Dieses liegt beispielsweise dann vor, wenn der Arbeitnehmer normale ärztliche Anordnungen missachtet und damit den Heilungsprozess verlängerbar oder gar verunmöglicht (ZR 88 Nr. 70, S. 222). Dass der Kläger nicht unmittelbar auf Anordnung des Arbeitgebers eine Entziehungskur angetreten hat, kann ihm nicht zum Vorwurf gereichen, ist doch deren Anordnung zum einen nicht Sache des Arbeitgebers, sondern des behandelnden Arztes und zum anderen hat sich der Kläger nicht grundsätzlich gegen eine solche Behandlung gesträubt. Dass er die Anordnung des Arbeitgebers nicht auf der Stelle befolgt hat, kann ihm freilich nicht zum Vorwurf gemacht werden. Eine solche Entziehungskur braucht naturgemäss eine gewisse Vorbereitungszeit, es braucht ärztliche Abklärungen und schliesslich muss der Kläger auch einen geeigneten Klinikplatz finden.

Es kommt dazu, dass im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht worden ist, der Kläger habe seinen Alkoholismus grob selbst verschuldet. Das Gericht ist im vorliegenden Fall viel eher versucht zu sagen, die Krankheit sei vom Arbeitgeber verursacht bzw. immerhin gefördert worden. Es grenzt an blanken Zynismus, einem Arbeitnehmer eine Alkoholkrankheit vorzuwerfen und ihm zugleich einen Teil des Lohnes in Bier und zwar in monatlich 210 Dosen "Kronenbourg", was einer Menge von satten 105 Litern pro Monat entspricht, ausbezahlen. Dass ein weiterer Lohnbestandteil in 40 (!) Schachteln Zigaretten ausbezahlt worden ist, unterstreicht nur noch das unglaublich verantwortungslose Handeln der Beklagten. Die Art und Weise, wie die Beklagte einen Teil des Lohnes in Bier und Zigaretten ausbezahlt hat, ist eine eklatante Verletzung der Fürsorgepflicht.

Damit erweist sich die fristlose Entlassung der Beklagten als klar ungerechtfertigt, weshalb der Lohn für die einmonatige Kündigungsfrist, das heisst für den Monat Dezember 1999, geschuldet ist."

(AGer., AN030184 vom 11.6.2003; vom OGer bestätigt am 5.12.2003; LA030029)

24. OR 339a; Voraussetzungen für eine Retention seitens des Arbeitnehmers

Die Klägerin (Arbeitgeberin) macht geltend, der Beklagte (Arbeitnehmer) habe das Fahrzeug zu Unrecht retiniert, da seine Forderung durch Verrechnung erloschen sei. Der Beklagte führte dem gegenüber aus, er habe das geleaste Fahrzeug mit Hinblick auf seine eigenen Forderungen retiniert.

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

"Ein Gläubiger, der sich mit Willen des Schuldners im Besitze einer beweglichen Sache befindet, kann diese bis zur Befriedigung für seine Forderungen zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention in Zusammenhang steht (Art. 895 Abs. 1 ZGB i.V. mit Art. 339a Abs. 3 OR). Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat der Gläubiger das Retentionsrecht auch dann, wenn seine Forderung nicht fällig ist (Art. 897 Abs. 1 ZGB).

Die Ausübung des Retentionsrechts setzt demnach den Besitz am retinierten Gegenstand voraus. Nach Art. 919 Abs. 1 ZGB ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Dies trifft sowohl für den selbständigen wie auch den unselbständigen Besitzer zu (Art. 920 ZGB). Demgegenüber gibt es aber auch Fälle, in welchen eine Person von einer anderen die Gewalt über eine Sache erhält, ohne in die Rechtsstellung eines unselbständigen Besitzes einzutreten. Ein solches Verhältnis liegt in der Regel beim Arbeitnehmer an den Arbeitsgeräten vor, der daran blosser Besitzdiener wird (ZGB, Rampini/Schulin/Vogt, Art. 895 N 25). Allerdings hat das Bundesgericht in seinem Entscheid 67 II 20 f. dazu erwogen, es könne sich aus den Umständen ergeben, dass der Arbeitnehmer an den Arbeitsgeräten ein eigenes Recht erworben habe.

In diesem Sinne wurde trotz Firmenaufschrift schon Besitz des Arbeitnehmers am geleasteten Geschäftsfahrzeug (der Arbeitgeberin) angenommen, weil der Arbeitnehmer den Leasingvertrag namens der Arbeitgeberin mitunterzeichnet hat, das Fahrzeug auf seinen Namen eingelöst wurde und (daher) am Wohnsitz des Arbeitnehmers stationiert war (JAR 1990 297, zitiert auch bei Stachelin/Vischer, N 7 zu Art. 339a OR). Weitergehend erachtete das Obergericht des Kantons Zürich für den Bestand eines Retentionsrechtes an einem Geschäftsfahrzeug für entscheidend, ob dem Arbeitnehmer ein Auto zur Verfügung gestellt werde, das er nach freiem Ermessen zur Verrichtung seiner Arbeit und auch in der Freizeit benützen dürfe. Eine derart grosse Unabhängigkeit lasse den Arbeitnehmer als - unselbständigen - Besitzer erscheinen (ZR 97 Nr. 81).

Vorliegend wurde der Leasingvertrag zwar vom Beklagten nicht mitunterzeichnet. Es wurde auch nicht behauptet, das Fahrzeug sei auf den Namen des Beklagten eingelöst worden. Unbestritten blieb dagegen, dass der Leasingvertrag explizit mit Hinblick darauf abgeschlossen wurde, dass das Fahrzeug dem Beklagten zum ausschliesslichen Gebrauch überlassen werden würde. Ebenso wenig bestritt die Klägerin, dass der Beklagte das Fahrzeug in der Folge sowohl für private als auch berufliche Zwecke (insbesondere den Arbeitsweg) verwendet habe, vielmehr betonte sie selbst - in anderem Zusammenhang -, das Geschäftsfahrzeug sei eigens für den Beklagten auch zur privaten Nutzung geleast worden. Dagegen liegt nichts vor, dass der Beklagte für seine eigentliche berufliche Tätigkeit als Software-Ingenieur/Systementwickler (ähnlich wie ein Aussendienstmitarbeiter oder Chauffeur) auf ein Fahrzeug angewiesen gewesen wäre. Durfte der Beklagte damit das Fahrzeug nach freiem Ermessen benützen, nahm er in Anlehnung an den zitierten Entscheid ZR 97 Nr. 81 die Rechtsstellung eines unselbständigen Besitzers und nicht bloss eines Besitzdieners ein.

Gemäss Art. 895 Abs. 3 ZGB hat der Gläubiger das Retentionsrecht, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitz zustehen, auch dann, wenn die Sache, die er in gutem Glauben empfangen hat, nicht dem Schuldner gehört. Dabei schadet das Wissen des Gläubigers darum, dass die Sache nicht im Eigentum des Schuldners steht, der Entstehung des Retentionsrechtes grundsätzlich nicht. Hat nämlich der Eigentümer der Besitzübertragung durch den Schuldner auf den Gläubiger ausdrücklich zugestimmt, liegt kein Fall des gutgläubigen Erwerbes des Retentionsrechtes vor, weil hier der Schuldner Verfügungsberechtigt war; das Retentionsrecht entsteht direkt gemäss Art. 895 Abs. 1 und 2 ZGB.

Anders ist die Rechtslage, wenn der Eigentümer der Übertragung durch den von ihm verschiedenen Schuldner an den Gläubiger nicht zugestimmt hat. Diesfalls stellt sich die Frage nach dem gutgläubigen Erwerb des Retentionsrechtes. Selbst wenn der Gläubiger vom fehlenden Eigentum des Schuldners Kenntnis hatte, ist es vorstellbar, dass er diesen nach dem Vertrauensprinzip gleichwohl als berechtigt betrachten durfte, ihm die Sache zu einem bestimmten Zweck zu überlassen (Zobl, Berner Kommentar, N 265 f. zu Art. 895 ZGB mit Hinweisen), wobei insbesondere der Zweck der Besitzübertragung zu berücksichtigen ist: Erfolgt sie objektiv auch im Interesse des Dritteigentümers, ist vermutungsweise die Verfügungsberechtigung des Schuldners anzunehmen (Zobel, a.a.O.).

Der gute Glaube des Gläubigers muss sich mithin nicht auf das (vermeintliche) Eigentum des Schuldners an der retinierten Sache beziehen, sondern auf dessen Verfügungsbefugnis, wobei das Retentionsrecht jedenfalls - weil direkt entstanden -

zu schützen ist, wenn der Dritteigentümer der Besitzesübertragung durch den Schuldner auf den Gläubiger zugestimmt hat (JAR 1990, 297).

Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass das fragliche Fahrzeug von der Arbeitgeberin geleast wurde, ihr mithin kein Eigentum daran zukommt; der Beklagte macht denn auch nicht geltend, er sei davon ausgegangen, das Fahrzeug stehe im Eigentum der Klägerin.

Der Beklagte behauptet indessen explizit, der Leasinggesellschaft sei von allem Anfang an bekannt gewesen, dass das Fahrzeug für den Beklagten und zu dessen ausschliesslichem Gebrauch bestimmt gewesen sei, zumal der Beklagte sowohl das Fahrzeug als auch dessen Zubehör selbst habe aussuchen können. Neben dem für den Beklagten bestimmten Fahrzeug habe dieselbe Leasinggesellschaft der Klägerin noch weitere Fahrzeuge für den alleinigen Gebrauch anderer Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt.

Diese Sachdarstellung des Beklagten blieb vorab unbestritten. Sie wird zudem ansatzweise dadurch belegt, dass zwar die Leasingfirma das Fahrzeug der Klägerin vorwiegend zu Geschäftszwecken überlassen hat, jedoch im Vertrag kein bestimmter Fahrer ausgewiesen wird. Die Leasingfirma scheint der Klägerin damit weitreichende Kompetenzen eingeräumt zu haben, indem es ihr offenbar gleichgültig war, wem genau die Klägerin die Nutzung des Fahrzeuges überlassen würde.

Hat die Leasingfirma damit aber (zumindest konkludent) der Übertragung des Fahrzeuges an den Beklagten zugestimmt, ist dessen Retentionsrecht direkt zustande gekommen.

Im Übrigen wäre der gute Glaube des Beklagten in die Verfügungsberechtigung der Klägerin zu vermuten (Art. 3 ZGB). Dieser gute Glaube wird nach dem Gesagten nicht bereits dadurch zerstört, dass ihm das Dritteigentum der Leasingfirma am Fahrzeug bekannt gewesen ist. Ebenso wenig genügt dafür, dass ein Interesse der Eigentümerin an einer Besitzübertragung an den Beklagten, welches ihr bloss wirtschaftliches Interesse einen Leasingvertrag abzuschliessen, übersteigt, nicht ohne weiteres auszumachen ist. Vielmehr wäre es Sache der Klägerin gewesen, weitere Umstände darzutun, die verbieten, den guten Glauben des Beklagten in ihre Verfügungsberechtigung anzunehmen.

Zur vorausgesetzten Konnexität zwischen Forderung und retinierter Sache genügt es, dass dem Beklagten das Fahrzeug einerseits (auch) zur Erfüllung seiner sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtung (Arbeitsleistung) überlassen wurde, ihm andererseits aus eben diesem Vertrag noch Ansprüche zustehen.

Zusammenfassend kann der Beklagte daher am ihm von der Klägerin überlassenen Fahrzeug ein gültiges Retentionsrecht ausüben. Nachdem im Weiteren feststeht, dass die vom Beklagten geltend gemachte Forderung, für welche er das Retentionsrecht in Anspruch nimmt, zumindest teilweise besteht, ist die von der Klägerin erhobene Schadenersatzforderung abzuweisen. Gleichermassen ist der Beklagte zur Herausgabe des Fahrzeuges erst auf den Zeitpunkt der Tilgung seiner Restforderung zu verpflichten."

(AGer. ZH, AG010020 vom 28.02.2003; eine Berufung wurde am 15.07.2003 erledigt, da die Klägerin in Konkurs geraten und liquidiert worden ist.)

25. OR 340; Konkurrenzverbot beim Temporärarbeitsverhältnis

Aus dem Entscheid:

"Einblick in den Kundenkreis

Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist ein Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis gewährt und die Gefahr besteht, dass der Arbeitgeber durch die Verwendung dieser Kenntnisse erheblich geschädigt werden kann.

Unter Kundenkreis ist der Kundenstamm, für welchen beim Verkauf des Geschäftes Goodwill bezahlt würde, zu verstehen. Dabei ist nicht die Kundenliste Schutzobjekt, und es ist unerheblich, ob die Kundenadressen vom Arbeitnehmer auch auf andere Weise, z.B. über ein Branchenverzeichnis, hätten gesammelt werden können: Wer die Abnehmer nur dem Namen nach kennt, kann in aller Regel wenig Schaden anrichten. Von Einblick in den Kundenkreis kann daher nur bei persönlichem Kontakt gesprochen werden, der es erlaubt hat, die Eigenschaften und Bedürfnisse der Kunden kennen zu lernen. Nicht die Namen der Kunden, sondern die Beziehungen zu ihnen sind geschützt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 340 OR).

Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte in ihrer Position als Filialleiterin Zugriff auf alle Kunden- und Kandidatendaten der Filiale hatte. Als Personalberaterin hatte sie überdies nicht nur die Möglichkeit, von diesen Daten Kenntnis zu nehmen, vielmehr hatte sie die mit diesem Beruf verknüpfte Aufgabe, mittels persönlichem, direktem Kontakt Beziehungen zu diesen Kunden aufzubauen, um deren spezifischen Bedürfnisse kennen zu lernen. Gerade diese persönliche Kontaktnah-

me sowie die ständige Pflege dieser Beziehungen ist Voraussetzung für eine erfolgreiche und wiederholte Vermittlung von arbeitssuchenden Interessenten an diese Kunden. Die Voraussetzung des Einblicks in den Kundenkreis in der Person der Beklagten ist vorliegend somit gegeben.

Einblick in Geschäftsgeheimnisse

Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse sind technische, organisatorische oder finanzielle Spezialkenntnisse, die der Arbeitgeber geheim halten will. Bei den Fabrikationsgeheimnissen steht das Know-how im Vordergrund, bei den Geschäftsgeheimnissen das Organisatorische und Kalkulatorische (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 340 OR).

Bei einem Dienstleistungsunternehmen auf dem Gebiet der Personalberatung und -vermittlung sind als Kundenkreis diejenigen Geschäftspartner zu bezeichnen, welche in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber unter den in der Bewerberbank gespeicherten Arbeitswilligen Arbeitnehmer suchen und sich vermitteln lassen. Dagegen sind die zu vermittelnden Arbeitnehmer, welche in der Bewerberbank gespeichert werden, als Geschäftsgeheimnis zu betrachten (JAR 1990, S. 236 mit Hinweisen). In casu ist daher auch ein Einblick der Beklagten in Geschäftsgeheimnisse der Klägerin gegeben.

Schädigungsmöglichkeit

Weitere Voraussetzung für die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes ist die Möglichkeit der erheblichen Schädigung des früheren Arbeitgebers bei Verwendung dieser Kenntnisse durch den Arbeitnehmer. Davon ist grundsätzlich zu sprechen, wenn der Arbeitnehmer dank seinem Spezialwissen den Arbeitgeber in dessen wirtschaftlicher Stellung massgebend beeinträchtigen könnte. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer dank der erworbenen Kenntnisse seinem früheren Arbeitgeber Kunden abspenstig machen könnte oder ihm durch Ausnützung geschäftlicher oder technischer Besonderheiten, die dieser nicht preisgeben möchte, ernsthafte Schwierigkeiten bereiten könnte (BGE 103 II 126 f.). Die erhebliche Schädigungsmöglichkeit wird durch die Gerichte relativ grosszügig bejaht, da sie aus der verlangten bloss abstrakten Schädigungsmöglichkeit schliessen, dass die Anforderungen daran nicht allzu hoch anzusetzen seien (OGer ZH, JAR 1984, S. 202; OGer BE, JAR 1983, S. 202).

Ob die Beklagte bereits Kunden der Klägerin abgeworben oder zur X. AG mitgenommen hat, ist nicht von Bedeutung. Angesichts der Tatsache, dass beide Firmen

auf dem Platz Zürich operieren und jedenfalls teilweise dieselben Kunden ansprechen, ist die Schädigungsmöglichkeit gegeben."

Das Gericht schützte die Forderung der Klägerin im Grundsatz, reduzierte die Konventionalstrafe aber von Fr. 45'000.-- auf Fr. 30'000.--.

(AGer. AG020023 vom 7.10.2003; auf eine Berufung trat das Obergericht mangels Begründung mit Beschluss vom 7.1.2004 nicht ein; LA030055)

26. OR 340a; Örtliche Begrenzung eines Konkurrenzverbotes

Der Kläger unterzeichnete ein Konkurrenzverbot (zum Umfang siehe nachfolgend). Nach seinem Austritt war er in Thailand für eine Konkurrenzfirma tätig, weshalb die Klägerin eine Konventionalstrafe aus Verletzung des Konkurrenzverbotes geltend machte.

Aus den Erwägungen:

"Örtlich würde sich das vereinbarte Konkurrenzverbot auf die "gesamte Schweiz und alle Länder, wo die X. (Klägerin) tätig ist", erstrecken. Nachdem die Klägerin ausführen liess, sie sei weltweit tätig, müsste der Wortlaut der Konkurrenzverbots-Klausel auch zu einem weltweiten Tätigkeitsverbot des Beklagten führen.

Das Reisegebiet des Beklagten wurde mit "südliches und mittleres Deutschland bis und mit NRW, Österreich, Naher und Ferner Osten, Südamerika und Afrika" definiert, wobei Einschränkungen oder Ausdehnungen des Reisegebietes vorbehalten blieben. Nach der weiteren Sachdarstellung soll der Beklagte während der zwei Monate, während denen er tatsächlich für die Klägerin tätig gewesen ist, indessen nur die Schweiz, Deutschland und Österreich bereist haben (ohne dabei jemals ein Gerät verkauft zu haben).

Die örtliche Umschreibung des Konkurrenzverbotes im Arbeitsvertrag - "in der Schweiz und überall, wo die Klägerin tätig ist" - erweist sich als zu unbestimmt, als dass dieser Umschreibung die gültige Vereinbarung eines weltweiten Konkurrenzverbotes beigemessen werden könnte. Mit Hinblick auf die Umschreibung des vorgesehenen Reisegebietes der Beklagten - deutschsprachiges Europa, naher und Ferner Osten, Südamerika und Afrika - ist das Konkurrenzverbot zum Vornherein auf eben diese Regionen zu beschränken, da nichts dafür vorliegt, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vertragsklausel sich der Beklagte hätte Rechenschaft

ablegen müssen, dass mit dem Zusatz "überall, wo die Klägerin tätig ist" zur klaren - und relativ engen - örtlichen Umschreibung "Schweiz" das Konkurrenzverbot auf die gesamte Welt ausgedehnt werden soll.

Soweit die Klägerin mit dem Konkurrenzverbot ihren Kundenstamm schützen möchte, ist sodann zu berücksichtigen, dass der Beklagte nach der Sachdarstellung der Klägerin lediglich einen (grossen) Teil des deutschsprachigen Europas bereiste. Nur in diesem Reisegebiet war die Tätigkeit des Beklagten für die Klägerin überhaupt geeignet, einen Einblick in den Kundenstamm dahingehend zu gewinnen, dass er durch persönliche Kontakte oder anderweitig Einblick gewonnen hat in die spezifischen Eigenarten, Bedürfnisse und Wünsche der Kundschaft der Klägerin (BGE 91 II 372).

Thailand dagegen hat der Beklagte für die Klägerin nicht bereist, weshalb er dort auch keinen Einblick in deren Kundenstamm (i.S. von Art. 340 OR) gewinnen konnte. Unbeachtlich, da nicht mit dem "Einblick in den Kundenstamm" gleichzusetzen, ist der Umstand, dass der Beklagte selbst der Klägerin allenfalls Namen von Kunden im Fernen Osten bekannt gegeben hat oder ihm bei der Klägerin derartige Kunden(adressen) zur Kenntnis gelangt sind.

Mit Hinblick auf die effektive Reisetätigkeit des Beklagten für die Klägerin ist daher das vereinbarte Konkurrenzverbot in örtlicher Hinsicht auf das vom Beklagten bereiste deutschsprachige Europa zu beschränken, soweit die Klägerin mit dem Konkurrenzverbot den Kundenstamm geschützt haben will; dessen weltweite Ausdehnung, insbesondere auch auf den Fernen Osten, erweist sich als unverhältnismässig."

Die geltend gemachte Konventionalstrafe wurde in der Folge abgewiesen.

(AGer., AG020031 vom 17.6.2003; vom Obergericht am 13.10.2003 bestätigt; LA030037)

27. OR 342; Mindestlohn und "nicht zwingende" Zulagen

Die Beklagte stellte bei der Arbeitsmarktbehörde für den Kläger ein Gesuch um Bewilligung des Stellenantritts. Unter Rubrik "Arbeitszusicherung" wurde darin ausdrücklich festgehalten, dass der Arbeitnehmer zusätzlich zum Grundlohn von vorliegend Fr. 5'000.-- brutto alle ihm zustehenden gesetzlichen und gesamt-arbeitsvertraglichen Zulagen erhält. Darin ist auch statuiert, dass diese Angaben für

den Arbeitgeber verbindlich sind. Im bereits zuvor abgeschlossenen Einzelarbeitsvertrag wurde demgegenüber vermerkt "inkl. Anteil 13.ter Monatslohn". Nach der Kündigung verlangte der Kläger u.a. den 13. Monatslohn pro rata.

Aus dem Entscheid:

"Auf das vorliegende Arbeitsverhältnis ist Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV 98) anwendbar. Dieser sieht u.a. in seinem Art. 12 eine entsprechende Zulage (13. Monatslohn), wie sie eine Urkunde (Gesuch um Bewilligung des Stellenantritts) erwähnt, vor.

Es stellt sich daher die Frage, wie dieser Widerspruch zwischen dem Gesuch um eine Arbeitsbewilligung für den Kläger, aus welcher hervorgeht, dass der 13. Monatslohn zusätzlich zu den monatlichen Fr. 5'000.-- brutto zu bezahlen ist, und der Einzelvertragsabrede, welche den 13. Monatslohn im Grundlohn einschliesst, zu werten ist.

Beim 13. Monatslohn handelt es sich um einen nicht zwingenden Anspruch des Arbeitnehmers. In Bezug auf den L-GAV 98 muss ein Einschluss im Grundlohn demnach insofern als zulässig erachtet werden, als davon der - zwingende - Anspruch des Arbeitnehmers auf den Mindestlohn nicht tangiert wird. Dass dies vorliegend der Fall wäre, wird vom Kläger nicht geltend gemacht, kann rechnerisch aber ohne weiteres ausgeschlossen werden.

Gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR bilden die Angaben im Gesuch um eine Arbeitsbewilligung für den Kläger aber eine - zwingende - öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber der Gesuchstellerin. Eine solche Verpflichtung geht einer anderslautenden einzelarbeitsvertraglichen Abrede zwischen den Parteien in jedem Falle vor.

Demgemäss ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger zusätzlich zum vereinbarten Grundlohn, entgegen der einzelarbeitsvertraglichen Regelung, den 13. Monatslohn gemäss L-GAV 98 zu bezahlen."

(AGer., AN020892 vom 2.6.2003)

28. Gastgewerbe L-GAV 22; Arbeitsverhinderung im Ausland

Der Kläger war als Koch tätig. In den Bedingungen der Krankentaggeldversicherung steht, dass Versicherte, welche im Ausland erkranken, nur Anspruch auf Leistungen während 10 Tagen haben. Während seiner Ferien im Ausland erkrankte der Kläger an Malaria, liess sich ambulant behandeln und konnte nur deshalb nicht im Spital verweilen, weil es keinen Platz hatte. Bis zu seiner Genesung war er nicht reisefähig. Abgesehen von den 10 Tagen verweigerte die Versicherung die Leistungen, da eine längere Zeit nur bezahlt werde, wenn ein Spitalaufenthalt bescheinigt werde.

Die Parteien stritten darüber, ob die Versicherungsbedingung, dass Versicherte, die im Ausland erkranken, Anspruch auf Leistungen (nur) während 10 Tagen haben, eine Versicherungsbedingung im Sinne von Art. 22 Ziff. 3 Abs. 2 Satz 1 L-GAV, deren Nichteinhaltung die Pflicht des Arbeitgebers zur "Bevorschussung" der Krankentaggelder entfallen lasse, sei.

Aus dem Entscheid:

"Dass Versicherer bei Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung nach VVG auf der Versicherungsbedingung, dass Versicherte, die im Ausland erkranken, Anspruch auf Leistungen (nur) während 10 Tagen haben, bestehen, kann vernünftigerweise bloss damit erklärt werden, dass statistische Untersuchungen zeigen, dass ausländische Arbeitnehmer insbesondere im Heimaturlaub überdurchschnittliche Krankenstandswerte aufweisen (vgl. Ch. P. Schönenberger, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, S. 122). Diese Krankenstandswerte können zum Beispiel damit erklärt werden, dass der im Heimaturlaub aufgesuchte Arzt beim Ausstellen eines unwahren Arzteugnisses zuhanden eines schweizerischen Arbeitgebers kaum seinen guten Ruf aufs Spiel setzt, weshalb die Hemmschwelle für die Ausstellung von Gefälligkeitszeugnissen niedriger ist (vgl. Ch. P. Schönenberger, a.a.O., S. 121). Das Interesse der Versicherer, die Gefahr des Erschleichens von materiell ungerechtfertigten Leistungen zu bekämpfen, ist gewiss anzuerkennen. Berücksichtigung bei der Auslegung von Art. 22 Ziff. 3 Abs. 2 L-GAV darf dieses Interesse allerdings von vornherein bloss insoweit finden, als Versicherer die Gefahr des Erschleichens von materiell ungerechtfertigten Leistungen mit verhältnismässigen Mitteln bekämpfen (vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip im Privatrecht, H. Honsell, Basler Kommentar 2002, N 21 zu Art. 2 ZGB). Insoweit, als dies nicht der Fall ist, ist dem Interesse des Arbeitnehmers an Leistungen auch im Falle einer (längeren) Erkrankung während eines Auslandsaufenthalts (insbesondere während eines Heimataufenthalts) nämlich der Vorzug zu geben. Die Versicherungsbedingung, dass Versicherte, die im Ausland erkranken,

Anspruch auf Leistungen (nur) während 10 Tagen haben, kann nun aber nicht als verhältnismässig bezeichnet werden: Die Versicherungsbedingung, dass Versicherte, die im Ausland erkranken, Anspruch auf Leistungen (nur) während 10 Tagen haben, ist eine zu weit gehende Reaktion auf die Gefahr des Erschleichens von materiell ungerechtfertigten Leistungen, die bloss von einer Minderheit der Arbeitnehmer ausgeht. Denn eine Gefahr wie diejenige des Erschleichens von materiell ungerechtfertigten Leistungen sollte nie so bekämpft werden, dass Leistungen *generell* verweigert werden (bzw. von vornherein limitiert werden).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Versicherungsbedingungen, dass Versicherte, die im Ausland erkranken, Anspruch auf Leistungen (nur) während 10 Tagen haben, *keine* Versicherungsbedingung im Sinne von Art. 22 Ziff. 3 Abs. 2 L-GAV, deren Nichteinhaltung die Pflicht des Arbeitgebers zur "Bevorschussung" der Krankentaggelder entfallen lässt, ist.

Eine derartige Beschneidung der Ansprüche, wie sie die Versicherungsbedingung, dass Versicherte, die im Ausland erkranken, Anspruch auf Leistungen (nur) während 10 Tagen haben, im Einzelfall zur Folge haben kann, namentlich wenn dem Versicherten eine Rückreise in die Schweiz aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar ist, bedarf, wenn sie nicht nur gegenüber dem Versicherer, sondern auch gegenüber dem Arbeitgeber gelten soll, einer klareren rechtlichen Grundlage, als sie Art. 22 Ziff. 3 Abs. 2 L-GAV bildet. Der Anwendungsbereich von Art. 22 Ziff. 3 Abs. 2 L-GAV ist denn auch etwa auf die Situation zu beschränken, dass der Versicherte nicht alles unterlässt, was den Heilungsverlauf gefährdet oder verzögert, mit der an und für sich selbstverständlichen Folge, dass der Versicherer gemäss den zu beachtenden Versicherungsbedingungen seine Leistungen kürzen kann. Solches ist vorliegend nicht gegeben. Die Krankheit ist nicht bestritten und im Übrigen auch durch Urkunden belegt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger von der Beklagten noch Leistungen (nach Art. 23 Ziff. 4 L-GAV) für die ganze Krankheitszeit vom 22. April 2002 bis zum 24. Mai 2002 (33 Tage) abzüglich des bereits erhaltenen Betrages für die Zeit vom 24. April 2002 bis zum 3. Mai 2002 (10 Tage) zugute hat."

(AGer., AN020882 vom 20.6.2003)

29. Gastgewerbe L-GAV 30; Vorgeschriebene Dienstkleider

Nach ihrem Austritt verlangte die Klägerin im Zusammenhang mit der Anschaffung von Dienstkleidern Fr. 300.--. Als Begründung führte sie aus, dass sie bei deren Anschaffung Fr. 500.-- habe bezahlen müssen, wovon sie am Ende des Arbeitsverhältnisses lediglich Fr. 200.-- zurück erhalten habe. Die Dienstkleidung hat die Klägerin am Ende des Arbeitsverhältnisses unbestrittenermassen zurück gegeben.

Aus dem Entscheid:

"Seitens der Beklagten wird dazu ausgeführt, dass die bestehende Dienstkleidung auf Wunsch der Mitarbeiterinnen eingeführt worden sei. Die Kleider hätten Fr. 670.-- gekostet, wovon die Mitarbeiterinnen Fr. 500.-- als Depot bezahlen mussten. Wenn eine Mitarbeiterin nur kurz im Unternehmen arbeite, müsse sie Fr. 50.-- pro Monat für die Benutzung der Kleider bezahlen. Nach 10 Monaten seien die Kleider abbezahlt und gehörten der Mitarbeiterin; die Klägerin habe aber seit Einführung der Dienstkleidung im Mai 2002 weniger als 10 Monate gearbeitet. Mit dieser Regelung seien alle Mitarbeiterinnen einverstanden gewesen.

Ist den Servicemitarbeitern eine besondere Dienstkleidung vorgeschrieben, hat der Betrieb diese zur Verfügung zu stellen oder zu bezahlen (Art. 30 Ziff. 3 Abs. 1 L-GAV 98). Selbst wenn die Mitarbeiterinnen mit der erwähnten Kostentragung der neuen Dienstkleidung einverstanden gewesen sein sollen, was die Klägerin allerdings bestreitet, ist diese Regelung nicht verbindlich, zumal eine in diesem Zusammenhang vom L-GAV 98 abweichende Vereinbarung ausschliesslich zugunsten des Mitarbeiters zulässig wäre (Art. 33 L-GAV 98). Der Anspruch der Klägerin ist somit ohne Weiteres ausgewiesen.

Reinigung der Dienstkleider

Die Klägerin verlangt für fünf Monate für Reinigung und Bügeln der Dienstkleider Fr. 250.--. Da sie diese Arbeiten selber zuhause habe ausführen müssen, habe sie gemäss L-GAV 98 Anspruch auf Fr. 50.-- Vergütung pro Monat. Seitens der Beklagten wurde bestätigt, dass die Mitarbeiter ihre Kleider zuhause waschen müssten; allerdings bestünde die Möglichkeit, sie im Betrieb zu bügeln.

Wird das Reinigen und Glätten der Dienstkleidung nicht vom Betrieb übernommen, hat der Arbeitgeber monatlich Fr. 50.-- zu bezahlen (Art. 30 L-GAV 98). Wohl stellt die Beklagte den Mitarbeitern im Betrieb eine Bügelmöglichkeit zur

Verfügung, waschen und bügeln müssen sie die Kleider aber selber. Die klägerische Forderung ist demnach ausgewiesen."

(AGer., AN030010 vom 14. Oktober 2003)

II. Ergänzungen zu weiter gezogenen Entscheiden in der Publikation 2002

1. Zu Nr. 1.; OR 321a; Nachwirkende Treuepflicht:
OGer., LA020023 vom 13.10.03: Bestätigung des arbeitsgerichtlichen Entscheides.
2. Zu Nr. 4.; OR 322d; Rechtliche Qualifikation eines Bonus:
Dieser Fall ist immer noch am Obergericht hängig.
3. Zu Nr. 5.; OR 324; Abrufvertrag; Beschäftigung während der Kündigungsfrist:
OGer., LA020029 vom 10.06.03: Bestätigung des arbeitsgerichtlichen Entscheides.
4. Zu Nr. 9.; OR 324a; Kein Lohnanspruch bei objektiver Unmöglichkeit:
OGer., LA020015 vom 18.03.03: Bestätigung des arbeitsgerichtlichen Entscheides.
5. Zu Nr. 10.; OR 329; Freizeit für Stellensuche bzw. Aufbau eines eigenen Betriebes:
OGer., LA020031 vom 15.10.03: Bestätigung des arbeitsgerichtlichen Entscheides.
6. Zu Nr. 17.; OR 336; Mobbing und missbräuchliche Kündigung:
OGer., LA020033 vom 02.07.03: Bestätigung des arbeitsgerichtlichen Entscheides.
7. Zu Nr. 22.; OR 337d; Schadenersatz bei ungerechtfertigtem Verlassen der Stelle:
OGer., LA020031 vom 15.10.03: Bestätigung des arbeitsgerichtlichen Entscheides.
8. Zu Nr. 23.; OR 340; Konkurrenzverbot und zusätzliches Abwerbverbot:
OGer.; LA 030001 vom 18.08.03: Das OGer. hat entschieden, der Kläger habe ohne begründeten Anlass gekündigt, weshalb das Konkurrenzverbot bestehen bleibt. Daran ändert die fristlose Entlassung nichts mehr. Da gegen das Verbot verstossen wurde, ist eine Konventionalstrafe von drei Monatslöhnen geschuldet. Die Beklagte hat diesen Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen (Verfügung vom 23.9.03).

III. Ergänzungen zu weiter gezogenen Entscheiden in der Publikation 2001

1. Zu Nr. 15.; OR 337; Internetpornographie am Arbeitsplatz:

BGer., 4C.349/2002 vom 25.06.03: Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten wurde.

IV. Umfrage über die Tätigkeit der Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter am Arbeitsgericht Zürich

Von Dr. Hans-Peter Egli (Bereichsvertreter des Arbeitsgerichts Zürich)

1. Einleitung

Zwei wesentliche Faktoren, welche das Verhältnis der Arbeitsrichter und Arbeitsrichterinnen¹ zum Arbeitsgericht Zürich beeinflussen, haben sich in jüngster Zeit geändert.

-- Die Zahl der AR wurde auf -- unsere Anregung hin, welche die VK des Obergerichts übernommen hatte -- durch Beschluss des Kantonsrates im Jahre 1999 reduziert. Grund dafür war die sukzessive Erhöhung der einzelrichterlichen Kompetenz². Die grosse Zahl der AR hatte zur Folge, dass gewisse AR kaum einen Einsatz pro Jahr ausführen konnten, was der Kontinuität der Rechtsprechung am Gericht nicht förderlich war. Am 17. April 2002 wählte der Gemeinderat der Stadt Zürich die neuen Arbeitsrichter. Seit 1. Juli 2002 sind statt 332 nur noch **120 Arbeitsrichter/innen** (60 Arbeitgeber- und 60 Arbeitnehmerrichter, aufgeteilt in fünf verschiedene Gruppen) tätig. Seit mehr als einem Jahr werden die AR daher häufiger eingesetzt und sind dadurch der Kanzlei wie den Vorsitzenden besser bekannt.

-- Ferner hat sich die Zahl der Einsätze der AR auch wegen der Erhöhung der Streitwertgrenze für das kostenlose, einfach und rasche Verfahren vermehrt.

¹ In der Folge:
AR:Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter
ArgR:Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter der Arbeitgeberseite
AnR:Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter der Arbeitnehmerseite
ArG:Arbeitgeberin / Arbeitgeber
AN:Arbeitnehmerin / Arbeitnehmer

² Bis 1. Juli 1987 Fr. 2'000.--;
von 1. Juli 1987 bis 1. Januar 1989 Fr. 8'000.--;
seit 1. Januar 1989 Fr. 20'000.--.

Die Grenze zwischen kostenlosem und normalem Verfahren liegt heute bei Fr. 30'000, so dass seit 2001 viele Klagen im Bereich des Streitwerts zwischen Fr. 20'000 und 30'000 erhoben werden. Die Grenze zwischen einzelrichterlichem und kollegialgerichtlichem Verfahren ist indessen bei Fr. 20'000 geblieben, so dass aus diesem Grund eine Zunahme kollegialgerichtlicher Verfahren erfolgte.

AR sind einerseits vom Prozessrecht her "normale" Richter, d.h. sie haben genauso viel zu sagen wie die Berufsrichter und ihre Stimme hat genauso viel Gewicht. Auf der andern Seite sind sie (in den meisten Fällen) keine Juristen. Viel wesentlicher ist aber, dass die AR nicht im Betrieb eingegliedert sind; sie kommen für eine Verhandlung und gehen wieder. Sie sind nicht darüber informiert, was mit ihren Prozessen während der Zeit geschieht, wo sie nicht anwesend sind und wissen über die Probleme des Arbeitsgerichts oft sehr wenig.

Das Umgekehrte ist auch der Fall. Unsere Kanzlei ist über die Wünsche und Bedürfnisse der AR wenig informiert, sie weiss nicht, wann diese in die Ferien gehen, wann sie sonst nicht zu einer Verhandlung kommen können etc.

Diese Überlegungen bewogen uns, über die Befindlichkeit und die Bedürfnisse der Arbeitsrichter/innen eine Umfrage durchzuführen.

2. Die Umfrage

Am 10. September 2003 wurden an alle 120 Arbeitsrichterinnen und -richter Fragebogen mit 40 Fragen verschickt. Die Bogen mussten bis am 25. September 2003 zurückgesandt werden. Mit 80.83 % ist die Rücklaufquote hoch. Das ist umso bemerkenswerter, als ein AR zwischenzeitlich bereits inoffiziell ausgetreten ist und vereinzelte gar nicht aufgeboden werden wollen. In Tat und Wahrheit lag die Quote sogar noch etwas höher, da vereinzelte Umfragebogen so spät eingegangen waren, dass sie bei der Auswertung nicht mehr berücksichtigt werden konnten.

Die ausgewerteten Zahlen ergeben -- zusammen gezählt -- nicht immer 100 Prozent, da vereinzelte Befragte nicht alle Fragen beantwortet haben.

Es wurden verschiedene Auswertungen vorgenommen, einerseits unterschieden nach ArgR und AnR, andererseits nach der verschiedenen langen Amtsdauer, sowohl in absoluten Zahlen als auch in Prozenten. Der Umfang verbietet es, sämtliche Auswertungen hier zu publizieren. Das ist indessen nicht von entscheidender Bedeutung, zeigen doch die Auswertungen nach Amtsdauer der AR keine signifikanten Unterschiede. Anders verhält es sich bei den Zahlen, unterschieden

nach ArgR und AnR. Dort finden sich einerseits Antworten, wo keine nennenswerten Differenzen zwischen den beiden Gruppen bestehen. Andererseits gibt es Antworten, wo überraschende Unterschiede zu finden sind. Auf diese wird bei der Auswertung speziell hingewiesen und darauf eingegangen.

Es wird darauf verzichtet, die Resultate sämtlicher Fragen zu publizieren. Wiedergegeben und kommentiert werden die Antworten auf allgemein interessierende Fragen und weniger auf solche, welche das persönliche Verhältnis der AR zur Arbeitsgerichtskanzlei, zu den Vorsitzenden oder zu den juristischen Mitarbeitern zum Gegenstand haben.

In der Folge sind die Resultate sämtlicher AR in tabellarischer Form bei den besprochenen Fragen angefügt. Wo signifikante Unterschiede zwischen ArgR und AnR bestehen, werden diese zusätzlich in graphischer Form verdeutlicht.

3. Persönliches

		1 Amtsdauer	2 Amtsd.	3 Amtsd.	4 Amtsd.	länger
1	Wie lange sind Sie schon Arbeitsrichter/in?	24.7	17.5	32.0	10.3	15.5
		ja	nein	weiß nicht		
2	Wenn Sie heute entscheiden müssten, würden Sie zu einer Wahl wieder zur Verfügung stehen?	91.8	2.1	5.2		

Die Resultate aus dem Teil "Persönliches" (Fragen 1--9) betreffen die persönlichen Ressourcen der AR, auf die das Arbeitsgericht keinen Einfluss hat.

Die Bereitschaft, sich für eine Wiederkandidatur zur Verfügung zu stellen ist mit fast 92 % hoch. Zwischen langjährigen AR und solchen in der 1. Amtsdauer sind keine nennenswerten Unterschiede festzustellen. Demzufolge ist der Schluss erlaubt, dass das Amt nicht allzu schnell verleidet.

		0-2 mal	3-7 mal	8-14 mal	15-20 mal	öfters
3	Wie oft wurden Sie seit Juni 2002 (Beginn der Amtsdauer) aufgeboten?	12.4	62.8	29.9	3.1	-

Selbstverständlich ist die Kanzlei bemüht, die Verhandlungen und Prozesse so regelmässig wie möglich auf die zweimal 60 Personen zu verteilen. Das ist leichter gesagt als getan, gilt es doch in erster Linie die AR der einzelnen Berufsgruppe zu berücksichtigen, in welche der Prozess gehört. Nicht selten sind etliche von diesen am Termin der entsprechenden Verhandlung unabhkömmlich. Es ist vom Gerichtsbetrieb her ausgeschlossen, die Verhandlungstermine auch mit den Arbeitsrichtern abzusprechen, da dies schon mit zwei Anwälten oft eine Kunst darstellt. Demzufolge lässt es sich nicht vermeiden, dass AR einer Berufsgruppe in einer andern zum Einsatz kommen. Das lässt sich bei Verfahren mit allgemein arbeitsrechtlichen Fragen ohne Schwierigkeiten vertreten, stellt sich doch beispielsweise das Problem der Lohnfortzahlung bei Krankheit für einen Coiffeur genau gleich wie für einen Informatiker.

		mehr	gleichviel	weniger
4	(Für AR mit mehreren Amtsdauern): Wie ist das im Vergleich zu den vorherigen Amtsdauern?	61.6	30.1	6.8

Eine wesentlichere Zunahme der Kollegialgerichtsfälle brachte ab 1. Juni 2002 die Streitwerterhöhung für das kostenlose Verfahren von Fr. 20'000 auf Fr. 30'000, die Kollegialgerichtscompetenz (ab Streitwert von Fr. 20'000) aber unverändert blieb.

		nie	ca. 10%	ca. 25%	ca. 50%	öfters
5	In wie vielen Fällen musste die Verhandlung verschoben oder abgesagt werden?	14.4	56.7	22.7	5.2	1.0

Die breite Verteilung der Antworten belegt, dass die Absagen oder Verschiebungen von Verhandlungen (gemäss Statistik der Arbeitsgerichtskanzlei ca. 40 % aller Verhandlungen!) die AR unterschiedlich treffen. Das Arbeitsgericht hat in der Regel darauf keinen Einfluss. Begründete Verschiebungsgesuche oder aussergerichtliche Einigung kurz vor der Verhandlung lassen eine solche zuweilen im letzten Moment platzen.

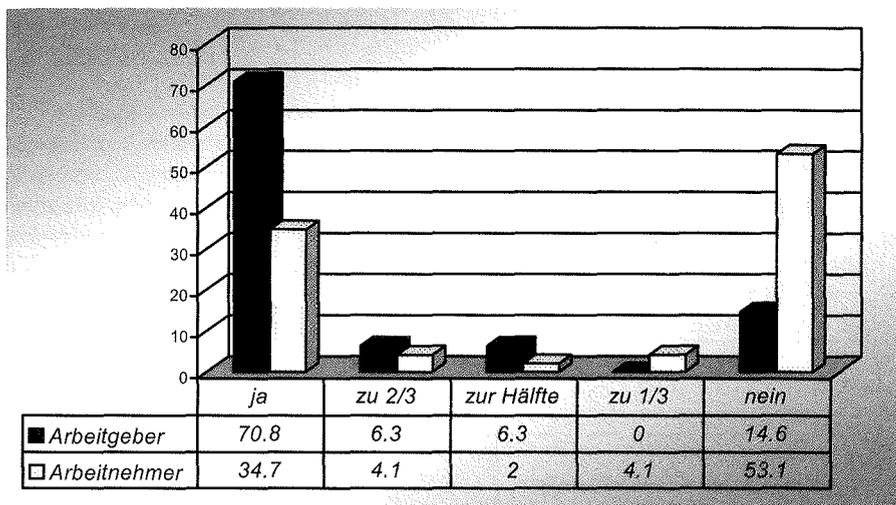
		Bis zu 1 Std.	1 bis 2 Std.	2 bis 3 Std.	3 bis 4 Std.	mehr
6	Wie groß ist Ihr zeitlicher Aufwand für das Arbeitsgericht pro Monat ohne die Verhandlungen?	38.1	42.3	14.4	3.1	-

Der Aufwand zur Vorbereitung einer Verhandlung ist sehr unterschiedlich, da auf der einen Seite schriftlich begründete Klagen samt einem Konvolut von Beilagen vorliegen können oder auf der andern Seite das Gericht bei Beginn der Verhandlung nicht mehr als den Streitwert kennt, im Übrigen aber keine Ahnung hat, worum es überhaupt geht. Da das Verfahren vor Arbeitsgericht grundsätzlich mündlich ist, können die Parteien vor der Hauptverhandlung nicht zu mehr verpflichtet werden, als den Streitwert ihrer Forderung zu bezeichnen.

		ja	zu 2/3	zu 1/2	zu 1/3	nein
7	Können Sie diese Arbeit während Ihrer normalen Arbeitszeit erledigen?	52.6	5.2	4.1	2.1	34.0

Bei dieser Frage spalten sich die ArgR und die AnR. Letztere sind zu mehr als der Hälfte gezwungen, die Vorbereitung in ihrer Freizeit zu erledigen, währenddem über 70 % der ArgR alles in ihrer normalen Arbeitszeit tun.

Können Sie diese Arbeit während Ihrer normalen Arbeitszeit erledigen?



		ja, viel	wenig	gar nicht	
8	Nützt Ihnen Wissen und Erfahrung Ihrer Tätigkeit auch in Ihrem beruflichen + privaten Alltag?	75.3	21.6	2.1	
		ja	häufig	selten	nie
9	Diskutieren Sie mit andern Personen über Probleme, mit denen Sie am AGER konfrontiert sind?	22.7	10.3	42.3	24.7

Dass lediglich ein Drittel der AR häufig mit Dritten über arbeitsgerichtliche Probleme diskutiert, mag mit einer gewissen Scheu in Zusammenhang stehen, denn die AR werden immer mal wieder auf das Amtsgeheimnis aufmerksam gemacht, dem sie natürlich genauso wie ein Berufsrichter unterliegen. Selbstverständlich

steht dieses einer Diskussion über Rechtsfragen in anonymisierter Form nicht entgegen.

4. Verhältnis zur Gerichtskanzlei

		ausgezeichn.	sehr gut	gut	zulänglich	unzulänglich
10	Wie werden Sie vor der Verhandlung mit Informationen über den Prozessstoff versorgt?	24.7	48.5	24.7	3.1	1.0

Das Arbeitsgericht hat schon vor einiger Zeit begonnen, die AR einige Zeit vor der Verhandlung mit den Prozessakten zu alimentieren. Das hat zur Folge, dass sich die AR in Ruhe zu Hause vorbereiten können und nicht erst kurz -- während sehr beschränkter Zeit -- vor Verhandlungsbeginn, was als massgeblicher Komfortgewinn für die AR bezeichnet werden darf.

		ausgezeichn.	sehr gut	gut	genügend	ungenügend
13	Wie beurteilen Sie die Betreuung durch die Mitarbeiter/innen unserer Kanzlei am Verhandlungstag?	22.7	52.6	23.7	1.0	-

Die Dienstleistungen der Kanzlei des Arbeitsgerichts werden geschätzt und durchaus positiv bewertet. In beiden Fällen erteilen die AR mit über zwei Dritteln die Qualifikation "ausgezeichnet" und "sehr gut". Dabei wird die Unterstützung am Verhandlungstag -- wohl auch, weil wichtiger -- noch höher bewertet. Weshalb die Bewertungen bei den ArgR durchwegs leicht höher sind, gehört zu den Geheimnissen der Umfrage.

5. Verhandlungen

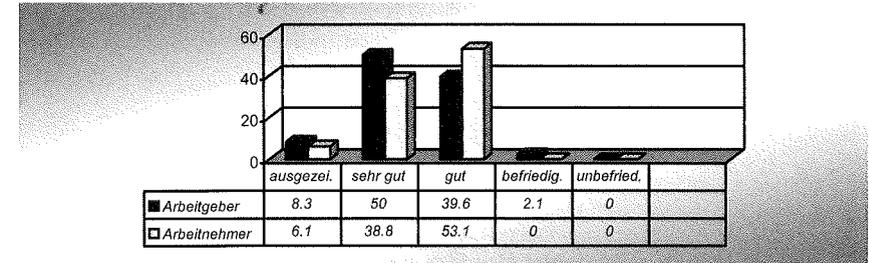
		ausgezeichn.	sehr gut	gut	befriedigend	unbefriedig.
19	Wie beurteilen Sie die räumliche Umgebung (Sitzungssäle)?	21.6	42.3	28.9	5.2	-

Nicht überraschend ist die zurückhaltende Beurteilung der räumlichen Situation am Arbeitsgericht, wo vor allem die Sitzungssäle im 3. Stockwerk den Ansprüchen an eine Kollegialverhandlung nur unzulänglich genügen. Immerhin bezeichnen über 60 % die Sitzungssaalumgebung mindestens als sehr gut. Auf die räumliche Umgebung (Sitzungssäle, andere Räume, Flure) hat das Arbeitsgericht keinen direkten Einfluss. Insbesondere die Sitzungssäle und die Platzverhältnisse im 3. Stockwerk sind etwas beengend und deshalb Kollegialgerichtsverhandlungen -- wenn immer möglich -- in den Sitzungssälen A und D im Erdgeschoss abzuhalten. Nicht zuletzt auf Anregung des Arbeitsgerichts wird zur Zeit ein Umbau des Erdgeschosses des Gebäudes Wengistrasse 30 geplant.

		ausgezeichn.	sehr gut	gut	befriedigend	unbefriedig.
20	Wie ist die Stimmung während der Verhandlung zwischen Gericht und Parteien sowie allgemein im Gerichtssaal?	7.2	44.3	46.4	1.0	-
		sehr freundl.	freundlich	unterschiedl.	unfreundlich	sehr unfreun.
22	Wie werden am Arbeitsgericht in der Regel die Parteien und Anwälte behandelt?	21.6	57.7	10.3	-	-

Dass bei dieser Frage nur mittelmässige Werte resultierten, erstaunt wenig; bei den ArgR sind sie etwas höher.

Wie ist die Stimmung während der Verhandlung zwischen Gericht und Parteien sowie allgemein im Gerichtssaal?



Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Gerichtsverhandlung nicht in erster Linie der guten Stimmung dient, sondern eine Streitsache zu bereinigen hat. Dass dabei zuweilen die Fetzen fliegen, ist unvermeidlich. Dieser Umstand lässt sich auch aus den Antworten zu Frage 22 entnehmen, wo lediglich ca. ein Fünftel der Befragten der Meinung ist, die Parteien und Anwälte würden sehr freundlich behandelt. Der in einer Gerichtsverhandlung herrschende Ton wird nicht ausschliesslich von den Vorsitzenden, sondern zu einem Teil auch von den Parteien/Anwälten mitbestimmt. Werden diese Umstände berücksichtigt, darf aus den Antworten durchaus geschlossen werden, die AR würden es als zufriedenstellend betrachten, wie die Vorsitzenden die Verhandlungen leiten.

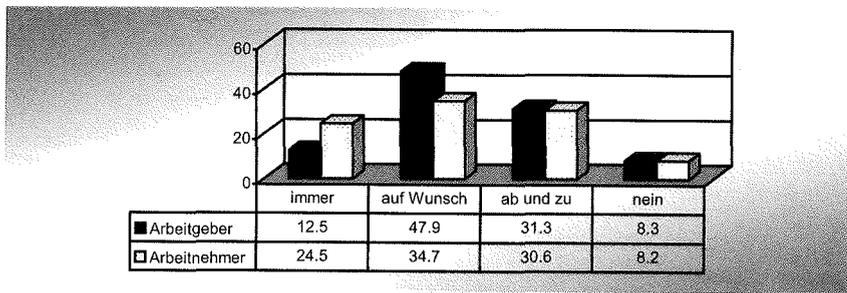
		ja, immer	auf Wunsch	ab und zu	nein
23	Möchten Sie vermehrt auch an Beweisverhandlungen (Zeugenvernehmungen) teilnehmen?	18.6	41.2	30.9	8.2

Die Beweisverhandlungen werden regelmässig vom Vorsitzenden allein geführt (§ 144 ZPO; Ausnahme: 4. Abteilung). Die Parteien können die Durchführung des Beweisverfahrens vor Kollegialgericht verlangen, aber auch die beiden

Arbeitsrichter selber, erfolgt doch die Übertragung auf den Referenten, den Vorsitzenden oder einer Delegation des Gerichts durch das Kollegium³. Nur eine kleine Minderheit der AR (kleiner bei den ArgR, grösser bei den AnR) möchte dies ändern und immer an den Beweisverhandlungen teilnehmen!

Grossmehrheitlich möchten die AR auf Wunsch oder von Fall zu Fall daran teilnehmen.

Möchten Sie vermehrt auch an Beweisverhandlungen (Zeugenvernehmungen) teilnehmen?



Die Delegation erfolgt im Regelfall mit Zirkularbeschluss (Beweisabnahmebeschluss). Damit ist der AR, der an der Beweisverhandlung teilnehmen möchte, gezwungen, einen schriftlichen Gegenantrag zu stellen, was eine gewisse Hemmschwelle darstellt. Die AR, die an der Beweisverhandlung teilnehmen wollen, können diesen Wunsch bereits in der Hauptverhandlung ausdrücklich äussern.

Es versteht sich von selbst, dass eine vermehrte Teilnahme von AR an den Beweisverhandlungen mit einer entsprechenden Kostensteigerung auf dem Konto "Arbeitsrichter" verbunden wäre. Doch darf dieser Umstand kein Argument bei der Frage der Durchführung von Beweisverhandlungen vor Kollegialgericht sein.

³ Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, N 2 zu § 144.

6. Beratung und Urteil

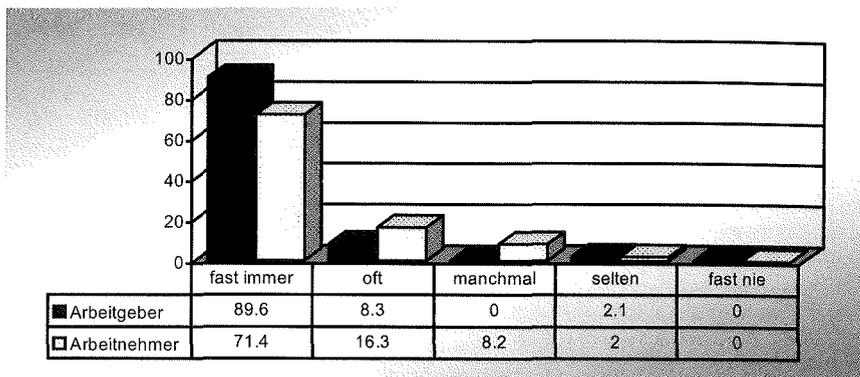
		zu lang	lang	gerade recht	kurz	zu kurz
24	Wie beurteilen Sie die zeitliche Dauer der Beratung?	1.0	7.2	87.6	4.1	1.0
		fast immer	oft	manchmal	selten	fast nie
25	Sind Sie ausreichend in der Lage, eine Meinung zu bilden und sie in die Beratung einzubringen?	61.9	26.8	11.3	-	-
		fast immer	oft	manchmal	selten	fast nie
26	Kommen Sie zu Wort, wenn Sie es wünschen?	80.4	12.4	4.1	2.1	-
		fast immer	oft	manchmal	selten	fast nie
27	Äussern Sie Ihre Meinung auch, wenn sie von derer anderer Beteiligten abweicht?	56.7	26.8	13.4	1.0	1.0

Vielleicht das wesentlichste Thema der Umfrage: die Mitwirkungsmöglichkeiten der AR. Die zum Teil hohen Werte der Maximalqualifikation können nicht verschleiern, dass in dieser Beziehung Defizite vorhanden sind. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nicht wenige Befragte bei der höchsten Qualifikation "fast immer" das "fast" durchgestrichen haben und damit dokumentierten, dass sie ihre Mitwirkung immer wahrnehmen und vollwertige Mitglieder des Spruchkörpers sind.

Dass die Resultate zu Frage 25 nicht überwältigend sind, lässt sich damit erklären, dass die überwiegende Anzahl der AR (mit Ausnahme einiger Anwälte und

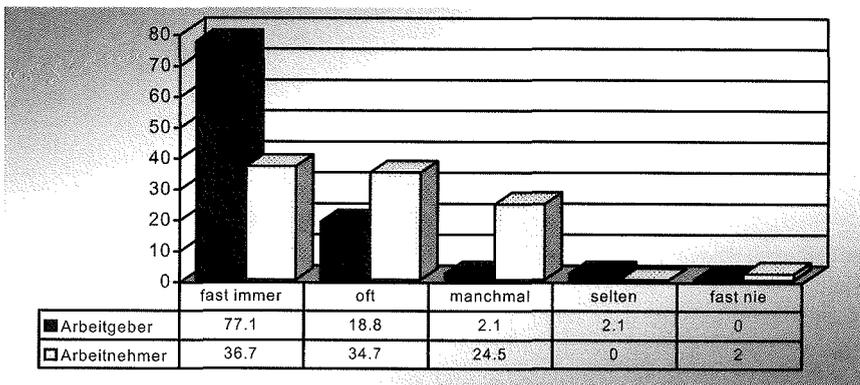
ändern Juristen) Laien sind und bei juristisch komplexen Fragen zwangsläufig nicht in dem Masse in der Lage sind, ihre Meinung einzubringen wie die Berufsrichter.

Kommen Sie zu Wort, wenn Sie es wünschen?



Noch eklatanter sind die unterschiedlichen Resultate bei der Frage über die Minderheitsmeinungen:

Äussern Sie Ihre Meinung auch, wenn sie von der anderer Beteiligter abweicht?



Die richterliche Unabhängigkeit verbietet es, darüber interne Vorschriften aufzustellen. Gemäss § 12 Abs. i.V. mit § 122 Abs. 2 GVG leitet der Präsident bzw. der Vorsitzende des Arbeitsgerichts die Verhandlungen. Die übrigen Mitglieder

sind indessen berechtigt, Ergänzungsfragen zu stellen und weitere Abklärungen zu verlangen⁴. Die Urteilsberatung ist in § 137 GVG geregelt. Danach eröffnet der Prozessreferent die Beratung und der Präsident hat das letzte Wort. Das ist am Arbeitsgericht anders, weil der Präsident bzw. der Vorsitzende immer auch Prozessreferent ist. Allerdings verpflichtet ihn das Gerichtsverfassungsgesetz, sämtliche Richter des Spruchkörpers vollumfänglich zu Wort kommen zu lassen, denn das Urteil ist im Zusammenwirken aller Richter zu fällen⁵. Insbesondere hat derjenige Richter, der nicht einverstanden ist und einen Gegenantrag stellen will, das Recht, als erster nach dem Prozessreferenten zu sprechen⁶.

		fast immer	oft	manchmal	selten	fast nie
29	Fällt das Urteil so aus, wie Sie es sich vorgestellt haben?	42.3	45.4	10.3	1.0	-

Es liegt in der Natur jedes Kollegialgerichts, dass nicht nur einstimmige, sondern auch Mehrheitsurteile gefällt werden⁷. Unter diesen Umständen sind die Resultate zu dieser Frage als normal zu werten und fielen erwartungsgemäss aus. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Unterschiede zwischen ArgR und AnR nicht signifikant sind, so dass jedenfalls kein Verdacht aufkommt, das Arbeitsgericht würde generell arbeitgeber- oder arbeitnehmerfreundliche Urteile fällen.

⁴ Hauser/Schweri, GVG, N 3 zu § 122.
⁵ Hauser/Schweri, GVG, N 6 zu § 137.
⁶ Hauser/Schweri, a.a.O., N 13.
⁷ Zuweilen sind schon 2:1 Urteile gegen den vorsitzenden Berufsrichter gefällt worden.

		ja	nein
30	Sollte Ihrer Meinung nach mehr auf dem Zirkularweg oder tel./E-mail erledigt werden können?	25.8	71.1

Hier wollen die AR nichts ändern. Die Möglichkeiten dazu wären auch von Gesetzes wegen eingeschränkt; Urteile dürfen nicht im Zirkulationsverfahren gefällt werden, eine mündliche Beratung ist in jedem Fall notwendig⁸.

7. Weiterbildung

		ausgezeichn.	sehr gut	gut	genügend	ungenügend
34	Wie beurteilen Sie das Angebot zur Weiterbildung seitens des Gerichts?	2.1	15.5	20.6	27.8	26.8
		ausgezeichn.	sehr gut	gut	genügend	ungenügend
35	Wie beurteilen Sie dasselbe Angebot seitens Ihrer Verbände bzw. Gewerkschaften?	3.1	15.5	27.8	22.7	20.6
		ja, viel mehr	ja, mehr	wenig mehr	gar nichts	
36	Sollte das Gericht mehr zur Weiterbildung der Arbeitsrichter/innen unternehmen?	4.1	50.5	35.1	7.2	
		ja, viel mehr	ja, mehr	wenig mehr	gar nichts	
37	Sollten Ihre Verbände/Gewerkschaften mehr zur Weiterbildung der Arbeitsrichter unternehmen?	5.2	37.1	29.9	23.7	

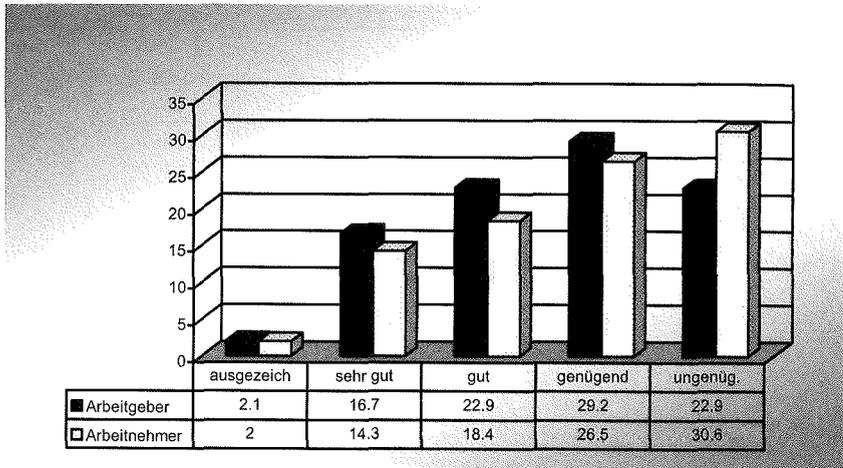
Die Weiterbildung der AR ist ein heikles Thema, weil recht unterschiedliche Anforderungen an das Gericht gestellt werden. Das beweisen die extremen Fälle, wo gewisse AR das Angebot des Arbeitsgerichts zur Weiterbildung als ungenügend beurteilten, aber gleichzeitig der Ansicht waren, es sollte gar nichts mehr dafür tun.

⁸ Z.B. Hauser/Schweri, GVG, N 6 zu § 137.

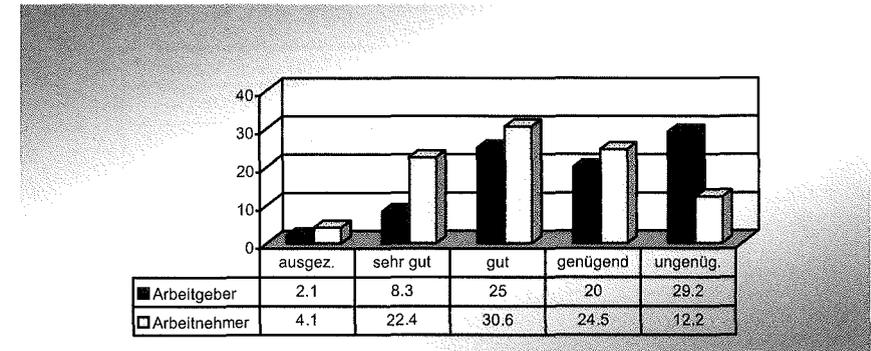
Andere beurteilten das Weiterbildungsangebot als sehr gut oder gut, um gleichwohl noch viel mehr zur Weiterbildung vom Gericht zu verlangen.

Grundsätzlich können die Resultate so interpretiert werden, dass hinsichtlich Angebot zur Weiterbildung sowohl Gericht wie Verbände und Gewerkschaften miserabel abschneiden. Die AnR nehmen die Gewerkschaften etwas weniger ins Gebet als die ArgR ihre Verbände. Das Gericht ist in der Mitte, wobei es von den ArgR und AnR etwa gleich beurteilt wird. Das erstaunt wenig, denn das Weiterbildungsangebot des Gerichts ist bis heute mehr als bescheiden⁹.

Wie beurteilen Sie das Angebot zur Weiterbildung seitens des Gerichts?



Wie beurteilen Sie dasselbe Angebot seitens Ihrer Verbände bzw. Gewerkschaften?

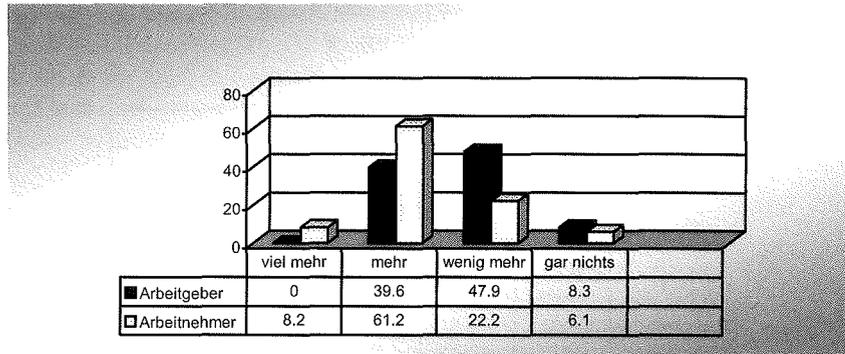


Auf die Verbände und Gewerkschaften kann sich das Gericht nicht verlassen, denn diese erfahren keine bessere Beurteilung.

Dennoch sind die Aussagen der Befragten hinsichtlich eines zukünftigen Weiterbildungsangebots deutlich. Es wird klar ein Mehr gefordert, nicht im Übermaß, aber ein gewisses Angebot erwartet die Mehrheit der AR. Der Wunsch ist bei den AnR weit ausgeprägter als bei den ArgR.

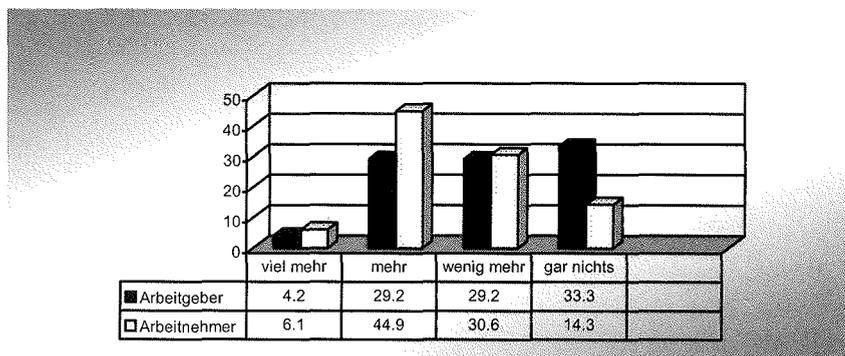
⁹ Ein AR schrieb: "Ich habe noch gar nie etwas davon gehört, dass das Gericht je etwas zur Weiterbildung für uns getan hätte."

Sollte das Gericht mehr zur Weiterbildung der Arbeitsrichter/innen unternehmen?



Der Wunsch nach Weiterbildung durch die Verbände und Gewerkschaften ist da, aber weniger ausgeprägt und auch hier bei den ArgR noch weniger als bei den AnR.

Sollten Ihre Verbände/Gewerkschaften mehr zur Weiterbildung der Arbeitsrichter/innen unternehmen?



Nimmt man diejenigen dazu, die lediglich ein "wenig mehr" fordern, sprechen sich 90% der AR (88 % der ArgR und 92 % der AnR) für ein Weiterbildungs-

angebot des Arbeitsgerichts aus. Von den Verbänden und Gewerkschaften verlangen das lediglich 72 % (63 % der ArgR und 82 % der AnR). Es darf füglich der Schluss gezogen werden, die überwiegende Zahl der AR fordere ein Weiterbildungsangebot des Arbeitsgerichts, die ArgR allerdings in einem bescheideneren Masse.

Der Wunsch nach Weiterbildung ist einerseits da und die AR fordern eine solche vom Arbeitsgericht mehr als von den Verbänden und Gewerkschaften. Andererseits geben sie ihrer Meinung klar Ausdruck, "der Karren soll nicht überladen werden". Deshalb hat das Arbeitsgericht beschlossen, zusammen mit den AR-Vertretungen ein Konzept zu entwerfen, d.h. die Weiterbildung einerseits breit abgestützt und andererseits praxisbezogen zu organisieren. Angemessen erscheinen ca. zwei jährliche Veranstaltungen oder allenfalls eine grössere Tagung.

V. Statistischer Überblick

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2002	2003
Übertrag Vorjahr	429	416
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1100	1130
Klageeingänge von Arbeitgebern	71	63
Total	1600	1609
Erledigungen im laufenden Jahr	1183	1205
Pendenzen Ende Jahr	417	404

Erledigungsarten

	2002	2003
durch Urteil	202	219
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	895	916
anderweitig	86	70

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2002	2003
Verhandlungen	998	1035
Beweisverfahren	61	81
Entscheidbegründung	282	133

Streitwerthöhe

	2002	2003
- 8'000	512	530
> 8'000 bis 12'000	157	143
> 12'000 bis 30'000	327	355
> 30'000 bis 100'000	123	110
> 100'000 bis 500'000	35	40
> 500'000	4	7

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2002	2003
bis 1 Monat	191	176
1 bis 2 Monate	400	404
2 bis 3 Monate	209	234
3 bis 6 Monate	188	206
6 bis 12 Monate	117	96
1 bis 2 Jahre	69	62
über 2 Jahre	9	27



ARBEITSGERICHT ZÜRICH