

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	5
1. OR 319; Zwei Betriebe am gleichen Ort: Wer ist Arbeitgeber?	5
2. OR 320; Mitarbeit der Ehefrau im Betrieb des Ehegatten	6
3. OR 321a; Vorbereitungshandlungen für eine eigene Arztpraxis	9
4. OR 321c; Schätzung von Überstunden?	11
5. OR 322; OR 328; Anspruch auf einen manipulierten Lohnausweis?	12
6. OR 322b; Bonusberechnung bei fixem Tagesansatz für den Kunden	13
7. OR 322d; OR 324a; 13. Monatslohn bei Lohnfortzahlung durch eine Krankentaggeldversicherung	14
8. OR 324; Zumutbarer Arbeitsweg beim Leiharbeitsverhältnis	15
9. OR 324a; Arbeitsverhinderung als Folge eines früheren nichtversicherten Unfalls	16
10. OR 329c; Freistellung und Ferienkompensation	18
11. OR 329c; Krankheit bedeutet nicht automatisch Ferienunfähigkeit	20
12. OR 330a; Rückforderung eines zu guten Zeugnisses durch den Arbeitgeber	21
13. OR 330a; Anspruch auf Zeugnis in deutscher Sprache	23
14. OR 330a; Anspruch auf Arbeitsbestätigung und/oder Arbeitszeugnis?	24
15. OR 334; Befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Probezeit von mehr als drei Monaten	24
16. OR 334; Zulässige Befristung des Arbeitsvertrags bis zur Rekrutenschule	26
17. OR 335; Delegation des Kündigungsrecht von der Temporärfirma an den Einsatzbetrieb?	27
18. OR 336; Entlassung nach Mobbing; Genugtung?	28
19. OR 336; Missbräuchliche Kündigung nach Kompetenzkonflikten im Betrieb (Verletzung der Fürsorgepflicht)	30
20. OR 336c; Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach der Geburt?	31
21. OR 337 und 328; Sexuelle Belästigung einer Praktikantin durch die Vorgesetzte	33
22. OR 340; Konkurrenzverbot bei einem Vermögensverwalter?	35
23. OR 340; Konkurrenzverbot bei einem Coiffeur?	36
24. OR 340c; Wegfall des Konkurrenzverbotes bei Lohnreduktion?	38
25. ArG 9; Anrechnung der Reisezeit	40
26. L-GAV 10 und 15; Teilzeitarbeit; Mindestlohnberechnung	42
27. GVG 13; Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts	45
28. ZPO 129; Verspätetes Verschiebungsgesuch; verspätete Berufung	46
29. ZPO 51; Anfechtung eines Vergleichs (Herausgabebegehren)	48
30. ZPO 68; Zahlung erst nach Klageanhebung: volle Prozessentschädigung	49
II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	51
III. Die sachliche Zuständigkeit gemäss § 13 Absatz 1 letzter Satz GVG	53
IV. Statistischer Überblick	65

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Vor Ihnen liegt die neuste Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheide aus dem Jahr 2007. Wir haben uns bemüht, wie immer eine praxisnahe Auswahl von Urteilen zusammen zu stellen, die sich mit häufigen Fragen des arbeitsvertraglichen Alltags befassen. Auch im Berichtsjahr beschäftigten Themen wie Mobbing, sexuelle Belästigung, Ferien und Freistellung, Kompetenzkonflikten im Betrieb und deren Auswirkungen und vor allem die Abfassung von Zeugnissen unser Gericht. Weitere interessante Entscheiden finden Sie zudem zum Thema Konkurrenzverbot. Am Ende der Entscheide sind drei Entscheide zum Verfahrensrecht aufgeführt, welche unter Umständen doch erhebliche Auswirkungen auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen haben können.

Im Anschluss an die Entscheidungssammlung enthält die Publikation einen aufschlussreichen Beitrag über die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes bei Klagen gegen Betriebe mit öffentlich-rechtlichem Charakter.

Wenn Sie Ihr Augenmerk für einmal auf unsere Statistik (vgl. S. 65) legen, werden Sie feststellen, dass im vergangenen Jahr die Zahlen der Prozesseingänge und -erledigungen abgenommen haben.

Wir werden immer wieder gefragt, ob unsere Eingangszahlen mit der konjunkturellen Entwicklung der Wirtschaft parallel laufen. Das ist nicht oder genauer gesagt nur bedingt der Fall. Es gibt eine Menge Parameter, die Einfluss auf die Zahl der arbeitsrechtlichen Klagen haben. Vornehmlich sind es die verschiedenen Rechtsauskunftsstellen der Verbände und Gewerkschaften. Arbeiten diese seriös und sorgfältig, lassen sich in viele Fällen Prozesse vermeiden.

Dabei möchten wir vor allem unsere eigene Auskunftsstelle in arbeitsrechtlichen Fragen erwähnen, die drei Tage in der Woche von unseren juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geführt wird. Die Nachfrage nach arbeitsrechtlichem Rat an der Wengistrasse 30 ist ungebrochen hoch und die Bedürfnisse der Ratsuchenden werden immer anspruchsvoller. Unsere Mitarbeitenden leisten eine bemerkenswerte Arbeit, die es verdient hier einmal dankend erwähnt zu werden. Sie beeinflussen die Quantität der eingehenden Klagen am Arbeitsgericht ganz wesentlich.

Unter www.bezirksgericht-zh.ch Thema Recht/Arbeit finden Sie einen Überblick zu verschiedenen Fragen, die sich im Arbeitsverhältnis häufig stellen. Ebenso können Sie dort Musterschreiben und Formulare herunterladen.

Zürich, im April 2008

Dr. Hans-Peter Egli, Bereichsvertreter
Dr. Gerhard Koller, Gerichtsschreiber/Ersatzrichter

I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

1. OR 319; Zwei Betriebe am gleichen Ort: Wer ist Arbeitgeber?

Die Klägerin war als Administrationsmitarbeiterin tätig, bis man sie nicht mehr weiterarbeiten liess und auch den Lohn nicht bezahlte. Vorgesetzte waren der Inhaber der Beklagten sowie dessen Tochter, welche dort eine Einzelfirma betrieb. Im Verfahren war daher zu prüfen, wer nun eigentlich ihr Arbeitgeber gewesen war.

Aus den Erwägungen:

«Sowohl die Beklagte als auch das von A. geführte Einzelunternehmen B. haben ihren Sitz an der X-Strasse. Die Büros der Beklagten und der B. sind räumlich nicht getrennt und voneinander nicht zu unterscheiden. Die beiden Unternehmen sind weiter miteinander verflochten: C., Geschäftsführer der Beklagten, verfügt bei der Firma B. über Einzelunterschriftsberechtigung und A. ist die Tochter von C., des einzigen Verwaltungsrats der Beklagten. Das sind weitere Umstände, weshalb die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, C. und A. würden in einem Unternehmen zusammenarbeiten.

Die Klägerin arbeitete mehrheitlich für die Beklagte. So musste sie die von C. erstellten Sitzungsnotizen und Berichte zum Thema Bauarbeiten und Architektur am Computer abschreiben. Arbeiten im Bereich des Kunsthandels und Finanzbusiness erledigte die Klägerin keine, da A. kaum Zeit hatte, ihr die Sachen zu erklären.

Ferner wurde die Klägerin angewiesen, sämtliche Telefonanrufe mit der Begrüssung des Namens der beklagten Firma entgegenzunehmen. Bei den Anrufern handelte es sich mehrheitlich um Kunden der Beklagten. Es liegt auf der Hand, dass dadurch bei der Klägerin der Eindruck geweckt worden ist, sie stehe in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. Entsprechend erklärte sie, sie hätte sich am Telefon doch nicht so gemeldet, wenn sie für einen anderen Arbeitgeber gearbeitet hätte.

Bei dieser Sachlage und aufgrund der engmaschigen Beziehung zwischen der Beklagten und der B. hätte die Beklagte der Klägerin unmissverständlich darlegen müssen, wenn sie nicht Arbeitgeberin gewesen wäre. Das hat sie unterlassen.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der erste Lohn im August 2006 von der Beklagten bezahlt worden ist. Die Beklagte hält dagegen, A. habe unter dem Namen der Beklagten der Klägerin den Augustlohn am Schalter bar einbezahlt, ansonsten eine Belastung auf dem Konto der Beklagten erfolgt wäre. Sie habe anscheinend den Namen der Beklagten angegeben. Das überzeugt wenig, ist doch entscheidend, dass A. aufgrund der Bezeichnung des Anweisenden bei der Klägerin den Anschein erweckt hat, die Einzahlung sei durch die Beklagte getätigt worden.

Ein weiteres Indiz für die Passivlegitimation der Beklagten stellen ihre beiden Schreiben an diese vom 19. Februar 2007 sowie vom 2. April 2007 dar. In beiden forderte die Klägerin die Beklagte zur Bezahlung der offenen Lohnforderungen auf, selbst wenn sie dasjenige vom 2. April 2007 an A. richtete. Wäre die Beklagte nicht

Arbeitgeberin gewesen, hätte sie naturgemäss auf die Schreiben reagiert und die Forderung als falsch adressiert zurückgewiesen. Sie unterliess aber beide Male eine Stellungnahme. Das bedeutet zwar noch nicht, sie habe die Forderungen anerkannt. Doch wäre eine Reaktion zu erwarten gewesen, wenn die Beklagte sich als die falsche Adressatin betrachtet hätte, weil von einer vernünftig handelnden Person in einem solchen Fall ein klarer Widerspruch erwartet worden wäre. Die Klägerin durfte auch in diesem Punkt in guten Treuen davon ausgehen, es handle sich bei der Beklagten um ihre Arbeitgeberin.

Umstände, welche für die Sachdarstellung der Beklagten sprechen würden, wurden nicht behauptet und sind auch nicht ersichtlich.

Es darf somit der Schluss gezogen werden, die Klägerin betrachte die Beklagte zu Recht als ihre Arbeitgeberin und es lägen keine Umstände vor, wonach sie nach dem Vertrauensprinzip auf die B. als ihre – ausschliessliche – Arbeitgeberin habe schliessen müssen. Die Passivlegitimation der Beklagten ist gegeben.

Selbst wenn die Klägerin in der Hauptverhandlung einräumen musste, sie wisse nicht genau, bei wem sie angestellt gewesen sei, weil sie sowohl für die Beklagte als auch für A. tätig gewesen sei, ist zu berücksichtigen, dass sie jedenfalls für beide, die Beklagte und die B. tätig gewesen ist. Damit war sie gleichermassen in die Arbeitsorganisation der Beklagten wie auch in diejenige von A.'s Einzelfirma eingegliedert, womit gleichzeitig zwei Arbeitgeber bestanden und ein Solidarschuldverhältnis vorgelegen hätte. Somit stellt sich im Zusammenhang mit der Passivlegitimation der Beklagten die Frage, wie die mehreren Schuldner nach aussen, d.h. ihrem Gläubiger gegenüber verpflichtet sind.

Solidarität bedeutet nach der Legaldefinition, dass jeder Schuldner dem Gläubiger gegenüber einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haftet (Art. 143 Abs. 1 OR). Der Gläubiger kann die geschuldete Leistung von einem einzelnen oder gleichzeitig von mehreren Solidarschuldnern verlangen (Art. 144 Abs. 1 OR; BGE 114 II 343 Erw. 2b). Soweit die Schuld durch Zahlung eines Mitarbeiters getilgt ist, werden auch die übrigen Solidarschuldner befreit (Art. 144 Abs. 2 OR).

Der Klägerin wäre es somit anheim gestellt, die geschuldeten Leistungen (ganz oder teilweise, falls sie teilbar sind) von einem einzelnen Solidarschuldner oder gleichzeitig von mehreren oder allen Schuldnern zu verlangen. Mit anderen Worten ist die Beklagte selbst für den Fall, dass ein Solidarschuldverhältnis vorliegen würde, für die eingeklagten Ansprüche passivlegitimiert.»

(A.Ger., AN070292 vom 11. Juli 2007; eine Berufung wurde am 27. September 2007 durch Vergleich erledigt.)

2. OR 320; Mitarbeit der Ehefrau im Betrieb des Ehegatten

Die Klägerin arbeitete in den Jahren 2000 bis 2002 teilzeitlich bei der Beklagten, deren Geschäftsführer ihr Ehemann ist. Gemäss Darstellung der Klägerin fanden diese Arbeitseinsätze im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses statt, während die Beklagte

davon ausgeht, es habe sich bei den Arbeitseinsätzen der Klägerin um sporadische Einsätze gehandelt, die das Mass der ehelichen Beistandspflicht im Sinne eines aussergewöhnlichen Beitrags nicht überschritten hätten.

Aus den Erwägungen:

«Der Umfang der Arbeitstätigkeit der Klägerin ist für die Abgrenzung zwischen ehelicher Beistandspflicht gemäss Art. 165 Abs. 1 ZGB und einer Arbeitstätigkeit im Rahmen eines faktischen Arbeitsvertrags gemäss Art. 320 Abs. 2 OR von Bedeutung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt ein Arbeitspensum von 40 % bis 50 % grundsätzlich eine Mitarbeit dar, welche über die eheliche Beistandspflicht hinausgeht.

Leistung von Arbeit

Wichtig für die Unterscheidung zwischen ehelicher Beistandspflicht und faktischem Arbeitsvertrag ist sodann auch die Art, in welcher die Arbeitsleistung erbracht wird sowie die Ausgestaltung des Betriebs. Dabei ist im Einzelfall zu prüfen, ob angesichts der Umstände angenommen werden kann, dass die Anwendung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts für einen gerechten Ausgleich der Interessen notwendig ist oder nicht. Hat die Arbeitstätigkeit für die Klägerin die Bedeutung einer selbständigen beruflichen Laufbahn gehabt, womit die familienrechtliche Situation in den Hintergrund getreten ist, rechtfertigt es sich, einen Arbeitsvertrag anzunehmen.

...Aufgrund dieser weitgehend übereinstimmenden Zeugenaussagen kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin als Alleinsekretärin im Dienste der Beklagten tätig war und dies nicht bloss aushilfsweise und sporadisch wie von der Beklagten geltend gemacht. Bei der Beklagten und der sich in denselben Räumlichkeiten befindlichen und ebenfalls vom Ehemann der Klägerin beherrschten X. AG handelt es sich um Familienbetriebe, deren administrativer sowie personeller Aufwand vergleichbar erscheint. In diesem Sinne dürfte die Klägerin bei der Beklagten mehrheitlich in zeitlicher wie auch in inhaltlicher Hinsicht genau dieselbe Funktion erfüllt haben, wie dies A. bei der X. AG tat. Wenn letztere davon spricht, selber jeweils von 08.30 bis 12 Uhr gearbeitet zu haben, was bei einer Normalarbeitszeit von 45 Stunden im Betrieb der X. AG einem Pensum von 38.9 % entspricht, ist somit davon auszugehen, dass auch die Klägerin zumindest in diesem Umfange für die Beklagte tätig war. Die Arbeitstätigkeit der Klägerin ging aber offensichtlich insofern über dieses Pensum hinaus, als die Klägerin im Gegensatz zu A. auch nachmittags arbeitete. Ob dabei mehrheitlich für die X. AG, deren Telefon sie jeweils übernahm, oder für die Beklagte kann letztlich offen bleiben. Einerseits spricht nämlich der Umstand, dass die Klägerin am Morgen und am Nachmittag für die Firmen des Ehemannes arbeitete, für eine Arbeitstätigkeit im Sinne einer selbständigen beruflichen Laufbahn. Andererseits sind beide Parteien weitgehend darin einig, dass es der Beklagten im Vergleich zur X. AG zumindest im Jahre 2003 finanziell schlechter ging, sie operative Probleme hatte. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Betrieb der Beklagten aufgrund dessen erhöhten Einsatz und Engagement erforderte. Das ergab sich so im Übrigen auch aus der Zeugenbefragung von Z. (Sohn der Klägerin

und im Jahr 2003 Geschäftsführer der Beklagten), der davon sprach, die ganze Familie habe geschaut, dass die Beklagte wieder habe aufgebaut werden können. Am Anfang in der Streitphase (Streit zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann) hätten sie geschaut, dass die Klägerin für die Beklagte und der Vater für die X. AG zuständig gewesen seien. Die Klägerin habe für beide Firmen ungefähr gleich viel gearbeitet, nachher mehr für die Beklagte, weil es nötig gewesen sei. Es kann daher ohne Weiteres davon ausgegangen werden, das Arbeitspensum der Klägerin für die Beklagte habe ungefähr einem 40 % bis 50 % Pensum entsprochen. Der Aussage des Zeugen A. (anderer Sohn der Klägerin) ist des Weiteren sinngemäss zu entnehmen, dass die Familien- und Haushaltarbeit der Klägerin neben ihrer Arbeitstätigkeit bei der Beklagten in den Hintergrund getreten ist. Auch dies zeigt, dass die Arbeitstätigkeit bei der Beklagten durchaus den Charakter einer selbständigen beruflichen Laufbahn gehabt hat. Die Behauptung der Beklagten, wonach die Klägerin hauptsächlich den Haushalt geführt und drei Kinder aufgezogen habe, ist zumindest für den Zeitraum der geltend gemachten Lohnforderung durch das Beweisverfahren, insbesondere durch die Aussagen der beiden Söhne widerlegt worden.

Subordinationsverhältnis

Für das Vorliegen eines (faktischen) Arbeitsvertrags ist im Weiteren wesentlich, dass die Arbeit unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers geleistet wird, d.h. dass der Arbeitnehmer persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich der Direktionsgewalt des Arbeitgebers untersteht. Die Klägerin macht geltend, in einem Subordinationsverhältnis zur Beklagten respektive ihrem Ehemann gestanden zu haben, was von der Beklagten bestritten wird.

Z. führte anlässlich der Beweisverhandlung als Zeuge aus, die Klägerin sei ihrem Ehemann unterstellt gewesen. Dieser sei daher auch in der Lage gewesen, ersterer zu kündigen. Bei den Griechen habe der Vater immer das letzte Wort. Man habe zu Beginn der ehelichen Streitigkeiten geschaut, dass die Klägerin für die Beklagte zuständig sei und der Ehemann der Klägerin für die X. AG. Die Beklagte selber liess bezeichnenderweise im Rahmen der Duplik ausführen, die Klägerin habe, wenn überhaupt, lediglich Sekretariats- und Hilfsarbeiten getätigt. Dem ist beizufügen, dass Hilfsarbeiten in der Regel auf ein bestehendes Subordinationsverhältnis hindeuten. Der Umstand, dass die Klägerin das Sekretariat der Beklagten alleine und selbstständig führte, spricht nicht gegen ein Subordinationsverhältnis. Der Ehemann der Klägerin, der 49/50 der Stammaktien hält, beherrschte die Beklagte. Es ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, dass die Klägerin über geschäftliche Belange innerhalb der Beklagten mitbestimmen konnte.

Entgegennahme/Genehmigung der Arbeitsleistung durch die Beklagte

Grundsätzliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR ist schliesslich, dass die Leistungsbeanspruchung auf die Initiative des Leistungsempfängers zurückgeht (JAR 1989 S. 107). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Beklagte das Tätigwerden der Klägerin gewünscht und auch akzeptiert haben muss. Dieser Umstand wurde von der Beklagten nicht bestritten. Die Klägerin hat ihre Arbeitsleistung weder unaufgefordert angeboten, noch hat die Beklagte ihre Dienste zurückgewiesen.

Fazit

In Anbetracht der konkreten objektiven Umstände und im Sinne eines gerechten Ausgleichs der Interessen erscheint es folglich angemessen, die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts in Anwendung zu bringen. Dies gilt umso mehr, als ab 27. Mai 2003 für die Klägerin und deren Ehegatten die Gütertrennung angeordnet wurde, die Klägerin mithin am Gewinn ihrer Arbeit weitgehend ausgeschlossen bleibt. Hinzu kommt, dass der Klägerin bei Scheidung der Ehe Erbanwartschaften verlustig gehen.»

(AGer., AN060076 vom 22. August 2007)

3. OR 321a; Vorbereitungshandlungen für eine eigene Arztpraxis

Der Kläger (Arzt) war als Praxisassistent (Lehrpraktiker) tätig. Das Arbeitsverhältnis wurde für eine befristete Dauer von einem Jahr, bis zum 31. Mai 2005 fest abgeschlossen, wobei es sich stillschweigend um jeweils drei Monate verlängern sollte, falls das Arbeitsverhältnis nicht unter Einhaltung einer zeitlich nicht bestimmten Kündigungsfrist beendet würde. Am 6. September 2005 wurde der Kläger fristlos entlassen. Der Beklagte warf dem Kläger u.a. berufliche Unfähigkeit sowie eine Reihe von Treuepflichtverletzungen vor (Nichteinhaltung des Konkurrenzverbots und Absicht, eigene Praxis zu eröffnen; kein Literaturstudium; Behandlung von Patienten ohne Rücksprache mit dem Beklagten; Kopieren und Verwenden von Kundendaten sowie Kunden- und Mitarbeiterabwerbung; Hinweise an die Kunden bezüglich der Eröffnung einer eigenen Praxis usw.).

Aus den Erwägungen:

«Das Resultat des Beweisverfahrens lässt den Schluss zu, dass der Kläger seine eigene Praxistätigkeit bereits vorbereitet hat, als er noch beim Beklagten in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis gestanden ist. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist dies allerdings nicht unstatthaft.

Es ist nicht erstellt, der Kläger habe noch während des Arbeitsverhältnisses Patientinnen des Beklagten abgeworben. Das wird von keiner der drei als Zeuginnen angerufenen Patientinnen bestätigt. Dass er dies allerdings nachher tat, ist durch die glaubhafte Aussage der Zeugin A. klar erstellt. Die Zeuginnen B. und C. stehen beide in einem sehr engen Verhältnis zum Beklagten; Erstere ist seine langjährige rechte Hand und arbeitet heute noch in ungekündigtem Arbeitsverhältnis bei ihm, letztere ist seine Ehefrau, die ihn auch in seiner Praxis nach Kräften unterstützt. Obwohl die beiden damit nicht völlig unbeteiligt und keine idealen Zeuginnen sind, belasten sie den Kläger nur indirekt. Ihre Aussagen reichen zu einem Beweis nicht aus. Wenn dem Beklagten Patientinnen bekannt sind, welche vom Kläger noch während des Arbeitsverhältnisses abgeworben worden sind, hätte er diese als Zeuginnen anrufen müssen. Der Beklagte selber räumte das in der persönlichen Befragung ein und bedauerte, ihm stünde das Arztgeheimnis im Wege. Die ästhetische Chirurgie sei ein

sehr sensibler Bereich, wo die Patientinnen und Patienten die Öffentlichkeit scheuen würden und gewöhnlich nicht bereit seien, vor Gericht auszusagen.

Auch der Vorwurf, der Kläger habe gegenüber Patientinnen Operations- und Behandlungsmängel des Beklagten festgestellt und dessen Fachkompetenz in Zweifel gezogen, blieb völlig unbewiesen. Der Beklagte erwähnte die Patientinnen X., Y. und Z. Die beiden ersten Frauen wurden nicht als Zeuginnen angerufen und Z. bestätigte die Behauptung des Beklagten nicht. Dass der Kläger gegenüber Z. eine andere Behandlungsmethode erwähnte, die er selber bevorzugen würde, war zulässig. Es blieb ja dann der Patientin überlassen, diese abzulehnen.

Würde auf die Zeugin B. abgestellt, wäre bloss erwiesen, dass sie vom Kläger mit dem Umstand seiner Praxisgründung und mit dem Wunsch, mit ihr zusammen weiter zu arbeiten, bekannt gemacht worden ist. Das geht womöglich darüber hinaus, was einem Angestellten während des laufenden Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf seine zukünftige Tätigkeit noch erlaubt ist. Allein das Handeln des Klägers erreicht nicht die Intensität, die es erlaubt hätte, ihn fristlos zu entlassen. Er machte B. noch kein konkretes Angebot, ja er wusste noch nicht einmal den Zeitpunkt, an welchem sie bei ihm mit der Arbeit hätte beginnen sollen. Die versuchte Abwerbung konkretisierte sich überhaupt noch nicht.

Nach der Zeugenvernehmung von N. steht fest, dass der Kläger mehr als einmal für den Beklagten bestimmte Unterlagen und anderes mehr in der P.-Klinik holte und in dessen Praxis brachte. Selbst wenn als bewiesen angesehen würde, dass Unterlagen weggekommen sind, hülfe das dem Beklagten noch wenig, denn ob der Kläger damit etwas zu tun hatte und was mit diesem Ordner geschehen ist, blieb im Dunkeln. Der Verdacht gegen den Kläger konnte zwar nicht ausgeräumt werden, doch das reicht zu einem Beweis nicht. Es hätte ihm nachgewiesen werden müssen, dass er Unterlagen an sich und mit sich nahm. So kann es nicht ausgeschlossen werden, dass die vermissten Unterlagen anderswie abhanden gekommen sind.

Es erübrigt sich deshalb, dem vom Beklagten im Rahmen der Beweiseingabe gestellten Editionsbegehren zu entsprechen. Ebenso nützt eine schriftliche Auskunft bei Dr. P. nichts, da die Bedeutung der entsprechenden OP-Richtschema nicht zur Diskussion stehen.

Dasselbe gilt auch für die abhanden gekommene DVD mit Behandlungsmethoden des Beklagten. Zweifellos ist die Möglichkeit, der Kläger habe diesen Bildträger an sich genommen, nach wie vor nicht auszuschliessen, denn selbst wenn der Bildträger den Beklagten und seine Praxis darstellte, hätte er dem Kläger gleichwohl wertvolle Informationen liefern können. Bewiesen werden konnte der Verdacht jedoch nicht. Niemand hat diese Unterlagen beim Kläger je gesehen.

Dass der Kläger noch während des Arbeitsverhältnisses Kundenadressen abschrieb oder kopierte, ist gleichfalls nicht bewiesen. Ob das Abschreiben von Kundendaten, das Abspeichern der Kundenkartei auf einen privaten Computer eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht darstellt, ist umstritten (ZK-Staehelin, N 45 zu Art. 321a OR; a.M. Streiff/von Kaenel, N 12 zu Art. 321a OR). Nicht verboten ist es jedenfalls, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an Kunden seines bisherigen Arbeitgebers wendet, weil er deren Namen und Daten eben noch in Erin-

nerung hat. Der Kundenkreis fällt nicht unter ein nachvertragliches Verwertungsverbot, sondern kann allenfalls durch ein Konkurrenzverbot geschützt werden (ZR 104 Nr. 18, S. 68 f.).

Zusammengefasst können dem Kläger keine Vorwürfe von einer derartigen Schwere gemacht werden, dass sie eine fristlose Entlassung rechtfertigen würden. Diese ist demzufolge ungerechtfertigt.»

Das Arbeitsgericht sprach dem Kläger in der Folge die geltend gemachten zwei Monatslöhne als Entschädigung gemäss Art. 337 Abs. 3 OR zu.

(AGer., AN050850 vom 22. Mai 2007; eine Berufung ist noch am Obergericht hängig)

4. OR 321c; Schätzung von Überstunden?

Der Kläger war gemäss Vertrag 42,5 Stunden pro Woche statt der nach L-GAV Gastgewerbe zulässigen 42 Stunden pro Woche tätig. Zusätzlich machte er geltend, auch am Abend immer länger und am Samstag gearbeitet zu haben. An brauchbaren Beweismitteln fehlte es aber.

Aus dem Entscheid:

«Die vom Kläger eingereichte Aufstellung seiner Überstunden ist als reine Parteibehauptung zu würdigen und hat keine erhöhte Beweiskraft; sie ist insbesondere keine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Sinne von Art. 21 Abs. 3 L-GAV (Gastgewerbe). So räumte die klägerische Rechtsvertreterin selbst ein, die Beklagte habe keine eigentliche Arbeitszeitkontrolle geführt, sondern bloss ein Minimum an Überstunden in der eingereichten Liste zusammengefasst, nachdem sie anfänglich noch behauptet hatte, der Kläger habe mit dieser Liste seine kontinuierlichen Aufzeichnungen ins Reine übertragen.

Gemäss den vom Kläger eingereichten Computerlisten über die Anreisen an Samstagen wurden an 29 Samstagen 3 oder mehr Zimmer/Appartements vergeben. Allerdings ist daraus nicht ersichtlich, wann die Zimmer der abreisenden Gäste – also prinzipiell auch an einem Samstag – oder erst später, in der Zeit von Montag bis Freitag erfolgte. Die Listen lassen auch offen, ob es jeweils der Kläger war, der die Zimmer geputzt hat oder jemand anders aus seinem Team.

Auch aus den von der Beklagten eingereichten Auslastungsvorschauen kann nicht auf die Arbeitszeit des Klägers geschlossen werden. Insbesondere ist unklar, ob es sich dabei lediglich um Vorschauen im Wortsinn, also Listen mit den Reservierungen für die jeweiligen Daten handelt oder um nachträglich erstellte Aufstellungen mit der tatsächlichen Zimmerbelegung.

Aus dem eingereichten Ausdruck der Homepage der Beklagten kann sodann für die behaupteten Überstunden des Klägers nichts abgeleitet werden, handelt es sich dabei doch bloss um Photographien der Räumlichkeiten und Gebäude der Beklagten. Die Beklagte hat denn auch nie in Abrede gestellt, dass sie als Beherbergungsbetrieb über etwa 160 Betten verfügt, wie vom Kläger behauptet. Damit ist indessen

noch nichts über den Arbeitsaufwand für die einzelnen Mitarbeiter gesagt, dieser hängt vielmehr von der Organisation des Betriebs ab.

Betreffend der von der Beklagten ins Recht gelegten Aussagen kann auf die Aussagenwürdigung bei den jeweiligen Zeugenaussagen verwiesen werden. Die schriftlichen Erklärungen entsprechen in den wesentlichen Punkten den Angaben, welche die Unterzeichner in ihren Zeugenaussagen gemacht haben.

Aufgrund der unterschiedlichen Angaben der Zeugen und der ins Recht gelegten Beilagen ergibt sich schliesslich kein einheitliches Bild über die Arbeitszeiten des Klägers am Abend und an den Samstagen. Der zahlenmässige Beweis für die behaupteten Überstunden ist dem Kläger daher nicht gelungen. Auch wenn zwei Zeugen in glaubhafter Weise erwähnen, dass teilweise länger gearbeitet worden sei, ist damit noch nicht nachgewiesen, dass der Klägerin durchwegs an fünf Tagen pro Woche eine halbe Stunde länger (als die vertraglich abgemachte Arbeitszeit) bzw. an allen Samstagen sechs Stunden arbeiten musste. Indessen steht aufgrund des Beweisverfahrens fest, dass der Kläger jedenfalls mehr als die von der Beklagten geltend gemachten 41 Stunden pro Woche arbeiten musste. Auch dass der Kläger oftmals Einsätze am Samstag geleistet hat, muss aufgrund der glaubhaften Ausführungen der zwei Zeugen als gegeben angesehen werden.

Steht grundsätzlich fest, dass Überstunden geleistet wurden, so kann das Gericht die Anzahl der geleisteten Überstunden in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen, sofern der zahlenmässige Nachweis von Überstunden nicht möglich oder nicht zumutbar ist (Bundesgerichtsentscheid 4C.142/2005, E. 5.2). Die vom Kläger geltend gemachten Überstunden sind indessen nicht per se unbeweisbar. Der Kläger hat zunächst selbst ausgeführt, er habe die Überstunden jeweils aufgeschrieben, diese Aufzeichnungen jedoch später wieder weggeworfen. Eine solche, laufend nachgeführte Überstundenkontrolle wäre als Beweismittel gemäss Art. 21 Abs. 3 L-GAV zugelassen worden. Ausserdem hätte der Kläger grundsätzlich auch die Möglichkeit gehabt, die Überstunden mittels Zeugen zu beweisen. Somit kann nicht von prinzipiellen Beweisschwierigkeiten des Klägers gesprochen werden. Unter diesen Umständen ist eine Schätzung der klägerischen Überstunden ausgeschlossen. Die Klage ist daher in diesem Punkt insoweit abzuweisen, als der Kläger Überstunden geltend macht, welche über die arbeitsvertraglich geregelte Arbeitszeit von 42,5 Stunden hinausgehen.»

(AGer, AN050392 vom 7. Juni 2007; vom OGer. bestätigt am 28. Jan. 2008; LA070022)

5. OR 322; OR 328; Anspruch auf einen manipulierten Lohnausweis?

Die Arbeitnehmerin machte geltend, es sei vereinbart worden, dass sie im Jahre 2006 nicht mehr als Fr. 18'500.– verdienen soll. Dementsprechend habe sie den übersteigenden Betrag im Dezember 2006 zurückbezahlt und im Jahr 2006 effektiv nur einen Lohn von Fr. 18'316.– erhalten. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Klägerin für einen Nettolohn von Fr. 20'043.– gearbeitet habe

und daher dieser Betrag im Lohnausweis aufgeführt werden müsse. Das Arbeitsgericht hielt fest, es bestehe ein klagbarer Anspruch auf einen Lohnausweis zuhanden der Steuerbehörden.

Aus den Erwägungen:

«Vorliegend stellte die Beklagte einen Lohnausweis aus. Damit ist sie ihrer arbeitsvertraglichen Pflicht aus Art. 328 OR nachgekommen. Die Beurteilung inhaltlicher Angaben im Lohnausweis liegt nicht im Kompetenzbereich des Arbeitsgerichts, vielmehr handelt es sich um eine steuerrechtliche und damit öffentlichrechtliche Fragestellung. Die Steuerbehörden haben zu beurteilen, ob das Vorgehen der Klägerin, den verdienten Lohn zurückzuzahlen, um nicht in eine höhere Steuerklasse zu geraten, zulässig ist. Aus arbeitsrechtlicher Sicht kann bezüglich Lohnvereinbarung lediglich festgehalten werden, dass die Klägerin zwar anfangs die Bedingung gestellt hat, nicht mehr als Fr. 18'500.– zu verdienen, in der Folge aber eine andere Lohnzahlungsmodalität gehandhabt wurde. Die geleisteten Stunden und Wochen bildeten die Berechnungsgrundlage für die Lohnzahlung und die entsprechenden Beträge nahm die Klägerin monatlich entgegen. Danach erscheint es rechtsmissbräuchlich, wenn die Klägerin Ende Jahr einen Betrag zurückbezahlt, um nicht in eine höhere Klasse zu geraten und sich im Gegenzug den gleichen Betrag im Folgejahr wieder auszahlen lässt. Wie erwähnt betrifft dies allerdings eine steuerrechtliche Frage, sodass diese vorliegend offen bleiben kann. Zusammenfassend ist in diesem Punkt mangels Zuständigkeit des Arbeitsgerichts auf die Klage nicht einzutreten.»

Entsprechend wurde auch eine Entschädigungsforderung wegen (angeblich) fehlendem Lohnausweis abgewiesen.

(AGer., AN070675 vom 20. Dez. 2007; Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist noch hängig.)

6. OR 322b; Bonusberechnung bei fixem Tagesansatz für den Kunden

Die Parteien vereinbarten zur Erreichung der Bonusziele einen Tagesansatz, der den Kunden verrechnet werden sollte. Bei der Abrechnung ging der Arbeitgeber von einem tieferen Ansatz aus, weshalb der Kläger den Mindestumsatz nicht erreichte, womit er nicht einverstanden war.

Aus den Erwägungen:

«Der Beklagten ist zuzustimmen, dass die Pauschale von 12 % für Reise- und Nebenkosten bei der Berechnung des vom Kläger erzielten Umsatzes nicht zu berücksichtigen ist. Hingegen ist ihr Einwand, der Personentagesatz von € 935.– enthalte nicht sämtliche Kosten, welche vom Kunden geltend gemacht werden könnten, nicht zu berücksichtigen. Sieht ein Vertrag mit dem Kunden vor, ein Mannstag eines Junior Consultant koste € 935.–, so ist diesem auch der gesamte Betrag von € 935.– an den bonusrelevanten Umsatz anzurechnen und zwar unabhängig davon, ob ein Teil davon für Kosten aufgewendet werden muss, die nicht in der Pauschale von 12 % ent-

halten sind oder vom Kunden nicht geltend gemacht werden können. Im Übrigen vermag die Beklagte nicht darzulegen, weshalb die 196.5 Mannstage des Klägers den Kunden lediglich und durchwegs zu einem Honorar von € 900.– und nicht mindestens, wie in den eingereichten Offerten vorgesehen, zu einem solchen von € 935.– verrechnet werden konnten.

Der Kläger seinerseits hatte nie Einsicht in die den Kunden verrechneten Honorare. Nach Treu und Glauben durfte er davon ausgehen, seine (unbestrittenen) 196.5 Mannstage seien – wie in der Bonusvereinbarung aufgeführt – mit Fr. 1'600.–, mindestens aber mit einem Honorar von € 935.– verrechnet worden. Um diesen guten Glauben zu zerstören, hätte die Beklagte dem Kläger fortlaufend die verrechneten Umsätze mitteilen müssen. Mit anderen Worten muss sich die Beklagte den guten Glauben des Klägers darin, dass er mit seinen 196.5 geleisteten Mannstagen den Mindestumsatz erreicht habe, entgegenhalten lassen. Der zu verrechnende Tagesansatz wurde von beiden Parteien in gegenseitigem Einverständnis festgelegt und konnte damit nicht mehr von der Beklagten einseitig herabgesetzt werden, ohne den Arbeitsvertrag zu verletzen.»

In der Folge wurde dem Kläger der Bonus zugesprochen. Dabei wurde aber derjenige zugesprochen, der bei Erreichen der Ziele vorgesehen war, und nicht ein linear ansteigender höherer Bonus, weil das Ziel überschritten worden war.

(AGer., AN060891 vom 21. August 2007; eine Berufung ist noch hängig)

7. OR 322d; OR 324a; 13. Monatslohn bei Lohnfortzahlung durch eine Krankentaggeldversicherung

Der Arbeitnehmer machte geltend, ihm sei der 13. Monatslohn für 2005 weder bis zum Beginn der Zahlungen der Krankentaggeldversicherung noch nachher bezahlt worden. Der Arbeitgeber wendete ein, das 13. Monatsgehalt sei in den Taggeldeleistungen der Versicherung integriert gewesen.

Aus den Erwägungen:

«Dem Kläger wurde ein 13. Monatslohn vertraglich zugesichert. Dabei handelt es sich um einen Lohnbestandteil. Bei versicherter Krankheit (Versicherung leistet Krankentaggeld) besteht in dieser Zeit keine Pflicht des Arbeitgebers zur anteiligen Leistung des 13. Monatslohnes, weil die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers durch die Versicherung vollumfänglich abgedeckt ist (Streiff/von Kaenel, N. 15 zu Art. 322d OR). Vorliegend wurde Krankentaggeld bezahlt, weshalb kein Anspruch auf ein 13. Monatsgehalt für die Dauer ab 8. September 2005 besteht. Für die Phase vom 1. Januar bis 7. September 2005 hat der Kläger jedoch Anspruch auf Anteil am 13. Monatsgehalt. Aus den Akten geht nicht hervor, dass die Beklagte diesen Anteil bereits bezahlt hat.»

(AGer., AN060406 vom 27. November 2007)

8. OR 324; Zumutbarer Arbeitsweg beim Leiharbeitsverhältnis

Zur Vorgeschichte siehe Entscheid Nr. 17.

Aus dem Entscheid:

«Die Klägerin habe der Personalverleihfirma Ende Februar anfangs März 2007 erklärt, dass sie eine neue Stelle suche. Die Beklagte habe aber für sie zu dieser Zeit keine passende Stelle gehabt. Ein Angebot für eine Tätigkeit in Uster habe sie im März 2007 erhalten. Sie habe aber abgelehnt, weil sie per 1. Mai 2007 nach Wohlen gezogen sei. Auch für März und April 2007 habe sie abgelehnt, weil es ihr von Glattfelden nach Uster ebenfalls zu weit gewesen sei.

Erst Ende Februar erfolgte von der Klägerin damit das Angebot der Arbeit, womit die Beklagte in Annahmeverzug geriet. Der Arbeitgeber und Personalverleiher befindet sich aber nur so lange in Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR, als er dem Leih-Arbeitnehmer keinen anderen Einsatz vermitteln kann. Zu bemerken gilt, dass der betreffende Einsatz dem Leih-Arbeitnehmer auch zumutbar sein muss.

Die Beklagte bestätigte, dass die Klägerin sich anfangs März 2007 gemeldet habe. Die Beklagte habe ihr, nachdem sie dies bereits ein erstes Mal am 18. Januar 2007 getan habe, dann (erneut) die Stelle bei der Y. in Uster angeboten. Die Klägerin habe abgelehnt, weil ihr der Arbeitsweg von Glattfelden nach Uster zu weit gewesen sei. Diese Absage aus besagtem Grund stellte die Klägerin nicht in Abrede. Aus den Ausführungen der Parteien geht hervor, dass – obwohl die Klägerin von Ende Februar und die Beklagte von anfangs März gesprochen haben – das Arbeitsangebot zeitlich die direkte Folge der Erklärung der Klägerin, eine neue Stelle zu suchen, gewesen sein muss.

Ein Einsatz wurde der Klägerin durch die Beklagte somit vermittelt. Es bleibt die Frage zu beantworten, ob der angebotene Einsatz in Uster der Klägerin auch wirklich zumutbar gewesen ist. Dabei gilt es vor allem drei Punkte zu berücksichtigen: Den Lohn, den Arbeitsweg sowie die Arbeitstätigkeit.

Die Arbeitstätigkeit bei der X. und der Y. ist gemäss Aussagen der Beklagten, die nicht bestritten wurden, die gleiche gewesen. Ebenso wäre die Arbeit bei der Y. ähnlich gut bezahlt gewesen. Es wäre zwar ein tieferes Fixum, nämlich Fr. 25.– pro Stunde ausbezahlt worden, aber im Gegensatz zur X., wo die Klägerin fix Fr. 30.– pro Stunde verdient habe, hätte es bei Y. noch die Möglichkeit einer Provision gegeben. Darüber sei aber gar nicht diskutiert worden, weil die Klägerin von Anfang an abgelehnt habe. Ungeachtet der Behauptung, ob überhaupt über den Lohn gesprochen worden ist, ist festzustellen, dass der Stundenlohn inklusive Provision bei der Y. nicht eine derartige Verschlechterung des Einkommens darstellt, dass die Annahme dieser Stelle nicht zumutbar gewesen wäre. Es hätte gar die Möglichkeit bestanden, durch die Provision mehr zu verdienen, als das bei der X. möglich gewesen wäre.

Schliesslich ist der Arbeitsweg in Erwägung zu ziehen. Die Klägerin wohnte im Zeitpunkt des Arbeitsangebotes im März noch in Glattfelden und arbeitete in der Stadt Zürich an der Hardturmstrasse. Der Anfahrtsweg beträgt durchschnittlich ungefähr 45 Minuten. Hätte die Klägerin von Glattfelden stattdessen nach Uster fahren müssen, hätte sie rund eine Stunde benötigt. Die Differenz des Anfahrtswegs beträgt somit gut

eine Viertelstunde. Der Weg nach Uster ist somit nur ein wenig länger gewesen, was im Rahmen des der Klägerin Zumutbaren gelegen hätte. Ebenso kann das Vorbringen der Klägerin nicht gehört werden, sie hätte für das Ticket nach Uster mehr bezahlen können, denn auf Nachfragen des Einzelrichters konnte sie nicht ausführen, wie viel mehr das Billett tatsächlich koste, weshalb man davon ausgehen muss, dass sich der Klägerin die Frage der höheren Auslagen im Zeitpunkt des Arbeitsangebotes gar nicht erst gestellt hat. Die Klägerin führte weiter aus, sie sei auf anfangs Mai nach Wohlen/AG gezogen. Auch hier macht sie sinngemäss geltend, dass es für sie nicht zumutbar gewesen sei, von Wohlen nach Uster zu gelangen, weshalb sie die Stelle abgelehnt habe. Vergleicht man auch hier die Anfahrtszeiten von Wohlen nach Zürich und nach Uster, ergibt sich eine Differenz einer durchschnittlich 20 Minuten längeren Reisedauer nach Uster. Auch diese zeitliche Differenz ist noch als zumutbar zu erachten. Es muss dabei berücksichtigt werden, dass die Klägerin in einem Temporärarbeitsverhältnis angestellt war. Da diese Arbeitsverhältnisse in aller Regel auf kürzere Zeit abgeschlossen werden als bei Festangestellten, darf diesbezüglich auch eine grössere Flexibilität des Arbeitnehmers erwartet werden, wenn von vornherein klar ist, dass der Arbeitseinsatz nur eine gewisse Dauer in Anspruch nehmen wird.

Somit ist festzuhalten, dass im Zeitpunkt des Fällens des Urteils zwar der Einsatzvertrag und damit das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten noch nicht als beendet gelten darf, die Beklagte sich aber bis zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht in Annahmeverzug befunden hat und mithin der Klägerin keine Lohnzahlung schuldet.»

(AGer., AN070241 vom 21. Juni 2006)

9. OR 324a; Arbeitsverhinderung als Folge eines früheren nichtversicherten Unfalls

Ab Januar 2006 kam es bei der Klägerin zu verschiedenen krankheitsbedingten Arbeitsausfällen, wofür ihr die Krankentaggeldversicherung Taggelder ausrichtete. In der Folge rückten bereits zuvor vorhandene, aber die Arbeitsleistung zunächst nicht beeinträchtigende, unfallbedingte Beschwerden in den Vordergrund. Im Zeitpunkt des damaligen Unfalls im Juni 2003 war die Klägerin Schülerin und verfügte über keine Taggeldversicherung für Nichtberufsunfall.

Aus den Erwägungen:

«Unbestritten ist, dass die Klägerin zur Zeit ihres Unfalls am 14. Juni 2003 weder gegen Berufsunfall noch gegen Nichtberufsunfall taggeld-versichert war.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 UVG beginnt der Versicherungsschutz der für die Anstellung der Klägerin bei der Beklagten obligatorischen NBU-Taggeld-Versicherung an dem Tag, an dem der Arbeitnehmer aufgrund der Anstellung die Arbeit antritt oder hätte antreten sollen. Ein rückwirkender Versicherungsschutz einer erst nach dem Unfall abgeschlossenen Versicherung ist somit ausgeschlossen und es kann daher

für den Lohnausfall zufolge des früheren Unfalles der Klägerin nicht die betriebliche NBU-Taggeldversicherung beansprucht werden.

Zwischen den Parteien ist die Auslegung von Art. 53 des Gesamtarbeitsvertrages strittig, weshalb auf diese Bestimmung näher einzugehen ist.... Art. 53.1 GAV hält fest, bei unfallbedingter teilweiser Erwerbsunfähigkeit werde das Taggeld der Unfallversicherung nach der Höhe der Erwerbsunfähigkeit während zwei Jahren auf 90 % des ordentlichen Bruttolohnes ergänzt. Sinn und Zweck dieser Bestimmung kann nur sein, die gesetzliche Deckung gemäss Art. 17 Abs. 1 UVG in der Höhe von 80 % des Bruttolohnes durch den Arbeitgeber auf 90 % aufzustocken, weshalb die Beklagte dadurch implizit lediglich zu einer Aufstockung um 10 % verpflichtet wird. Das ergibt bereits der Wortlaut der Bestimmung, wonach bei voller Erwerbsunfähigkeit das "Taggeld der Unfallversicherung durch das Unternehmen folgendermassen ergänzt wird: ...", womit stipuliert wird, dass die Unfallversicherung ein Taggeld auszahle (analog die Formulierung in Art. 53.2 GAV). Dagegen sichert die Beklagte ihrer Belegschaft damit nicht zu, dass das Unternehmen 90 % des ordentlichen Lohnes bezahle (was im Übrigen auch nicht aus dem Stundenlohnreglement hergeleitet werden kann, da dort explizit auf die Regelung gemäss GAV verwiesen wird). Es ergibt sich aber auch mit Hinblick auf die von der Beklagten für den Krankheitsfall vorgesehene Regelung: Diesfalls ist die Belegschaft für 90 % des Lohnes versichert (Art. 47 GAV). Augenscheinlich soll mit der Regelung bei Unfall eine Gleichstellung von Unfall und Krankheit dadurch erzielt werden, dass die gesetzlich vorgegebenen Leistungen der Unfallversicherung durch das Unternehmen derart ergänzt werden, dass auch in diesem Falle der Lohn der betroffenen Mitarbeiterin weiterhin 90 % erreicht.

Die Regelung in Art. 53.1 GAV kann mithin nicht dahingehend verstanden werden, dass die Beklagte selbst – für eine Dauer von bis zu zwei Jahren! – eine Lohnzahlungspflicht von 90 % des Bruttolohnes übernehmen würde, falls überhaupt keine Versicherungsdeckung besteht. Allenfalls liesse sich aus der genannten Bestimmung herleiten, dass die Beklagte – wie im Versicherungsfalle – auch bei fehlendem Versicherungsschutz nur verpflichtet wäre, 10 % des Bruttolohnes zu bezahlen, welche Regelung aber augenscheinlich dem Erfordernis der Gleichwertigkeit nicht entsprechen würde (Art. 324a Abs. 4 OR).

Da ein Versicherungsschutz für den unfallbedingten Arbeitsausfall der Klägerin nicht gegeben ist und Art. 53.2 GAV für diesen Fall nicht anwendbar ist, namentlich die Beklagte nicht verpflichtet ist, selbst 90 % des Bruttolohnes der Klägerin auszurichten, regelt sich die Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten mangels anderweitiger gleichwertiger Regelung für den vorliegenden Sachverhalt nach Art. 324a Abs. 1 OR.

(Definition von Art. 324a OR und der Skalen)

Art. 324a OR stellt auf das Dienstjahr ab, das am Tag der vertraglich vereinbarten Arbeitsaufnahme beginnt. Wenn ein neues Dienstjahr anbricht, entsteht der Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung in der Regel neu (JAR 1999 S. 167). Die kantonalen Gerichte weichen zum Teil von diesem Grundsatz ab, wenn im Vorjahr bereits beträchtliche Leistungen erbracht worden sind. Das Bundesgericht dagegen hat klargestellt, dass Leistungen im Vorjahr allein kein Grund für eine Reduktion des in jedem Dienstjahr neu entstehenden Anspruches darstelle, sondern sich eine

solche aufgrund der Gesamtumstände aufdrängen müsse (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 324a/b OR; ZR 2000 Nr. 75; JAR 1999 S. 167).

Die Klägerin trat das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten am 4. April 2005 an. Somit befand sie sich in der Zeit vom 12. Juni 2006 bis 31. Oktober 2006 im zweiten Dienstjahr. Die Zürcher Skala sieht hierfür eine Lohnfortzahlungspflicht für acht Wochen vor. Auch wenn die Klägerin im Vorjahr bereits Leistungen bezogen hat, kann darin für sich allein noch kein Grund für eine Reduktion des im April 2006 neu entstandenen Lohnfortzahlungsanspruchs gesehen werden. Vielmehr gilt es zu beachten, dass sich vorliegend die Ursache der Arbeitsunfähigkeit, die im ersten Dienstjahr – soweit ersichtlich – ausschliesslich krankheitsbedingt war, im Verlaufe des zweiten Dienstjahres zu einer unfallbedingten Absenz verschob. Zu beachten ist auch die wirtschaftliche Potenz der Beklagten (vgl. dagegen ZR 2000 Nr. 75). Es hat deshalb beim ungekürzten Anspruch der Klägerin zu verbleiben, und es ist ihr für ihr zweites Dienstjahr der volle Anspruch auf acht Wochen Lohnfortzahlung einzuräumen.

Es blieb unbestritten, dass die Beklagte der Klägerin ab dem 12. Juni 2006 nur die geleisteten Arbeitsstunden, nicht aber den medizinisch ausgewiesenen Lohnausfall von 50 % bezahlte. Ebenfalls blieb unbestritten, dass die Klägerin grundsätzlich an vier Tagen pro Woche durchschnittlich achteinhalb Stunden pro Tag arbeitete, was eine Wochenarbeitszeit von 34 Stunden ergibt. In einem Zeitraum von acht Wochen hätte die Klägerin folglich 272 Stunden gearbeitet.

Nach dem Wortlaut von Art. 324a Abs. 1 OR sind die unverschuldeten Abwesenheiten aus verschiedenen Gründen zu addieren. Der Lohn ist mithin nur solange zu bezahlen, als die Abwesenheiten z.B. aus Krankheit und (unversichertem) Unfall die Dauer der Zahlungspflicht nicht überschreiten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 52 zu Art. 324a/b OR).

Das hat zur Folge, dass an die Leistungspflicht der Beklagten die für die Krankheit seitens der Krankentaggeldversicherung bereits erbrachten Leistungen anzurechnen sind.»

(AGer., AN070200 vom 7. Juni 2007)

10. OR 329c; Freistellung und Ferienkompensation

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis am 2. März 2007 fristgerecht auf den 31. Mai 2007. Am 24. April 2007 wurde er mündlich freigestellt, wobei er nicht aufgefordert wurde, die Ferien innerhalb der Freistellungszeit zu beziehen. Wegen der Stellensuche verlangte der Arbeitnehmer, dass ihm das Geld für die noch offenen Ferien ausbezahlt werde, was die Beklagte verweigerte.

Aus dem Entscheid:

«Art. 329d Abs. 2 OR bestimmt, dass Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen abgegolten werden dürfen. Sie müssen demnach in

natura bezogen werden. Diese Regel gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt ist. Der Grundsatz, dass Ferien in natura zu beziehen sind, kann aber im Widerspruch stehen: Dieser Zweck ist unter Umständen nicht gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer auf Stellensuche ist und Arbeitslosigkeit droht.

Das Bundesgericht argumentiert im Zusammenhang mit der vergleichbaren Situation bei einer fristlosen Entlassung, ein Arbeitnehmer in gekündigter Stellung, der noch keine neue Stelle gefunden habe, befinde sich in der Regel nicht in der Lage, Ferien zu organisieren und zu nehmen (BGE 117 II 270 E. 3b). Das Bundesgericht geht offensichtlich davon aus, dass ein Arbeitnehmer sich in den Ferien nicht genügend erholen kann, wenn er weiss, dass er noch keine Stelle gefunden hat und demnächst ohne Arbeit und Einkommen dastehen wird und deshalb gezwungen ist, während der Ferien auf Stellensuche zu gehen. Weiter weist das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung darauf hin, dass der Anspruch, genügend Zeit zur Stellensuche zur Verfügung zu haben, gegenüber dem Ferienbezug in natura Vorrang habe (BGE 128 III 271 E. 4.a/cc). Der Grundsatz, dass die Ferien während der Kündigungsfrist in natura zu beziehen sind, erfährt dadurch eine erhebliche Relativierung. Massgebend – so die Ausführungen des Bundesgerichts – sei das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage.

Die Länge der verbleibenden Ferien ist damit mit Bezug auf ihre Eignung zur Erholung sowie im Vergleich der Freistellungszeit von Bedeutung. Sind noch rund zwei Wochen Ferien oder gar mehr ausstehend, hat der Arbeitnehmer im Sinne von Art. 329c Abs. 2 OR grundsätzlich Anspruch darauf, zumindest zwei Wochen zusammenhängend zu beziehen. Um die Ferien erfolgreich organisieren und eine optimale Erholung erzielen zu können, ist ihm darüber hinaus eine entsprechende Vorbereitungszeit einzuräumen. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass diese im ungekündigten Arbeitsverhältnis ca. drei Monate betragen sollte (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 329c OR; ZR 97 [1998] Nr. 70). Die in der Lehre vertretene Meinung, bei Freistellung des Arbeitnehmers könne die Vorbereitungszeit mehr oder weniger wegfallen (Brühwiler, a.a.O., N 5b zu Art. 329c OR), überzeugt nicht, denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Erholungszweck von Ferien für den Arbeitnehmer in gekündigtem Arbeitsverhältnis weniger gewährleistet sein muss als für denjenigen im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Angesichts der heutigen Angebote auf dem Ferienmarkt lässt sich diskutieren, ob im Einzelfall nicht eine kürzere als dreimonatige Ankündigungsfrist akzeptiert werden muss (vgl. BJM 2003, S. 317 f.).

Im vorliegenden Fall umfasste die Freistellungsdauer 24 Arbeitstage. Die Differenz zur Rechnung der Beklagten, die von 27 Arbeitstagen ausgeht, beruht darauf, dass sie die öffentlichen Ruhetage (1. Mai, Auffahrt und Pfingstmontag) unberücksichtigt liess (vgl. § 1 lit. b in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetzes; LS 822.4).

Konkret sind folgende Überlegungen in die Entscheidungsfindung einzubeziehen:

■ Der Kläger war unbestrittenermassen während der gesamten Freistellungsdauer täglich auf der Suche nach einer neuen Stelle, weshalb das Argument der Beklagten, der

Kläger habe während der ganzen Kündigungsfrist, also auch vor der Freistellung, Zeit für die Stellensuche gehabt, nicht verfängt.

■ Die Freistellungszeit betrug 24, der Ferienanspruch des Klägers 16,88 Tage. Die Dauer der Freistellung überstieg damit den Ferienanspruch nur um gut sieben Tage, resp. der Ferienanspruch macht über 70 % der Freistellungszeit aus.

■ Dem Kläger stand überhaupt keine Vorbereitungszeit zur Verfügung.

■ Die verbleibenden 16,88 Tage Ferien entsprechen mehr als drei Kalenderwochen. Der Kläger hätte die Möglichkeit haben müssen, wenigstens zwei Wochen zusammenhängend beziehen zu können, beispielsweise, um in dieser Zeit eine grössere Reise zu machen. Müsste er sein Ferienguthaben neben der Arbeitssuche halbtages- oder gar stundenweise beziehen, würde dem Erholungszweck nicht Genüge getan.

Unter Berücksichtigung, dass der Arbeitssuche unter den gegebenen Umständen Vorrang gegenüber der Schadenminderungspflicht, der Treuepflicht und dem Abgeltungsverbot gebührt, fehlte es dem Kläger vorliegend nicht nur an einer minimalsten Vorbereitungszeit, sondern aufgrund seiner Arbeitssuche auch an der effektiven Möglichkeit, seine Ferien während der Freistellungszeit zu beziehen resp. seinen Ferienanspruch in angemessener Weise einzulösen. Die Beklagte hat ihm die Ferien daher in geldwerter Leistung auszubezahlen.»

(AGer., AN070477 vom 15. August 2007)

11. OR 329c; Krankheit bedeutet nicht automatisch Ferienunfähigkeit

Die Klägerin war nach erfolgter Kündigung per Ende Februar 2007 am 6. Januar 2007 letztmals für die Beklagte tätig. Nachher nahm man ihr Arbeitsangebot nicht mehr an, weshalb der Lohn infolge Annahmeverzug geschuldet war. Wegen einer akuten Stirnhöhlenentzündung und Rückenschmerzen war sie in Behandlung und vom 6. bis 28. Februar 2007 krankgeschrieben, ohne deshalb aber bettlägerig gewesen zu sein. Die Kündigungsfrist verlängerte sich daher bis Ende März. Die Klägerin forderte u.a. die Auszahlung des Ferienlohnes.

Aus den Erwägungen:

«Die Klägerin verlangt zudem die Auszahlung von Ferienlohn für 10 Arbeitstage, da sie nie Ferien bezogen habe. Die Klägerin hat für das halbjährige Arbeitsverhältnis bei der Beklagten gemäss Art. 17 L-GAV grundsätzlich 14 Kalendertage Ferien zugute. Ab dem 7. Januar 2007 war die Klägerin freigestellt.

Auch in der Zeit der Freistellung steht das Abgeltungsverbot von Ferien im Vordergrund. Der Arbeitnehmer hat aufgrund der Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers insoweit wahrzunehmen, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitssuche Vorrang hat. Selbst wenn also keine entsprechende Anweisung des Arbeitgebers erfolgt, sind Ferientage mit der freien Zeit während der

Freistellung zu kompensieren (BGE 128 III 271 E. 4). Den 10 Arbeits- bzw. 14 Kalendertagen Ferien der Klägerin stehen eine Freistellungszeit von 84 Kalendertagen gegenüber (7. Januar bis 31. März 2007). Zwar war die Klägerin im Februar grösstenteils arbeitsunfähig, doch ist zu berücksichtigen, dass Arbeitsunfähigkeit nicht mit Ferienunfähigkeit gleichzusetzen ist. Massgebend ist, ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht oder nicht. Bei Bettlägerigkeit, Spitalaufenthalt und bei regelmässigem, häufigem Arztbesuch über längere Zeit schliesst die Krankheit Ferien aus. Die Beeinträchtigungen müssen ein einigermaßen erhebliches Ausmass angenommen haben, um überhaupt den Ferienzweck vereiteln zu können (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 329a OR; BK-Rehbinder, N 5 zu Art. 329c OR; ZR 1981 Nr. 80 = JAR 1981 S. 271 f.). Bei der vorliegenden Krankheit war die Klägerin nicht bettlägerig, weshalb selbst im Monat Februar einige Ferientage angerechnet werden können. Die übrigen Ferientage sind in den Monaten Januar und insbesondere März zu kompensieren, in letzterem Monat war die Klägerin denn auch tatsächlich noch einige Tage weg. Daneben blieb der Klägerin in der knapp dreimonatigen Freistellungszeit genügend Zeit zur Stellensuche. Folglich ist das Ferienguthaben der Klägerin durch Kompensation untergegangen und die Ferienlohnforderung abzuweisen.»

(AGer., AN070151 vom 17. Oktober 2007)

12. OR 330a; Rückforderung eines zu guten Zeugnisses durch den Arbeitgeber

Der Beklagte war als Bankangestellter tätig. Im Jahre 2004 behändigte er unberechtigt diverse Kreditkarten samt Code von Kunden und bezog zu Lasten dieser rund Fr. 6'000.–. Er wurde hierauf wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage mit Strafbefehl verurteilt und in der Folge mittels ordentlicher Kündigung entlassen. Die Klägerin stellt vor Gericht u.a. den Antrag, es sei dem Beklagten zu verbieten, die Arbeitszeugnisse, welche keinerlei Hinweis darauf enthielten, obwohl sie ausgestellt wurden, nachdem die Delikte bekannt waren, zu verwenden.

Aus dem Entscheid:

«Unter dem 7. Februar 2005 und dem 12. Dezember 2005 stellte die Klägerin dem Beklagten, dessen Verfehlungen ins Jahr 2004 zurückgehen, gleichlautende Zwischen- bzw. Schlusszeugnisse aus, in welchem ihm unter anderem eine sorgfältige, genaue und selbständige Arbeitsweise, stets den Vorstellungen der Klägerin entsprechende Leistungen und ein freundliches und zuvorkommendes Verhalten attestiert wird. Über die genaue Art der Kündigung (Arbeitgeberkündigung) und das Motiv derselben äussern sich die Zeugnisse nicht.

Die vom Beklagten zu verantwortenden strafrechtlichen Verfehlungen, die in augenscheinlichem Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Bankangestelltem der Klägerin stehen, sind grundsätzlich in geeigneter Form in ein Vollzeugnis aufzuneh-

men, da nur derart ein allfälliger neuer Arbeitgeber – namentlich im Bankbereich – sich ein vollständiges Bild von der Eignung des Beklagten machen kann.

Die Klägerin macht geltend, im Zeitpunkt der Ausstellung der Zeugnisse habe sie noch keine Kenntnisse von den deliktischen Handlungen des Beklagten gehabt; die damals lediglich gegebenen Verdachtsmomente habe sie nicht ins Zeugnis einfließen lassen dürfen. Sie beruft sich deshalb auf Irrtum.

Der Beklagte hält dem entgegen, er habe bereits am 18. Mai 2005 ein umfassendes Geständnis abgelegt, womit auch die Klägerin keine Zweifel an seiner Täterschaft mehr habe hegen können. Die Berufung auf Irrtum sei ihr damit versagt.

Tatsächlich datiert der Strafbefehl erst vom 27. Juni 2006. Bereits am 20. Juni 2005, mithin vor Ausstellung des Schlusszeugnisses, liess die Klägerin indessen dem zuständigen Staatsanwalt mitteilen, “durch die Machenschaften von Herrn X.” ... sei ihr folgender Schaden entstanden... Sie mache “den aufgrund der Machenschaften von Herrn X. erlittenen Schaden” ... geltend. Diese dezidierten Äusserungen zur Schadensverursachung durch den Beklagten lässt die Argumentation der Klägerin, sie habe damals noch nicht gewusst, dass das Strafverfahren nur gegen den Beklagten laufe, sondern sei davon ausgegangen, dass weiterhin andere Personen als mögliche Täter in Betracht fallen würden, nicht als eben plausibel erscheinen. Vor dem Hintergrund dieser dezidierten Schadensanmeldung ist es auch nicht ohne weiteres vollziehbar, dass die anwaltlich vertretene Klägerin dem Beklagten im Dezember 2005 das Schlusszeugnis zustellte, ohne sich über den Stand des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zu erkundigen. Nahe gelegen hätte vielmehr, sich zunächst Rechenschaft abzugeben, bevor das Schlusszeugnis ausgestellt wurde.

Die Frage, ob sich die Klägerin im Zeitpunkt des Schlusszeugnisses tatsächlich noch über die Täterschaft des Beklagten im Irrtum befunden haben konnte, braucht indessen nicht geklärt zu werden. Zu beachten ist vielmehr die Drittwirkung, die einem Arbeitszeugnis zukommt. Ein unrichtiges oder unvollständiges Arbeitszeugnis stellt nicht nur für den ausstellenden Arbeitgeber und dessen Arbeitnehmer, sondern auch für potentielle neue Arbeitgeber als Dritte eine Gefahrenquelle dar. Auch sie können Schutz vor unkorrekten Zeugnissen beanspruchen. Die Rechtssicherheit gebietet daher, dass ein unkorrektes Zeugnis auch dann widerrufen werden kann, wenn dem Arbeitgeber der Mangel bereits im Zeitpunkt der Ausstellung bekannt gewesen ist (BK-Rehbinder, N 18 zu Art. 330a OR; Susanne Janssen, die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. Zürich, S. 152). Letztlich ist dabei im konkreten Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen und die Interessen Dritter und (damit) auch des Arbeitgebers an einem mängelfreien Zeugnis denjenigen des Arbeitnehmers an der Weiterverwendung des mängelbelasteten Zeugnisses gegenüber zu stellen.

Das Interesse des Beklagten einerseits an einem Zeugnis, das sich nicht zu seinen strafrechtlichen Verfehlungen ausspricht, ist augenscheinlich, wird dadurch doch seine Stellung auf dem Arbeitsmarkt nachhaltig aufgewertet.

Die alleine vom Beklagten zu verantwortenden Verfehlungen erscheinen andererseits ausgesprochen gravierend. Es handelt sich nicht bloss um gröbere Pflichtverletzungen, sondern – ungeachtet des beschränkten Deliktsbetrages – um einen eklatanten Missbrauch des Vertrauens, das ein Arbeitgeber in einen Bankangestellten set-

zen darf. Das Interesse eines allfälligen neuen Arbeitgebers, Kenntnis davon zu erhalten, dass dem Beklagten nur beschränkt Vertrauen entgegengebracht werden kann, namentlich im Bereich von Tätigkeiten, die eine ungerechtfertigte Vermögensaneignung erlauben könnten, können doch in Zeugnissen verschwiegene Vorfälle der vorliegenden Art durchaus Haftungsfragen gegenüber einem neuen Arbeitgeber auslösen, bei welchem sich der Beklagte ähnlich verhält.

Die Interessen namentlich Dritter, aber auch der Klägerin, an einem mängelfreien Arbeitszeugnis im Rechtsverkehr sind vorliegend höher zu gewichten als jene des Beklagten am ausgestellten, mangelbehafteten Zeugnis. Den Begehren der Klägerin mit Bezug auf die ausgestellten Zeugnisse ist daher zu entsprechen.»

(AGer., AG060037 vom 17. September 2007)

13. OR 330a; Anspruch auf Zeugnis in deutscher Sprache

Aus dem Entscheid:

(Abwesenheitsentscheid, da Beklagte nicht erschienen)

«Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Arbeitnehmerin ein Zeugnis über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über ihre Leistungen und ihr Verhalten auszustellen (qualifiziertes Zeugnis bzw. Vollzeugnis). Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Art. 330a Abs. 2 OR; einfaches Zeugnis bzw. Arbeitsbestätigung). Sie kann auch neben einem Vollzeugnis eine Arbeitsbestätigung verlangen und umgekehrt (BGE 129 III 177 E. 3.2).

Die Klägerin erhielt von der Beklagten eine vom 13. Dezember 2006 datierte Arbeitsbestätigung. Mit Klageeinleitung verlangte die Klägerin ein Vollzeugnis. Das Gericht hat keinen Anlass, an der unbestritten gebliebenen und durch die eingereichten Urkunden untermauerten Sachdarstellung der Klägerin zu zweifeln (§ 131 Abs. 1 ZPO).

Formell wird verlangt, dass ein Zeugnis unter anderem sprachlich einwandfrei sein soll, d.h. der Klarheit, Verständlichkeit, Grammatik und der Rechtschreibung besondere Beachtung geschenkt werden soll. Es soll in der Sprache des Arbeitsortes abgefasst sein (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 330a OR). Die Klägerin reichte einen deutschen Zeugnisevorschlag ein, verwies hinsichtlich der Tätigkeitsbeschreibung auf das ihr bereits ausgestellte Zeugnis, welches in französischer Sprache abgefasst worden war. Die Klägerin verlangt zu Recht ein Arbeitszeugnis in deutscher Sprache.

Da der Vorschlag der Klägerin inhaltlich unbestritten geblieben ist, ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ein Arbeitszeugnis gemäss eingangserwähntem Rechtsbegehren, jedoch vollumfänglich in deutscher Sprache, aus- und zuzustellen.»

(AGer., AN070039 vom 13. März 2007; auf Berufung hin wurde das Urteil aufgehoben)

ben und zur Neuentscheidung zurückgewiesen. Hierauf wurde das Verfahren am 19. Dezember 2007 durch Vergleich erledigt, wobei der Zeugnistext ebenfalls in deutscher Sprache abgefasst wurde.)

14. OR 330a; Anspruch auf Arbeitsbestätigung und/oder Arbeitszeugnis?

Die beklagte Arbeitsverleihfirma wurde im Abwesenheitsverfahren unter anderem verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis und eine Arbeitsbestätigung aus- und zuzustellen. In der dagegen erhobenen Berufung hielt das Obergericht fest:

«Wie bereits die Vorinstanz erläuterte, kann ein Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis oder eine Arbeitsbestätigung verlangen (Art. 330a OR). Dies ist so zu verstehen, dass der Arbeitnehmer zusätzlich zum Vollzeugnis eine Arbeitsbestätigung verlangen kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 330a OR).

Die Beklagte erklärt sich in ihrer Eingabe vom 2. Mai 2007 bereit, eine Arbeitsbestätigung auszustellen, ist aber der irrigen Meinung, in dieser den “unrechtmässigen Abgang” des Klägers erwähnen zu müssen. Dem ist nicht so, denn die Arbeitsbestätigung hat sich auf die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Art. 330a Abs. 2 OR). Ein Hinweis über den Grund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist darin verboten, selbst wenn diese Angaben wahr wären (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 330a OR).

Aufgrund des Arbeitsvertrages zwischen der Beklagten und dem Kläger schuldet sie ihm zudem ein Arbeitszeugnis. Dieses muss wahrheitsgetreu und vollständig Auskunft geben (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 330a OR). Es soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern, andererseits zukünftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 330a OR). Isolierte Vorfälle und Missstimmigkeiten am Ende der Anstellung sollen darin nicht überbewertet werden.

Die Beklagte schuldet dem Kläger also neben der Arbeitsbestätigung ein Arbeitszeugnis, welches den oben erwogenen Anforderungen genügt. Der vorliegend kurzen Anstellungsdauer entsprechend fällt das Arbeitszeugnis allenfalls eher kurz aus.»

(AGer., AN070226 vom 27. April 2007 und OGer., LA070017 vom 10. September 2007)

15. OR 334; Befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Probezeit von mehr als drei Monaten

Die Parteien schlossen einen Künstlervertrag, befristet vom 26. September 2006 bis zum 30. September 2007. Ursprünglich wurde eine Probezeit bis zum 15. Januar

2007 vereinbart, welche später bis zum 15. Februar 2007 verlängert wurde. Am 1. Februar 2007 wurde das Arbeitsverhältnis in der verlängerten Probezeit auf den 15. Februar 2007 durch die Beklagte aufgelöst, womit die Klägerin nicht einverstanden war.

Aus dem Entscheid:

«Weiter stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die in Art. 335b Abs. 2 OR statuierte Maximaldauer von drei Monaten gelte lediglich für unbefristete Arbeitsverhältnisse. Die Kündigung vom 1. Februar 2007 sei daher innerhalb der gültig vereinbarten bzw. verlängerten Probezeit erfolgt, weshalb das Arbeitsverhältnis per 15. Februar 2007 geendet habe.

Gemäss Art. 334 Abs. 1 OR endet ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne Weiteres mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, wobei es keiner Kündigung bedarf. Ist keine Kündigungsfrist vereinbart worden, so kann der echte befristete Vertrag nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden. Auf den befristeten Vertrag gelangen sodann die Vorschriften über die Probezeit nur dann zur Anwendung, wenn die Parteien beim Vertragsschluss eine Probezeit ausdrücklich vereinbaren (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 334 OR).

Die Probezeit kann dabei auf höchstens drei Monate festgesetzt werden. Eine Verlängerungsvereinbarung über drei Monate hinaus ist grundsätzlich rechtswidrig und teilnichtig, weshalb sie auf drei Monate zu reduzieren ist (vgl. Art. 335b Abs. 2 OR; BGE 109 II 449 E. 2b; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 und 14 zu Art. 335b OR). Mit der Festlegung einer dreimonatigen Maximaldauer beabsichtigte der Gesetzgeber das Missbrauchsrisiko, welches der Möglichkeit einer Probezeitverlängerung immanent ist, zu beschränken. Trotz entgegenstehender Gesetzessystematik gilt diese Maximaldauer aufgrund gesetzgeberischer Absicht auch bei befristeten Verträgen, die vertraglich eine Probezeit vorsehen (Streiff/von Kaenel, a.a.O. N 3 zu Art. 335b OR mit zahlreichen Hinweisen; BK-Rehbinder, N 9 zu Art. 334 OR).

Gemäss § 2 Abs. 2 des Künstlervertrages vereinbarten die Parteien eine Probezeit bis zum 15. Januar 2007, mithin von rund dreieinhalb Monaten. Die Klägerin hat die Arbeit unbestrittenermassen vertragsgemäss am 26. September 2006 angetreten, weshalb die Probezeit zwingend am 26. Dezember 2006 endete. Daran vermag auch die spätere Verlängerung der Probezeit um einen weiteren Monat nichts zu ändern, kann zwischen denselben Parteien die Probezeit nur einmal während drei Monaten laufen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 335b OR). Der Arbeitsvertrag sieht zudem nach Ablauf der Probezeit keine weitere Kündigungsmöglichkeit vor, sodass das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 1. Februar 2007 die rechtsgültige Beendigung des Arbeitsverhältnisses mittels ordentlicher Kündigung während der Probezeit nicht mehr herbeiführen konnte.»

(AGer., AN070497 vom 16. Oktober 2007; eine Berufung ist noch am Obergericht hängig)

16. OR 334; Zulässige Befristung des Arbeitsvertrags bis zur Rekrutenschule

Der Kläger trat im November 2003 eine Stelle als Koch im Restaurant A. mit einem unbefristeten Vertrag an. Vom 5. Juli 2004 bis 26. November 2004 absolvierte er die Rekrutenschule. Im Dezember 2004 und Januar 2005 arbeitete er in einem anderen Betrieb, in dessen Lokal der Beklagte Geschäftsführer ist. Ab 1. Februar 2005 war er wieder im Restaurant A. tätig. Nach der Kündigung auf den Juni 2006 verlangte der Kläger die Bezahlung des Lohnes für die Dauer der Rekrutenschule. Der Beklagte ging demgegenüber davon aus, in dieser Zeit habe kein Arbeitsverhältnis bestanden.

Aus dem Entscheid:

«Rechtliches

Leistet der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses obligatorischen Militärdienst, so hat er gemäss Gesetz Anspruch auf Lohnfortzahlung in der Höhe von mindestens 80 % des Lohnes (Art. 324a und 324b OR). Eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung enthält der auf das vorliegende Arbeitsverhältnis anwendbare L-GAV Gastgewerbe (L-GAV): Gemäss Art. 28 hat der Mitarbeiter für obligatorische Dienstleistungen bis maximal 25 Tage pro Arbeitsjahr Anspruch auf den Bruttolohn (Abs. 2) und ab dem 26. Tag 88 % des Lohnes während der Anspruchsdauer von Art. 324a und 324b OR (Abs. 3). Für darüber hinausgehende Dienstage erhält der Mitarbeiter die Entschädigung der EO (Abs. 4). Der Arbeitnehmer kann diesen Anspruch jedoch lediglich dann geltend machen, wenn er sich während des Militärdienstes in einem Anstellungsverhältnis befindet.

Beweisverfahren

Vorliegend blieb auch nach Durchführung der Hauptverhandlung umstritten, ob der Kläger während des Militärdienstes beim Beklagten überhaupt angestellt war. Gemäss Art. 8 ZGB wurde dem Beklagten daher der Beweis auferlegt, dass das Arbeitsverhältnis einvernehmlich bis zum Tag vor Beginn der RS, d.h. bis zum 4. Juli 2004 befristet wurde.

Aus dem Beweisverfahren hat sich ergeben, dass die Parteien tatsächlich mündlich vereinbart hatten, dass das Arbeitsverhältnis nur bis zur RS dauern sollte. Eine solche mündliche Abmachung ist auch dann gültig, wenn zuvor ein unbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen worden ist. Dies machten der Zeuge Z. (Küchenchef) und der Kläger bereits anlässlich des Vorstellungsgesprächs ab und wurde auch später zwischen den Parteien so besprochen.

Der Zeuge Z. präsentierte zudem, dass vor der RS für die Zukunft nichts abgemacht worden sei. Während der RS habe der Kläger ihn dann angerufen, weil er wieder bei ihm arbeiten wollen. Weil der Zeuge direkt nach der RS keine Stelle für ihn gehabt habe, hätten sie dann abgemacht, dass der Kläger drei Monate in einem anderen Betrieb des Beklagten arbeiten würde und dann wieder bei ihnen im Restaurant A. Der Zeuge Z. bestätigte somit nicht die Aussagen des Klägers in der persönlichen Befragung, wonach er zwei bis drei Monate vor der RS noch Kontakt aufgenommen und gefragt habe, ob er nach der RS weiter im Restaurant A. arbeiten könne, und der

Zeuge Z. ihm gesagt habe, ja, die Stelle sei offen. Dagegen spricht auch die Tatsache, dass die Stelle des Klägers im Restaurant A. erst zwei Monate nach Beendigung seiner RS wieder frei wurde. Der Beklagte hatte mit anderen Worten nicht einen Ersatz befristet bis zur Beendigung der RS des Klägers angestellt, wie es zu erwarten gewesen wäre, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weiterbestanden hätte.

Es ist somit erstellt, dass die Parteien mündlich einen befristeten Arbeitsvertrag abgemacht haben, der bis am Tag vor Beginn der RS, d.h. bis am 4. Juli 2004 dauern sollte. Dem Kläger ist der Gegenbeweis nicht gelungen, dass später eine Weiterbeschäftigung nach der RS abgemacht wurde.

Folgen

Aufgrund der mündlichen Abmachung zwischen den Parteien endete das (erste) Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 4. Juli 2004, weshalb der Kläger während des Militärdienstes keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung gegenüber dem Beklagten hatte. Demzufolge ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.»

(AGer., AN060785 vom 26. Oktober 2007)

17. OR 335; Delegation des Kündigungsrecht von der Temporärfirma an den Einsatzbetrieb?

Die Klägerin wurde durch einen Personalverleih bei der X. eingesetzt. Am 19. Dezember 2006 verrichtete sie das letzte Mal die Arbeit im Einsatzbetrieb. Vor Gericht klagte sie den ausstehenden Lohn ein, da ihr von der Beklagten nie gekündigt worden sei.

Aus dem Entscheid:

«Zunächst gilt es zu klären, ob im Dezember 2006 von Seiten der Beklagten überhaupt gültig gekündigt wurde. Die Beklagte macht geltend, dass sie als formelle Arbeitgeberin die X. (der Einsatzbetrieb) dazu autorisiert habe, die Kündigung gültig auszusprechen zu können und letztere habe dann die Kündigung der Klägerin gegenüber ausgesprochen. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Kündigung auszusprechen, was vorliegend Aufgabe der Beklagten gewesen wäre. Die Vertretung kann sich unter anderem auf gewillkürte Bevollmächtigung nach Art. 32 OR stützen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 335 OR). Ein Vertreter kann jedoch nur berechtigt und verpflichtet werden, wenn der Vertreter dazu ermächtigt ist, im Namen des Vertretenen einen Vertrag abzuschliessen (vgl. Art. 32 OR Abs. 1). Hauptvoraussetzungen für eine gültige Vertretungswirkung sind die Vertretungsmacht und das Handeln in fremden Namen.

Die Beklagte führte zwar aus, dass sie formell Arbeitgeberin der Klägerin gewesen sei und demnach formell keine Kündigung erfolgt sei, da die Beklagte selbst nicht gekündigt habe. Sie beteuerte aber, dass sie der X. die Rechtsmacht, für die Beklagte zu handeln, übergeben habe und der Einsatz sodann durch die X. gekündigt worden sei. Die Vertretungswirkung tritt jedoch grundsätzlich nur dann ein, wenn der ermächtigte Vertreter dem Dritten gegenüber auch in fremden Namen handelt, das

heisst, wenn er dem Dritten spätestens bei Vornahme der Vertretungshandlung erklärt, er handle im Namen und mit Wirkung für einen anderen. Diese Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend sein. Ist sie stillschweigend, so genügt es gemäss Art. 32 Abs. 2 OR, dass der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen muss (Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, OR allgemeiner Teil, Band I, Zürich/Basel/Genf 2003, N 1328 ff.). Beim Personalverleih fehlt jedoch dem Einsatzbetrieb ohne besondere Ermächtigung die Legitimation zur Kündigung des bei ihm eingesetzten Leiharbeitnehmers (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 335 OR). Damit reicht vorliegend eine stillschweigende Erklärung der X., im Namen der Beklagten zu handeln, eben gerade nicht. Vielmehr hätte die X. der Klägerin gegenüber ausdrücklich erwähnen müssen, dass sie nun im Namen der Beklagten kündige. Dies wurde aber von der Beklagten weder so ausgeführt noch geht es aus dem Schreiben der X. vom 12. Januar 2007 an die Klägerin hervor. Zudem stellt sich die Frage, ob dieses Schreiben für sich als Kündigung überhaupt reichen konnte. Es wurde von der X. in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass sie auf die Dienste der Klägerin aufgrund der schlechten Auftragslage im Februar verzichten müsse, man aber mit einer optimistischeren Auftragslage ab März 2007 rechne und die Klägerin so bald wie möglich für einen entsprechenden Einsatz kontaktieren würde. Man wünsche ihr in der Zwischenzeit alles Gute und freue sich auf eine erneute, erfolgreiche Zusammenarbeit. Eine Kündigung hat jedoch dem Erfordernis der Eindeutigkeit und Klarheit zu genügen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 335 OR). Die Kündigung muss nicht notwendigerweise so titulierte werden, aber der Arbeitnehmer muss unmissverständlich zur Kenntnis nehmen, dass das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. Aus diesem Schreiben ist dies nicht herzuleiten, denn die X. stellt gar eine Weiterführung der Zusammenarbeit ab März 2007 in Aussicht. Ein weiteres Indiz dafür, dass die Kündigung der X. nicht den Anforderungen genüge, ist der Versuch der Beklagten selbst, am 26. März 2007 die Kündigung auszusprechen, die jedoch aufgrund der Schwangerschaft der Klägerin gemäss Art. 336c lit. c OR nichtig war.

Der Kündigung würde es somit, selbst wenn man sie als genügend eindeutig qualifizieren würde, am Erfordernis der ausgewiesenen Legitimation der X. zur Aussprechung der Kündigung gegenüber der Klägerin mangeln. Es wurde mithin keine gültige Kündigung ausgesprochen, womit der Einsatzvertrag der Klägerin bei der X. bis heute nicht gekündigt ist.»

(AGer., AN070241 vom 21. Juni 2007; zum Lohnanspruch siehe Entscheid Nr. 8)

18. OR 336; Entlassung nach Mobbing; Genugtuung?

Die Klägerin war seit 1998 als Assistentin im Bereich HR tätig. Mit der Zeit gab es Probleme zwischen ihr und ihrer Vorgesetzten. Die Klägerin fühlte sich von ihr massiv schikaniert, systematisch degradiert und isoliert. Nach längerer Arbeitsunfähigkeit ab Dezember 2004 liess sie im Juni 2005 über ihre Rechtsvertreterin der Beklagten mitteilen, eine Rückkehr an den Arbeitsplatz sei aus gesundheitlichen Gründen nicht

mehr möglich. Als die Beklagte nach Ablauf der Sperrfrist ordentlich kündigte, wurde diese als missbräuchlich angefochten.

Die Beklagte bestritt, dass die Klägerin je “gemobbt” oder schikaniert worden sei. Sie habe schon lange gesundheitliche Probleme gehabt und gegenüber ihrer Vorgesetzten nicht mit offenen Karten gespielt. Im Juni 2004 habe sie nur um eine Versetzung gebeten und erst im Juli erstmals angetönt, eine Zusammenarbeit mit der Vorgesetzten sei nicht mehr möglich. Die Beklagte habe hierauf mehrere Massnahmen getroffen und auch Versetzungen geprüft.

Aus dem Entscheid:

«Aus dem geschilderten Ablauf ergibt sich, dass die Klägerin sich lange sowohl gegenüber X. (ihrer Vorgesetzten) wie auch gegenüber den Verantwortlichen der Beklagten nicht klar äusserte bezüglich ihrem Gefühlszustand und ihrem Befinden gegenüber X.; im Gegenteil blieb sie anständig und höflich, gab X. nach deren Ferienrückkehr im Sommer 2004 im Beisein von Y. (Leiter HR) noch einen Kuss mit den Worten “Schön, dass Du wieder da bist, Du hast gefehlt”. Auch wenn die Klägerin das nicht ehrlich gemeint haben soll, muss es für sie klar gewesen sein, dass das sowohl bei X. wie auch bei der Beklagten anders aufgenommen werden kann und muss. Hinzu kommt, dass die Klägerin beim Gespräch vom 18. Oktober 2004 offenbar bestätigt hat, dass das Vertrauen für eine fruchtbare Zusammenarbeit mit X. auf ihrer Seite gegeben sei. Die Klägerin erwähnt, dass sie dabei immerzu an die gute Zusammenarbeit mit X. in der Vergangenheit gedacht und immer das Gefühl hatte, es könnte trotzdem irgendwie gehen. Sie habe erwähnt, dass sie sich eine weitere Zusammenarbeit gut vorstellen könne, wenn sich X. in ihrer Kommunikation und im Umgang mit ihr ändere. Die Klägerin blieb mit diesen Aussagen gegenüber der Beklagten unverbindlich, aber auch etwas widersprüchlich. Die Beklagte hat nicht etwa nichts unternommen, sondern Gespräche geführt und Versetzungsmöglichkeiten geprüft und freigegeben. Dass sich daraus nichts ergeben hat, führt nicht dazu, dass die Beklagte der Klägerin schliesslich (nach Ablauf der Sperrfrist) nicht kündigen darf. Die Beklagte war weder verpflichtet, X. zu kündigen oder diese zu versetzen noch die Klägerin Y. direkt zu unterstellen. Letzteres hätte übrigens auch nicht dazu geführt, dass die Klägerin nicht mehr für X. hätte arbeiten müssen. Die Beklagte ist ihren Verpflichtungen genügend nachgekommen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die klägerische Rechtsvertreterin der Beklagten mit Schreiben vom 3. Juni 2005 selber mitteilte, dass die Klägerin gar nicht mehr an ihren ursprünglichen Arbeitsort zurückkehren werde. Der Beklagten blieb daher schliesslich gar keine andere Möglichkeit, als der Klägerin ordentlich zu kündigen. Die von der Beklagten ausgesprochene ordentliche Kündigung erweist sich nach dem Gesagten nicht als missbräuchlich.

Weil die Beklagte nach Meinung der Klägerin ihre Fürsorgepflicht verletzt haben soll, macht die Klägerin ihren Einkommensverlust während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit als Schaden und eine Genugtuung geltend (Art. 328 OR i.V.m. Art. 97, 99 Abs. 3 und 49 OR).

Die Klägerin macht sodann die Differenz zwischen 90 % und 100 % ab April 2005 für acht Monate (bis November 2005) von Fr. 1'400.– geltend.

Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ist im psychiatrischen Untersuchungsbericht des Vertrauensarztes bestätigt worden. Er qualifizierte die Klägerin als eine überdurchschnittlich intelligente, leistungsorientierte, ehrgeizige, narzistisch stigmatisierte, zu Perfektionismus neigende, sich mit gestellten Aufgaben und/oder Institutionen überidentifizierende Persönlichkeit mit Neigung zu einem histrionischen Konfliktverarbeitungsmodus. Er diagnostiziert eine mittelschwere depressive Störung und eine Anorexie mit atypischer Bulimie. Vorbestehende Persönlichkeitsfaktoren haben mindestens teilweise die ungünstige Entwicklung in die Krankheit hinein begünstigt. Es muss demnach offen bleiben, inwieweit eine allfällige (von der Beklagten bestrittene) Verhaltensweise von X. (deren Stimme die Klägerin an ihre mit einem belasteten Verhältnis verknüpfte Mutter erinnert) kausal die Erkrankung der Klägerin massgeblich bewirkt hat. Da bei der Beklagten sodann keine Vertragsverletzung auszumachen ist und da ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Situation am Arbeitsplatz / dem Verhalten von X. einerseits und der Erkrankung der Klägerin andererseits auch nach dem Gutachten nicht erstellt ist, wird die Beklagte weder schadenersatz- noch gegnertungspflichtig.»

(AGer., AN060077 vom 19. Dezember 2007)

19. OR 336; Missbräuchliche Kündigung nach Kompetenzkonflikten im Betrieb (Verletzung der Fürsorgepflicht)

Nachdem die Klägerin die Beklagte zuerst extern betreut hatte, wurde sie als Leiterin Finanz- und Rechnungswesen angestellt. Bald kam es zu Spannungen zwischen ihr und anderen Mitarbeiterinnen. Nachdem weder ein Coaching noch diverse Gespräche zu einem Ergebnis führten, wurde die Klägerin entlassen. Begründet wurde dies damit, dass bereits kurz nach dem Eintritt der Klägerin sich Probleme in der interdisziplinären Zusammenarbeit und im persönlichen Umgang ergeben hätten, die zu schwierigen Konflikten mit verschiedenen Beteiligten geführt hätten.

Aus den Erwägungen:

«Schlussfolgerungen

Vorliegend präsentiert sich dem Gericht somit die folgende Situation: Zwischen den Beteiligten bestanden zumindest unterschiedliche Auffassungen über die Kompetenzen der Klägerin, allenfalls auch über die Kompetenzen anderer Personen. Ein Stellenbeschrieb existierte für keine der Stellen. X. hatte im Frühjahr 2004 fest die Leitung des Betriebs übernommen. Er selbst war sich bei der Anstellung der Klägerin nicht ganz über deren Funktion im Klaren und stellte erst nach einiger Zeit fest, dass es sich bei ihrer Funktion um eine Stabs- und nicht eine Managementfunktion handeln sollte. Genau diese Frage führte jedoch offensichtlich zum Konflikt, hatte sich die Klägerin gemäss X. als Vorgesetzte bzw. Mitvorgesetzte von A. verstanden. Da hierüber nie ein klärendes Gespräch mit deutlichen Weisungen geführt wurde, kann ihr dies auch nicht vorgeworfen werden. Dieser Konflikt eskalierte auf-

grund der Führungsschwäche von X., in dessen Verantwortung die genaue Funktionsbeschreibung letztlich gestanden hätte, weshalb er teilweise korrekterweise auf Stellenbeschriebe angesprochen wurde. X. bevorzugte es aber, die Konfliktlösung an Z. (externer Coach) zu delegieren. Da die Lösung eines Kompetenzkonfliktes aufgrund unklarer Funktionsumschreibungen auch in den Rand- und nicht nur den Kernbereichen durch einen aussen Stehenden, der nicht die Kompetenz zur Bestimmung von Verantwortlichkeiten hat, nicht möglich ist, kann diese Coaching-Massnahme nicht als angemessene und notwendige zur Konfliktlösung betrachtet werden. Die einzig richtige und angemessene Massnahme in einem solchen Fall wäre die klare Festlegung und Abgrenzung der Aufgabenbereiche der betroffenen Mitarbeiterinnen gewesen. Diese Massnahme wurde jedoch unterlassen. Stattdessen wurde viel Augenmerk auf die Symptome des Konfliktes gelegt, anstatt dessen eigentliche Ursache zu beheben. Hätte dies nicht gefruchtet und hätten immer noch Reibereien stattgefunden, hätte die Klägerin aufgrund einer allfälligen Inkompatibilität der Charaktere ohne Weiteres, auch ohne ein Coaching, entlassen werden können. Ob das Coaching zu früh abgebrochen wurde oder nicht, kann deshalb letztlich offen bleiben.

Die Beklagte entliess die Klägerin somit aufgrund eines von ihr ausgelösten Konfliktes, da die Handlungen von X. der Beklagten zuzurechnen sind, ohne die einzig angemessene, notwendige und zumutbare Massnahme zur Lösung dieses Konfliktes zu ergreifen, eines Konfliktes mit grossem Potential zu Persönlichkeitsverletzungen. Und dies, obwohl die Klägerin mehrfach zu verstehen gegeben hat, dass sie sich Unterstützung seitens der Beklagten in diesem Konflikt in der Form wünscht, dass die Zusammenarbeit der Mitarbeiterinnen gefördert würde. Damit hat sie Anspruch auf Wahrnehmung der Fürsorgepflicht seitens der Beklagten geltend gemacht. Eine solche Kündigung ist missbräuchlich, kann sich die Beklagte bei der Kündigung doch nicht auf Umstände berufen, welche sie durch Unterlassung ihrer Fürsorgepflicht selbst verursacht hat.

Entschädigung

... Aufgrund des sehr kurzen Arbeitsverhältnisses, des jungen Alters der Arbeitnehmerin, des klägerischen Anteils an der Eskalation des Konfliktes sowie aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte sicherlich mit hehren Absichten mit dem Coaching eine zwar unangemessene, aber doch auch kostenintensive Massnahme ergriffen hat, rechtfertigt es sich, der Klägerin unter diesem Titel noch eine Entschädigung von 3/4 eines Monatslohnes zuzusprechen, also Fr. 6'075.-.»

(AGer., AN050812 vom 13. Dezember 2007)

20. OR 336c; Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach der Geburt?

Die Klägerin war ab Juni 2006 bis zur Geburt ihrer Tochter am 1. November 2006 ununterbrochenen arbeitsunfähig. Nach der Geburt bezog sie den Mutterschaftsurlaub, der bis am 6. Februar 2007 dauern sollte. Am 12. Januar 2007 erschien die Klägerin im Betrieb, um ihr Kind vorzustellen. Anlässlich eines neuen Treffens am

23. Januar 2007 wurde der Klägerin seitens der Beklagten ein Aufhebungsvertrag per 7. Februar 2007 vorgelegt, den sie nicht unterzeichnete, aber zur Überprüfung mitnahm. Mit Schreiben vom 25. Januar 2007 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis per "31.01.2007". Der Lohn wurde bis Ende Januar bezahlt. Mit Schreiben vom 5. Februar 2007 erhielt die Klägerin ein Arbeitszeugnis und wurde gebeten, die Schlüssel abzugeben und ihre Sachen abzuholen. Am 7. Februar 2007 sandte die Klägerin der Beklagten ein Arzzeugnis, welches ihr eine Arbeitsunfähigkeit für voraussichtlich vier Wochen attestierte. Am 9. Februar 2007 liess die Klägerin ihre Sachen abholen und den Schlüssel abgeben.

Mit ihrer Klage forderte die Klägerin den Lohn vom 7. Februar bis Ende März 2007. Sie machte im wesentlichen geltend, sie habe trotz massivem Druck die Aufhebungsvereinbarung nicht unterzeichnet und beharrte auf Einhaltung der Kündigungsfrist. Ihre Kündigung sei unklar und sie könne nicht gut Deutsch. Die Beklagte gab hingegen an, die Klägerin habe im Betrieb unmissverständlich erklärt, sie wolle so rasch als möglich aus dem Arbeitsverhältnis aussteigen, um sich ihrem Kind zu widmen.

Aus dem Entscheid:

«Gestützt auf die Aussagen der Zeugin A. (Personalleiterin in einem anderen Betrieb) sowie der Geschwister B. (Geschäftsführer und seine Schwester) muss daher angenommen werden, dass die Klägerin am 12. Januar 2007 bei der Beklagten erschien und deutlich zu verstehen gab, dass sie ihre Arbeit bei der Beklagten nicht wieder aufzunehmen gedenke. Folglich ist auch davon auszugehen, dass sie damit Anstoss zu entsprechenden Lösungsbemühungen, konkret, zum Entwurf eines Aufhebungsvertrags, gegeben hat.

Für die Darstellung der Beklagten spricht sodann der Umstand, dass die Klägerin den ihr vorgelegten Aufhebungsvertrag zwar nicht unterzeichnet, aber zur weiteren Überprüfung mit sich genommen hat. Dies lässt zumindest ein Interesse an einer raschen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vermuten.

Überdies blieb unbestritten, dass die Klägerin bezüglich der Kinderbetreuung – zumindest im damaligen Zeitpunkt – weder mit der Unterstützung ihrer Eltern noch mit derjenigen ihrer Schwiegereltern rechnen konnte. Vor diesem Hintergrund lag die Annahme der Beklagten, wonach die Klägerin an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kein Interesse mehr hatte, nahe.

Weiter wird die Sichtweise der Beklagten auch dadurch gestützt, dass die Klägerin in ihrer Kündigung ausdrücklich festhielt, dass sie sich für die gute Zusammenarbeit bedanke und für weitere Fragen gerne zur Verfügung stehe. Diese von der Klägerin gewählte Formulierung ist geeignet den Eindruck zu erwecken, dass sie nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs am 7. Februar 2007 nicht wieder zur Arbeit erscheinen würde, erfolgt eine derartige Bilanzziehung doch in der Regel erst nach effektiver oder bei unmittelbar bevorstehender Beendigung der Tätigkeit.

Der Einwand der Klägerin, wonach der Wortlaut des Kündigungsschreibens auch angesichts ihrer mangelnden Deutschkenntnisse als unklar betrachtet werden müsse, ist schon deshalb nicht zu hören, da die Klägerin offenbar in der Lage war, ohne Unterstützung des Dolmetschers sowohl an der Haupt- als auch an der Beweisverhandlung teilzunehmen. Dazu sind in sprachlicher Hinsicht bekanntermassen weit differenzier-

tere Kenntnisse erforderlich als zur Abfassung einer Kündigung. Das Kündigungsschreiben der Klägerin weist denn auch keinerlei sprachliche Mängel auf.

Zusammenfassend durfte die Beklagte das Kündigungsschreiben der Klägerin aufgrund der gegebenen Umstände, namentlich aufgrund ihrer erwiesenen Absichtserklärung, nach Ende des Mutterschaftsurlaubes die Arbeit nicht wieder aufzunehmen, dahingehend verstehen, dass die Klägerin das Anstellungsverhältnis per 31. Januar 2007 beenden wollte. Das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde damit auf diesen Termin aufgelöst. Entsprechend steht der Klägerin ab diesem Zeitpunkt kein Lohn mehr zu. Die Klage ist somit, soweit der Prozess nicht durch Vergleich erledigt abzuschreiben ist, abzuweisen.»

(AGer., AN070238 vom 10. Dezember 2007)

21. OR 337 und 328; Sexuelle Belästigung einer Praktikantin durch die Vorgesetzte

Zusammenfassend warf die Beklagte der Klägerin vor, in Anwesenheit einer minderjährigen Praktikantin im Lagerraum Telefonsex betrieben zu haben und die Praktikantin mithören zu lassen, was von der Klägerin grundsätzlich nicht bestritten wurde. Weiter wurde ihr vorgeworfen, sich schon mehrere Male in das Lager zurückgezogen zu haben um zu telefonieren und der Praktikantin immer wieder von diesem Mann erzählt zu haben. In der Folge wurde sie fristlos entlassen.

Aus dem Entscheid:

«Die Klägerin macht geltend, das Telefonat sei “ins Sexuelle abgegleitet”. Damit steht zwar in Frage, ob sie die Praktikantin von allem Anfang an mit Telefonsex konfrontieren wollte. Wenn umgekehrt die Klägerin die Praktikantin mit den Worten, ob sie die “geile” Stimme des Mannes einmal hören wolle, mit sich ins Lager nahm, musste sich die Praktikantin noch keineswegs bewusst sein, dass die Klägerin das Gespräch in Telefonsex der zugestandenem Art abgleiten lassen würde. Gerade in der Altersgruppe der Praktikantin hat der Ausdruck “geil” seine ursprüngliche Bedeutung verloren und wird als Synonym für “grossartig” und “toll” etc. verwendet. Allenfalls liess sich die Praktikantin mithin auf die Einladung der Klägerin ein, eine “tolle”, möglicherweise auch eine erotische Stimme zu hören, nicht aber Telefonsex mit anzuhören.

Entscheidender muss deshalb sein, dass immer nur die Klägerin die Kontrolle über den Verlauf des Gesprächs hatte bzw. hätte haben müssen. Es hätte an ihr obliegen, das Gespräch auf einer harmloseren Ebene zu halten. Statt dessen hat sie einerseits den Lautsprecher aktiviert, womit der Praktikantin der Gesprächsinhalt nicht mehr entgehen konnte. Andererseits hat sie sich ihrerseits aktiv am anzüglichen Gesprächsinhalt beteiligt und darüber hinaus die Praktikantin mit einer Geste noch zurückgehalten, als diese den Lagerraum verlassen wollte. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass es durchaus in der Absicht der Klägerin lag, die Praktikantin

mit dem sexuellen Gesprächsinhalt zu konfrontieren und die Praktikantin nicht bloss aufgrund eines unglücklichen Zufalles, aus Sicht der Klägerin ungewollt, Zeugin des Gesprächs wurde. Ein derartiger willentlicher Einbezug einer Drittperson in Telefonsex erfüllt den Sachverhalt der sexuellen Belästigung, zumal die Praktikantin keineswegs von allem Anfang an mit einer derartigen Gesprächsentwicklung rechnen musste. Auch wenn die Praktikantin lediglich zuhörte, ist der Vorfall mit Hinblick auf die konkreten Worte der Telefonpartner als gravierend zu qualifizieren.

Unbehelflich wäre der Klägerin, wenn die Praktikantin tatsächlich bereits eigene sexuelle Erfahrungen haben sollte. Gerade die sexuelle Selbstbestimmung soll mit den Verpflichtungen, die das Gesetz der Arbeitgeberin auferlegt, gewahrt werden. Auch beim strafrechtlich bloss noch begrenzten Schutz der Altersgruppe der Praktikantin steht der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung im Vordergrund. Namentlich bei einer eben mal 16-jährigen Praktikantin vermögen daher allenfalls bereits bestehende sexuelle Erfahrungen sexuelle Belästigungen nicht zu rechtfertigen.

Fraglich mag aufgrund der Sachdarstellung der Parteien vorliegend sein, ob sich die Praktikantin subjektiv tatsächlich belästigt gefühlt hat. Nach Sachdarstellung der Beklagten habe der Vorfall die Praktikantin so sehr konsterniert, dass sie nachher nicht mehr zur Arbeit habe kommen wollen; sie sei unsicher gewesen, ob sie das Praktikum noch beenden wolle. Die Klägerin dagegen will den Eindruck gewonnen haben, dass das Ganze der Praktikantin gefallen habe; jedenfalls auf die Klägerin habe sie keinen verstörten Eindruck gemacht. Ob sich die Praktikantin subjektiv sexuell belästigt fühlte, ist im vorliegenden Sachzusammenhang indessen, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht ausschlaggebend.

Fest steht, dass die Klägerin ein Verhalten an den Tag legte, das objektiv den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllte. Das alleine musste die Beklagte zum Handeln veranlassen, ansonsten sie – ihr vorwerfbar – das Risiko in Kauf genommen hätte, dass sich die Klägerin allenfalls gleichartig gegenüber einer anderen Mitarbeiterin verhalten könnte, die sich dann auch subjektiv belästigt fühlen konnte. Mit Hinblick auf die zu erlassende Massnahme durfte die Beklagte sodann in Rechnung stellen, dass gerade mal 16-jährige junge Frauen noch beeinflussbar sind und sich aus Neugier oder ungenügend ausgebildeter Selbstbestimmung in Verhaltensweisen einbeziehen lassen, vor denen sie seitens der Arbeitgeberschaft zu schützen sind. Erschwerend kommt der Umstand hinzu, dass die Praktikantin der Klägerin zur Ausbildung anvertraut gewesen ist, zur Klägerin als Respektsperson damit durchaus eine gewisse Abhängigkeit und Beeinflussbarkeit bestand. Diese Verantwortung gegenüber der Praktikantin hat die Klägerin grob verletzt, indem sie jene beim Telefonsex zuhören liess. Erhöhtes Vertrauen hat aber auch die Beklagte selbst in die Klägerin gesetzt, indem sie ihr die Praktikantin zur Ausbildung anvertraute. Auch dieses in sie gesetzte Vertrauen der Beklagten hat die Klägerin mit dem fraglichen Vorfall grob missbraucht.

Selbst wenn der Klägerin zugute zu halten ist, dass sie während der rund 20 Jahre ihrer Anstellung offensichtlich nicht zu ernsthafteren Beanstandungen Anlass gegeben hat, ist der von ihr auf zwei Seiten hin – gegenüber der Praktikantin und gegenüber der Beklagten – dadurch begangene Vertrauensbruch:

- dass sie der Praktikantin schon früher gesagt hat, sie würde feucht, wenn sie die Stimme des Mannes höre und
- dafür sorgte, dass die Praktikantin Telefonsex der fraglichen Art mithören konnte ungeachtet der Frage, ob und wie sehr sich die Praktikantin dadurch subjektiv sexuell belästigt fühlte, als derart gravierend zu betrachten, dass sich die Beklagte zur fristlosen Kündigung veranlasst sehen durfte.

Erweist sich die fristlose Kündigung damit aber als gerechtfertigt, ist die Klage beider Klägerinnen vollständig abzuweisen, da damit nur Ansprüche geltend gemacht werden, die sich aus einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung ergeben könnten.»

(AGer., AN070304 vom 25. Juni 2007)

22. OR 340; Konkurrenzverbot bei einem Vermögensverwalter?

Der Kläger trat als Vermögensverwalter bei der Beklagten ein. Als er die Beklagte verliess, nahm er den ganzen Kundenstamm, den er eingebracht hatte, wieder mit. Gemäss Vertrag war ihm das erlaubt. Falls er aber die eigenakquirierten Kunden bzw. deren Portfolio mitnahm, war er verpflichtet, dem Arbeitgeber für einige Monate einen Beitrag an die Infrastrukturkosten zu bezahlen. Dagegen wehrte sich der Arbeitnehmer.

Aus dem Entscheid:

«Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten (Art. 340 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist das Konkurrenzverbot nach Art. 340 Abs. 1 OR nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Auch die Abwerbung von Kunden – sogar bloss einzelner – stellt eine Konkurrenzierung dar, weshalb auch ein blosses Kundenabwerbverbot unter Art. 340 ff. OR fällt (BGE 130 III 353; Urteil 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005 E.3.2).

Vorliegend handelt es sich nicht um ein typisches Konkurrenzverbot, das eine konkurrenzierende Tätigkeit verbietet, und es handelt sich auch nicht um ein Abwerbverbot. Der Kläger war grundsätzlich berechtigt, eigenakquirierte Kunden mitzunehmen. Wenn er dies jedoch tat, war er verpflichtet, für Infrastrukturkosten auch nach seiner Kündigung für weitere sechs Monate anteilig aufzukommen. Diese Verpflichtung entfällt, sofern keine eigenakquirierten Kunden mitgenommen werden.

Diese Regelung wirkt sich wie ein Abwerbverbot aus. Auch bei einem Abwerbverbot ist in der Regel eine Strafzahlung geschuldet, wenn Kunden abgeworben werden. Die vorliegende Regelung unterscheidet sich von einem Abwerbverbot einzig dadurch, dass die Mitnahme, d.h. die Abwerbung von Kunden, grundsätzlich zulässig ist, aber bezahlt werden muss, während bei einem Abwerbverbot die Ab-

werbung verboten ist und bei einer Verletzung des Abwerbverbotes bezahlt werden muss. In beiden Fällen muss bei einer Abwerbung eine Zahlung geleistet werden. Es handelt sich somit um eine ähnlich beschränkende Vereinbarung wie bei einem Abwerbverbot. Die Bestimmungen über das Konkurrenzverbot sind analog anwendbar. Die Forderung nach Bezahlung für Infrastrukturkosten ist folglich nur unter den Voraussetzungen von Art. 340 ff. OR zulässig.

Nach herrschender Lehre und Praxis ist ein Konkurrenzverbot jedoch unzulässig und kann auch nicht durch Einblick des Arbeitnehmers in den Kundenkreis gerechtfertigt werden, wenn Kunden des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer wegen dessen besonderen, persönlichen Eigenschaften folgen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 340 OR; BGE 44 II 56; BGE 101 Ia 450). Ein Konkurrenzverbot ist daher immer dann unzulässig, wenn die Beziehungen des Kunden zum Betrieb in erster Linie auf die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers zurückzuführen sind (Kuhn, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Muri bei Bern, 1981, S. 31 ff. mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis). Persönliche Fähigkeiten liegen vor, wenn die Kundenbeziehung auf der besonderen Fachkompetenz der Berufsperson, ihrem persönlichen Urteil oder ihrer technischen Einschätzung, dem pädagogischen Talent, persönlichem Geschick oder der Art, wie sie eine Aufgabe angeht, beruht (Pra. 41 S. 124 ff. = BGE 78 II 39 ff.).

Wann solche Eigenschaften des Arbeitnehmers massgebend für das Mitgehen von Kunden sind, ergibt sich aus der konkreten Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses. Bei einem Vermögensverwalter sind insbesondere seine persönlichen Erfahrungen, sein Wissen und Verständnis für die Zusammenhänge auf dem Geldmarkt und sein Gespür dafür, wie das Geld am Besten angelegt wird, massgebend. Vorliegend brachte der Kläger die Kunden, die er bei seinem Austritt bei seinem vorgehenden Arbeitgeber mitgenommen hatte, bei seinem Arbeitsantritt zur Beklagten mit. Die Kunden waren folglich dem Kläger bereits von seinem früheren Arbeitgeber zur Beklagten gefolgt. Daraus ist zu folgern, dass für die Beziehung zwischen dem Kläger und den Kunden überwiegend – wenn nicht sogar ausschliesslich – die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Klägers ausschlaggebend waren.

Es steht somit fest, dass aufgrund der Erwägungen die zwischen den Parteien abgeschlossene Vereinbarung in Ziffer 6 des Arbeitsvertrages nicht verbindlich ist und deshalb auch keine rechtliche Wirkung entfalten kann, weshalb auch die Frage einer allfälligen Herabsetzung gemäss Art. 340a OR in Verbindung mit Art. 163 Abs. 3 OR, wie klägerischerseits beantragt, offen bleiben kann.»

(AGer., AN060411 vom 26. November 2007)

23. OR 340; Konkurrenzverbot bei einem Coiffeur

Der Vertrag enthielt ein Konkurrenzverbot, wonach der Coiffeur während eines Jahres nach Austritt im Umkreis von einem Kilometer nicht konkurrenzierend tätig werden dürfe. Als der ausgeschiedene Arbeitnehmer in unmittelbarer Umgebung in

einem Konkurrenzbetrieb tätig wurde, verlangte der Kläger von ihm die Bezahlung der Konventionalstrafe sowie Schadenersatz für abgeworbene Kunden.

Aus dem Entscheid:

«Die Parteien haben im Vertrag schriftlich ein Konkurrenzverbot vereinbart. Die Handlungsfähigkeit des Beklagten ist zu vermuten und wurde denn auch von den Parteien nicht thematisiert. Dass der Beklagte seit dem 1. April 2007 in unmittelbarer Nähe seines bisherigen Arbeitsortes bei X. tätig ist, ist ebenfalls unbestritten. Es handelt sich dabei um ein konkurrenzierendes Geschäft. Die im schriftlichen Vertrag festgehaltene Vereinbarung, wonach der Beklagte während eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Umkreis von einem Kilometer nicht in einem anderen Coiffeurgeschäft arbeiten darf, wurde damit verletzt.

Ob der Beklagte im Rahmen seiner Tätigkeit Einblick in Kundendaten hatte, ist zwischen den Parteien strittig, kann indessen offen gelassen werden. Unabhängig davon, ob der Beklagte im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit effektiv Einsicht in Kundendaten hatte, ist jedenfalls das Vorliegen eines Kausalzusammenhang zwischen eventuellen Kenntnissen und der Möglichkeit einer erheblichen Schadenszufügung zu verneinen.

So ist es zwar richtig, dass die Kunden eines Coiffeurgeschäftes grundsätzlich zu diesem Geschäft und nicht zum behandelnden Coiffeur gehören. Die Bindung eines Kunden beruht indessen vorwiegend auf den besonderen Fähigkeiten des Coiffeurs und seiner persönlichen Geschicklichkeit. Ein Kunde stellt im wesentlichen auf die persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers ab und nicht auf dessen Kenntnisse, die dieser durch die Einsicht in die Besonderheiten des Betriebes (Kundendaten, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse) gewonnen hat (z.B. spezieller Farbwunsch). Eine Bindung besteht damit primär zu einem bestimmten Coiffeur („Coiffeurkunde“) und nicht zu einem bestimmten Coiffeursalon. Wurde die Beziehung eines Kunden zu einem bestimmten Coiffeursalon durch die Persönlichkeit und das Geschick eines bestimmten Angestellten vermittelt, so ist mit dessen Weggang ohnehin in Frage gestellt, ob der Kunde weiterhin in diesen Salon kommen will oder nicht. Folgt ein Kunde dem Coiffeur an dessen neuen Arbeitsort, so ist die dadurch verursachte Schädigung nicht eine Folge des Einblicks in Kundendaten und die dadurch gewonnenen Kenntnisse über Bedürfnisse und Wünsche des Kunden, sondern eine Folge der persönlichen Eigenschaften und eigenen Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Es fehlt damit bereits vom Grundsatz her am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis bzw. die Kundendaten und der Möglichkeit der Schadenszufügung (Staehelin, a.a.O., N 16 ff. zu Art. 340 OR).

Daneben gibt es natürlich auch Kunden, deren Bindung hauptsächlich zum Coiffeursalon („Salonkunden“ oder „Laufkundschaft“) besteht. Für diese Art von Kunden ist es primär relevant, dass sie im Coiffeursalon ihrer Wahl bedient werden, wobei die Person des Coiffeurs im Hintergrund steht. Entsprechend macht es diesen Kunden auch nichts aus, jeweils von wechselnden Coiffeuren bedient zu werden. Bei diesen Kunden beruht die Bindung hauptsächlich auf den von ihnen als besonders günstig empfundenen Gesamtbedingungen, die neben der Ausstattung des Salons,

der dort herrschenden Atmosphäre und den massgebenden Preisen insbesondere auch die Lage des Salons, dessen gute Erreichbarkeit und die Öffnungszeiten umfassen. Diese Gesamtbedingungen bleiben beim Wechsel eines einzelnen Coiffeurs in einen anderen Salon unverändert bestehen und können den Kunden damit auch nicht zu einem Wechsel veranlassen. Auch bei dieser Konstellation fehlt es damit schon vom Grundsatz her am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis- bzw. die Kundendaten und der Möglichkeit der Schadenszufügung.

Aufgrund dieser Erwägungen ist das von den Parteien im Arbeitsvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot als unzulässig zu erachten (ZR 2001 Nr. 92; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8, N 10 und N 11 zu Art. 340 OR; Staehelin, a.a.O., N 16 ff. zu Art. 340 OR). Damit fällt auch das von den Parteien für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbarte Abwerbeverbot dahin.

Auf die weiteren Voraussetzungen ist unter diesen Umständen nicht näher einzugehen. Insbesondere kann offen gelassen werden, welche Umstände den Beklagten letztlich zur Kündigung veranlasst haben, und ob dies zu einem Wegfall des Konkurrenzverbots geführt hat. Die Klage ist abzuweisen.»

(AGer., AG070022 vom 31. Juli 2007).

24. OR 340c; Wegfall des Konkurrenzverbotes bei Lohnreduktion?

Nachdem dem Personalberater ein neuer Vertrag unterbreitet wurde, mit einem Lohn, der nicht einmal das Existenzminimum erreicht, kündigte der beklagte Arbeitnehmer. In der Folge stellte sich die Frage, ob dies einen begründeten Anlass darstellt, der zum Wegfall des Konkurrenzverbotes führt.

Aus den Erwägungen:

«Art. 340c Abs. 2 OR bestimmt, dass das Konkurrenzverbot dahinfalle, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst oder wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer hierzu begründeten Anlass gegeben hat.

Im ersteren Fall genügt ein Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung bilden kann, ohne dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gegeben sein müssen. Als begründeter Anlass kommen etwa unvollständige oder unregelmässige Lohnzahlungen, schlechte Arbeitsbedingungen, unwürdige Behandlung, Nichteinhalten von Versprechen, die Notwendigkeit, eine grosse Anzahl Überstunden zu leisten, ohne Abhilfemassnahmen des Arbeitgebers in Frage (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 und 5 zu Art. 340c OR, mit weiteren Hinweisen). Einseitige Vertragsverschlechterungen von einigem Gewicht bilden einen begründeten Anlass zur Kündigung (ZR 97 [1998] Nr. 82 S. 196). Zwischen dem für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ursächlichen Fehlverhalten des Arbeitgebers und der Kündigung muss nach Rechtsprechung ein Kausalzusammenhang bestehen, wobei das

Recht, sich auf Art. 340c Abs. 2 OR zu berufen, verwirkt werden kann. Ruft der Arbeitnehmer einen einzelnen Vorfall als begründeten Anlass zur Kündigung an, so hat er die Kündigung in der Regel umgehend zu erklären. Einzelne Gründe, die alleine eine Kündigung nicht zu rechtfertigen vermögen, können in ihrer Gesamtheit einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR darstellen. In diesem Fall ist an die zeitliche Konnexität kein rigoroser Massstab zu setzen. Begründet der Arbeitnehmer die Kündigung nicht ausdrücklich mit den für die Kündigung als ursächlich bezeichneten Fehlverhalten des Arbeitgebers, so schadet ihm dies noch nicht ohne weiteres (Peter Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, S. 146 ff.; Cotti, S. 155, N. 378; Ch. Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 2001, S. 74; BGE 130 III E. 2.2.1).

Verschiedentlich wurde unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 82 II 142 E. 2) erklärt, die Ablehnung eines Gesuchs um Gehaltserhöhung würde nicht als begründeter Anlass zur Kündigung durch den Arbeitnehmer im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR betrachtet. Im erwähnten Entscheid nahm das Bundesgericht allerdings konkret Stellung zur Frage, ob die Ablehnung eines Gesuchs um Gehaltserhöhung ein Kündigungsgrund darstelle. In einem späteren Urteil erachtete es hingegen eine wesentlich unter dem marktüblichen Verdienst liegende Erhöhung trotz Abmahnung als begründeten Kündigungsgrund im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR (BGE 130 III 353 E. 2.2.1). Gleich erwoog das Obergericht des Kantons Zürich im Jahre 1984 im Falle einer Kündigung durch den Arbeitnehmer, ein Konkurrenzverbot falle dahin, wenn die Arbeitgeberin das Gesuch des Arbeitnehmers um Lohnerhöhung ablehne und letzterer damit eine marktgerechte Entlohnung erreichen möchte. Die Entlohnung – so die I. ZK des Obergerichts des Kantons Zürich – stelle ein wesentliches Element des Arbeitsvertrags dar. Soweit diese eindeutig unangemessen sei, erscheine die Ablehnung eines Gesuchs um Lohnerhöhung als begründeter Anlass für eine Kündigung. Die Ablehnung eines Gesuchs um Lohnerhöhung stelle einen begründeten Anlass dar, sofern lediglich eine marktübliche Entlohnung erreicht werden wolle. Allerdings müsse der Lohn wesentlich unter der Marktüblichkeit liegen, damit ein Kündigungsgrund im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR vorliege und das Konkurrenzverbot weg falle (ZR 85 [1986] Nr. 31, S. 69; vgl. dazu Neeracher, S. 74).

Die in Lehre und Praxis entwickelten Grundsätze können nicht ohne weiteres auf die hier vorliegende Situation angewendet werden. Der Beklagte hätte die Möglichkeit gehabt, bei der Klägerin eine Lohnerhöhung zu beantragen, davon wurde jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Gleichwohl muss eine Vertragsverschlechterung (Lohnreduktion) beruhend auf einer Vertragsänderung des Arbeitgebers einem abgelehnten Begehren um Lohnerhöhung gleichgestellt werden. Es wäre unbillig, würde man den Arbeitnehmer, dessen Lohnerhöhung abgelehnt worden ist und der auf dem tiefen Lohn sitzen geblieben ist, besser behandeln als denjenigen, der von einem angemessenen Lohn auf einen tieferen Lohn gesetzt wird und die Vertragsverschlechterung nolens volens akzeptieren muss, will er nicht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Kauf nehmen. Es würde auch keinen Sinn machen, vom Beklagten zu verlangen, seinem Arbeitgeber ein Lohnerhöhungsbegehren zu stellen, nachdem ihm dieser den Lohn kurze Zeit

zuvor eben gerade gekürzt hat. Die Sinnlosigkeit eines solchen Begehrens ist evident.

Es wurde von der Klägerin nicht bestritten, dass sie dem Beklagten am 5. Dezember 2005 einen neuen Arbeitsvertrag vorgelegt hatte, in welchem sein fester Lohnbestandteil ab 1. Januar 2006 um einen Drittel reduziert wurde. Damit hielt die Klägerin nicht nur die gesetzliche Kündigungsfrist nicht ein, sondern bewirkte auch, dass das Einkommen des Beklagten ab Januar 2006 buchstäblich zusammenbrach. Im Januar erzielte er ein Nettoeinkommen von Fr. 1'791.70 und von Februar bis April 2006 ein solches von Fr. 1'700.–.

Es versteht sich von selbst, dass die im Jahre 2006 erzielten monatlichen Löhne nicht nur unter den marktüblichen lagen, sondern auch dem Beklagten kein die Existenz sicherndes Einkommen ermöglichten. Diese Schlussfolgerung ist ohne weiteres zulässig, selbst wenn die genauen monatlichen Auslagen des Beklagten nicht bekannt sind. Allein der Grundbetrag des betriebsrechtlichen Existenzminimums liegt schon bei Fr. 1'100.–.

Wer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, welcher ihm im nachhinein nicht erlaubt, das Existenzminimum zu verdienen, besitzt einen begründeten Anlass, dieses Arbeitsverhältnis wieder aufzulösen. Der Beklagte hatte somit einen begründeten Anlass zur Kündigung, denn hätte er zu diesen Bedingungen weiter gearbeitet, wäre er in existentielle Schwierigkeiten geraten.

Fällt nach Art. 340c Abs. 2 OR das Konkurrenzverbot dahin, ist auch keine Konventionalstrafe geschuldet, wenn es der Beklagte verletzt hat. Ebenso ist es obsolet abzuklären, ob die Klägerin im Nachhinein auf das Konkurrenzverbot verzichtet hat, wie der Beklagte behauptet. Es erübrigen sich gleichermassen Ausführungen über die Realexekution. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.»

(AGer., AG060036 vom 4. Juni 2007)

25. ArG 9; Anrechnung der Reisezeit

Die geltend gemachte Reisezeit von insgesamt 298 Stunden als Überzeit wurde von der Beklagten nicht bestritten; sie stellte sich aber auf den Standpunkt, es handle sich dabei nicht um Arbeitszeit, da bei Vertragsschluss klar gewesen sei, dass der Kläger mit ehemaligem Wohnsitz in Deutschland, auch in diesem Land tätig sein würde. Der Entscheid, in die Schweiz zu ziehen, sei sein persönlicher gewesen. Sodann gelte gemäss Arbeitsvertrag als Arbeitsort der Ort beim Kunden, wobei der Kläger zur Hauptsache für zwei Kunden in Deutschland tätig gewesen sei.

Aus dem Entscheid:

«Die Parteien vereinbarten über den Arbeitsort folgendes: „Arbeitsort des Arbeitnehmers ist Zürich bzw. vor Ort beim Kunden der Arbeitgeberin.“ Daher ist zu prüfen, ob die vertragliche Vereinbarung dazu führt, dass die Reisezeit zu den Kunden in Deutschland als Arbeitsweg zu qualifizieren ist oder gleichwohl an die Arbeitszeit des Klägers anzurechnen ist.

Grundsätzlich gilt, dass eine Geschäftsreise Arbeitszeit darstellt, wobei die Zeiten, die der Arbeitnehmer zur freien Verfügung hat, abzuziehen sind. Auch die Reisezeit eines in der ganzen Schweiz tätigen Monteurs zählt als Arbeitszeit. Hingegen gehört der Arbeitsweg, d.h. der Weg zum vertraglichen Arbeitsort, nicht zur Arbeitszeit (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 321 OR).

In der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) wird in Art. 13 der Begriff der Arbeitszeit näher geregelt. Abs. 1 regelt unter anderem, der Weg zu und von der Arbeit gelte nicht als Arbeitszeit. Als Ausnahme hält dazu Abs. 2 fest, dass die längere Wegzeit, die dadurch entsteht, dass die Arbeit ausserhalb des üblichen Arbeitsorts zu leisten ist, Arbeitszeit darstellt. Als üblicher Arbeitsort gilt normalerweise der Stammbetrieb, der Anstellungsort oder im Baugewerbe etwa der Werkhof (Wegleitung zum ArG, seco, April 2001, S. 113-2 ff.). Eine Versetzung an einen andern Arbeitsort und der Weg zu den Kunden bedeuten immer Arbeitszeit (Streiff/von Kaenel, N 9 zu Art. 321 OR).

Nicht unter Art. 13 Abs. 2 ArGV 1, bei welchem ein Arbeitnehmer grundsätzlich einen festen Arbeitsort hat und ein zusätzlicher Zeitaufwand bei Dislokationen im Auftrag des Arbeitgebers zu Lasten des Arbeitgebers geht, fällt die Arbeitssituation, bei der kein Arbeitsweg an einen bestimmten, gleich bleibenden Arbeitsort gegeben ist, sondern wechselnde Arbeitsstätten vorliegen, wie dies z. B. in der Regel bei einem Servicemonteur oder einer Vertreterin der Fall ist. Diese Situation führt dazu, dass die aufgewendete Wegzeit zu den verschiedenen Arbeitsorten immer Arbeitszeit bedeutet (Müller, a.a.O., Art. 9 Abs. 1 Ziff. 1; Wegleitung zum ArG, S. 113-2).

Eine Vereinbarung, wonach der Arbeitsort stets dort sein soll, wo ein Einsatz bei einem Kunden zu leisten ist, stellt eine Umgehung von Art. 13 ArGV 1 dar, da sie dazu führt, dass sämtliche Reisezeiten auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Ihr kann höchstens der Regelungsgehalt beigemessen werden, wonach die Beklagte berechtigt ist, den Kläger dort einzusetzen, wo der Kunde sich befindet und es nicht bei jedem Einsatz einer Abwägung bedarf, ob der Einsatz für den Kläger zumutbar sei oder nicht, da von Beginn an vereinbart wurde, dass sich der Arbeitsort des Klägers variabel gestalten würde. Eine solche Vereinbarung kann hingegen nicht dazu führen, dass sich der Kläger sämtliche Reisezeiten als Arbeitsweg anrechnen zu lassen hätte bzw. nicht als Arbeitszeit zu qualifizieren wäre.

Nach Darstellung der Beklagten sei von Beginn an klar gewesen, dass der Kläger, der zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung Wohnsitz in Deutschland gehabt habe, nur bei zwei Kunden in Deutschland eingesetzt würde. Damit könnte im für die Beklagte günstigsten Fall von zwei festen Arbeitsorten ausgegangen werden.

Der Kläger bestreitet sowohl, er sei nur für zwei Kunden in Deutschland tätig gewesen, wie auch, es sei von Beginn an klar gewesen, dass er in Deutschland arbeite. Er sei vielmehr davon ausgegangen, für Projekte in der Schweiz eingesetzt zu werden. Die Beklagte habe gewünscht, dass er seinen Wohnsitz in die Schweiz verlege und habe auch die Bewilligung besorgt.

Da der Kläger unbestrittenemassen auf Wunsch der Beklagten jede Woche am Freitag in Zürich gearbeitet hat, während er von Montag bis Donnerstag bei einem der Kunden in Deutschland tätig gewesen ist, spielt es keine Rolle, ob der Kläger aus per-

sönlichen Gründen oder auf Wunsch der Beklagten seinen Wohnsitz nach Zürich verlegt hat. Die geschilderten Umstände führen dazu, dass Zürich als üblicher Arbeitsort zu qualifizieren ist, woraus in Anwendung von Art. 13 Abs. 2 ArGV 1 folgt, dass die längeren Wegzeiten, die dadurch entstanden, dass der Kläger die Arbeit ausserhalb des üblichen Arbeitsortes Zürich, namentlich bei Kunden in Deutschland zu leisten hatte, Arbeitszeit darstellen.

Eventualiter macht die Beklagte geltend, hätte der Kläger die geltend gemachte Zeit, die er zur Hauptsache im Flugzeug oder im Zug verbracht habe, zur Arbeit nutzen können, was dem Kunden auch wieder hätte in Rechnung gestellt werden können. Sie gehe denn auch davon aus, der Kläger sei so vorgegangen, weshalb er die Zeit nicht als zusätzliche Arbeitszeit geltend machen könne.

Die Reisezeit ist als Arbeitszeit zu vergüten unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer dabei auch noch Arbeit leistet oder nicht. Die Beratertätigkeit des Klägers fand vor Ort beim Kunden statt, weshalb der Kläger während der Reisezeit höchstens zusätzliche, z.B. vorbereitende Arbeiten hätte erledigen können. Der Kläger behauptet entsprechend auch, während der Geschäftsreisen gearbeitet zu haben; es habe sich aber nicht um verrechenbare Arbeitszeit gehandelt. Die Beklagte räumt ein, sie hätte die während der Reisezeit erledigten Arbeiten dem Kunden in Rechnung stellen können. Das mag zutreffen, sie tat es aber nicht. Wahrscheinlicher ist die Auffassung des Klägers, ein Kunde würde sich weigern, Reisezeit zu vergüten, weshalb in den 156.5 Mannstagen zu neun Stunden, die den Kunden weiterverrechnet worden seien, die geltend gemachte Reisezeit nicht enthalten sei.

Deshalb ist die geltend gemachte Reisezeit vollumfänglich als zusätzliche Arbeitszeit zu qualifizieren.»

(AGer., AN060891 vom 21. August 2007; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig)

26. L-GAV 10 und 15; Teilzeitarbeit; Mindestlohnberechnung

Die Klägerinnen waren zuerst über eine Drittfirma für die Zimmerreinigung eines Hotels zuständig, nachher wurden sie direkt angestellt. Sie hatten kein festes Arbeitspensum zu erfüllen, da dies von der vorhandenen Arbeit abhängig war und die Klägerinnen nach der Reinigung der ihnen zugeteilten Zimmer nach Hause gehen konnten. Nach der Entlassung machten sie geltend, sie hätten den im L-GAV Gastgewerbe vorgeschriebenen Mindestmonatslohn nicht erhalten.

Aus den Erwägungen:

«Vertragliche Regelung

Alle drei Arbeitsverträge sind im entsprechenden Formular eindeutig als “Arbeitsvertrag für Teilzeitmitarbeiter” definiert. Im Vertrag der Klägerinnen 1 und 2 wurde zudem die zutreffende Anzahl Ferienwochen (vier) unter Ziff. 5.b), die für Teilzeitmitarbeiter gilt, angegeben, im Vertrag der Klägerin 3 hingegen unter der für Vollzeitmitarbeiter gel-

tenden Ziff. 5.a). In keinem der drei Arbeitsverträge wurde weiter die Arbeitszeit geregelt. Vielmehr wurde ein Einsatz auf Abruf vereinbart. Diese Regelung ist L-GAV-konform. Die Tatsache, dass im jeweiligen Vertragsformular das entsprechende Feld leer gelassen wurde, führt mit anderen Worten – entgegen der Meinung des Rechtsvertreters der Klägerinnen – nicht zur Annahme eines Vollzeitarbeitsverhältnisses. Im vorliegenden Fall war die schwankende Arbeitszeit einfach eine Folge des gewählten Lohnsystems (Zimmerpauschale), denn die Lohnhöhe war nicht von der geleisteten Arbeitszeit, sondern vielmehr von der Anzahl der gereinigten Zimmer abhängig. Wie viel Zimmer in wie viel Zeit gereinigt wurden, war wiederum sowohl von der Arbeitsauslastung wie auch von den Klägerinnen selber abhängig. Die Regelung einer festen Arbeitszeit im Arbeitsvertrag war mit diesem Lohnsystem somit unmöglich.

Gelebte Arbeitsverhältnisse

Die Klägerinnen nahmen ihre Arbeit bei der Beklagten in der Regel um 7.30 bis 8.00 Uhr auf und arbeiteten bis ca. 14.00 bis 14.30 Uhr. Somit arbeiteten sie im Normalfall höchstens 7 Stunden pro Tag bzw. 35 Stunden pro Woche und leisteten damit kein Vollzeitpensum im Sinne von Art. 15 Abs. 1 L-GAV. Von den Klägerinnen ist auch nicht behauptet worden, sie hätten der Beklagten ihre Arbeitskraft zu 100 % angeboten. Indem sie sich ab August 2005 weigerten, den neuen Richtlinien entsprechend bis um 16.00 Uhr zur Verfügung der Beklagten zu bleiben, bestätigten sie, dass sie vielmehr nicht bereit waren, ein höheres Pensum zu leisten. Es ist daher anzunehmen, dass die Klägerinnen mit ihrem Arbeitspensum zufrieden waren bzw. dies den vertraglichen Abmachungen entsprach. Dies geht auch aus einem von der Klägerin 1 am 2. Mai 2005 ausgefüllten Fragebogen der Beklagten hervor, nachdem sich die Klägerin 1 unter anderem in ihrer Aufgabe ausgelastet fühlte. Hätten die Klägerinnen den Arbeitsvertrag mit der Beklagten mit der Absicht abgeschlossen, ein 100%-Pensum einzugehen, dann hätten sie protestieren und ihre Arbeitsleistung für ein höheres Pensum anbieten müssen, sobald sie realisierten, dass ihnen weniger Arbeit zugewiesen wurde.

Zusammenfassung

Der L-GAV schliesst Teilzeitarbeit ohne vorherige Abmachung einer bestimmten Arbeitszeit nicht aus. Im jeweiligen Einzelarbeitsvertrag zwischen der Beklagten und den Klägerinnen 1 und 2 wurde eindeutig ein Teilzeitarbeitsverhältnis vereinbart. Dass die Ferienregelung im Vertrag der Klägerin 3 unter der für Vollzeitmitarbeiter geltenden Ziffer 5.a) getroffen wurde, ist aufgrund der gelebten Verhältnisse – welche bei den drei Arbeitsverhältnissen identisch waren – und im Einklang mit dem unbestritten Standpunkt der Beklagten anzunehmen, dass es sich dabei um einen Fehler handelte. Die Klägerinnen leisteten und boten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auch kein 100%-Pensum an. Es ist daher anzunehmen, dass die vertragliche Regelung mit dem Konsens aller betroffenen Parteien zustande kam und entsprechend gelebt wurde. Das Arbeitsverhältnis der Klägerinnen zur Beklagten ist daher als Teilzeitarbeitsverhältnis zu qualifizieren.

Mindestlohnanspruch

Gesamtarbeitsvertragliche Regelung

Im Gastgewerbe ist grundsätzlich jedes Lohnsystem zulässig (Festlohn, Umsatzlohn oder Kombinationen; Art. 9 Abs. 1 L-GAV). Unabhängig davon haben Vollzeitmitar-

beiter jedoch jeden Monat Anspruch auf den Mindestlohn nach Art. 10 oder 11 L-GAV. Erreicht der Bruttolohn bei ganzem oder teilweisem Umsatzlohn in einem Monat den Mindestlohn nicht, hat der Arbeitgeber die Differenz zum Mindestlohn aufzuzahlen (Art. 9 Abs. 2 L-GAV).

Teilzeitmitarbeiter haben im Verhältnis zur geleisteten Arbeitszeit dieselben Rechte und Pflichten wie Vollzeitmitarbeiter (Art. 1 Abs. 3 L-GAV).

Art. 10 L-GAV sah für Mitarbeiter ohne Berufslehre (wie offenbar die Klägerinnen) für das Jahr 2004 einen Mindestlohn in der Höhe von Fr. 3'120.– brutto, für das Jahr 2005 in der Höhe von Fr. 3'150.– brutto pro Monat vor. Umgerechnet auf den Stundenlohn ergibt das Fr. 17.55 brutto für das Jahr 2004 (= Fr. 3'120.– / 4.33 Wochen / 41 Stunden) bzw. 17.75 brutto für das Jahr 2005 (= Fr. 3'150.– / 4.33 Wochen / 41 Stunden), wobei Zuschläge für Ferien-, Feiertage etc. separat zu berechnen sind.

Vertragliche Regelung

Die Parteien vereinbarten im jeweiligen Arbeitsvertrag Fr. 7.60 brutto pro Zimmer als Festlohn zuzüglich 8.33 % Ferienentschädigung, 1.66 % Feiertagsentschädigung und 8.33 % als 13. Monatslohn, insgesamt somit Fr. 9.05 brutto pro Zimmer.

Ein solches Lohnsystem ist grundsätzlich L-GAV-konform. Voraussetzung ist jedoch, dass jeden Monat der Mindestlohn gemäss Art. 10 L-GAV erreicht wird. Da die Klägerinnen jedoch – wie vertraglich abgemacht – Teilzeitarbeit gearbeitet haben, haben sie lediglich auf den umgerechneten Mindeststunden-, nicht aber auf den Mindestmonatslohn Anspruch. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der 13. Monatslohn gemäss L-GAV nicht von Anfang an, sondern erst ab dem 7. Anstellungsmonat (anteilmässig) geschuldet ist (Art. 12 Abs. 2 L-GAV). Dieser Zuschlag ist daher bis zu diesem Zeitpunkt nicht separat zum Mindeststundenlohn zu berechnen. Danach nur zu 50 % (Art. 12 Abs. 1 L-GAV). Der Mindeststundenlohn für die Klägerinnen inklusive Zuschläge betrug mit anderen Worten Fr. 19.30 für das Jahr 2004 (d.h. Fr. 17.55 zuzüglich 8.33 % Ferienentschädigung und 1.66 % Feiertagsentschädigung) bzw. Fr. 20.25 für das Jahr 2005 (d.h. Fr. 17.75 zuzüglich 8.33 % Ferienentschädigung, 1.66 % Feiertagsentschädigung und 50 % x 8.33 % als 13. Monatslohn).

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen das vereinbarte Lohnsystem bereits von ihrer Anstellung bei der Firma X. kannten. Auch dort wurde kein bestimmtes Pensum abgemacht. Sie konnten nach der Reinigung der Zimmer gehen und ihr Lohn erreichte den Mindestmonatslohn gemäss Art. 10 L-GAV nicht annähernd. Die Klägerinnen sollten daher wissen, dass sie aufgrund des mit der Beklagten abgeschlossenen Arbeitsvertrages keinen Anspruch auf einen Vollzeitmonatslohn hatten. Dies ergibt sich auch aus dem von der Klägerin 1 am 2. Mai 2005 ausgefüllten Fragebogen der Beklagten, in welchem die Klägerin 1 unter anderem ihr Salär als befriedigend empfand, sich aber in Zukunft eine Anstellung mit fixem Monatslohn wünschte. Auch beanstandeten die Klägerinnen das abgemachte und gelebte Lohnsystem während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht. Hätte dies ihren Erwartungen nicht entsprochen, hätten sie bei der Beklagten protestieren müssen, sobald sie die Unstimmigkeit bemerkt hatten.

Effektive Lohnhöhe

Ob den Klägerinnen der Mindeststundenlohnanspruch gewährt wurde, ist anhand der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zu prüfen. Die Beklagte reichte anlässlich der Hauptverhandlung das jeweilige Formular "Stundenkontrolle" für das Jahr 2004 und 2005 der Klägerinnen samt Übersicht der Lohnabrechnungsperioden Juli 2004 bis September 2005 ins Recht. Der Rechtsvertreter der Klägerinnen erklärte in seiner Klagebegründung zwar, dass die Klägerinnen bei der Rapportierung der geleisteten Stunden sehr vorsichtig und zurückhaltend gewesen seien, weil sie gemerkt hätten, dass der jeweilige Verpflegungsabzug von dieser Stundenzahl abhängig gewesen sei. Er bestritt jedoch die Stundenkontrollen im Einzelnen nicht. Die Klägerin 1 sagte zudem auf Befragen aus, es seien auf dem Stundenblatt zum Teil ein paar Minuten weniger angegeben worden. Es ist daher nicht von relevanten Differenzen auszugehen. Alle Klägerinnen bestätigten schliesslich, die Stundenkontrollen jeden Monat selber visitiert zu haben. Auch wenn die jährlichen Stundenkontrollenformulare anhand der Akten nicht überprüft werden können, ist daher anzunehmen, dass die darin festgehaltenen Arbeitszeiten der Klägerinnen richtig sind.

Im Betrieb der Beklagten erfolgten die effektiven Lohnzahlungen jeden Monat auf der Basis der gereinigten Zimmer und zwar jeweils vom 26. eines Monats bis zum 25. des Folgemonats. Die monatlich aufgeführten Arbeitszeiten entsprechen daher nicht den Arbeitszeiten gemäss Lohnzahlungen. Rechnet man aber den für den entsprechenden Zeitraum bezahlten Stundenlohn aus, so ergibt sich, dass die Klägerinnen immer mindestens den Mindeststundenlohn gemäss L-GAV erhielten. Auch dies wurde von den Klägerinnen nicht bestritten. Die Beklagte ist damit ihrer Lohnzahlungspflicht L-GAV konform nachgekommen.

Zusammenfassung

Die Klägerinnen erhielten während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses mindestens einen im Sinne von Art. 10 L-GAV i.V.m. Art. 1 Abs. 3 L-GAV entsprechenden Stundenlohn. Da sie Teilzeit angestellt worden sind und auch tatsächlich gearbeitet haben, haben sie keinen Anspruch auf die Differenz zum Mindestmonatslohn gemäss Art. 10 L-GAV."

(AGer., AN060537 vom 3. April 2007; vom OGer. bestätigt am 27. Oktober 2007; PN070189)

27. GVG 13; Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts

Nachdem in der letzten Zeit bisherige öffentlich-rechtliche Anstalten verselbständigt wurden, stellt sich immer wieder die Frage, welche Gerichte für Streitigkeiten mit solchen zuständig sind (hier am Beispiel der Schweizerischen Post).

Aus den Erwägungen:

«Seiner Klage legte der Kläger den zuletzt geltenden Einzelarbeitsvertrag (EAV) vom

4. Mai 2002 bei, wobei darin auf das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG) sowie auf den Gesamtarbeitsvertrag der Post verwiesen wird.

Gemäss Art. 2 des Postorganisationsgesetzes vom 30. April 1997 (POG) besteht unter der Firma "Die Schweizerische Post" eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts, wobei die Dienstverhältnisse der Gesetzgebung über das Bundespersonal unterstehen (Art. 15 Abs. 1 POG). In Art. 8 POG wird sodann festgehalten, die Arbeitsverhältnisse des Personals seien öffentlich-rechtlicher Natur.

Da dem Arbeitsgericht die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse vom Personal des Bundes bzw. seiner Institutionen entzogen ist (vgl. dazu § 13 GVG), welche Zuständigkeitsabgrenzung von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, ist auf die Klage des Klägers (mangels sachlicher Zuständigkeit) nicht einzutreten. Es kann dabei offen bleiben, ob allenfalls ein anderes Zivilgericht oder eine Verwaltungsinstanz für die Beurteilung des Falles zuständig ist, da § 13 Abs. 1 GVG die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts in jedem Fall ausschliesst. Dem Kläger ist jedoch Gelegenheit zu geben, das zuständige Gericht zu bezeichnen und eine Überweisung des Prozesses an dieses zu verlangen (§ 112 ZPO).»

(AGer. AN070045 vom 8. Februar 2007; ein Rekurs ans Obergericht richtete sich nur gegen die Kostenaufgabe; siehe zu diesem Thema auch den nachfolgenden Textbeitrag)

28. ZPO 129; Verspätetes Verschiebungsgesuch; verspätete Berufung

Aus dem Entscheid:

«Mit Eingabe vom 31. Juli 2007 machte die Klägerin die vorliegende Klage mit eingangs aufgeführten Rechtsbegehren anhängig, worauf die Parteien auf den 11. September 2007/10.00 Uhr zur Hauptverhandlung vorgeladen worden sind. Unmittelbar vor dem anberaumten Termin zeigte Rechtsanwalt X. dem Gericht zunächst telefonisch und um 09.43 Uhr per Fax seine Bevollmächtigung durch die Beklagte an und ersuchte zufolge unerwarteter Terminkollision um Verschiebung der Verhandlung, wobei es scheint, dass dem Gericht eine Seite nicht übermittelt wurde. Für die Beklagte erschien in der Folge niemand zur Hauptverhandlung.

Mit Verfügung vom 14. September 2007 wurde Rechtsanwalt X. Frist eröffnet, dem Gericht sein ursprüngliches Verschiebungsgesuch vom 11. September 2007 (wie dort im Adresskopf vermerkt) noch gehörig, das heisst mit Normalpost zuzustellen unter der Androhung, dass im Säumnisfalle die Eingabe vom 11. September 2007 als nicht erfolgt erachtet würde. Zugleich wurde Rechtsanwalt X. Frist angesetzt, um die geltend gemachte, unvermutete Terminkollision darzutun und zu belegen, andernfalls über das Verschiebungsgesuch aufgrund der Akten entschieden würde. Diesen Auflagen ist Rechtsanwalt X. mit Eingabe vom 21. September 2007 nachgekommen.

Die Terminanzeige für die Hauptverhandlung vor Arbeitsgericht vom 11. September 2007 erging am 2. August 2007 und gelangte bereits am 6. August 2007 an

die Beklagte. Ebenfalls bereits am 6. August 2007 mandatierte die Beklagte Rechtsanwalt X. Die Vorladung zur Scheidungsverhandlung vor dem Bezirksgericht Y., in welchem Verfahren Rechtsanwalt X. den Ehemann vertrat, erging dagegen (erst) am 15. August 2007, in einem Zeitpunkt, in welchem Rechtsanwalt X. der Termin vor Arbeitsgericht bereits bekannt gewesen sein musste. Es hätte deshalb Rechtsanwalt X. obliegen, den später angezeigten Termin im Scheidungsverfahren verschieben zu lassen, welche Bemühungen auch mit Hinblick auf die dem dortigen Kläger anberaumte Ausreisefrist nicht als zum Vornherein aussichtslos erachtet werden konnten.

Jedenfalls aber hätte Rechtsanwalt X. behelfsweise umgehend eine Verschiebung der Hauptverhandlung im vorliegenden Verfahren beantragen müssen. Offenbar hat er statt dessen mit dem Scheidungsklienten – der am Tag der Scheidungsverhandlung noch auszureisen hatte – vereinbart, dass letzterer unvertreten an der Scheidungsverhandlung teilnehmen würde, zumal zu erwarten war, dass die Ehefrau nicht erscheinen würde. Wenn aber Rechtsanwalt X. mit seiner Klientschaft Vereinbarungen der fraglichen Art trifft, kann er sich nicht, wie von ihm angegeben, im letzten Moment gleichwohl – auf blosser Anfrage des Klienten hin – wieder anders entscheiden, zumal im Vorbringen von Rechtsanwalt X. nichts vorliegt, was ihn oder seinen Klienten hätten veranlassen können, die Zweckmässigkeit einer Vertretung im Scheidungsprozess neu zu beurteilen. Vielmehr war Rechtsanwalt X. gehalten, seinen Scheidungsklienten darauf hinzuweisen, dass er nunmehr unabkömmlich sei, der Klient entsprechend der mit ihm getroffenen Vereinbarung alleine vor dem Scheidungsrichter zu erscheinen habe, damit er selbst den ihm längstbekanntesten, vor Arbeitsgericht anberaumten Termin wahrnehmen könne.

Die von Rechtsanwalt X. geltend gemachte unvermutete Terminkollision rechtfertigt damit eine Verschiebung der Hauptverhandlung nicht.»

Gegen dieses Säumnisurteil erhob die Beklagte fristgerecht Berufung. Nach Eingang der Akten beim Obergericht wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. Oktober 2007 eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und sie zu begründen. Für den Säumnisfall wurde angedroht, es werde auf die Berufung nicht eingetreten.

Aus dem Entscheid des Obergerichtes:

«Die Beklagte nahm die Verfügung vom 22. Oktober 2007 am 24. Oktober 2007 entgegen. Die 10-tägige Frist zur Stellung und Begründung der Berufungsanträge lief ihr am 5. November 2007 ab (§ 191 und 192 GVG). Die Eingabe der Beklagten datiert zwar vom 5. November 2007, wurde hingegen erst am 6. November 2007 der Schweizerischen Post übergeben (vgl. Poststempel). Dies ist verspätet. Die Beklagte hat ihre Eingabe dem Gericht sodann per Fax zugesandt. Schriftliche Eingaben sind zu unterzeichnen (§ 131 Abs. 1 GVG). Eine Faxeingabe genügt diesen Anforderungen nicht. Die Frist ist dabei nur dann gewahrt, wenn der Absender des Faxes – auf Ansetzung einer Nachfrist hin oder von sich aus – fristgerecht eine Eingabe mit Originalunterschrift nachreicht (vgl. hierzu ZR 95 Nr. 38; ZR 96 Nr. 121). Dies ist vorliegend – wie erwähnt – nicht der Fall. Abgesehen davon ergibt sich aus der Zeitangabe auf der

Fax-Mitteilung, dass sie erst am 6. November 2007, also ihrerseits bereits verspätet, erfolgt ist.

Die Beklagte hat innert Frist weder Berufungsanträge gestellt noch diese begründet. Androhungsgemäss ist daher auf die Berufung nicht einzutreten.»

(AGer., AN050690 vom 19. Juni 2006; vom Obergericht am 9. März 2007 bestätigt; LA060022)

29. ZPO 51; Anfechtung eines Vergleichs (Herausgabebegehren)

Anlässlich der Hauptverhandlung schlossen die Parteien vor Arbeitsgericht einen Vergleich, worauf das Verfahren als durch Vergleich erledigt abgeschlossen wurde. Dagegen erhob die Klägerin fristgerecht Rekurs beim Obergericht.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

«Die Klägerin macht geltend, entgegen der Regelung in Ziffer 1 der Vereinbarung, wonach die Parteien übereinstimmend festhielten, dass die von der Klägerin zur Herausgabe verlangten Skripten ihr vor den Schranken des Gerichts überreicht worden seien, habe sie lediglich Fotokopien erhalten. Die beiden Skripten seien jedoch im Auftrag der Schule geschrieben, auf CD gebrannt und im Original ausgedruckt worden. Per Einschreiben habe sie Herrn X. von der Beklagten gebeten, die Dokumente im Original herauszugeben, habe dies aber aufgrund des Verfügungstextes nicht erhalten.

Gemäss § 51 Abs. 2 ZPO ist auf ein Rechtsmittel grundsätzlich nur einzutreten, sofern der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Es mangelt einem Rekurrenten an der formellen Beschwerde, wenn der angefochtene Entscheid aufgrund einer Parteivereinbarung erging. Eine Partei kann jedoch aufgrund der Doppelnatur des gerichtlichen Vergleiches, der sowohl prozessrechtliche wie auch zivilrechtliche Wirkungen entfaltet, materiell beschwert sein, wenn der Vergleich privatrechtlich ungültig ist, so beispielsweise zufolge fehlender Willensübereinstimmung oder eines Willensmangels (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO a.a.O., § 51 N 19). Die Anfechtbarkeit der abschliessenden Prozessklärung wegen privatrechtlicher Ungültigkeit bildet eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach der Rechtsmittelkläger formell beschwert sein muss.

Vor diesem Hintergrund kann die Klägerin die vorinstanzliche Verfügung also nur anfechten, wenn sie einen Mangel des Vertragsabschlusses nach Art. 23 ff. OR darzutun vermag. Das Schweizerische Recht beruht auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit, welche neben der Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) insbesondere auch die Abschlussfreiheit, das heisst die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht, umfasst.

Die Klägerin macht keinen Willensmangel geltend. Vielmehr will sie im Rahmen des Rekursverfahrens erreichen, dass ihr zusätzlich zu den bereits übergebenen Skripten noch die Originalunterlagen herausgegeben werden und insofern die vor Vorinstanz geschlossene Vereinbarung ergänzt haben. Dies ist jedoch nicht möglich.

Die Klägerin ist nach dem Grundsatz, wonach Verträge zu halten sind, an ihre vor dem Vorderrichter abgegebene Zustimmung gebunden. Aus dem Protokoll der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ergibt sich überdies klar, dass die Klägerin vor Abschluss des Vergleichs Einsicht in die vom Vertreter der Beklagten mitgebrachten Skripten erhalten hat. Sie musste sich daher bereits beim Vergleichsabschluss bewusst sein, dass es sich dabei um Kopien handelte und sie der Beklagten vorgängig zusätzlich eine CD sowie Originalausdrucke zur Verfügung gestellt hat.

Sollte die Klägerin die Herausgabe der Originale und der CD deshalb beanspruchen, weil sie Angst vor einer allfälligen Weiterverbreitung durch die Beklagte hat, so ist immerhin darauf hinzuweisen, dass sich Letztere gemäss der abgeschlossenen Vereinbarung verpflichtet hat, die Skripten der Klägerin nicht mehr zu verwenden und sie von den Datenträgern zu löschen. Sollte sich die Beklagte nicht daran halten, handelt es sich dabei jedoch nicht um eine Frage des Vergleichsabschlusses, sondern um eine Vollstreckungsfrage, welche indes nicht im Rahmen des Rekursverfahrens geprüft werden kann.

Der Rekurs der Klägerin ist daher abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.»

(AGer., AN060648 vom 29. September 2006)

30. ZPO 68; Zahlung erst nach Klageanhebung: volle Prozessentschädigung

Nachdem wegen Säumnis der Beklagten zu einer zweiten Hauptverhandlung vorgeladen werden musste, stellte sich anlässlich dieser heraus, dass die Beklagte alle eingeklagten Forderungen bezahlt habe, womit die eingeklagte Forderung als getilgt zu betrachten sei.

Aus dem Entscheid des Arbeitsgerichtes:

«Da die Beklagte den eingeklagten Lohn erst am 11. April bzw. 2. Mai 2007 – mithin nach Klageeinleitung und der Hauptverhandlung vom 2. April 2007 – überwiesen hat, hat sie die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zu vertreten. Daher ist die Beklagte in Anwendung von § 68 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 65 Abs. 1 ZPO zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Klägerin eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen. Gemäss Art. 343 Abs. 3 OR ist das Verfahren kostenlos.»

Dagegen erhob die Beklagte Rekurs mit dem sinngemässen Antrag, es sei der Klägerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Aus dem Entscheid des Obergerichtes:

«Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Zwar ist das Verfahren in arbeitsrechtlichen Prozessen bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– kostenlos (Art. 343 Abs. 3 OR), die Kostenlosigkeit be-

freit die unterliegende Partei indes nicht von der Leistung einer Prozessentschädigung (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, a.a.O., N 4 zu § 68 ZPO).

Bei Gegenstandslosigkeit des Prozesses entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (§ 65 Abs. 1 ZPO). Dabei fällt ins Gewicht, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65 ZPO). Gleich ist bei der Festsetzung der Entschädigungspflicht zu verfahren.

Vorliegend forderte die Klägerin ausstehende Lohn Guthaben. Die ausstehenden Löhne wurden von der Beklagten bzw. der Krankentaggeldversicherung erst nach Prozessbeginn, nämlich am 19. März 2007 und am 11. April 2007, bezahlt und nicht bereits vor Eingang der Klage. Entgegen den Ausführungen der Beklagten ist nicht von Bedeutung, ob die Löhne vor den Verhandlungen bezahlt worden sind, vielmehr ist entscheidend, dass sie nach Fälligkeit und nach Einleitung des Prozesses geleistet wurden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Beklagte an beiden Hauptverhandlungen vor Vorinstanz unentschuldigt nicht erschienen ist und daher mit ihrer Behauptung, die Löhne seien rechtzeitig bezahlt worden, ohnehin verspätet ist.

Bei dieser Sachlage hat die Beklagte die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens verursacht und ist daher entschädigungspflichtig. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte im Rekursverfahren vorbringt, es sei immer alles im Lot gewesen zwischen der Klägerin und ihr, bis der Rechtsvertreter der Klägerin hinzugekommen sei, womit sie sinngemäss wohl vorbringen will, das Verfahren sei unnötig gewesen. Es steht einer Partei frei, wann sie die ihr zustehenden, fälligen Ansprüche gerichtlich durchsetzen will. Der Rekurs ist daher abzuweisen.»

(AGer., AN070126 vom 14. Mai 2007 und OGer., LS070007 vom 24. August 2007)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2006:

Zu Nr. 1.:

Bestätigung durch das Obergericht am 19. November 2007; LA060040

Zu Nr. 5.:

Dieser Entscheid ist noch am Obergericht hängig.

Zu Nr. 8.:

Bestätigung durch das Obergericht am 23. Juli 2007; LA060037

Zu Nr. 13.:

Bestätigung durch das Obergericht am 16. Juli 2007; LA060024

Zu Nr. 18.:

Dieser Prozess ist noch am Obergericht hängig.

Zu Nr. 19.:

Das Obergericht hat den Entscheid am 15. Juni 2007 bestätigt; LA060025

Zu Nr. 26.:

Vergleich vor Obergericht am 10. September 2007; LA070006

Zu Nr. 27.:

Bestätigung durch das Obergericht am 10. Mai 2006; LA060011

Nichtigkeitsbeschwerde: Nichteintreten am 14. Dezember 2006; AA060089

Bundesgericht: Abweisung der Berufung der Beklagten am 24. Januar 2007;
4C.219/2006

In der Publikation 2005:

Zu Nr. 5./13.:

Das Obergericht hat den Anspruch auf den Bonus gutgeheissen (LA050014 vom 18. Dezember 2006). Vor Bundesgericht sind Berufung und Anschlussberufung abgewiesen worden (4C.69/2007 vom 21. Juni 2007).

Zu Nr. 11. und 12.:

Der Zeugnisanspruch ist bestätigt worden. Das OGer. geht davon aus, die Kündigung sei rechtzeitig (d.h. per 31.07.2003) erfolgt, da die Beklagte zu Recht davon ausgegangen sei, der Kläger sei zu diesem Zeitpunkt im Einsatzbetrieb tätig (LA050023 vom 3. Oktober 2007).

Zu Nr. 16.:

Nach der Rückweisung vom Bundesgericht an das Obergericht, hat dieses das Verfahren an das Arbeitsgericht zurück gewiesen. Vor Arbeitsgericht wurde am 16. November 2006 ein Vergleich geschlossen.

III. DIE SACHLICHE ZUSTÄNDIGKEIT GEMÄSS § 13 ABSATZ 1 LETZTER SATZ GVG

von lic. iur. Louise Blanc (juristische Sekretärin am Arbeitsgericht Zürich)

A	Allgemeines	54
	1. Gesetzliche Grundlage	54
	2. Lehre und Rechtsprechung	55
	3. Fazit	57
	4. Exkurs: Sachliche Zuständigkeit betreffend Arbeitszeugnis	58
B	Die sachliche Zuständigkeit anhand ausgewählter Arbeitsgeber	59
	1. Einleitung	59
	2. Nichtkantonale Schulen im Sinne von § 10 Absatz 3 nEG BBG	60
	3. AOZ Asylorganisation Zürich	61
	4. Pädagogische Hochschule Zürich (PHZH)	62
	5. Universität Zürich	62
	6. Zürcher Kantonalbank	63
	7. Elektrizitätswerk des Kantons Zürich (EKZ)	63
C	Würdigung	64

A Allgemeines

1. Gesetzliche Grundlage

1.1. Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts¹ ergibt sich aus § 13 GVG. Danach entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern² und Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis. Davon ausgenommen sind Streitigkeiten zwischen dem Personal des Bundes, des Kantons und den Gemeinden einerseits und ihren Arbeitgebern andererseits (vgl. § 13 Abs. 1 letzter Satz GVG).

1.2 . Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts fehlt unbestrittenermassen, wenn das Arbeitsverhältnis durch Wahl, einseitigen Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wird. Die rechtliche Beurteilung solcher personalrechtlicher Anordnungen gegenüber den Angestellten des Kantons und der Gemeinden obliegt dem Verwaltungsgericht³. Ob bei einer privatrechtlichen Anstellung durch Bund, Kanton oder Gemeinde die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ebenfalls fehlt, mithin § 13 Abs. 1 letzter Satz GVG anwendbar ist, ist umstritten. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

1.3. Für das Staats- und Gemeindepersonal ist auf Art. 47 Abs. 1 Zürcher Kantonsverfassung⁴ zu verweisen, welcher deren Arbeitsverhältnisse ausschliesslich dem öffentlichen Recht unterstellt. Damit besteht kein Raum für privatrechtliche Anstellungen der Staatsangestellten. Möglich ist jedoch die Übernahme von materiellen Bestimmungen des Obligationenrechts⁵.

Mit der Kantonsverfassung wurde zudem die Rechtsgrundlage für das Personalgesetz geschaffen. Das Personalgesetz⁶ stellt dabei die formellrechtliche Grundlage für das öffentliche Dienstrecht im Kanton Zürich dar; diesem untersteht das Personal des Staates und seiner unselbständigen Anstalten⁷. In § 7 PG wird denn auch – entsprechend der Zürcher Kantonsverfassung – ausnahmslos auf privatrechtliche Anstellungen verzichtet. Gemäss § 72 Gemeindegesetz⁸ sind die Arbeitsverhältnisse des Gemeindepersonals ebenfalls öffentlichrechtlich.

¹ Lediglich für die Bezirke Zürich und Winterthur amten Arbeitsgerichte. In den übrigen zürcherischen Gemeinden entscheiden die ordentlichen Gerichte die arbeitsrechtlichen Prozesse.

² In diesem Aufsatz wird der Einfachheit halber nur die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

³ ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 17 zu § 13.

⁴ Zürcher Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (KV), LS 101.

⁵ ISABELLE HÄNER/MARKUS RÜSSELI/EVI SCHWARZENBACH, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, N 3 zu Art. 47 KV.

⁶ Personalgesetz vom 27. September 1998 (PG), LS 177.10.

⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 PG.

⁸ LS 131.1.

1.4. Bei selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts⁹, welche grundsätzlich über eine eigene gesetzliche Grundlage verfügen, sind jedoch privatrechtliche Anstellungen teilweise weiterhin erlaubt. Lehre und Rechtsprechung sind sich allerdings nicht einig, welches Gericht sachlich zur Beurteilung von Streitigkeiten solcher Arbeitsverhältnisse zuständig sein soll. Die Frage ist demnach: Schliesst § 13 Abs. 1 letzter Satz GVG die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte aus oder nicht?

2. Lehre und Rechtsprechung

2.1. a) Ein Beitrag zur Revision des Verwaltungsgerichtspflegegesetzes¹⁰ im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht hält fest, dass unter dem neuen VRG nunmehr alle die Rechtsstellung einer im Dienste des Gemeinwesens tätigen Person betreffende Anordnungen – wie etwa die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, die administrative Versetzung oder Entlassung sowie auch die vermögensrechtlichen Personalentscheide – angefochten werden können. Dabei komme es nicht länger darauf an, ob der Streit einen öffentlich- oder privatrechtlichen Angestellten betreffe. Das gemäss § 79 VRG subsidiär greifende Klageverfahren werde namentlich bei der Regelung einer Personalangelegenheit mittels Vertrag zum Zuge kommen; nicht auszuschliessen sei allerdings, dass Streitigkeiten sowohl aus privat- als auch öffentlichrechtlichen Verträgen ebenfalls vorab mittels Verfügung geklärt werden könnten¹¹.

b) Gemäss den Kommentatoren zum Verwaltungsrechtspflegegesetz müssen personalrechtliche Angelegenheiten, die der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung nach den §§ 74 ff. VRG unterliegen, einem Dienstverhältnis mit einem Arbeitgeber des öffentlichen Rechts entspringen. Als Personalgericht sei das Verwaltungsgericht demnach zuständig für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis zwischen Angestellten und Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts, einschliesslich der unselfständigen Anstalten. Beim Personal von selbständigen Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts seien privatrechtliche Anstellungsverhältnisse möglich, wobei jedenfalls dann der Rechtsschutz nach den §§ 74 ff. VRG gelten soll, wenn dies spezialgesetzlich vorgesehen sei^{12,13}.

⁹ Technisch-organisatorisch verselbständigte, d. h. aus der Zentralverwaltung ausgegliederte Verwaltungseinheit mit eigener Rechtspersönlichkeit, der die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe obliegt (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., N 1316 und 1320).

¹⁰ Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG), LS 175.2.

¹¹ BEA ROTACH TOMSCHIN, Die Revision des Zürcher Verwaltungsgerichtsgesetzes, ZBL 1997 433, insb. 451 f.

¹² Vgl. zum Ganzen ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum VRG des Kt. Zürich, 2. A., N 4 f. zu Vorbem. zu §§ 74-80d VRG.

¹³ Bspw. § 46 Abs. 1 UniG: «Entscheide des Universitätsrates sind nach Massgabe des Verwaltungsrechtspflegegesetzes weiterziehbar.»; § 36 Abs. 1 FaHG: «Anordnungen des Fachhochschulrates sind nach Massgabe des Verwaltungsrechtspflegegesetzes anfechtbar.»

c) Weiter stellt der Regierungsrat in seiner Weisung zu den per 1. Januar 1998 in Kraft getretenen revidierten §§ 74 ff. VRG fest, es solle auf die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses nicht mehr ankommen, da eine umfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit in personalrechtlichen Angelegenheiten bezweckt werde¹⁴.

d) Im gleichen Sinne hat auch das Kassationsgericht des Kantons Zürich im Entscheid ZR 100 [2001] Nr. 57 klargestellt, dass die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (bzw. die Unzuständigkeit der Zivilgerichte) unabhängig von der privat- oder öffentlichrechtlichen Natur des Anstellungsverhältnisses zwischen Angestellten und öffentlichrechtlichen Rechtsträgern gegeben sei. Den Widerspruch zu § 1 VRG, wonach öffentlichrechtliche Angelegenheiten von Verwaltungsbehörden und -gericht entschieden werden, während privatrechtliche Ansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind, löst das Kassationsgericht dadurch, dass gemäss § 3 VRG besondere gesetzliche Bestimmungen, welche die Zuständigkeit anders lösen, vorbehalten blieben. In den §§ 74 ff. VRG seien denn auch genau solche besonderen gesetzlichen Bestimmungen zu sehen. Gemäss § 79 VRG beurteile das Verwaltungsgericht im Klageverfahren vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis zwischen Angestellten einerseits und Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts andererseits. Für die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage sei demgemäss ein Angestelltenverhältnis mit einem **öffentlichen** Arbeitgeber notwendig¹⁵. Weiter sei aufgrund des Bedürfnisses nach grösstmöglicher Rechtssicherheit § 79 VRG dahingehend auszulegen, dass darunter auch vermögensrechtliche Streitigkeiten aus privatrechtlichen Dienstverhältnissen zwischen Angestellten und Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts zu subsumieren seien. Eine solche Auslegung begründe auch keinen Widerspruch mit § 13 Abs. 1 GVG, welcher die Zuständigkeit der zivilen Arbeitsgerichte für Streitigkeiten zwischen dem Personal des Bundes, des Kantons und der Gemeinden mit seinen Arbeitgebern ausschliesst.

Abschliessend hält das Kassationsgericht fest, dass in jenem Verfahren offen bleiben könne, wie hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit bei Streitigkeiten zwischen dem Personal der selbständigen Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts und diesen Anstalten zu verfahren sei. Zwingend sei die öffentlichrechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses nur für das Staats- und Gemeindepersonal sowie für das Personal unselfständiger staatlicher Anstalten.

2.2. Einheitlich ist diese Rechtsprechung aber nicht. Insbesondere hat sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem Entscheid vom 7. Dezember 2005 in einen offenen Widerspruch zum Entscheid des Kassationsgerichts gestellt und ist auf eine Klage eines privatrechtlich angestellten Mitarbeiters einer öffentlichen Stiftung mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten. Das Verwaltungsgericht hält vorab fest, würde es sich um eine Stiftung privaten Rechts handeln, gebrähe es dem

¹⁴ Weisung des Regierungsrats vom 3. Mai 1995, ABI 1995 II 1540.

¹⁵ Vgl. auch KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., N 4 zu Vorbem. zu §§ 74-80d VRG; RB Verwaltungsgericht 1998 Nr. 46.

Verwaltungsgericht an der Zuständigkeit. Weiter gäbe es bei privatrechtlicher Anstellung gar kein Anfechtungsverfahren, was nicht zu besetzender Zweifel daran wecke, ob der Regierungsrat hier wirklich den Unterschied von privat- und öffentlichrechtlicher Beschäftigung ins Auge gefasst habe. Da es im Ergebnis somit an einer besonderen gesetzlichen Bestimmung mangle, welche die prinzipielle Zuständigkeit der Zivilgerichte für privatrechtliche Ansprüche dem Verwaltungsgericht zuweisen würde, sei auf die Klage nicht einzutreten. Hinsichtlich selbständiger Anstalten des öffentlichen Rechts schweigt sich der Entscheid des Verwaltungsgerichts jedoch aus¹⁶.

3. Fazit

3.1. Gemäss § 13 Abs. 1 GVG sind Streitigkeiten ausgenommen «zwischen dem Personal des Bundes, des Kantons und der Gemeinden und seinen Arbeitgebern.» § 13 GVG spricht dabei lediglich vom Personal des Gemeinwesens. Über die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses wird keine Aussage getroffen. § 13 GVG unterscheidet also nicht zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen¹⁷.

Für das Staats- und Gemeindepersonal sowie das Personal unselbständiger staatlicher Anstalten ist, wie dargelegt, die öffentlichrechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses zwingend¹⁸, sodass hier keine Probleme resultieren. Einzig bei den selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts ergeben sich Zuständigkeitsfragen, da diese teilweise befugt sind, privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zu begründen¹⁹.

3.2. Der Vollständigkeit halber sei im Folgenden die Frage des anwendbaren Rechts angeschnitten, da der öffentlichrechtliche Arbeitgeber unter anderem das OR für anwendbar erklären kann, wobei er an die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden bleibt. POLEDNA hält dazu fest, um ein einheitliches Verfahren innerhalb der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten, sollten arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Gemeinwesen und seinem Personal der verwaltungsinternen bzw. – externen Verwaltungsrechtspflege vorbehalten sein. Das gelte auch dann, wenn die Regeln des Obligationenrechts als öffentliches Recht von den Gerichten angewandt werden²⁰. Daraus folgt, dass vorab die sachliche Zuständigkeit zu klären und in einem zweiten Schritt dann über das anwendbare Recht zu entscheiden ist. Diese Frage ist aber nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

3.3. Zu ergänzen bleibt einerseits, dass Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern

¹⁶ PK.2005.00005.

¹⁷ In diesem Sinne wohl auch ZR 100 [2001] Nr. 57 E. 4. c) dd) am Ende.

¹⁸ Vgl. § 7 PG, § 72 Gemeindegesetz.

¹⁹ Vgl. Ausführungen zu B, S. 59 ff.

²⁰ TOMAS POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 232.

und früher staatlichen, heute privatisierten Unternehmungen²¹ vor den ordentlichen Gerichten auszutragen sind. Andererseits findet, soweit in staatlichen Gesetzen für die öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse auf das Privatrecht verwiesen wird, das Bundesprivatrecht als öffentliches Recht Anwendung. Der Rechtsmittelweg ist daher nicht der zivilrechtliche, sondern der öffentlichrechtliche²².

4. Exkurs: Sachliche Zuständigkeit betreffend Arbeitszeugnis

Nach der Rechtsprechung zur früheren Fassung des VRG trat das Verwaltungsgericht auf Begehren betreffend den Inhalt von Dienstzeugnissen nicht ein. Mit der Ausdehnung der Personalbeschwerde gemäss § 74 Abs. 1 VRG ist diese frühere Praxis aber überholt. Eine personalrechtliche Anordnung im Sinne von § 74 Abs. 1 VRG liegt vor, wenn ein objektives Anfechtungsinteresse des Betroffenen besteht. Im Hinblick auf die Bedeutung, die das Arbeits- bzw. Dienstzeugnis für das Fortkommen des Arbeitnehmers hat, ist nach der heutigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts das Anfechtungsinteresse betreffend Streitigkeiten über den Inhalt eines Arbeitszeugnisses zu bejahen. Vor der Rechtsmittelerhebung ist jedoch die ausstellende Behörde anzugehen und um Korrektur des Arbeitszeugnisses zu ersuchen. Erst eine allfällige Weigerung unterliegt dem Rekurs oder der Beschwerde²³.

Anders als in der Regel das Zivilgericht erachtet das Verwaltungsgericht die Zeugnisklage im Übrigen nicht als vermögensrechtliche Streitigkeit. Eine solche liege im Zivilrecht vor, wenn der Rechtsgrund des streitigen Anspruches letzten Endes im Vermögensrecht ruhe, mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werde. Dies sei bei Zivilstreitigkeiten der Fall, da ein Arbeitszeugnis dem Arbeitnehmer erleichtern soll, vermögensrechtliche Interessen geltend zu machen. Bei einer verwaltungsrechtlichen Klage streben die Parteien aber nicht die gleichen Interessen an. Während die von der Arbeitnehmerin verfolgten Interessen als vermögensrechtlich qualifiziert werden könnten, sind diejenigen der Arbeitgeberin nicht wirtschaftlicher Natur. Ihr Interesse erschöpfe sich darin, die von der Arbeitnehmerin für das Gemeinwesen erbrachte Arbeit korrekt zu qualifizieren und insoweit den ordnungsgemässen Gang der Verwaltung sicherzustellen²⁴. Meines Erachtens rechtfertigt sich die Behandlung des Zeugnisananspruches vor den Verwaltungsgerichten auch bereits aus diesem Grund. Weiter ist es unbefriedigend, wenn für Geldforderungen das Verwaltungsgericht und für Zeugnisprozesse die Zivilgerichte – mithin zwei Instanzen – zuständig sein soll.

²¹ Z. B. Swisscom.

²² FELIX HAFNER, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse; in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 188.

²³ PB.2000.00010 vom 12. Juli 2000; PB.2001.00006 vom 4. Juli 2001; PB.2000.00012 vom 22. November 2000.

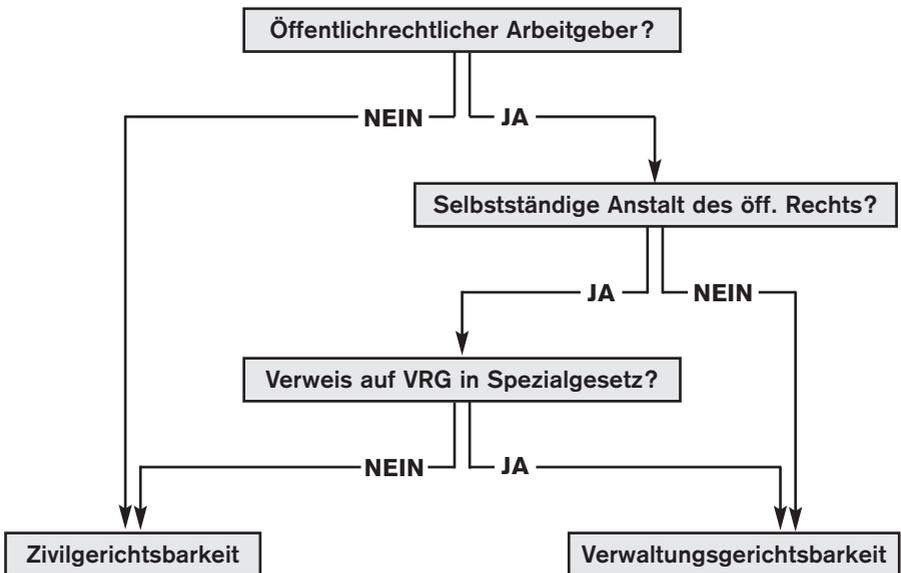
²⁴ PB.2000.00010 vom 12. Juli 2000.

B Die sachliche Zuständigkeit anhand ausgewählter Arbeitgeber

1. Einleitung

1.1. Im folgenden geht es um die Beurteilung einzelner öffentlichrechtlicher Arbeitgeber. Vorab wird die sachliche Zuständigkeit bei den nichtkantonalen Schulen beleuchtet, da das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Berufsbildung²⁵ in diesem Punkt revidiert wird und sich daraus eine Kompetenzstreitigkeit ergeben könnte. Danach wird auf ausgewählte selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts eingegangen und geklärt, ob das Arbeitsgericht oder das Verwaltungsgericht zuständig ist.

1.2. Bei den selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalten wird zunächst zu klären sein, ob sich das entsprechende Spezialgesetz über die Form der Anstellung ausspricht. Des Weiteren ist zu prüfen, ob das VRG für anwendbar erklärt wird, was nach der hier vertretenen Meinung für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts spricht. Es wird dabei wie folgt vorgegangen:



²⁵ NEG BGG.

2. Nichtkantonale Schulen im Sinne von § 10 Absatz 3 nEG BBG²⁶

Die Novelle des neuen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Berufsbildung hält in § 10 Abs. 3 fest, dass der Kanton Dritte über eine Leistungsvereinbarung mit der Führung von nichtkantonalen Berufsfachschulen gemäss § 21 nEG BBG beauftragen kann. In § 21 Abs. 3 nEG BBG wird sodann unter der Marginale «Nichtkantonale Berufsschulen» festgehalten, dass das Personal der nichtkantonalen Berufsfachschulen dem kantonalen Personalrecht unterstehe, sofern der Kanton die Kosten des Personalaufwandes tragen würde. Für die Berufsmaturität gälte diese Bestimmung aufgrund einer Verweisung ebenfalls. Es stellt sich daher die Frage, ob für die Beurteilung von solchen Arbeitsstreitigkeiten – d. h. solcher zwischen einem Arbeitnehmer und einer nichtkantonalen Berufsschule – ebenfalls die Direktion für Bildung und Kultur zuständig ist, da das neue Gesetz EG BBG – dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* entsprechend – § 13 GVG vorgeht.

Als Ansatz zur Lösung dient der Beschluss des Obergerichts vom 27. Februar 2002²⁷: Bei der Beklagten handelte es sich um die Zentralbibliothek Zürich. Diese ist als eine öffentliche Stiftung zu qualifizieren, deren Errichtung auf einen Vertrag zwischen dem Kanton Zürich und der Stadt Zürich zurückgeht²⁸. Gemäss § 11 dieses Stiftungsvertrags finden die personalrechtlichen Bestimmungen des Kantons auf das Personal der Zentralbibliothek sinngemäss Anwendung²⁹. Auch wenn es sich um eine öffentliche Stiftung – sie erfülle unzweifelhaft öffentliche Zwecke – handle, sei damit noch nicht klar, ob es sich bei der Beklagten um eine privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Stiftung handle. Denn die öffentliche Hand kann zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben sehr wohl auch privatrechtliche Stiftungen errichten, denen diesfalls zwar ein öffentlichrechtlicher Erlass zugrunde liege, deren eigentlicher Errichtungsakt aber dennoch eine Stiftungsurkunde im Sinne von Art. 81 Abs. 1 ZGB sei. Weiter führt das Obergericht aus, dass der Eintrag im Handelsregister kein Indiz für oder gegen den öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter einer juristischen Person sei. Zu unterscheiden sei darüber hinaus die Bezeichnungen «öffentlichrechtliche Stiftung» und «öffentliche Stiftung». Unter Letzterer werde nämlich teilweise auch eine besondere Kategorie von privatrechtlichen Stiftungen, nämlich eine solche mit öffentlichen Zwecken, verstanden. Bei der Zentralbibliothek handle es sich um eben eine solche privatrechtliche Stiftung. Während für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis zwischen Angestellten und Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts das Verwaltungsgericht als Personalgericht zuständig sei, sei hier

²⁶ Das EG BBG ist im Januar 2008 vom Kantonsrat verabschiedet worden, wobei die Referendumsfrist und (zu erwartende) Volksabstimmung im Juni abzuwarten bleiben. Der Regierungsrat wird Gesetz und Verordnung dabei frühestens auf 1. Januar 2009 in Kraft setzen. Vgl. zum Ganzen <http://www.mba.zh.ch/mba.cfm?ue1=2&ue2=11&ue3=1#13> (10.09.2007).

²⁷ ZR 101 [2002] Nr. 57.

²⁸ LS 432.21.

²⁹ So auch § 21 Abs. 3 nEG BBG bei den nichtstaatlichen Berufsschulen.

von einer privatrechtlichen Stiftung mit öffentlichem Zweck auszugehen. Damit seien vorliegend die Zivilgerichte zuständig.

Bei den nichtstaatlichen Berufsschulen handelt es sich um private Organisationen, welche – ähnlich wie bei der Zentralbibliothek Zürich – einen öffentlichen Zweck verfolgen. Durch die Übertragung von öffentlichen Aufgaben durch den Staat werden sie aber nicht zu öffentlichrechtlichen Gebilden. Somit ist auch weiterhin für die nichtstaatlichen Berufsschulen das Arbeitsgericht zuständig, womit über das anwendbare Recht noch nichts gesagt ist. Die privatrechtliche Arbeitgeberin kann öffentliches Recht für anwendbar erklären, im Fall der angesprochenen Schulen das Personalrecht des Kantons Zürich. Dies ist zulässig, wenn keine zwingenden Bestimmungen des OR verletzt werden.

3. AOZ Asyl-Organisation Zürich

3.1. Bei der AOZ handelt es sich um eine selbständige öffentlichrechtliche Anstalt der Stadt Zürich, welche Dienstleistungen für die Stadt Zürich, den Bund, die Kantone und Gemeinden erbringt³⁰. Dabei ist die AOZ dem Sozialdepartement angegliedert. Für die Steuerung und Überwachung der AOZ gilt die vom Gemeinderat am 2. März 2005 erlassene Verordnung über die Asyl-Organisation Zürich³¹. Gemäss Art. 10 Abs. 1 dieser Verordnung sind die Arbeitsverhältnisse öffentlichrechtlich und in Art. 21 Abs. 2 der Verordnung wird das VRG für anwendbar erklärt.

Aufgrund der hier vertretenen Meinung ist bei selbständigen Anstalten der verwaltungsrechtliche Rechtsweg zu beschreiten, sofern in einem Spezialgesetz auf das VRG verwiesen wird. Folglich ist vorliegend grundsätzlich das Verwaltungsgericht für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und der AOZ als Arbeitgeberin zuständig. Die Verordnung sieht im Übrigen keine privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse vor, sodass alleine deswegen bereits das Verwaltungsgericht zuständig sein muss.

Dementsprechend trat das Arbeitsgericht Zürich mit Beschluss vom 25. Juni 2007 auf eine Klage eines Arbeitnehmers gegen die AOZ mangels Zuständigkeit nicht ein³².

3.2. Die AOZ kann ausserdem die Auslagerung einzelner Bereiche oder die Gründung von privatrechtlichen Gesellschaften vorsehen, wobei in solchen Fällen die Rechtstellung des betroffenen Personals gesamthaft nicht schlechter sein dürfe als diejenige des öffentlichrechtlich angestellten Personals der AOZ³³.

³⁰ www.aoz.ch (abgerufen am 11. Januar 2008).

³¹ Verordnung über die Asyl-Organisation Zürich vom 2. März 2005 (kurz: AOZVO), ASZ-Nr. 851.160.

³² Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich vom 25. Juni 2007 (AN070430).

³³ Art. 10 Abs. 4 AOZVO.

Wie bei der Zentralbibliothek und den nichtkantonalen Berufsschulen³⁴ werden jenen Berieben öffentliche Aufgaben übertragen. Es handelt sich dabei aber immer noch um private Unternehmungen, weshalb allfällige Streitigkeiten über das Arbeitsverhältnis beim Arbeitsgericht anhängig zu machen sind. Das Arbeitsgericht hat jedoch die Grundsätze, welche für das öffentlichrechtlich angestellte Personal gelten, zu berücksichtigen.

4. Pädagogische Hochschule Zürich (PHZH)

Die PHZH ist Mitglied der Zürcher Fachhochschule, die vom Kanton geführt wird, und stellt eine öffentlichrechtliche Anstalt des Kantons mit eigener Rechtspersönlichkeit dar³⁵. Das Fachhochschulgesetz hält in § 14 fest, dass das Personal dem Personalrecht der Staatsangestellten untersteht, wobei die Personalverordnung der Zürcher Fachhochschule³⁶ privatrechtliche Anstellungen vorsehen kann. Die Verordnung wiederholt sodann im Wesentlichen den Wortlaut des Gesetzes und hält weiter fest, das Arbeitsverhältnis sei privatrechtlich, wenn es durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet werde³⁷. Weiter gehören die Mitarbeiter, die privatrechtlich angestellt sind, gemäss § 12 Abs. 3 FaHG ebenfalls dem Hochschulpersonal an.

In § 36 FaHG wird sodann festgehalten, dass die jeweiligen Anordnungen letztendlich nach Massgabe des VRG anfechtbar sind. Unter Anordnungen sind dabei nicht nur die Anstellung mittels Verfügung zu verstehen, sondern auch diejenige mittels Vertrag, da sowohl bei öffentlichrechtlichen als auch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen dieselbe Stelle zum Abschluss bzw. zur Verfügung ermächtigt sein wird. Zudem hält das Gesetz fest, dass auch die privatrechtlich Angestellten zum Hochschulpersonal zu zählen sind. Daraus folgt, dass für die Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten – auch bei einer Anstellung durch privatrechtlichen Vertrag – das Verwaltungsgericht zuständig ist.

5. Universität Zürich

Die Universität ist als öffentlichrechtliche Anstalt des Kantons mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgebildet und untersteht dem Universitätsgesetz vom 15. März 1998³⁸. Gemäss § 11 UniG gelten für das Universitätspersonal grundsätzlich die für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen, wobei die Universität von ihrer Ermächtigung zum Erlass einer Personalverordnung Gebrauch machte³⁹. Darin kann

³⁴ Vgl. Ausführungen zu B.2.

³⁵ § 3 des Fachhochschulgesetzes vom 2. April 2007 (FaHG), LS 414.10.

³⁶ Personalverordnung der Zürcher Fachhochschule vom 29. Aug. 2000 (kurz: FaHVO), LS 414.112.

³⁷ § 7 FaHVO.

³⁸ UniG, LS 415.11.

³⁹ Personalverordnung der Universität Zürich vom 5. November 1999 (kurz: UniVO), LS 415.21.

sie unter anderem privatrechtliche Anstellungen vorsehen. In der entsprechenden Verordnung wird zunächst klargestellt, dass es sich grundsätzlich um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis handelt, wobei in Ausnahmefällen die privatrechtliche Anstellung zulässig sei⁴⁰.

Gemäss § 46 UniG wird sodann unter der Marginale «Rechtspflege» das VRG für alle Anordnungen für anwendbar erklärt, weshalb auch für die Beurteilung von privatrechtlich Angestellten und der Universität Zürich das Verwaltungsgericht zuständig ist.

6. Zürcher Kantonalbank (ZKB)

Die ZKB ist ebenfalls eine selbständige Anstalt des kantonalen Rechts, wobei die Grundsätze im Kantonalbankengesetz vom 28. September 1997⁴¹ geregelt sind. Im Gesetz werden sodann keine Bestimmungen aufgestellt, welche die Anstellung betreffen. Das Spezialgesetz enthält also weder einen Verweis auf das VRG noch spricht es sich über die Anstellungsart – Verfügung oder Vertrag – aus, sodass für die Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten das Arbeitsgericht zuständig ist.

Die in § 25 Abs. 3 des Kantonalbankgesetzes aufgestellte Haftung des Arbeitnehmers gegenüber der Bank unterstützt ebenfalls diese Auffassung. Die Haftung richtet sich dabei nach den Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, entsprechende Ansprüche sind von der Bank bei den Zivilgerichten geltend zu machen. Das bedeutet, dass die ZKB Klagen gegen ihre Arbeitnehmer vor ein Zivilgericht bringen muss. Aufgrund einer «Rechtspflegeparität» macht es daher Sinn, dass auch der Arbeitnehmer seine Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin beim Zivilgericht bzw. beim Arbeitsgericht anhängig machen muss.

7. Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ)

Bei den EKZ handelt es sich ebenfalls um ein selbständiges, öffentlichrechtliches Unternehmen, welches im Gesetz betreffend die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983⁴² seine Grundlage findet. Wie beim Kantonalbankengesetz findet sich im EKZ-Gesetz weder eine gesetzliche Regelung betreffend die Natur der Arbeitsverhältnisse noch hinsichtlich der Rechtspflege. Auch wenn vor Arbeitsgericht – soweit ersichtlich – bislang keine Streitigkeit zwischen den EKZ und einem Arbeitnehmer behandelt worden ist, muss es dennoch für deren Beurteilung zuständig sein.

⁴⁰ § 9 UniVO.

⁴¹ LS 951.1.

⁴² EKZ-Gesetz, LS 732.1.

C Würdigung

1. Bei Unternehmungen, welche im Privatrecht ihre Grundlage haben, jedoch öffentliche Aufgaben erfüllen⁴³, ist aufgrund der privatrechtlichen Struktur der Gesellschaft das Arbeitsgericht zuständig. Dabei kann auch die privatrechtliche Arbeitgeberin öffentliches Recht für anwendbar erklären; dies ist zulässig, wenn dabei keine zwingenden Bestimmungen des OR verletzt werden. Bei Stiftungen muss vorab geklärt werden, ob es sich um eine öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Stiftung mit öffentlichen Aufgaben handelt; im ersteren Fall wäre das Verwaltungsgericht, im zweiten das Arbeitsgericht zuständig, Streitigkeiten zwischen der Stiftung und deren Angestellten zu beurteilen.

2. Bei der Beurteilung von Streitigkeiten zwischen selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts und deren Mitarbeiter gehen die Meinungen in Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit auseinander. Eine Harmonisierung bei dieser Frage ist wünschenswert, da es für die Rechtssicherheit erstens unbefriedigend ist, wenn dem Arbeitnehmer unklar ist, bei welchem Gericht er zu klagen hat, und er das Risiko eingehen muss, bei einem sachlich unzuständigen Gericht zu klagen. Zweitens macht es Sinn, wenn der Rechtsweg für alle Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers identisch ist, unabhängig einer öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Anstellung.

Falls man zum Schluss kommt, das Verwaltungsgericht sei nicht zuständig, so ist immer noch offen, ob die Arbeitsgerichte oder ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind. Mit Beschluss vom 20. März 1992 stellte sich das Obergericht Zürich auf den Standpunkt, nicht die Arbeitsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte seien für Klagen aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen beim Bund, dem Kanton oder den Gemeinden zuständig⁴⁴. Im bereits zitierten Entscheid des Kassationsgerichts wird demgegenüber die Meinung vertreten, es solle auf die Anstellungsart nicht mehr ankommen, sondern lediglich auf die öffentlichrechtliche Natur des Arbeitgebers⁴⁵. Nach der hier vertretenen Meinung ist letzterem Entscheid den Vorrang zu geben, da einerseits nur so der geforderten Harmonisierung Rechnung getragen wird. Andererseits verfügen die Arbeitsgerichte über ein Spezialwissen, welches den ordentlichen Gerichten – dort, wo Spezialgerichte vorhanden sind – völlig fehlt. So rechtfertigt es sich auch, bei selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts, welche in ihrer Gesetzgebung keinen Verweis auf das VRG enthalten⁴⁶, die Arbeitsgerichte für Klagen aus dem Arbeitsverhältnis zuständig zu erklären.

⁴³ Z. B. nicht-kantonale Schulen nach (n)EG BGG, privatrechtliche Gesellschaften nach Art. 10 Abs. 4 AOZVO.

⁴⁴ ZR 90 [1991] Nr. 64.

⁴⁵ ZR 100 [2001] Nr. 57.

⁴⁶ Vgl. ZKB und EKZ.

IV. STATISTISCHER ÜBERBLICK**Anzahl Klagen und Erledigungen**

	2006	2007
Übertrag Vorjahr	325	310
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1035	951
Klageeingänge von Arbeitgebern	37	35
Total	1397	1296
Erledigungen im laufenden Jahr	1087	997
Pendenzen Ende Jahr	310	299

Erledigungsarten

	2006	2007
durch Urteil	199	170
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	807	733
anderweitig	81	94

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2006	2006
Verhandlungen	952	894
Beweisverfahren	59	54
Entscheidbegründung	157	217

Streitwerthöhe

	2006	2007
bis Fr. 8'000.--	457	436
von Fr. 8'000.-- bis Fr. 12'000.--	145	112
von Fr. 12'000.-- bis Fr. 30'000.--	326	289
von Fr. 30'000.-- bis Fr. 100'000.--	96	109
von Fr. 100'000.-- bis Fr. 500'000.--	34	29
über Fr. 500'000.--	6	7

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2006	2007
bis 1 Monat	203	186
1 bis 2 Monate	393	367
2 bis 3 Monate	238	189
3 bis 6 Monate	139	120
6 bis 12 Monate	63	70
1 bis 2 Jahre	37	45
über 2 Jahre	14	20

