

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2020



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2020

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Auszugsweiser Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Zitiervorschlag: AGer-Z 2020 Nr. X

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	5
1. OR 321a; Geheimnisoffenbarung im Gerichtsverfahren	5
2. OR 321e/OR 62; Forderungen gegenüber einem pensionierten Geschäftsleiter	6
3. OR 322; Vertragsauslegung zum vereinbarten Arbeitspensum (Säumnisurteil)	12
4. OR 322; Lohnverzicht beim Feierabendbier?	14
5. OR 324a; Aufschiebung des Krankentaggelds im Personalverleih und Ende des Arbeitsverhältnisses	17
6. OR 327; Auslagen für Schuhe, Anzug, Hemd und Kravatte	22
7. OR 327a, Entschädigung für Homeoffice	25
8. OR 329d; Abgeltung eines Ferienlohnanteils mit der Jahresendzulage	28
9. OR 330a; Arbeitszeugnis: Hinweis zu den Umständen des Austritts	34
10. OR 335b; Beginn der Probezeit	37
11. OR 336; Gleichbehandlungsgebot im Rahmen eines Sozialplans	40
12. OR 337; Jahrelanges Dulden von vertragswidrigen Nebentätigkeiten?	45
13. OR 337; Schleppende interne Untersuchung	49
14. OR 337; Bedingte fristlose Kündigung	52
15. OR 337c; Absehen von einer Pönale	55
16. OR 340a; Reduktion der Konventionalstrafe	57
17. OR 340c; Schicksal der Karenzentschädigung nach einer Arbeitgeberkündigung	59
18. ZPO 108; Verteilung unnötiger Prozesskosten	63
19. ZPO 227; Klageänderung nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens	66
20. ZPO 229; Klageänderung gestützt auf das Ergebnis eines Gerichtsgutachtens	69
21. ZPO 354; Schiedsvereinbarung	72
II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	75
III. Statistischer Überblick	76

Hinweis

Durch die Redaktorin angebrachte Anmerkungen, Ergänzungen oder Weglassungen in den Urteilsauszügen sind mit eckigen Klammern gekennzeichnet.

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Wir freuen uns, Ihnen wiederum eine vielfältige Auswahl aus den im vergangenen Jahr am Arbeitsgericht Zürich ergangenen Entscheiden präsentieren zu dürfen.

Covid-19 prägte im Jahr 2020 unseren Alltag, auch den Arbeitsalltag am Arbeitsgericht. Äusserst selten waren bisher allerdings Fälle mit Covid-19-spezifischen arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Im Jahr 2020 wurde kein Urteil zu dieser Problematik gefällt und auch in den ohne Entscheid in der Sache erledigten Verfahren waren diese Fragestellungen bisher kaum oder nur am Rand Thema.

Auch in personeller Hinsicht ergaben sich im Jahr 2020 am Arbeitsgericht Zürich einschneidende Veränderungen. Unser ehemaliger Bereichsvertreter und Präsident der 3. Abteilung, lic. iur. Hans Jucker, wurde Mitte Jahr pensioniert. Hans Jucker war während über 20 Jahren als Vorsitzender am Arbeitsgericht Zürich tätig und prägte die Rechtsprechung und Atmosphäre am Gericht mit seinem grossen fachlichen Wissen und seiner ruhigen und besonnenen Art massgebend. Dafür bedanken wir uns bei ihm und wünschen ihm von Herzen alles Gute. Ebenfalls verabschieden mussten wir unsere zweite Präsidentin der 3. Abteilung, Dr. iur. Eva Borla-Geier, die seit dem Jahr 2017 am Arbeitsgericht tätig war. Auch Eva Borla-Geier danken wir herzlich für die stets sehr kollegiale Zusammenarbeit und ihr Wirken am Arbeitsgericht und wünschen ihr alles Gute bei ihrer jetzigen Tätigkeit auf der 4. Abteilung des Bezirksgerichts. Neu sind als Präsidentin und Präsident der 3. Abteilung lic. iur. Simone Nabholz und Dr. iur. Rolf Schöning zu uns gestossen, worüber wir uns sehr freuen.

Im vergangenen Jahr fanden zudem die Wahlen für die Beisitzenden am Arbeitsgericht für die Amtsperiode Herbst 2020 bis Herbst 2026 statt. Rund 50 der insgesamt 120 Beisitzenden wurden für diese Amtsperiode neu gewählt. Covid-19-bedingt musste die Begrüssung und Einführung der neu gewählten Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter per Video-Botschaft und Online-Präsentationen erfolgen.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und gute Gesundheit.

Zürich, im Mai 2021

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

I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

1. OR 321a; Geheimnisoffenbarung im Gerichtsverfahren

Die Beklagte bietet Automatisierungsdienstleistungen für Unternehmen an. Der Kläger arbeitete vom 1. Januar bis 31. Dezember 2019 als „Business Development Director“ bei der Beklagten. Vor Arbeitsgericht machte der Kläger Provisionsforderungen geltend, die ihm teilweise auch zugesprochen wurden. Zum Beweis legte er im Gerichtsverfahren Dokumente über Vertragsabschlüsse mit Kunden ins Recht.

Dies beanstandete die ehemalige Arbeitgeberin. Sie stellte sich auf den Standpunkt, der Kläger habe gegen die im Arbeitsvertrag vereinbarte nachvertragliche Geheimhaltungspflicht gegenüber Dritten verstossen, indem er dem Gericht an der Hauptverhandlung die nur unzureichend geschwärzten Dokumente bzw. Verträge zugänglich gemacht habe. Die Beklagte habe sich anlässlich der Hauptverhandlung bloss damit einverstanden erklärt, die Branchen der Kunden offenzulegen, nicht aber die Kundennamen zu nennen. Die Geheimhaltungspflicht des Klägers gelte gegenüber sämtlichen Dritten, unabhängig davon, ob diese ihrerseits einer Geheimhaltungspflicht unterstehen würden. Durch sein Handeln habe der Kläger eventualvorsätzlich oder zumindest grobfahrlässig gegen die Geheimhaltungspflicht verstossen. Dementsprechend schulde er die im Vertrag vorgesehene Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 20'000.–, die mit einem allfälligen Anspruch des Klägers zu verrechnen sei.

Aus den Erwägungen:

«IV. Verrechnungseinrede

[...]

3. Würdigung

Die Parteien haben in Ziffer 14 des Arbeitsvertrages eine Geheimhaltungspflicht vereinbart. Diese umfasst die Kenntnis aller Tatsachen, die nicht allgemein zugänglich oder bekannt sind und betreffend die der Geheimhaltungswille der Arbeitgeberin anzunehmen ist. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Mai 2020 hat sich die Beklagte gegen die Nennung der Kundennamen ausgesprochen. Durch die unzureichende Schwärzung der vom Kläger anlässlich der Hauptverhandlung eingereichten Dokumente erhielt das Gericht Kenntnis über die Namen von Kunde A und B. Die Beklagte erachtet darin eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht.

Der Zweck der zwischen den Parteien vereinbarten Geheimnispflicht ergibt sich aus dem nachfolgenden Wortlaut in Ziffer 14.2 des Arbeitsvertrags: „Der Arbeitnehmer verpflichtet sich insbesondere, alles zu unterlassen, was die künftige Nutzung von Know-how der Arbeitgeberin oder ihrer Kunden durch diese wegen dessen Bekanntgabe bei Dritten gefährden könnte.“ Wie bereits ausgeführt, wird das Geschäftsgeheimnis nicht per se kompromittiert, sobald eine geheime Information zum Gegenstand eines Zivilprozesses wird. Entscheidend ist vielmehr der Umgang mit der Information. Das Geheimhaltungsinteresse richtet sich demnach nicht schon gegen den Einbezug der geheimen Information in das Verfahren, sondern nur gegen ihre Bekanntgabe an bestimmte Verfahrensbeteiligte oder die Öffentlichkeit. Durch die nachlässige Schwärzung erlangten lediglich die an der Hauptverhandlung Anwesenden (Präsidentin, Gerichtsschreiber und Auditorin), die ihrerseits dem Amtsgeheimnis unterstellt sind, von den streitgegenständlichen Kundenamen Kenntnis. Dies ist unbestritten. Eine Gefährdung der künftigen Nutzung von Know-how der Beklagten oder ihrer Kunden ist vorliegend somit nicht gegeben. Der Kläger reichte die Unterlagen sodann lediglich zur Vermeidung prozessualer Nachteile ein. Ein Geheimhaltungsinteresse der Beklagten ist unter diesen Umständen zu verneinen. Nach Treu und Glauben ist keine Konventionalstrafe zuzusprechen (Art. 2 ZGB). Die Beklagte hat keine Forderung gegenüber dem Kläger. Eine Verrechnung kann nicht erfolgen.»

(AH200040 Urteil vom 13. Juli 2020)

2. OR 321e/OR 62; Forderungen gegenüber einem pensionierten Geschäftsleiter

Die Klägerin ist eine Stiftung mit Sitz in Zürich und nimmt eine hoheitliche Aufgabe wahr. Aufgrund dieser Funktion ist sie der Aufsicht des X. unterstellt. Im 2007 beschloss der Vorstand der Klägerin, drei Mitgliedern ihrer Geschäftsleitung (unter anderem dem Beklagten, ihrem langjährigen Geschäftsleiter) während rund zwanzig Jahren ausserordentliche Gehaltszahlungen (in der Folge: Nachzahlungen) auszurichten, um Lücken in der beruflichen Vorsorge zu schliessen.

Im Juli 2014 verfügte die Aufsichtsbehörde, das X., die Klägerin habe die bereits geleisteten Nachzahlungen im Umfang der Arbeitnehmeranteile (30%

der Nachzahlungen) von den drei betroffenen Mitgliedern der Geschäftsleitung zurückzufordern. Das X. folgte damit einer Empfehlung der Eidgenössischen Finanzkontrolle (in der Folge: EFK), wonach das von der Klägerin gewählte Vorgehen bei den Nachzahlungen an die Pensionskasse den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Geschäftsführung widerspreche. Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin erfolglos Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Nach diesem für die Klägerin unerfreulichen Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht verlangte sie von den drei betroffenen Geschäftsleitungsmitgliedern je 30% der für den Einkauf in die Pensionskasse ausgerichteten Nachzahlungen zurück. Mit der vorliegenden Klage forderte die Klägerin vom seit mehreren Jahren pensionierten Beklagten darüber hinaus Ersatz für die durch das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht entstandenen Kosten. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Übernahme der Arbeitnehmeranteile der Pensionskassenbeiträge sei zustande gekommen, weil der Beklagte seine Mitteilungs- und Informationspflichten wiederholt verletzt habe. Dadurch seien dem Vorstand, der Generalversammlung und der Aufsichtsbehörde das gemäss Vorsorgereglement massgebliche Beitragsverhältnis von 70 zu 30, dessen Missachtung sowie die tatsächliche Höhe der Nachzahlungen erst im Laufe der Zeit und Stück für Stück zur Kenntnis gelangt.

Aus den Erwägungen:

- «3. Beurteilung
- 3.1. Schadenersatzanspruch im Sinne von Art. 321e OR
- 3.1.1. Anspruch ist verwirkt
- [...]
- 3.1.1.2. [...]

Mit der Verfügung des X. vom [Kalendertag im Juli] 2014 wurde die heutige Klägerin verpflichtet, die an die Geschäftsleitungsmitglieder, unter anderem den Beklagten, geleisteten Arbeitnehmeranteile in der Höhe von 30% der Nachzahlungen von den betreffenden Arbeitnehmern zurückzufordern. Damit wusste die Klägerin (und insbesondere auch der Vorstand der Klägerin), dass ihr möglicherweise ein Schadenersatzanspruch zusteht (vgl. das Memo des neuen Geschäftsführers zuhanden des Vorstands vom 25. August 2014). Auch die Höhe eines solchen Schadenersatzanspruchs war der Klägerin damit im Wesentlichen bekannt. Dennoch hat die Klägerin offenbar das Arbeitsverhältnis – wie in der Vereinbarung

vom [Kalendertag im Juni] 2014 vorgesehen – per Ende Dezember 2014 beendet. Die Klägerin behauptet selber nicht, gegenüber dem Beklagten je einen Vorbehalt angebracht oder gar einen Lohnabzug vorgenommen zu haben. Vielmehr ist unbestritten geblieben, dass der Beklagte sogar bei seiner Pensionierung vom Vorstand an einem speziellen Anlass feierlich und anderntags von der Generalversammlung mit einer Standing Ovation verabschiedet wurde.

Unter diesen Umständen ist ein Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 321e OR – wenn er denn überhaupt bestehen würde (vgl. nachfolgende Ausführungen) – als verwirkt zu betrachten.

3.1.2. Fehlender Kausalzusammenhang

3.1.2.1. Nach Ansicht der Klägerin besteht zwischen dem Schaden und den Vertragsverletzungen ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang. Hätte der Beklagte korrekt gehandelt, so wäre der Vorstand nicht auf die Idee und zum Beschluss gebracht worden, dass [die Klägerin] ohne ersichtlichen Grund auch die Arbeitnehmerbeiträge übernimmt. Bei Kenntnis der wahren Sachlage (insbesondere der Missachtung der PK-Beitragsregelung 70:30) hätte der Vorstand der Übernahme des Arbeitnehmeranteils von 30% nicht zugestimmt und aufgrund des gesetzlichen Gebots [...], dass die Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung zu führen sind, auch nicht zustimmen können.

3.1.2.2. Wie vorstehend bereits erwähnt, wurde die heutige Klägerin mit der Verfügung des X. vom [Kalendertag im Juli] 2014 verpflichtet, die an die Geschäftsleitungsmitglieder, unter anderem den Beklagten, geleisteten Arbeitnehmeranteile in der Höhe von 30% der Nachzahlungen von den betreffenden Arbeitnehmern zurückzufordern. Damit war klar, dass die EFK der Ansicht war, die Missachtung der PK-Beitragsregelung 70:30 widerspreche einer geordneten Geschäftsführung.

Die Klägerin stellte indessen auch aufgrund dieser Kenntnisse keine Rückforderung. Im Gegenteil legte der (neue) Geschäftsführer [der Klägerin] in einem Memo vom 25. August 2014 zuhanden des Vorstands die Argumente für und gegen eine Beschwerde dar. Und in der Folge erhob die Klägerin am [Datum] Beschwerde gegen die Verfügung. Die Klägerin machte im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geltend, der Vorstand und die Generalversammlung seien immer genügend und im Detail informiert gewesen. Dem Entscheid der Klägerin, die Pensionskassennachzah-

lungen vollständig zu übernehmen, sei eine längere Diskussion innerhalb des Vorstands vorausgegangen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin sind die Parteibehauptungen der Klägerin im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht durchaus von Bedeutung. Die Klägerin hat im vollständigen Wissen darum, dass und warum die EFK und die Aufsichtsbehörde, das X., der Meinung waren, es liege keine geordnete Geschäftsführung vor, Tatsachenbehauptungen aufgestellt. Diese im Verfahren aufgestellten Behauptungen hat sich die Beklagte durchaus anrechnen zu lassen.

Auch die Frage von C. an der Vorstandssitzung vom 24. Juni 2011, ob es sich bei den Nachzahlungen nur um Arbeitgeber-Beiträge handle, und die Antwort des Beklagten darauf, es handle sich bei den Nachzahlungen um Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-Beiträge, haben offenbar nicht einmal zu einer Diskussion und schon gar nicht zu einer Änderung von früher gefassten Beschlüssen geführt. Dabei hätte auch damals noch die Möglichkeit bestanden, sogar viel mehr als 30% Arbeitnehmeranteil zurück zu behalten bzw. die – in jenem Zeitpunkt noch nicht erfolgte – Auszahlung für die Jahre 2010, 2011 und 2012 zu verhindern. Insofern trifft die klägerische Behauptung, die Antwort des Beklagten in der Vorstandssitzung vom 24. Juni 2011 sei „viel zu spät, post factum“ erfolgt, nicht zu. Alle Vorstandsmitglieder wussten darum, dass die Nachzahlungen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge umfassten. Dennoch passierte nichts, es wurden keine weiteren Zahlungen gestoppt.

Nebenbei bemerkt zeigt die Frage von C., dass auch den nach Ansicht der Klägerin unwissenden Vorstandsmitgliedern jedenfalls teilweise klar war, dass Beiträge in die Pensionskasse üblicherweise von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam getragen werden. Es ist durchaus anzunehmen, dass auch andere Mitglieder des Vorstandes jedenfalls in Grundzügen Kenntnis vom Funktionieren der beruflichen Vorsorge hatten. Immerhin sassen mehrere Juristen, mehrere Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer von [Art der Unternehmen] im Vorstand. D. etwa, 2007 Vizepräsident, 2011 Präsident, ist Dr. iur. und Geschäftsführer des [Unternehmens E.], [...]. Viele dieser Vorstandsmitglieder waren offensichtlich selber Arbeitnehmende und mussten schon aufgrund ihrer eigenen Lohnabrechnungen wissen, dass sich auch Arbeitnehmende in der Regel Abzüge für Pensionskassenbeiträge gefallen lassen müssen.

Zusammenfassend ist nicht zuletzt angesichts der vehementen Behauptungen der Klägerin im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht, sie und insbesondere der Vorstand der Klägerin seien umfassend infor-

miert gewesen, äusserst zweifelhaft, ob in der Kommunikation durch den Beklagten irgendeine Pflichtwidrigkeit gesehen werden kann. Letztlich kann diese Frage aber hier offen gelassen werden. Jedenfalls kann vom Nachweis eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen allfälligen Vertrags- und Treuepflichtverletzungen des Beklagten und einem der Klägerin allenfalls entstandenen Schaden nicht die Rede sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eben auch bei anderer Information durch den Beklagten nicht anders entschieden worden wäre.

3.2. Bereicherungsanspruch im Sinne von Art. 62 ff. OR verjährt

3.2.1. Der Beklagte erhebt mit der Klageantwort die Verjährungseinrede. Die entsprechende Frist habe mit Zugang der Verfügung des X. im Jahr 2014 zu laufen begonnen.

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, der bereicherungsrechtliche Anspruch sei nicht verjährt. Frühestens mit Zustellung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes am [Datum im Jahr] 2018 habe [die Klägerin] Kenntnis ihres Anspruches erlangt. Bis zu diesem Zeitpunkt seien die Kompetenzen [der Klägerin] und des X. noch nicht geklärt gewesen und [die Klägerin] habe nicht gewusst, dass 30% der Zusatzzahlungen unrechtmässig erfolgt seien.

3.2.2. Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR, neue Fassung, in Kraft seit 1. Januar 2020). Bis Ende 2019 galt eine Verjährungsfrist von einem Jahr. Falls das neue Recht wie hier eine längere Frist als das bisherige Recht bestimmt, gilt gemäss Art. 49 Abs. 1 Schlusstitel ZGB das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist. Eine Rückwirkung des neuen Verjährungsrechts gibt es also nicht. Ist eine Verjährungsfrist am 1. Januar 2020 bereits abgelaufen, gilt weiterhin das bisherige Verjährungsrecht, und die Forderung bleibt verjährt.

Der Fristenlauf der relativen Verjährung beginnt, sobald der Berechtigte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat. Die von Lehre und Rechtsprechung zu Art. 60 Abs. 1 OR entwickelten Grundsätze sind sinngemäss auch auf Art. 67 Abs. 1 anzuwenden. In beiden Tatbeständen hat sich die für den Fristenlauf vorausgesetzte „Kenntnis“ von der Existenz des Anspruchs eingestellt, sobald der Gläubiger alle tatsächlichen Umstände wahrgenommen hat, welche geeignet sind, ihn mit Aussicht auf Erfolg zur

Geltendmachung des Anspruchs zu veranlassen. Dabei genügt es nicht, dass der Gläubiger von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können. Es bedarf noch keiner genauen Bezifferung der Entreichung, genügend ist die Kenntnis deren ungefähren Umfanges. Fristauslösende Kenntnisnahme liegt demnach vor, wenn einer der Gläubiger einen derartigen Grad an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, der Gläubiger habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig in ausreichendem Masse Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm diese vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Entreichung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus. Massgebend sind die tatsächlichen den Anspruch betreffenden Kenntnisse (BSK OR I-BRUNO HUWILER, 7. Aufl. 2020, Art. 67 N 9; BGE 129 III 503, je mit vielen weiteren Hinweisen).

3.2.3. Wie bereits dargelegt, wurde die heutige Klägerin mit der Verfügung des X. vom [Kalendertag im Juli] 2014 verpflichtet, die an die Geschäftsleitungsmitglieder, unter anderem den Beklagten, geleisteten Arbeitnehmeranteile in der Höhe von 30% der Nachzahlungen von den betreffenden Arbeitnehmern zurückzufordern. Mit dieser Verfügung erhielt die Klägerin ausreichend Kenntnis über ihren möglichen Anspruch gegen den Beklagten. Das Ausmass der Entreichung, die (angebliche) Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten waren der Klägerin bekannt. Damit begann die Verjährungsfrist (von damals einem Jahr) zu laufen. Sie war damit bereits im Zeitpunkt der Erklärung des Verjährungsverzichtes am 18. April 2019, im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 1. Juli 2019 (Schlichtungsgesuch an das Friedensrichteramtsamt) und im Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Verjährungsrechts Ende 2019 abgelaufen. Nicht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und schon gar nicht dessen Rechtskraft können für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist von Belang sein.

Ein allfälliger Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wäre daher infolge Verjährung abzuweisen.»

(AG190003 Urteil vom 5. November 2020)

3. OR 322; Vertragsauslegung zum vereinbarten Arbeitspensum (Säumnisurteil)

Der Kläger arbeitete rund ein halbes Jahr als Gastro-Mitarbeiter im Betrieb der Beklagten, ab dem 1. Juni 2019 mit einem neuen Vertrag. Nachdem ihm die Beklagte im August 2019 mit einer verkürzten, unzulässigen Kündigungsfrist gekündigt hatte, verlangte der Kläger vor Arbeitsgericht unter anderem Lohn für die ordentliche Kündigungsfrist. Zur Feststellung der Höhe des Lohnanspruchs legte das Gericht die vertragliche Regelung zum vereinbarten Arbeitspensum aus.

Dieses Urteil erging nach unentschuldigtem Fernbleiben der Beklagten von der Hauptverhandlung (Säumnisurteil). Das Gericht entscheidet in einem solchen Fall auf Grundlage der Akten und Vorbringen der anwesenden Partei, soweit an deren Richtigkeit keine erheblichen Zweifel bestehen (Art. 234 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 153 Abs. 2 ZPO).

Aus den Erwägungen:

«3.2.2. Vertragsauslegung / Mindeststundenanspruch

Zur Frage, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag vom 29. Mai 2019 den Kläger zu einem Arbeitseinsatz von bestimmten Stunden berechtigt, ist eine Auslegung des Vertrags nach dem effektiven Parteiwillen gemäss Art. 18 OR, d.h. dem Wortlaut des Vertrags und dem zwischen den Parteien gelebten Arbeitsverhältnis, vorzunehmen.

Die Regelungen betreffend Anzahl Arbeitsstunden sind im Arbeitsvertrag einerseits bestimmt (z.B. 80%, 4 Tage pro Woche, 140 Stunden pro Monat). Andererseits lassen gewisse Formulierungen (z.B. ungefähr 32.8 Stunden pro Woche, ca. 140 Stunden pro Monat, immer im Zusammenhang mit saisonalen Geschäfts-Öffnungszeiten etc.) auf die Vereinbarung eines blossen Richtwerts schliessen. Gegen die Vereinbarung einer Mindeststundenanzahl spricht insbesondere die Vergütungsregelung, wonach Anteile pro-rata gerechnet werden. Andererseits hätte diesfalls auch ausdrücklich eine Vergütung im Stundenlohn vereinbart werden können. Sodann kann auch aus der Formulierung „Flexibilität bei den Einsätzen“ nicht auf die Vereinbarung eines Richtwerts geschlossen werden, da hiermit die konkreten Arbeitszeiten (bspw. 14:00 bis 16:00 Uhr) und nicht das Pensum verstanden werden könnten. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung kann vorliegend nicht mit Sicherheit auf einen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen bezüglich Arbeitspensum geschlossen werden, zumal der

Kläger anlässlich der Hauptverhandlung auf eine Italienisch-Dolmetscherin angewiesen war und somit wohl die Affinität bei sprachlichen Nuancen im (deutschen) Arbeitsvertrag fehlte.

Weiter ist zur Ermittlung des Parteiwillens bei Abschluss der Arbeitsvertrags das nachträgliche Verhalten der Parteien zu berücksichtigen. So hat der Kläger gemäss seinen Ausführungen und den bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen im Zeitraum zwischen Juni und August 2019 folgende Stundenanzahl gearbeitet bzw. bezahlte Ferientage bezogen:

- 1. bis 30. Juni 2019 92 Stunden, davon 52 Ferienstunden
- 1. bis 31. Juli 2019 103.45 Stunden
- 1. bis 12 August 2019 109.13 Stunden

Die im Arbeitsvertrag genannte monatliche Arbeitszeit (140 Stunden) wurde daher – zumindest im Juni und Juli 2019 – erheblich unterschritten, wobei rein anhand der eingereichten Unterlagen unklar ist, ob die (Minder-)Arbeitszeit auf gegenseitiger Abrede beruhte oder durch den Kläger (Minusstunden) oder die Beklagte (Annahmeverzug) „verschuldet“ wurde. Für letzteres spricht die Tatsache, dass die Beklagte dem Kläger im Juni 2019 den vollen Bruttomonatslohn von Fr. 3'400.– bzw. den entsprechenden Nettobetrag auszahlte, obwohl dieser nur 92 Stunden arbeitete bzw. bezahlte Ferien bezog. Jedoch wurden bereits im Juli 2019 die geleisteten Arbeitsstunden bzw. bezogenen Ferienstunden mit dem anteilmässigen Stundenlohn von Fr. 24.29 (Fr. 3'400.– / 140 Std.) abgerechnet und mit dem zu viel ausbezahlten Lohn im Juni 2019 verrechnet. Die Beklagte ging demnach davon aus, dass kein Mindeststundenanspruch vereinbart wurde und Lohn aufgrund der effektiv geleisteten Arbeitsstunden geschuldet ist.

Entscheidende Bedeutung zur Ermittlung des Parteiwillens bei Vertragsschluss ist den klägerischen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung beizumessen. So führte der Kläger aus, dass er der Managerin der Beklagten, A., jeweils seine Verfügbarkeit angegeben und diese daraufhin einen Arbeitsplan bezüglich seiner Arbeitseinsätze erstellt habe. Er habe dann so gearbeitet, wie es im Arbeitsplan vorgesehen gewesen sei. Weiter gab er zu Protokoll, dass er mit den Arbeitsplänen einverstanden gewesen sei, obwohl er das vereinbarte Arbeitspensum von 80% nie erfüllt habe. Zwar habe er mehr Einsatzstunden gefordert, doch seien ihm diese nach Eröffnung der zweiten „[Namen Take-Away/Restaurant]“, im März oder Juni 2019, gewährt worden. Im streitgegenständlichen Zeitraum war er demnach mit seinem Arbeitspensum einverstanden. Die klägerischen Ausführungen zum gelebten Arbeitsverhältnis zeigen wie die Parteien den Arbeitsvertrag hinsichtlich des Arbeitspensums seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen

tatsächlich verstanden haben. Nämlich wurde ein Richtwert an Arbeitsstunden verabredet, wobei das effektive Pensum vom (flexiblen) Bedarf der Beklagten und von der Verfügbarkeit des Klägers abhängen sollte. Zumal der Kläger selbst vorbrachte, dass er während der Anstellung bei der Beklagten bei zwei weiteren Arbeitgebern – B. und C. – im Stundenlohn und auf Abruf gearbeitet habe.»

In der Folge stellte das Gericht bei der Berechnung des während der ordentlichen Kündigungsfrist geschuldeten Lohnes – da kein monatlicher Mindeststundenanspruch vereinbart worden war – auf die durchschnittlichen Arbeitsstunden der Vormonate ab.

(AH200060 Urteil vom 31. August 2020)

4. OR 322; Lohnverzicht beim Feierabendbier?

Die Klägerin arbeitete – zunächst als Substitutin und hernach als Juristin – während mehrerer Jahre für die Beklagte, eine Zürcher Anwaltskanzlei. Vor Arbeitsgericht war unbestritten, dass die Klägerin für den Monat Mai 2018 keinen Lohn erhalten hat. Die Beklagte machte geltend, der Lohn für den Monat Mai 2018 sei vereinbarungsgemäss nicht bezahlt worden, da die Klägerin auf diesen Lohn verzichtet habe. Zum bestrittenen Lohnverzicht wurden A., der bei der Beklagten als Gesellschafter tätig ist, als Partei und B., die als Sekretariatsangestellte bei der Beklagten arbeitet, als Zeugin befragt.

Aus den Erwägungen:

«V. Lohnforderungen

[...]

3. Würdigung

3.1.1. Es ist unbestritten, dass die Klägerin im Monat Mai 2018 gearbeitet hatte. Die Beklagte hätte damit grundsätzlich den vereinbarten Lohn an die Klägerin auszahlen müssen. Die Beklagte macht jedoch geltend, die Klägerin habe auf den Lohn vom Mai 2018 verzichtet. Der Beklagten obliegt es, den Verzicht der Klägerin auf den Mailohn 2018 im Sinne eines Erfüllungssurrogates nachzuweisen.

3.1.2. Es liegt kein schriftliches Dokument vor, aus welchem ein solcher Verzicht ersichtlich wäre. Die Beklagte offerierte als Beweis für den Lohn-

verzicht der Klägerin hinsichtlich des Maillohnes 2018 die Parteibefragung/Beweisaussage von A. und die Einvernahme von B. als Zeugin.

3.1.3. [...]

3.2.1. In der Parteibefragung von A. am 7. Dezember 2020 gab dieser zu Protokoll, der Lohnverzicht der Klägerin sei anlässlich eines Gesprächs zwischen ihm und der Klägerin an einem nicht mehr genau erinnerlichen Datum im April 2018, nach Arbeitsschluss, in der Bar C. in Zürich erfolgt, wobei nur er und die Klägerin anwesend gewesen seien. Das Gespräch sei nicht vorterminiert gewesen. Er habe die Klägerin eher spontan für dieses Treffen angefragt, wobei er ihr im Vorfeld nichts zum Grund des Treffens gesagt habe. Anlässlich des Barbesuchs sei über die generelle Situation in der Kanzlei, die finanzielle Situation und die Situation mit weiteren Mitarbeitern gesprochen worden. Es sei um die Liquidität der Kanzlei gegangen. Er habe sodann die Klägerin im Verlaufe des Gesprächs konkret gefragt, ob sie auf Lohn verzichten würde, was diese bejaht habe. Der Lohnverzicht sei zeitlich nicht begrenzt worden, d.h. es sei nicht zeitlich umrissen worden, wie lange der Lohn nicht ausgezahlt würde. Auf Schriftlichkeit habe er verzichtet, da er dem Wort einer Freundin vertraut habe. Er habe die Klägerin an diesem Abend in der Bar eingeladen.

3.2.2. Wie bereits vorerwähnt, ist seitens der Klägerin bestritten, dass sie in irgend einer Form auf Lohn verzichtet habe. Selbst wenn aber den Ausführungen von A. anlässlich dessen Parteibefragung gänzlich gefolgt wird, ist festzuhalten, dass seiner Sachdarstellung jegliche Überzeugungskraft dafür, dass die Klägerin am fraglichen Abend eine verbindliche Lohnverzichtserklärung für den Mailohn 2018 abgeben wollte, abzusprechen ist.

Zufolge der Schilderung von A. ist zum einen bereits der Rahmen des geltend gemachten Gesprächs als ausgesprochen unverbindlich zu qualifizieren. Dies manifestiert sich zunächst darin, dass selbst A., welcher aus diesem Gespräch massgebliche Rechtsfolgen ableiten will, nicht genau weiss, wann das Gespräch stattfand. Darüber hinaus mutet aber auch das genannte Setting, ein spontaner Barbesuch nach Arbeitsschluss, wenig verbindlich an. Obwohl in einem Subordinations- und damit Abhängigkeitsverhältnis, wurde die Klägerin sodann auch gemäss A. in keiner Art und Weise vorgängig auf einen möglicherweise zur Diskussion stehenden Lohnverzicht hingewiesen oder ein geschäftlicher Grund für das Treffen in der

Bar angekündigt. Vielmehr fragte A. die Klägerin zufolge seiner Ausführungen während des Treffens spontan, ob sie auf Lohn verzichten würde. Dieser Umstand erscheint umso bemerkenswerter, als bei einer dermassen weitreichenden Entscheidung davon auszugehen wäre, dass einer Arbeitnehmerin vorgängig angemessen Zeit eingeräumt worden wäre, um sich mit der Thematik adäquat auseinanderzusetzen bzw. um ihr eine profunde Willensbildung zu ermöglichen. Beides war im geschilderten Kontext nicht gewährleistet und spricht gegen einen verbindlichen Charakter des geltend gemachten Gesprächsinhaltes. Darüber hinaus – und dies fällt vorliegend als wesentlichstes Element ins Gewicht – wurde gemäss Schilderungen von A. ein allfälliger Lohnverzicht zeitlich nicht umgrenzt, womit es auch inhaltlich an einer genügend konkreten Ausgestaltung der Anfrage mangelte. Gemäss Aussagen von A. war seine Anfrage gegenüber der Klägerin jedenfalls nicht dahingehend konkretisiert, ob die Klägerin auf den Mailohn 2018 verzichten wolle.

Vor diesem Hintergrund vermag die Beklagte gestützt auf die Aussagen von A. anlässlich der Parteibefragung vom 7. Dezember 2020 den Beweis, dass die Klägerin rechtsgültig auf den Mailohn 2018 verzichtet habe, nicht zu erbringen.

3.3. Gleiches hat für die Zeugenaussagen von B. zu gelten. Die Zeugin räumte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 7. Dezember 2020 ein, nur vom Hörensagen überhaupt etwas über einen allfälligen Lohnverzicht der Klägerin berichten zu können. Sie habe von A. vernommen, dass die Klägerin auf Lohn verzichtet habe, Details kenne sie nicht. Weder sei sie anlässlich des fraglichen Gesprächs in der Bar C. im April 2018 dabei gewesen, noch habe sie mit der Klägerin darüber gesprochen. Vor diesem Hintergrund vermögen ihre Aussagen nichts Wesentliches zur Beweiserbringung hinsichtlich eines Lohnverzichts der Klägerin für den Mailohn 2018 beizutragen.

3.4. Daraus folgt, dass der von der Beklagten behauptete Lohnverzicht der Klägerin durch die Beklagte nicht rechtsgenügend bewiesen werden konnte bzw. dass der Beklagten der diesbezügliche Beweis misslingt. [...]»

(AH190035 Urteil vom 8. Dezember 2020)

5. OR 324a; Aufschub des Krankentaggelds im Personalverleih und Ende des Arbeitsverhältnisses

Der Kläger war für die Beklagte ab dem 17. Februar 2020 in einem Temporärstellungsverhältnis als Gipser beim Einsatzbetrieb A. AG tätig. Er forderte von der Beklagten vor Arbeitsgericht ein Krankentaggeld für den Zeitraum vom 23. März 2020 bis 3. April 2020 in der Höhe von Fr. 2'508.80. Die Beklagte hatte am 23. März 2020 – nach Krankmeldung des Klägers – noch während der Probezeit eine Kündigung per 25. März 2020 ausgesprochen und stellte sich auf den Standpunkt, das aufgeschobene Krankentaggeld lediglich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu schulden.

Aus den Erwägungen:

«III. Krankenlohn

[...]

3. Würdigung

3.1. Unbestritten ist nach dem Gesagten, dass der Kläger vom 23. März 2020 bis 3. April 2020 krankheitsbedingt arbeitsunfähig war. Fest steht auch, dass eine Krankentaggeldversicherung besteht und dass dem Kläger vom Bruttolohn jeweils 2.5% für die Krankentaggeldversicherungsprämie abgezogen wurden. Die Beklagte hat mit dem Krankentaggeldversicherer ein um 14 Tage aufgeschobenes Taggeld vereinbart. Am 23. März 2020 sprach die Beklagte eine Kündigung aus.

3.2. Ist der Arbeitnehmer infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert, hat er für eine beschränkte Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde (Art. 324a Abs. 1 OR). Bei einem unbefristeten Vertrag mit Probezeit oder mit anderer Kündigungsmöglichkeit auf einen Termin, der vor Ablauf der drei Monate liegt, beginnt die Lohnfortzahlungspflicht am ersten Tag des 4. Anstellungsmonats (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 2 zu Art. 324a/b OR mit zahlreichen Hinweisen). Diese Lohnfortzahlungspflicht gilt grundsätzlich nur soweit und solange ein Arbeitsverhältnis besteht. Da Art. 324a OR indes nur einseitig zwingender Natur ist, kann durch Normalarbeitsvertrag, Gesamtarbeitsvertrag oder durch schriftliche Abrede eine für den Arbeitnehmer günstigere (bzw. mindestens gleichwertige) Absprache getroffen werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007 E. 3.1 mit Hinweisen).

3.3. Die Einsatzverträge vom 13. und 27. Februar 2020 enthalten keine Bestimmungen betreffend Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall. Im Rahmenarbeitsvertrag vom 16. Januar 2020 wird auf den GAV Personalverleih verwiesen, wobei die Leistungen des Arbeitgebers längstens bis zum Arbeitsvertragsende erfolgten.

Der Kläger arbeitete als Temporärmitarbeiter in einem Personalverleih-Arbeitsverhältnis bei der Beklagten (Personalverleiherin). Es kommen – wie in den Einsatzverträgen und im Rahmenarbeitsvertrag erwähnt – der allgemeinverbindlich erklärte GAV Personalverleih (vgl. den Bundesratsbeschluss vom 12. Dezember 2018 zur Verlängerung der Allgemeinverbindlicherklärung vom 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2020, BBl 2018 7775 ff.) und das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, insbes. Art. 12 ff. AVG) zur Anwendung. Im weiteren gehen beide Parteien zutreffend davon aus, dass im Einsatzbetrieb A. AG mit Bezug auf die vom Kläger ausgeführten Gipserarbeiten in der Stadt Zürich der GAV für das Gipsergewerbe der Stadt Zürich vom 1. April 2017 sowie dessen Anhänge (GAV Gipsergewerbe Stadt Zürich) massgebend sind (bis 31. März 2020 mit Beschluss des Regierungsrates vom 3. Oktober 2018 allgemeinverbindlich erklärt und anschliessend mit Beschluss vom 4. Dezember 2019 vom 1. April 2020 mit Wirkung bis 31. März 2024 verlängert; vgl. auch den Hinweis im Einsatzvertrag).

3.4. Laut GAV Personalverleih gelten für Arbeitnehmende mit einem auf unbestimmte Zeit laufenden Vertrag, deren Anstellung ein neues Arbeitsverhältnis begründet, die ersten drei Monate als Probezeit (Art. 10 Abs. 1; vgl. auch Ziffer 6 des Rahmenarbeitsvertrags). Der Kläger arbeitete mit unbefristeten Einsatzverträgen ab dem 17. Februar 2020 für die Beklagte im Einsatzbetrieb A. AG. Er befand sich zum Zeitpunkt der Kündigung am 23. März 2020 dementsprechend noch in der Probezeit, weshalb die im OR vorgesehene Kündigungsbeschränkung im Krankheitsfall keine Anwendung finden (Art. 336c Abs. 1 erster Satz OR; zum Kündigungsausschluss bei Bezug eines Krankentaggeldes gemäss dem GAV für das Gipsergewerbe der Stadt Zürich vgl. hinten). Laut den Einsatzverträgen, Ziffer 7 des Rahmenarbeitsvertrags und Art. 19 Abs. 4 AVG konnte der unbefristete Einsatzvertrag während der ersten drei Monate der ununterbrochenen Anstellung mit einer Kündigungsfrist von zwei Arbeitstagen gekündigt werden. Ein am 23. März 2020 gekündigtes Arbeitsverhältnis endet unter Anwendung dieser Grundsätze am 25. März 2020.

Fraglich ist, ob die Beklagte sich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch von der Pflicht zur Leistung eines aufgeschobenen Krankentaggelds befreien konnte.

3.5. Der GAV Personalverleih gilt grundsätzlich auch dort, wo für einen Einsatzbetrieb ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt (Art. 3 GAV Personalverleih). Eine Ausnahme besteht für *Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen*, sofern ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht. Diese gehen grundsätzlich vor. Zu den Lohnbestimmungen zählt auch die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung infolge Krankheit nach Art. 324a OR (Art. 20 Abs. 1 AVG und Art. 48a lit. f der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih sowie Art. 3 GAV Personalverleih). Art. 3 Abs. 2 des GAV Personalverleih schränkt diesen Vorrang für Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung allerdings insoweit ein, dass diese nicht übernommen werden, *sofern die im GAV Personalverleih vorgesehenen Lösungen mindestens gleichwertig* mit den Bestimmungen der für die Branchen gültigen, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge sind. Für das Vertragsverhältnis der Parteien gilt daher bezüglich der Krankentaggeldversicherung grundsätzlich der GAV für den Personalverleih, es sei denn, die im GAV Gipsergewerbe der Stadt Zürich vorgesehene Lösung sei für den Kläger günstiger.

3.6. Vorliegend kann indessen offen gelassen werden, ob das Regelungspaket „Lohnfortzahlung bei Krankheit“ gemäss Art. 28 f. GAV Personalverleih im Vergleich zu der in Art. 15 GAV Gipsergewerbe der Stadt Zürich vorgesehenen Lösung zumindest insgesamt als gleichwertig zu betrachten ist (zum Vorgehen vgl. NATHALIE STOFFEL in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz. 18.73 und FABIAN LOSER, Der Personalverleih, Diss. 2015, Rz. 1073), da – wie die folgenden Ausführungen zeigen – die Anwendung des einen oder anderen Gesamtarbeitsvertrags zu keiner anderen Lösung führen würde.

3.7. Laut GAV Personalverleih stehen den Arbeitnehmenden, die in Einsatzbetrieben tätig sind, in denen ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag gilt, im Krankheitsfall ab dem Tag des vertraglich vereinbarten Arbeitsantritts Ansprüche auf Leistungen einer Krankentaggeldversicherung im Umfang von 80% des durchschnittlichen Lohnes während 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen zu (Art. 28 Abs. 1 und 2). Diese

Leistungen werden laut dem Kommentar zum GAV Personalverleih auch über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus erbracht (Kommentar GAV Personalverleih vom 12. April 2019 hrsg. vom tempservice [Schweizerische Paritätische Berufskommission Personalverleih] S. 32). Es können zulasten des Arbeitnehmenden höchstens zwei Karenztage vorgesehen werden (Art. 28 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 3 lit. b). Mit Bezug auf aufgeschobene Krankentaggelder sieht der GAV Personalverleih folgende Regelung vor: „Schliesst der Betrieb eine Kollektivtaggeldversicherung mit einem Leistungsaufschub und unter Einhaltung von zwei Karenztagen ab, so hat er während der Aufschubzeit 80% des wegen Krankheit ausfallenden Lohnes selbst zu entrichten“ (Art. 29 Abs. 2 lit. b). Der Wortlaut *ausfallender Lohn* und der Ausschluss im Rahmenarbeitsvertrag werfen die Frage auf, ob diese Leistungspflicht während der Aufschubzeit den (Weiter-)Bestand eines Arbeitsverhältnisses und somit eine grundsätzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Ausrichtung von Lohn voraussetzt. Die Regelung im GAV Personalverleih ist in diesem Sinne auslegungsbedürftig, während andere Gesamtarbeitsverträge, etwa der L-GAV im Schweizer Gastgewerbe klar festschreiben, dass sowohl die Leistungen des Krankentaggeldversicherers als auch die Leistungen des Arbeitgebers während einer Aufschubzeit auch dann zu erbringen sind, wenn das Arbeitsverhältnis vor Krankheitsende endet (Art. 23 L-GAV).

Für die Auslegung normativer Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen gelten die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung (BGE 127 III 318 E. 2a).

Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (Urteil des Bundesgerichts 9C_975/2012/9C_976/2012 vom 15. April 2013 E. 3.2. unter Hinweis auf BGE 127 III 318 E. 2a, BGE 135 IV 113 E. 2.4.2 und andere mehr).

Mit dem im GAV Personalverleih vorgesehenen Versicherungsschutz ab dem ersten Tag soll der Arbeitnehmerschutz im Krankheitsfall verbessert werden. Eine Einschränkung, wonach der Lohnersatz bei einer aufgeschobenen Versicherungslösung nur bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet werden muss, hätte – in Anbetracht dieser Ziel-

setzung – deutlich formuliert werden müssen. Zentral erscheint bei der Auslegung ferner die Frage der Prämientragung. Trägt die Aufschubzeit auch zu einer Prämienreduktion für den Arbeitnehmer bei oder bringt sie einzig eine Kostenersparnis der Arbeitgeberin? Der GAV Personalverleih sieht diesbezüglich eine Lösung zugunsten der Arbeitgeberin vor. Diese darf den Arbeitnehmern im Fall eines aufgeschobenen Taggeldes unbesehen (effektiv) tieferer Prämien maximal die Hälfte der nach der Rabattskala gemäss „Rahmenvertrag der Branchenlösung Krankentaggeld Personalverleih“ hochgerechneten Prämien belasten, und zwar im Maximum 2,5%, so wie dies die Beklagte gemacht hat (zur Kritik an derartigen Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit vgl. CHRISTOPH HÄBERLI, Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, S. 129 ff. Rz. 5.62). Bei dieser Lösung finanziert der Arbeitnehmer die Leistungen der Arbeitgeberin während der Aufschubzeit zu gleichen Teilen, so dass er logischerweise den Gegenwert dessen erhalten muss, was er bei Versicherungsschutz erhalten hätte, d.h. 80% netto des vereinbarten Bruttolohns (BORIS HEINZER, RÉMY WYLER, Droit de Travail, Bern 2019, S. 326). Diese Aufteilung der Prämienlast lässt mit anderen Worten den einzigen Schluss zu, dass die Arbeitgeberin das aufgeschobene Taggeld ausrichten muss, wie wenn sie ein Krankentaggeldversicherer wäre und somit unbesehen vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Andernfalls hätte es die Arbeitgeberin mit dem Ausspruch einer Kündigung innerhalb der Probezeit oder (bei längerer Aufschubzeit, vgl. Kommentar zum GAV Personalverleih, S. 32) nach Ablauf der Sperrfrist in der Hand, sich ihrer Leistungspflicht zu befreien, obwohl der Arbeitnehmer seinen Anteil zu einer (unaufgeschobenen) Versicherungslösung erbracht hat.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beklagte dem Kläger unter Anwendung des GAV Personalverleih – unbesehen des Fortbestandes eines Arbeitsverhältnisses über den 25. März 2020 hinaus – für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vom 23. März bis 3. April 2020 das aufgeschobene Taggeld im Umfang von 80% des durchschnittlichen Lohns (Art. 28 und Art. 29 GAV Personalverleih) entrichten müsste.

3.8. Der allgemeinverbindlich erklärte GAV für das Gipsergewerbe der Stadt Zürich sieht ebenfalls vor, dass die dem GAV unterstellten Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberin für ein Krankentaggeld zu versichern sind (Art. 15). Der Versicherungsschutz gilt ebenfalls ab dem ersten Tag der Anstellung und somit auch bereits während der Probezeit. Es ist wiederum ein Krankentaggeld von 80% (berechnet auf dem Jahreslohn) während

wenigstens 720 innerhalb 900 aufeinanderfolgenden Tagen auszurichten. Es sind zwei Karenztage zulasten des Arbeitnehmers vorgesehen. Will eine Arbeitgeberin ein aufgeschobenes Krankentaggeld abschliessen, so bleibt sie trotzdem verpflichtet, dem Arbeitnehmer ab dem 3. Tag den Lohn soweit zu bezahlen, so dass der Arbeitnehmer pro Kalendertag denselben Nettobetrag erhält, den er im Fall von Krankentaggeldzahlungen erhalten würde. Dass sich die Arbeitgeberin nach dem Willen der GAV Vertragsparteien von dieser Leistungspflicht nicht mit einer (in der Probezeit gemäss OR auch während Krankheit grundsätzlich wirksamen) Kündigung des Arbeitsverhältnisses befreien kann, ergibt sich zum einen wiederum aus dem Umstand, dass der Gesamtarbeitsvertrag explizit einen Versicherungsschutz ab dem ersten Tag der Anstellung mit lediglich zwei Karenztagen vorsieht (Art. 15.1.1.). Zum anderen zeigt auch der in Art. 5.4. des GAV für das Gipsergewerbe der Stadt Zürich vorgesehene (besondere) Kündigungsschutz während der Anspruchsberechtigung auf ein Krankentaggeld, dass ein (nicht durch Kündigung auszuhebender) Erwerbsausfallersatz im Krankheitsfall angestrebt wurde. Dies unbesehen der nicht ganz einfach zu beantwortenden Frage, ob der Kündigungsschutz bei Krankheit und Unfall unter die „Lohn und Arbeitszeitbestimmungen“ gemäss Art. 20 Abs. 1 AVG subsumiert werden muss und deshalb auch im Personalverleih-Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar wäre (vgl. etwa BGE 135 III 640).

4. Ergebnis

Sowohl unter Anwendung des GAV Personalverleih als auch unter Anwendung des GAV Gipsergewerbe Stadt Zürich schuldet die Beklagte – unbesehen des Fortbestandes eines Arbeitsverhältnisses über den 25. März 2020 hinaus – für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vom 23. März bis 3. April 2020 das aufgeschobene Taggeld im Umfang von 80% des Lohns.»

(AH200106 Urteil vom 16. November 2020)

6. **OR 327; Auslagen für Schuhe, Anzug, Hemd und Kravatte**

Der Kläger war für die Beklagte, die unter anderem Chauffeurdienstleistungen erbringt, im Stundenlohn als Chauffeur tätig. Vor Arbeitsgericht waren neben weiteren Forderungen Auslagen wegen Kleidervorschriften streitig.

Aus den Erwägungen:

«XI. Kleidergeld

1. Behauptungen der Parteien

1.1. Der Kläger erklärte, dass die Beklagte in Bezug auf die Kleider einen gewissen Standard erwartet habe. Er habe weisse Hemden, schwarze Anzüge und polierte Schuhe tragen müssen. Herr A. habe den Fahrern gesagt, wie sie sich anziehen müssten, und wenn man sich nicht daran gehalten habe, sei man nach Hause geschickt worden. Aus der E-Mail vom 6. Februar 2018, welche an einer Pinnwand im Büro der Beklagten aufgehängt gewesen sei, gehe hervor, dass es bei der Beklagten Kleidervorschriften gegeben habe. Der Kläger führte weiter aus, dass diese Kleider für ihn wie eine Uniform gewesen seien; er habe sie nur für die Arbeit benutzt. Um die Aufträge der Beklagten wunschgemäss ausführen zu können, habe er monatliche Auslagen von Fr. 1'000.– bis Fr. 1'500.– gehabt, inklusive Reinigung. Er mache deshalb eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 500.– geltend.

1.2. Die Beklagte bestritt diese Forderung und machte zunächst geltend, dass im Arbeitsvertrag keine Vergütungen für Kleider vereinbart seien. Es gebe weder eine Uniform noch eine Vorschrift zur Corporate Identity. Eine Grundvoraussetzung, dass ein Aushilfschauffeur für eine Limousinenfirma mit einem gewissen Standard arbeiten könne, sei eben, dass dieser in Hemd, Anzug, Kravatte und mit sauberen Schuhen erscheine. Einem Limousinenfahrer sei schon vor der Anstellung bewusst, dass er die Arbeit in geeigneter Kleidung auszuführen habe. Es seien keine Designer-Anzüge verlangt worden, sondern einfach ein korrektes Erscheinungsbild. Man habe auch kein weisses, sondern nur ein unifarbenes Hemd tragen müssen. Es sei nicht verlangt worden, dass die Fahrer alle denselben Anzug, dasselbe Hemd – wenn möglich mit Firmenlogo – und dieselbe Kravatte hätten tragen müssen. Eine solche Uniformpflicht gebe es bei ihr nicht. Bei der E-Mail vom 6. Februar 2018 handle es sich um eine Nachricht an ihren Kunden B., in welcher sie ausführe, dass die Chauffeure der Beklagten in Anzug, Hemd und Krawatte erscheinen würden.

2. Rechtliches und Würdigung

2.1. Gemäss Art. 327 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt. Unter den Begriff Arbeitsmaterial werden auch besondere Berufskleider eingeordnet. Diese sind erforderlich, wenn die Verwendung eigener Kleider wegen der Besonderheit der Arbeitsbedingungen nicht zumut-

bar ist (Schmutz, Nässe) oder wenn sie angeordnet sind (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Bern 2010, N. 2 zu Art. 327 OR). Solche Berufskleider und Uniformen sind – vorbehalten einer abweichenden Abrede oder Übung – vom Arbeitgeber zu stellen oder der Arbeitnehmer ist angemessen zu entschädigen, wenn er die Kleidung im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer selbst zur Verfügung stellt (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Bern 2010, N. 2 und N. 6 zu Art. 327 OR STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N. 2 zu Art. 327 OR). Gewöhnliche Kleidung hingegen ist, wie die Fahrtkosten für den Arbeitsweg oder die Verpflegung, als persönliche Aufwendung vom Arbeitnehmer selber zu tragen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 2 zu Art. 327 OR).

2.2. Eine Uniform hat Kennzeichnungscharakter und dient der „Corporate Identity“. Uniformen zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass alle Mitarbeiter dieselbe Kleidung tragen. Die Kleidung mit Uniformcharakter ist in Material, Form und Farbe einheitlich gestaltet und wird von allen Mitarbeitenden getragen, um gegen aussen ein einheitliches, kennzeichnendes Bild zu erzeugen (vgl. ROLAND MÜLLER/MANUEL STENGEL, AJP 2011, S. 222 ff.).

2.3. Die ins Recht gelegte E-Mail vom 6. Februar 2018 wurde unbestrittenmassen von der Beklagten an einen Kunden verschickt, ausgedruckt und an einer Pinnwand im Büro der Beklagten angeschlagen. Der Nachricht lässt sich entnehmen, dass alle Fahrer der Beklagten einen Anzug, ein Hemd, eine Kravatte sowie saubere Schuhe tragen. Dies bestreitet die Beklagte jedoch auch nicht. Das von der Beklagten verlangte Erscheinungsbild (Anzug, Hemd, Kravatte, saubere Schuhe) hat jedoch keinen Uniformcharakter, da insbesondere kein kennzeichnendes Bild geschaffen wird. Auch Arbeitnehmer anderer Berufsgruppen, etwa im Bankensektor, tragen zur Arbeit Anzüge in (in der Regel) gedeckten Farben sowie Hemd, Kravatte und saubere Schuhe.

2.4. Bei einem Anzug, einem Hemd, einer Kravatte und sauberen Schuhen handelt es sich anders als bei spezifischen Arbeitskleidern wie Ärztekitteln, Uniformen von Mitarbeitern im Detailhandel oder Schutzbekleidungen um gewöhnliche Kleidungsstücke, die grundsätzlich auch in der Freizeit getragen werden können. Die Kosten für diese Kleidungsstücke sind vom Kläger deshalb selbst zu tragen, weshalb seine Forderung in der Höhe von Fr. 500.– abzuweisen ist.»

(AH190161 Urteil vom 17. September 2020. Diese Fragestellung war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, LA200037, Beschluss und Urteil vom 12. Mai 2021)

7. OR 327a; Entschädigung für Homeoffice

Der Kläger war ab dem 1. Februar 2009 bei der Beklagten, die unter anderem die Entwicklung und den Vertrieb von Softwareprodukten im Bereich Sprachdialogsysteme bezweckt, angestellt; zuletzt als Senior Research Engineer. Das Arbeitsverhältnis endete am 30. Juni 2019. Während der letzten rund drei Jahre des Arbeitsverhältnisses arbeitete der Kläger ausschliesslich im Homeoffice.

Aus den Erwägungen:

«V. Entschädigung für Homeoffice

[..]

2. Rechtliches

Grundsätzlich sind persönliche Aufwendungen für die Unterkunft nur dann ersatzpflichtige Auslagen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an auswärtigen Orten einsetzt (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 327a N 2). Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Arbeitgeber allerdings ebenfalls verpflichtet, dem Arbeitnehmer einen geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Hält der Arbeitgeber keinen geeigneten Arbeitsplatz bereit, so hat er die Kosten für die nötige Arbeitsinfrastruktur zu Hause nach Art. 327a OR zu übernehmen, unabhängig davon, ob eine solche Entschädigungspflicht im Arbeitsvertrag vorgesehen ist und ob der Arbeitnehmer das entsprechende Zimmer bzw. die Wohnung im Hinblick auf die Arbeit im Homeoffice gemietet hat (BGer 4A_533/2018, Urteil vom 23. April 2019 E. 6.2).

Notwendigkeit und Höhe der Auslagen sind vom Arbeitnehmer zu beweisen, doch darf vom Arbeitnehmer mit Bezug auf die Höhe der Auslagen kein strenger Beweis verlangt werden; effektiv entstandene Auslagen, die sich ziffernmässig nicht mehr beweisen lassen, sind vom Gericht in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (BGE 131 III 444 E. 5.1).

3. Beurteilung

3.1. Vorliegend handelte es sich nicht um eine einseitige Weisung der Beklagten, bat sie den Kläger doch um ausdrückliche Zustimmung zum Home-

office. Im Schreiben vom 13. April 2016 hielt die Beklagte fest: „Wie besprochen, werden Sie neu im Homeoffice arbeiten (Änderung vom § 3 Ihres Arbeitsvertrages). Die übrigen Bestimmungen Ihres Arbeitsvertrags bleiben unverändert. Als Zeichen Ihrer Zustimmung bitten wir Sie, beide Exemplare dieses Schreibens zu unterschreiben und uns ein Exemplar zu retournieren“.

3.2. Die Beklagte bestreitet weder, dass sie damals ihre Büroräumlichkeiten in Zürich aufgegeben hat, noch, dass es zu einer Massenentlassung gekommen ist. Folglich wäre dem Kläger fortan ohnehin kein anderer Arbeitsplatz als seine eigene Wohnung zur Verfügung gestanden. Angesichts dieser Umstände hatte der Kläger keine andere Wahl, als zuzustimmen, wenn er weiterhin für die Beklagte tätig sein wollte. Dies verleiht dem Schreiben vom 13. April 2016 Weisungscharakter, sodass der Kläger auch ohne eine entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag Anspruch auf eine Entschädigung hat.

3.3. Entgegen den Vorbringen der Beklagten geht aus den Kompensationserklärungen der Beklagten klar hervor, dass sie mit den jeweiligen Lohn erhöhungen beabsichtigte, den Kläger für dessen Engagement zu entlohnen und nicht etwa vor hatte, Auslagen im Zusammenhang mit seinem Arbeitsplatz zu kompensieren. Ihre Argumentation, der Anspruch des Klägers sei durch die Lohnerhöhungen abgegolten, verfängt nicht.

3.4. Der Kläger macht gestützt auf das Schreiben der Beklagten vom 13. April 2016 geltend, diese habe ihm ab Mitte April 2016 keinen geeigneten Arbeitsplatz mehr zur Verfügung gestellt, sodass er während 38.5 Monaten ausschliesslich im Homeoffice gearbeitet habe. Zwar bestreitet die Beklagte den Beginn der Homeoffice-Tätigkeit und geht von einem Zeitraum ab 1. Mai 2016 aus. Mangels substantiierter Bestreitungen ist jedoch nicht ersichtlich, wie sie auf den 1. Mai 2016 kommt. Mangels Gegenbeweisen zum Schreiben vom 13. April 2016, das auf eine sofortige Umsetzung der Weisung schliessen lässt, bleibt es – unter Berücksichtigung der Ferien – für die Berechnung des klägerischen Anspruchs zunächst beim ansonsten nicht bestrittenen Zeitraum von 34.5 Monaten.

3.5. Der Kläger verlangt für seine sämtlichen Auslagen (Miete, Strom, Heizung, Abonnements- und Verbindungskosten für Telefon- und Internetanschluss sowie die Kosten für Wartungs- und Reparaturarbeiten an technischen Geräten) pauschal einen Viertel des Mietzinses (inkl. Nebenkosten) seiner 1.5-Zimmerwohnung (Fr. 1'390.–). Dies entspricht einem Betrag von

monatlich Fr. 347.50. Dieser Betrag halte auch dem Vergleich der Mietkosten eines Büroraumes in der Stadt Zürich bzw. im Wohnkreis des Klägers stand. Auf den 1. Juni 2016 habe die Vermieterin einen neuen Mietvertrag aufgesetzt, nachdem die Wohnung zuvor saniert worden sei. In der Zeit zwischen Mitte April und Ende Mai 2016 habe der Kläger vorübergehend im Hotel gewohnt. Die Belege dafür habe er nicht mehr. Die Beklagte verweist einerseits darauf, dass die Mietkosten erst seit 1. Juni 2016 ausgewiesen sind und bestreitet, dass der Kläger im Hotel gewohnt habe. Der Kläger könnte genauso gut gratis bei Freunden oder Bekannten gewohnt haben. Im genannten Bundesgerichtsentscheid sei nur ein Betrag von Fr. 150.– zugesprochen worden. Die Forderung des Klägers sei absurd hoch und unverschämt.

3.6. Vorauszuschicken ist, dass der hier zu beurteilende Fall anders gelagert ist als im zitierten Bundesgerichtsentscheid. Es sind die vorliegenden Umstände einer Prüfung zu unterziehen. Es war die Beklagte, welche die Arbeitsbedingungen des Klägers änderte und ihm keine Wahl liess, als Zuhause zu arbeiten, da es keine Büroräumlichkeiten mehr gab. Wie gross bzw. wie klein seine Wohnung war, wie hoch der Mietzins war und ob ein separates Arbeitszimmer zur Verfügung stand, war beim Kläger bereits vorgegeben. Die vorbestehende Situation hat somit etwas rein Zufälliges. Daraus kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.7. Der Kläger darf bei dieser Ausgangslage nicht schlechter gestellt werden, als wenn er mindestens eine 2.5-Zimmerwohnung bewohnt hätte und demzufolge ein separates Arbeitszimmer hätte nutzen können. Zudem ist es notorisch, dass 1.5-Zimmerwohnungen nur unwesentlich günstiger sind als 2.5-Zimmerwohnungen. Weit entscheidender für unterschiedliche Mietpreise sind die Lage und der Ausbaustandard einer Wohnung. So hätte es durchaus sein können, dass der Kläger eine 2.5-Zimmerwohnung für monatlich Fr. 1'390.– (inkl. Nebenkosten) bewohnt hätte, in der ihm ein separates Büro für das Homeoffice zur Verfügung gestanden hätte. Die vorbestehende Wohnsituation darf dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen. Im Gegenteil erscheint es umso entgegenkommender vom Kläger, wenn er bereit war, zugunsten der Beklagten über diesen langen Zeitraum hinweg derart beengte Verhältnisse zu tolerieren. So wäre es weitaus komfortabler gewesen, über ein separates Arbeitszimmer zu verfügen. Im Ergebnis rechtfertigt es sich vorliegend, den Kläger so zu stellen, wie wenn er über eine 2,5-Zimmerwohnung verfügt hätte und seiner täglichen Arbeit in einem separaten Arbeitszimmer nachgegangen wäre.

3.8. Hingegen ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass für den Zeitraum von Mitte April bis und mit Ende Mai 2016 keine Belege für Wohnkosten vorliegen. Der Kläger macht einerseits geltend, die Wohnung sei saniert worden – er also keine Mietkosten hatte – und räumt andererseits ein, seine Hotelkosten nicht nachweisen zu können. Die Folgen der Beweislosigkeit hat der Kläger zu tragen, weshalb der Berechnung statt der behaupteten 34.5 Monate ein Zeitraum von 33 Monaten zugrunde zu legen ist.

3.9. In Nachachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das Gericht eine Schätzung des monatlich angemessenen Betrages vorzunehmen. Notorischerweise bewegen sich die Mietkosten von Büroräumen in der Stadt Zürich eher im Bereich der geforderten Fr. 347.50 als beim im zitierten Entscheid des Bundesgerichts zugesprochenen Betrag von Fr. 150.–. Nicht unbeachtet bleiben darf indessen der nicht besonders zentrale Wohnkreis des Klägers. Unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigt es sich, dem Kläger $\frac{1}{4}$ des Nettomietzinses von Fr. 1'250.– zuzusprechen. Damit ist der Berechnung ein Betrag von Fr. 312.50 zugrunde zu legen. Die Beklagte ist dementsprechend zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 10'312.50 brutto=netto zu bezahlen, zuzüglich dem ausgewiesenen Zins von 5% seit dem 1. Juli 2019.

Im Mehrbetrag ist Rechtsbegehren Ziffer 1.b abzuweisen.»

(AN190064 Beschluss und Urteil vom 10. November 2020; vgl. auch Fall Nr. 21)

8. OR 329d, Abgeltung eines Ferienlohnanteils mit der Jahresendzulage

Die Klägerin arbeitet seit dem 1. Dezember 2012 als diplomierte Pflegefachfrau für die Beklagte und leistet im Rahmen dieser Arbeitstätigkeit regelmässig spezielle Dienste an Samstagen, Sonntagen, Feiertagen sowie am Abend und in der Nacht. Für diese speziellen Dienste erhält sie gemäss der Regelung im Personalreglement der Beklagten Lohnzuschläge (Schichtzulagen). Diese Zuschläge (von den Parteien „Inkonvenienzentschädigungen/-zulagen“ genannt) werden nur für effektiv geleistete Dienste, nicht jedoch während Ferien, bezahltem Urlaub, Mutterschaftsurlaub, in den ersten 60 Tagen bei Unfall und Krankheit sowie bei allen anderen bezahlten Absenzen ausgerichtet. Gemäss dem Personalreglement der Beklagten erhalten alle Mitarbeitenden eine Jahresendzulage in der Höhe eines Monatslohnes.

Mit dieser Jahresendzulage sollen auch die durchschnittlich geschuldeten Zulagen für alle speziellen Dienste eines Kalenderjahres während des Ferienbezugs abgegolten sein.

Die Klägerin machte vor Arbeitsgericht geltend, es sei nicht zulässig, die Zulagen für die speziellen Dienste während des Ferienbezugs in die Jahresendzulage einzuschliessen – insbesondere ohne den auf diese Zulagen entfallenden Anteil der Jahresendzulage separat auszuweisen – und forderte von der Beklagten den darauf entfallenden Anteil des Ferienlohnes rückwirkend seit Stellenantritt.

Aus den Erwägungen:

«3. Würdigung

3.1. Für die Tätigkeit der Klägerin bei der Beklagten wurde ein Monatslohn verabredet. Dieser wurde ihr auch dann in der vereinbarten Höhe ausbezahlt, wenn sie Ferien bezog. Strittig ist im vorliegenden Verfahren deshalb einzig der Teil des Ferienlohnes der Klägerin, der sich aus den durchschnittlichen Zulagen für spezielle Dienste zusammensetzt.

3.2. Dass die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit regelmässig spezielle Dienste i.S.v. Art. 10.6 Abs. 5 des Personalreglements leistet und geleistet hat, wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Die Parteien sind sich einig, dass die Zulagen für die besonderen Dienste gemäss Art. 10.6 Abs. 5 des Personalreglements Lohn darstellen und in die Berechnung des Ferienlohnes der Klägerin einzubeziehen sind. Mit Blick auf die von der Klägerin eingereichten Zusammenstellungen über die ihr ausbezahlten Inkonvenienzentschädigungen in den Jahren 2013–2018 sowie die Lohnabrechnungen der Jahre 2013–2018 ist ausgewiesen, dass diese über die gesamte Anstellungsdauer jeden Monat [Anmerkung: da auch jeden Monat besondere Dienste geleistet wurden] ausbezahlt wurden (mit Ausnahme der Monate Juni und Juli 2017, als die Klägerin gemäss eigenen Angaben unbezahlten Urlaub bezog). Die Inkonvenienzentschädigungen sind mit Blick auf die Rechtsprechung somit bei der Berechnung des Ferienlohnes ohnehin als Teil desselben zu berücksichtigen (BGE 132 III 172 E. 3.1; BGE 138 III 107 E. 3).

3.3. Vorliegend wurden gemäss Art. 10.3 des Personalreglements die durchschnittlichen Zulagen eines Kalenderjahres für alle speziellen Dienste während des Bezugs der Ferien in die Jahresendzulage inkludiert und mit dieser zweimal jährlich – im Juni und im Dezember – zusammen mit dem

laufenden Lohn ausbezahlt. Die Klägerin selbst räumt diesbezüglich ein, dass ihr Anspruch auf den Anteil des Ferienlohnes, der sich aus den durchschnittlichen, hypothetischen Inkonvenienzzulagen während der Ferien zusammensetzt, mit der Jahresendzulage betragsmässig stets abgegolten wurde. Mit anderen Worten macht die Klägerin nicht geltend, der Teil ihres Ferienlohnes, welcher sich aus den durchschnittlichen Inkonvenienzzulagen für die Zeit des Ferienbezuges zusammensetze, sei ihr nicht bezahlt worden. Damit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von jenem, welcher dem sogenannten Orange-Urteil zugrunde lag (BGE 132 III 172 = Pra 2006 Nr. 147). So erhielten die Angestellten im genannten Fall zwar ebenso wie die Klägerin eine zusätzlich zum Grundlohn ausgerichtete Entschädigung für das Leisten bestimmter Schichten. Die Festsetzung des Ferienlohns war jedoch weder in den Arbeitsverträgen noch im Arbeitsreglement geregelt und der Ferienlohn wurde faktisch ohne Einbezug dieser für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit ausgerichteten Entschädigungen berechnet. Vorliegend wurde demgegenüber in Ziff. 10.3 Abs. 1 des Personalreglements explizit vereinbart, dass mit der Jahresendzulage auch die durchschnittlichen Zulagen für die besonderen Dienste während der Ferien abgegolten werden.

3.4. Die Klägerin erklärt, dass es sich bei der Jahresendzulage um einen 13. Monatslohn handle, welcher einzig deshalb anders betitelt worden sei, um die durchschnittlichen Zulagen für spezielle Dienste während der Ferien darin inkludieren zu können.

Vereinbart wurde jedoch hier gerade kein 13. Monatslohn, sondern die vorliegende Jahresendzulage, welche gemäss der klaren vertraglichen Abrede der Parteien eben auch den aus den durchschnittlichen Zulagen für spezielle Dienste entfallenden Anteil des Ferienlohnes beinhalten soll. Es besteht kein gesetzlicher Anspruch auf einen 13. Monatslohn, weshalb die Klägerin auch keinen grundsätzlichen Anspruch darauf hat, dass ihr ein solcher ungeschmälert bzw. ohne Inkludierung des genannten Anteils des Ferienlohnes ausbezahlt wird. Vereinbarungen über einen Lohnbestandteil wie die vorliegend in Frage stehende Jahresendzulage sowie dessen Ausgestaltung unterstehen der Autonomie der Parteien, soweit sie nicht gegen zwingendes oder teilzwingendes Recht verstossen.

3.5. Da der Klägerin der vereinbarte Monatslohn als grösster Anteil des Ferienlohnes unabhängig von einem allfälligen Ferienbezug jeden Monat und somit auch während der Ferien ausbezahlt wurde, stellt sich

in Bezug auf diesen Teil des Ferienlohnes die Frage nach einer allfälligen Verletzung von Art. 329d Abs. 1 und 2 OR von vornherein nicht (vgl. vorstehend Ziff. III./3./3.1). Die vorliegend in Frage stehende Regelung betrifft nur den im Vergleich zum gewöhnlichen Monatslohn eher kleinen Anteil des Ferienlohnes, welcher sich aus den durchschnittlichen Zulagen für spezielle Dienste zusammensetzt, die während der Ferien naturgemäss nicht geleistet werden können. Die Beklagte macht geltend, dass die in Frage stehende Auszahlungsmodalität für diesen Anteil des Ferienlohnes gewählt wurde, weil dessen Berechnung kompliziert sei. Die Klägerin bestreitet diese von der Beklagten behauptete objektive Notwendigkeit der Auszahlung des genannten Anteils des Ferienlohnes zweimal jährlich mit dem laufenden Lohn bzw. im Rahmen der Auszahlung der Jahresendzulage nicht. Im Gegenteil gesteht die Klägerin selbst ein, dass die Berechnung dieses Anteils des Ferienlohnes, welcher sich aus einem Durchschnitt von monatlich schwankenden Zulagen zusammensetzt, gewisse Schwierigkeiten beinhalte, welche einen Grund für die vorliegend praktizierte Auszahlungspraxis darstellen könnten.

3.6. Die Klägerin moniert hingegen, dass weder in ihrem Arbeitsvertrag noch im Personalreglement betragsmässig oder in Prozenten ausgewiesen werde, wie hoch der Anteil des aus den durchschnittlichen Inkonvenienzschädigungen während der Ferien zusammengesetzten Teils des Ferienlohnes in der Jahresendzulage sei. Auch aus den Lohnabrechnungen gehe der auf diesen Ferienlohn entfallende Anteil der Jahresendzulage nicht hervor. Sie habe als Arbeitnehmerin deshalb keine Ahnung, wie hoch der Anteil der Ferienzulagen in der Jahresendzulage sei. Die Klägerin macht mithin zusammengefasst geltend, die Beklagte habe das Spezifikationserfordernis als vom Bundesgericht statuierte formelle Voraussetzung für die zulässige Auszahlung des Ferienlohnes mit dem laufenden Lohn verletzt.

3.7. Die Klägerin führt selbst aus, dass sie die ihr zustehenden Ferien in jedem Jahr vollumfänglich bezogen habe. Die Gefahr, dass die Ferien nicht bezogen und stattdessen durch Geld abgegolten werden, womit der Erholungszweck vereitelt würde, besteht vorliegend deshalb nicht. In solchen Fällen, in denen das Abgeltungsverbot keine Rolle spielt, begründet das Bundesgericht das Spezifikationserfordernis damit, dass der Arbeitnehmer aufgrund einer unklaren Vertragsklausel in den falschen Glauben versetzt werden könnte, mit dem vereinbarten Lohn werde er bloss für die Arbeitsleistung, nicht aber für den Anspruch auf Ferienlohn entschädigt, womit die

Gefahr eines vorzeitigen Verbrauchs des Feriengeldes bestehe. Zudem seien die Gerichte nur so in der Lage, zu überprüfen, ob die zwingenden Bestimmungen von Art. 329a und Art. 329d Abs. 1 OR eingehalten worden seien (BGE 116 II 515 E. 4b).

3.8. Art. 329d OR sichert dem Arbeitnehmer die nötige Erholung frei von finanziellen Sorgen (Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2009 vom 8. April 2009 E. 4.4). Der Arbeitnehmer soll von der Arbeit befreit sein, ohne finanzielle Einbussen befürchten zu müssen (BGE 118 II 136 E. 3.b). Eine Abrede über den Ferienlohn, wie die Parteien sie getroffen haben, könnte diesem Zweck möglicherweise zuwiderlaufen. Vorliegend ist dies jedoch nicht der Fall. Beiden Parteien war bewusst, dass der Anteil des Ferienlohnes, welcher sich aus den durchschnittlichen Zulagen für besondere Dienste zusammensetzt, die während des Ferienbezugs naturgemäss nicht geleistet werden können, mit der Jahresendzulage ausbezahlt wird. Dies wurde im Personalreglement vereinbart, welches einen integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages darstellt. Die Klägerin macht deshalb auch nicht geltend, nicht gewusst zu haben, dass mit der Jahresendzulage auch dieser Teil des Ferienlohnes abgegolten wird. Die Gefahr des vorzeitigen Verbrauchs des Feriengeldes, welcher letztlich den Erholungszweck der Ferien beeinträchtigen würde, bestand nicht. Die Klägerin konnte ihre Ferien beziehen und es standen ihr dazu auch die finanziellen Mittel zur Verfügung, da ihr der vertraglich vereinbarte Monatslohn auch beim Ferienbezug bezahlt wurde. Sie musste aus den laufenden Lohnzahlungen keine Rückstellung für die Ferien bilden. Die von Art. 329d OR zu schützenden Interessen wurden gewahrt (Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2009 vom 8. April 2009 E. 4.4).

3.9. Die der Klägerin ausbezahlten Zulagen für die speziellen Dienste beliefen sich über das Anstellungsverhältnis hinweg auf Fr. 3'937.65 bis Fr. 5'447.25 brutto pro Jahr, womit der aus diesen durchschnittlichen Zulagen zusammengesetzte Anteil des Ferienlohnes basierend auf fünf Wochen Ferien pro Jahr rund Fr. 418.– bis Fr. 640.– brutto beträgt (entspricht 10.64% von Fr. 3'937.65 bzw. Fr. 5'447.25). Mit der Jahresendzulage, welche im Umfang von einem Monatslohn ausbezahlt wurde, wurde der Klägerin dieser Anteil des Ferienlohnanspruches somit in jedem Anstellungsjahr vollumfänglich ausbezahlt. Sie macht deshalb zu Recht auch nicht geltend, die ihr zustehenden Ferienlohnansprüche seien nicht bzw. nicht vollumfänglich abgegolten worden. Die Klägerin musste demzufolge keine ferienbedingte Einkommenseinbusse befürchten, welche sie vom Ferienbezug abgehalten hätte.

Sie war sich in Anbetracht der genannten vertraglichen Regelung im Gegenteil bewusst, dass sie – ungeachtet des tatsächlichen Ferienbezugs und der in einem bestimmten Jahr konkret geleisteten speziellen Diensten – die Jahresendzulage in der Höhe eines Monatslohnes in jedem Fall ausbezahlt erhalten und somit für ihr als Teil des Ferienlohnes zustehenden durchschnittlichen Zulagen für spezielle Dienste, welche sie während der Ferien nicht leisten konnte, auch während des Ferienbezugs entschädigt werden würde. Durch die vorliegende Vereinbarung in Ziff. 10.3 des Personalreglements ist die Klägerin während den Ferien somit nicht schlechter gestellt, als wenn sie arbeiten würde. Vielmehr ist sie durch die Regelung, dass anstelle der Ferienprocente auf den Inkonvenienzentschädigungen eine Jahresendzulage im Umfang eines Monatslohnes ausbezahlt wird, bessergestellt, als wenn ihr lediglich der aus den durchschnittlichen Inkonvenienzzulagen zusammengesetzte Anteil des Ferienlohnes ausbezahlt werden würde. Anstelle von diesem erhielt sie aufgrund der genannten Regelung nämlich jährlich eine im Schnitt rund zehnmal so hohe Zahlung in Form der Jahresendzulage. In Anbetracht dieser Verhältnisse ist es dem Gericht auch ohne betragsmässige oder prozentuale Angabe des auf die durchschnittlichen Inkonvenienzentschädigungen entfallenden Anteils des Ferienlohnes im Arbeitsvertrag und in den Lohnabrechnungen zur Jahresendzulage ohne weiteres möglich, zu überprüfen, ob Art. 329d Abs. 1 OR eingehalten wurde. Dies war mit Blick auf die vorstehenden Berechnung in jedem Jahr und unabhängig von der exakten Höhe des auf die durchschnittlichen Inkonvenienzentschädigungen entfallenden Teils des Ferienlohnes während des gesamten Arbeitsverhältnisses stets der Fall. Eine solche die Arbeitnehmerin letztlich begünstigende Vereinbarung ist mit Blick auf die teilzwingende Bestimmung von Art. 329d Abs. 1 OR als zulässig zu beurteilen.

3.10. Die Klägerin stützt ihre Argumentation weiter auf eine durch die vorliegende Regelung entstehende Ungleichbehandlung zwischen den Angestellten der Beklagten. So würden alle Mitarbeitenden die Jahresendzulage erhalten und somit auch jene, die keine speziellen Dienste leisteten. Die Mitarbeitenden, die wie sie viele spezielle Dienste leisteten, wären deshalb schlechter gestellt.

Die Jahresendzulage wird von beiden Parteien als Lohn qualifiziert. Im Gegensatz zu freiwilligen Zulagen wie Gratifikationen, wo die Rechtsprechung einen Gleichbehandlungsgrundsatz bejaht, herrscht in Bezug auf das Lohnwesen grundsätzlich die Vertragsfreiheit. Es steht dem Arbeitgeber frei, mit dem einzelnen Arbeitnehmer möglichst günstige Lohnbedingungen

auszuhandeln. Ein allgemeiner Gleichbehandlungsanspruch, wie er in Art. 8 Abs. 1 BV für Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen statuiert ist, besteht für Arbeitnehmer in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht (BGE 105 Ia 120; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 20 zu Art. 322 OR). Aus einer allfälligen Ungleichbehandlung verschiedener Arbeitnehmer durch die Beklagte in Bezug auf die Jahresendzulage kann die Klägerin deshalb nichts für sich ableiten.

3.1.11. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Klage abzuweisen.»

(AH190115 Verfügung und Urteil vom 30. April 2020, Beschwerde am Obergericht anhängig)

9. OR 330a; Arbeitszeugnis: Hinweis zu den Umständen des Austritts

Die Klägerin arbeitete ab dem 16. November 2009 als Projektmanagerin bei der Beklagten. Im Arbeitsvertrag vom 22. Oktober 2009 wurde ein Pensum von 80% und ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 6'400.– (13. Monatslohn inbegriffen) vereinbart. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis auf Ende Februar 2018.

In den Schlussformeln des Arbeitszeugnisses der Klägerin vom 28. Februar 2018 befand sich der Satz: „Frau A. verlässt uns auf eigenen Wunsch zusammen mit zwei Mitarbeiterinnen, um die Fortbildungstätigkeiten unserer Stiftung bei einem neuen Arbeitgeber einzubringen.“ Die Klägerin forderte vor Arbeitsgericht, dass der Satz ab „zusammen ...“ aus dem Zeugnis gestrichen wird.

Aus den Erwägungen:

«2. Standpunkte der Parteien

2.1. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte versuche, der Klägerin ungerechtfertigt Steine in den Weg zu legen, suggeriere doch der beanstandete Satz, dass sich die Klägerin mit ihrer Kündigung unrechtmässig verhalten haben soll. Die Klägerin habe kein Konkurrenzverbot gehabt, und es gelte der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Die Klägerin habe keine Treuepflichtverletzungen begangen, und selbst wenn man solche noch be-

jahren würde, gehörten sie nicht in die Nennung des Kündigungsmotives bei einer Kündigung einer Arbeitnehmerin. Das sei nicht zulässig. Der Satz sei zu entfernen.

2.2. Die Beklagte hält demgegenüber am beanstandeten Satz fest. Das Team „Education Center“ der Beklagten habe aus Dr. B. sowie den drei Kolleginnen, C., D. und der Klägerin, bestanden. Diese drei Kolleginnen seien bereits über 10 Jahre, teils sogar 18 Jahre, für die Beklagte tätig gewesen und hätten dort ein reichhaltiges und international beachtetes Fortbildungsprogramm aufgebaut. Ende November 2017 habe dieses Team überraschend gekündigt. Die Beklagte habe festgestellt, dass das E. unter Prof. F. ebenfalls ein neues Fortbildungsprogramm aufgesetzt und quasi identische Fortbildungen ins Programm aufgenommen habe. Nachdem intern festgestellt worden war, dass aus dem „Education Team“ Unterlagen per E-Mail weitergeschickt worden seien, und zwar an die persönlichen Mitarbeiter von Prof. F., seien D. und auch die Klägerin am Datum ihres Austritts verwarnt worden.

Am 19. Juli 2018 habe sich die Klägerin über ihre Anwältin erstmals über den Passus im Arbeitszeugnis, der Inhalt der heutigen Verhandlung sei, beklagt. Dies sei am 31. Oktober 2018 erwidert und es sei mit zahlreichen Unterlagen belegt worden, dass das „Education Team“, zu dem die Klägerin gehöre, Anweisungen von Prof. F. entgegen genommen und bereits Personen auf Einladungen und Briefen ausgetauscht habe, die für das Executive Committee des P.-Ausbildungsganges verschickt worden seien. Die Beklagte habe das allerdings noch korrigieren können. Nachdem die Beklagte von diesem E-Mail-Verkehr zwischen dem „Education Team“ und Prof. F. intern Kenntnis erlangt habe, seien die Mitarbeiterinnen des „Education Teams“ nochmals verwarnt worden. Man sei daher auch der Auffassung gewesen, dass die beanstandete Zeugnispassage den Tatsachen entspreche. Es bestehe auch keine Bereitschaft zu deren Streichung.

Wohlwollen sei zwar Maxime der Ermessensbetätigung, bedeute aber nicht, dass nicht auch für den Arbeitnehmer ungünstige Tatsachen und Beurteilungen im Zeugnis Erwähnung finden dürften. Selbst wenn die Klägerin sich naiv als Teil der offensichtlichen unlauteren Übernahme eines gesamten Fortbildungsprogrammes als Team Education habe instrumentieren lassen, entspreche die wertfreie Benennung dieses Faktums der Wahrheit. Für die Beklagte als Arbeitgeberin habe es sich in der Gesamtbeurteilung der Klägerin nicht um einen isolierten zurückliegenden Vorfall oder eine unwichtige Kleinigkeit gehandelt, sondern um einen Kernbereich ihrer Tätigkeit, welcher durch die ausgehebelten Treuepflichten des Team Education

bedroht gewesen und letztlich massiv geschädigt worden sei und damit die Beurteilung der Tätigkeit der Klägerin in dieser Hinsicht auch nachhaltig beeinflusst habe. Die gewählte sachliche und wertneutrale Formulierung spiegle diesen Umstand angemessen wider. Die gewählte Formulierung sei wertfrei. Sie entspreche dem Sachverhalt. Das „Education Team“ habe vom einen zum nächsten Arbeitgeber gewechselt. Mehr stehe in der Formulierung nicht drin. Die Beklagte sei daher in keiner Weise bereit, diese Formulierung, die den Tatsachen entspreche, aus dem Zeugnis zu streichen.

3. Beurteilung

3.1. Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann die Arbeitnehmerin jederzeit von der Arbeitgeberin ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über ihre Leistungen und ihr Verhalten ausspricht.

Ein Arbeitszeugnis hat gewissen Grundsätzen zu entsprechen. Es sind dies Wahrheitspflicht, Wohlwollen, Vollständigkeit, Einheitlichkeit, Individualität und Klarheit (EGLI, Die Formulierung von Arbeitszeugnissen, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002, S. 60 f.). Über die Umstände des Austritts, insbesondere die Kündigungshintergründe oder wer die Kündigung aussprach, darf das Zeugnis gegen den Willen der Arbeitnehmerin nichts enthalten, ausser wenn ohne einen solchen Hinweis ein unwahres Zeugnis entstünde, also beispielsweise ein schwerwiegender Mangel der Arbeitnehmerin unterschlagen würde und so ein täuschender Gesamteindruck entstünde (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 330a N 3g; FISCHER, Arbeitszeugnis – Beurteilung und Durchsetzung, Handbuch für die Praxis, Zürich/St. Gallen 2016, S. 33; EGLI, a.a.O., S. 66).

3.2. Die Beklagte hat nichts vorgebracht, was vor dem Hintergrund dieser Grundsätze den beanstandeten Teilsatz rechtfertigen würde. Im Gegenteil widerspricht der Teilsatz den genannten Grundsätzen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Satz nicht notwendig, um ein stimmiges Gesamtbild der Leistungen und des Verhaltens der Klägerin während des mehrjährigen Arbeitsverhältnisses zu zeichnen. Die Beklagte selber behauptet nicht, es sei die Klägerin gewesen, welche ihre beiden Kolleginnen abgeworben hat. Konkrete Treuepflichtverletzungen wirft die Beklagte der Klägerin ebenfalls nicht vor. Insbesondere hat auch die Beklagte einräumen müssen, dass die Klägerin mit weitergeleiteten Informationen im Zusammenhang mit P. nichts direkt zu tun hatte. Ein Konkurrenzverbot

hat die Klägerin nicht verletzt. Die Parteien hatten nämlich kein solches abgemacht. Alle diese angetönten Möglichkeiten, nämlich arbeitsrechtliche Treuepflichtverletzungen, Verletzung von Geschäftsgeheimnissen, Verletzung eines Konkurrenzverbotes, könnten durch den beanstandeten Teilsatz angesprochen sein. Insofern ist die Ansicht der Beklagten falsch, dass die Formulierung „wertfrei“ sei. Vor allem widerspricht die beanstandete Formulierung aber dem Grundsatz der Klarheit. Die Beklagte tönt irgendeine Pflichtverletzung seitens der Klägerin an, sagt aber nicht, was sie genau damit meint.

Zum Gesamtbild über die Leistungen und das Verhalten der Klägerin kann eine solche Formulierung nichts beitragen. Offensichtlich hat die Formulierung mit dem Streit zwischen den Professoren G. [von der Beklagten] und F. [vom Konkurrenzprojekt] zu tun. Ins Arbeitszeugnis der Klägerin gehört sie nicht.

Die Beklagte ist daher zu verpflichten, den beanstandeten Teilsatz aus dem Zeugnis zu entfernen.»

(AH190175 Urteil vom 16. Juli 2020)

10. OR 335b; Beginn der Probezeit

Die Klägerin war für die Beklagte in einem 100%-Pensum als Online Marketing Managerin tätig. Die Parteien schlossen am 24. Oktober 2018 einen unbefristeten schriftlichen Arbeitsvertrag mit Vertragsbeginn am 1. November 2018 und dreimonatiger Probezeit. Im Rahmen einer Auseinandersetzung zur Berechnung der Probezeit machte die Klägerin vor Arbeitsgericht geltend, sie habe die Arbeitsstelle schon vor dem im Vertrag vorgesehenen Vertragsbeginn am 1. November 2018 angetreten, nämlich spätestens anlässlich der Teilnahme an zwei Sitzungen Ende Oktober 2018.

Aus den Erwägungen:

«3.2.2. Sitzungen Ende Oktober 2018

Wie nachfolgend zu zeigen ist, ist die von der Klägerin geltend gemachte Teilnahme an den zwei Sitzungen Ende Oktober 2018 als freiwilliger und punktueller Einsatz im Sinne einer Vorbereitung für die neue Stelle zu werten, welche nicht zu einem früheren Stellenantritt führte. Dasselbe gilt für eine allfällige Vorbereitung für die genannten Sitzungen. Dies aus folgenden Gründen:

Für die Sitzung vom 29. Oktober 2018 ergibt sich dies klar aus der Formulierung der E-Mail von A. vom 24. Oktober 2018, in welcher er schreibt: „Wir haben am Montag [29. Oktober 2018] um 10:00h ebenfalls noch ein Meeting; wenn du es dir einrichten kannst, würde es nicht schaden“. Dieser Formulierung ist klar zu entnehmen, dass die Teilnahme durch die Klägerin zwar erwünscht, aber freiwillig war. Jedenfalls kann die Einladung von A. nicht als Weisung im Sinne von Art. 321d OR verstanden werden. Auch aus dem Hinweis von A., dass die Klägerin sich die Teilnahme an der Sitzung „natürlich auch schon als Arbeitszeit notieren“ könne, kann keine verpflichtende Aufforderung zur Teilnahme an der Sitzung abgeleitet werden. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin selbst von der Freiwilligkeit der Teilnahme an der genannten Sitzung vom 29. Oktober 2018 ausgegangen ist. So schrieb die Klägerin in ihrer Antwort-E-Mail vom 24. Oktober 2018: „Am Montag bin ich gerne dabei und nehme es in meine Vorbereitungsphase, welche ich noch nicht als Arbeitszeit festhalte“. Damit bestätigte die Klägerin, dass sie die Teilnahme an der Sitzung vom 29. Oktober 2018 als „Vorbereitungsphase“ und damit nicht als Stellenantritt gesehen hat.

Die Klägerin macht sodann geltend, dass sie sich auf die Sitzung vom 29. Oktober 2018 hätte vorbereiten müssen, indem sie die Werbekampagne der Konkurrenz analysiert und die Beklagte entsprechend auch über ihre Ergebnisse informiert habe. Zum Beweis verweist sie auf die von der Beklagten eingereichte E-Mail-Korrespondenz zwischen A. und der Klägerin vom 24. bis 26. Oktober 2018, woraus hervorgehen solle, dass sie sich mit dem Inhalt der Besprechung vom 29. Oktober 2018 gründlich auseinandergesetzt habe.

Dieser Argumentation der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Gemäss der E-Mail von A. vom 24. Oktober 2018 sollte es an der Sitzung vom 29. Oktober 2018 lediglich um „Brainstorming“ und „Idea-Sharing“ gehen. Von allfälligen Vorbereitungen steht nichts. A. bestätigte sodann mit E-Mail vom 26. Oktober 2018 explizit, dass keine Vorbereitungen notwendig sein würden („Termin am Montag ohne weitere Vorbereitung, ja, einfach brainstormen und v.a. versuchen viel rauszufinden und wenig preiszugeben [...]“). Dies war auch das Verständnis der Klägerin bereits nach Erhalt der E-Mail von A. vom 24. Oktober 2018, und somit noch vor Unterzeichnung des Arbeitsvertrages. So schrieb die Klägerin in ihrer E-Mail vom 25. Oktober 2018, mit welcher sie die Scans des unterzeichneten Arbeitsvertrages retournierte, sie nehme an, das Treffen vom 29. Oktober 2018 finde „ohne weitere Vorbesprechung“ statt.

Ob die Klägerin dennoch gewisse Vorbereitungshandlungen vornahm, ist unklar und unbelegt. Allein ihre Mitteilung eines Rechercheergebnisses betreffend Google-Ads in der E-Mail vom Vortag, vermag keinen verfrühten Stellenantritt zu belegen. Solches war im Übrigen von der Beklagten nicht gefordert worden, und die Klägerin schreibt in der besagten E-Mail selber, sie nehme es als Vorbereitungsphase und nicht als Arbeitszeit.

In Bezug auf die zweite Sitzung, die am 30. Oktober 2018 stattgefunden haben soll, führte die Klägerin aus, es habe sich um eine Besprechung bei der X.-Group gehandelt. Daran hätten neben A. und der Klägerin auch B., C. und D. teilgenommen, welche dies bezeugen könnten. Die Klägerin unterliess es jedoch, genau darzutun, dass und weshalb sie an der genannten Sitzung vom 30. Oktober 2018 habe teilnehmen und sich habe vorbereiten müssen. Sie behauptet in pauschaler Weise, eine Vorbereitung sei notwendig gewesen, um „Probleme anlässlich der Sitzung ansprechen zu können“ und es seien ihr zu diesem Zweck zusätzliche Informationen zugeschickt worden. Was sich für Probleme stellten und wie sie sich hätte vorbereiten müssen, legt die Klägerin nicht näher dar. Sie offerierte auch keine Unterlagen zu den ihr vorgängig zugeschickten Informationen. Wie es sich damit verhält, kann somit nicht näher abgeklärt werden. Auch wenn die Klägerin an einer Sitzung vom 30. Oktober 2018 teilgenommen haben sollte, ist nicht rechtsgenügend nachgewiesen, dass sie dazu verpflichtet war und Vorbereitungen tätigen musste.

Aus der E-Mail vom 23. Oktober 2018, welche der Klägerin unbestrittenermassen nur in Blindkopie weitergeleitet wurde, kann ebenfalls nicht auf einen früheren Stellenantritt geschlossen werden. Aus der E-Mail kann namentlich keine Aufforderung zu einem Tätigwerden von Seiten der Klägerin gelesen werden. Durchaus plausibel ist bei dieser Sachlage die beklagte Erklärung, die Zustellung der E-Mail in Blindkopie sei erfolgt, damit die Klägerin darüber Bescheid wissen sollte, was gelaufen sei.

3.2.3. Zwischenfazit

Folglich blieb es bei einer, maximal zwei Sitzungen vor dem 1. November 2018, an welchen die Klägerin freiwillig teilnahm und sich allenfalls in beschränktem Masse freiwillig darauf vorbereitet hatte. Eine freiwillige Teilnahme an einer oder zwei nicht ganztägigen Sitzungen wenige Tage vor dem geplanten Stellenantritt ist nicht mit einer effektiven Arbeitsaufnahme der Vollzeit-tätigkeit gleichzusetzen. Vielmehr ist die freiwillige Teilnahme als Anwesenheit als Gast zu werten, welcher später die Stelle antreten wird. Daran

ändert auch eine vorgeschlagene Anwesenheitsvergütung nichts. Diese ist als Bezahlung im Sinne einer einmaligen Vergütung der Anwesenheit und als Ausdruck des guten Willens des zukünftigen Arbeitgebers zu sehen und nicht als Teil des monatlichen Fixlohnes. Die Klägerin hat dieses Angebot dankend abgelehnt. Sie bestätigte auch, dass sie ihre Teilnahme als unentgeltliche „Vorbereitungsphase“ ansehe. Nach dem Gesagten ist der tatsächliche Stellenantritt wie im Arbeitsvertrag vom 24. Oktober 2018 vorgesehen am 1. November 2018 erfolgt.»

(AH190163 Urteil vom 25. September 2020)

11. OR 336; Gleichbehandlungsgebot im Rahmen eines Sozialplans

Der Kläger arbeitete als Sales Manager für die B. SA. Im August 2017 erwarb die Beklagte sämtliche Aktien der B. SA. Ende 2017 wurde diese in A. AG umfirmiert. Im Juni 2018 übernahm die Beklagte die A. AG fusionsweise, wobei die A. AG mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht wurde. Im Rahmen dieser Übernahme kam es bei der A. AG zu einer Vielzahl von Entlassungen. Es wurde ein Sozialplan erarbeitet. Ein erster Entwurf dieses Sozialplans datiert vom 13. Dezember 2017. Die Endfassung trat schliesslich mit Genehmigung durch eine Mehrheit der Mitarbeitenden im Februar 2018 in Kraft. Mit Schreiben vom 26. Februar 2018 wurde dem Kläger gekündigt. Der Kläger stellte sich vor Arbeitsgericht auf den Standpunkt, dass es sich um eine missbräuchliche Kündigung handle. Der von der Beklagten mit den Arbeitnehmenden ausgehandelte Sozialplan diskriminiere ältere Mitarbeitende, da die Mitarbeitenden im Alter von über 58 Jahren klar und ohne sachlich zureichenden Grund deutlich schlechter behandelt würden als ihre jüngeren Kolleginnen und Kollegen.

Aus den Erwägungen:

«6. Beurteilung

6.1. Der Sozialplan vom [Kalendertag im Februar] 2018 gilt grundsätzlich für Arbeitnehmende [der Beklagten] und der A. AG (vormals B. SA), welche im Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018 bzw. bis zu einem allfälligen späteren Ende des Integrationsprojektes „C.“ infolge des Abbaus redundanter Funktionen und der Schliessung der Standorte D. und

E. nach der Übernahme der A. AG durch [die Beklagte] von einer der Gesellschaften die Kündigung erhalten haben, sofern sie nicht aus den in Ziffer 2 aufgeführten Gründen von den Leistungen ausgeschlossen sind. Dem Kläger wurde vorliegend unbestrittenermassen mit Kündigung vom 26. Februar 2018 – mithin während dieses Zeitraums – gekündigt, womit er berechtigt ist, die entsprechenden Leistungen nach dem erwähnten Sozialplan zu beanspruchen. Die Teilnahmeberechtigung des Klägers wird sodann auch von den Parteien zu Recht nicht in Frage gestellt.

6.2. Der Kläger war bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 63 Jahre und 10 Monate alt. Gemäss geltendem Sozialplan haben teilnahmeberechtigte Arbeitnehmende, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, Anspruch auf eine einmalige Abgangsentschädigung mit Vorsorgecharakter (AHV-Überbrückungsrente) im Gegenwert von CHF 2'350.– pro Monat bzw. CHF 28'200.– pro Jahr bis zum vertraglichen Pensionierungsalter. Zusätzlich sollen sie eine Abgangsentschädigung mit Vorsorgecharakter in Höhe von 50 Prozent der Sparbeiträge des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers, welche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters gemäss Vorsorgereglement bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in die Vorsorgeeinrichtung einbezahlt worden wären, erhalten. Weiter heisst es im Sozialplan, die Auszahlung der Abgangsentschädigungen mit Vorsorgecharakter erfolge als Kapital auf das Salärkonto des Arbeitnehmers und solle von diesem als freiwilliger Einkauf in die Vorsorgeeinrichtung eingebracht werden. Die Abgangsentschädigungen mit Vorsorgecharakter der jeweiligen Gesellschaft würden sodann eine Reduktion der durch die Frühpensionierung entstandenen Rentenkürzung bezwecken. Der Kläger bestreitet die Auszahlung dieser vereinbarten Leistungen nicht, macht jedoch zunächst geltend, dass der geltende Sozialplan die über 58-jährigen Mitarbeitenden deutlich schlechter behandle als der erste Entwurf des Sozialplans.

Zwar ist es zutreffend, dass im Entwurf des Sozialplans vom 13. Dezember 2017 vorgesehen war, dass im Falle der vorzeitigen Pensionierung nach Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist eine Abgangsentschädigung mit Vorsorgecharakter hätte ausbezahlt werden können, wobei ab Alter 60 der Richtwert bei höchstens 400 Prozent der maximalen einfachen AHV-Altersrente hätte liegen sollen. Jedoch macht die Beklagte zu Recht geltend, dass es sich bei einem Vertragsentwurf zunächst um eine Verhandlungsgrundlage handelt. Das Gesetz selbst spricht in Art. 335i Abs. 1 OR von einer „Verhandlungspflicht“. Es gilt als notorisch, dass im Rahmen

von Verhandlungen betreffend die Ausarbeitung eines Vertrags bzw. Sozialplans diverse Varianten und Szenarien in den Raum gestellt, diskutiert, geprüft und auch wieder verworfen werden. Massgeblich und damit verbindlich ist die finale Version. Nur hinsichtlich dieser Endfassung ist von einem übereinstimmenden Konsens der Parteien nach Art. 1 OR und folglich von deren Verbindlichkeit auszugehen. Das gültige Zustandekommen des Sozialplans mit der Genehmigung der Mitarbeitenden am [Kalendertag im Februar] 2018 wird vom Kläger nicht bestritten. Demzufolge kann der Kläger aus dem Hinweis im Protokoll der Sitzung vom 30. Januar 2018, nach Ansicht der Mitarbeiterdelegation seien Arbeitnehmende von über 63 Jahren in der Endfassung im Vergleich zum Entwurf des Sozialplans vom 13. Dezember 2017 schlechter gestellt worden, von vornherein kein diskriminierendes Vorgehen im Sinne einer missbräuchlichen Kündigung ableiten.

6.3. Die Beklagte hat den Kläger als am Sozialplan Teilnahmeberechtigter grundsätzlich gleich wie alle weiteren teilnahmeberechtigten Arbeitnehmenden zu behandeln. Vor diesem Hintergrund sind dann durchaus Fälle denkbar, bei welchen eine aus dem Sozialplan resultierende Ungleichbehandlung einzelner Arbeitnehmer die Missbräuchlichkeit einer Kündigung begründen kann. Dieses aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entspringende Gleichbehandlungsgebot gilt allerdings nicht absolut. Die Frage, ob der Kläger vorliegend willkürlich benachteiligt bzw. diskriminiert wurde, ist anhand einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zu klären. Es darf insbesondere nicht alleine auf das Alter abgestellt werden (BGer 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008, E. 2.5).

Gegen eine willkürliche Benachteiligung spricht indes bereits die Tatsache, dass es vorliegend nicht so ist, dass die über 58-jährigen Arbeitnehmenden aus dem bestehenden Sozialplan gänzlich ausgeschlossen wurden. Viel eher gilt es in Betracht zu ziehen, dass gemäss dem Sozialplan vom [Kalendertag im Februar] 2018 alle teilnahmeberechtigten Arbeitnehmer, namentlich auch der Kläger, bei Austritt Anrecht auf die Auszahlung eines diskretionär geplanten Bonus 2017, eine pro rata Auszahlung eines allfällig vereinbarten Zielbonus 2018 sowie die anstellungsbedingten Dienstaltersgeschenke haben. Unter dem Titel der Förderung der internen Mobilität wurde festgehalten, dass jede interne Bewerbung auf eine offene Stelle bei der Beklagten bevorzugt geprüft werde. Weiter wird sämtlichen teilnahmeberechtigten Arbeitnehmenden abhängig von ihrem Lebensalter und/oder Dienstalter Unterstützung im Hinblick auf die Stellensuche angeboten. Bei

gegebenen Voraussetzungen stehen den Arbeitnehmenden zudem eine Umzugsentschädigung und eine Familienzulage zu.

Sodann ist zutreffend, dass die teilnahmeberechtigten Arbeitnehmenden in Abhängigkeit von ihrem Lebensalter in Kategorien eingeteilt werden, und dass diesen Alterskategorien verlängerte Kündigungsfristen gewährt werden, wobei einzig für die Alterskategorie der Arbeitnehmenden ab 58 Jahren keine verlängerte Kündigungsfrist vorgesehen ist. Dem Kläger ist daher insofern zuzustimmen, als dass in dieser nur teils gewährten bzw. unterschiedlich langen Kündigungsfrist-Verlängerung zunächst eine gewisse Ungleichbehandlung der diversen Alterskategorien vorliegt. Allerdings verkennt der Kläger, dass bei einer Entlassung je nach Altersklasse zwangsläufig von unterschiedlichen Ausgangslagen und Folgen auszugehen ist. Die Arbeitnehmenden der einzelnen Alterskategorien befinden sich daher grundsätzlich in ungleichen Situationen, so dass von vornherein keine (absolute) Gleichbehandlung, im Sinne von gleichen Leistungen für alle Arbeitnehmenden, verlangt werden kann. Das Gleichbehandlungsgebot ist relativ zu verstehen. Alsdann ist es nicht so, dass sich die Kündigungsfrist für alle unter 58-jährigen Arbeitnehmenden gleichermassen verlängert. Die Verlängerung der Kündigungsfrist variiert je nach Alterskategorie stark zwischen jeweils zwei bis zwölf Monaten. Zwar erhalten die Arbeitnehmenden der Alterskategorie der über 58-Jährigen keine verlängerte Kündigungsfrist, dafür haben sie als einzige Anspruch auf eine einmalige Abgangsentschädigung mit Vorsorgecharakter (AHV-Überbrückungsrente) im Gegenwert von CHF 2'350.– pro Monat bzw. CHF 28'200.– pro Jahr bis zum vertraglichen Pensionierungsalter. Darüber hinaus erhalten sie eine Abgangsentschädigung mit Vorsorgecharakter in Höhe von 50 Prozent der Sparbeiträge des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers, welche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters gemäss Vorsorgereglement bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in die Vorsorgeeinrichtung einbezahlt worden wären. Entgegen den Ausführungen des Klägers ist es also nicht so, dass er seine Frühpensionierung mehr oder weniger selber finanziert hat. Wie von der Beklagten vorgebracht, erhält der Kläger im Ergebnis zwar eine reduzierte Rente, dieser Reduktion wird aber mit den zuvor genannten Abgangsentschädigungen angemessen Rechnung getragen. Dass der in der Pensionskasse fehlende Betrag übermässig und nicht mehr tragbar wäre, wird vom Kläger in keiner Weise substantiiert dargelegt. Es gibt denn auch keinen Anspruch, dass man nach einer Entlassung finanziell so zu stellen wäre, wie wenn man nicht entlassen worden wäre. Im Rahmen der Gesamtwürdigung

nicht ausser Acht zu lassen ist sodann die Tatsache, dass die maximale Betragshöhe der auszahlenden Leistungen aus dem Sozialplan betreffend Kündigungsfrist-Verlängerung und Familienzulage auf CHF 148'200.– pro Arbeitnehmer beschränkt ist, wohingegen der Gesamtbetrag der Abgangsentschädigungen mit Vorsorgecharakter für über 58-jährige Arbeitnehmende auf CHF 250'000.– brutto festgelegt wurde. Der Maximalbetrag für über 58-Jährige fällt damit deutlich höher aus. Von einer massiven Ungleichbehandlung, wie sie der Kläger geltend macht, kann in Anbetracht dieser Umstände nicht die Rede sein. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht bei der Missbrauchsprüfung einen strengen Massstab anwendet und ausserordentliche bzw. extreme Umstände voraussetzt (BGer 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008, E. 2.5 und BGE 132 III 115), weshalb das pauschale Vorbringen des Klägers, bei der im Sozialplan vorgenommenen Kategorisierung handle es sich nicht um das Bestmögliche, ebenfalls keine Missbräuchlichkeit zu begründen vermag. Die im Sozialplan vorgesehene Kategorisierung trägt dem Umstand Rechnung, dass bei den einzelnen entlassenen Arbeitnehmenden je nach Alter von unterschiedlichen Folgen auszugehen ist, was sich insgesamt als sinnvoll erweist. Es ist zwar nachvollziehbar, dass es für den Kläger unbefriedigend ist, dass er im Endeffekt rein rechnerisch betrachtet weniger Geld erhalten hat als andere Mitarbeiter. Eine willkürliche Benachteiligung bzw. unzulässige Diskriminierung liegt aber aus den aufgezeigten Gründen nicht vor. Im Übrigen liegt es bereits in der Natur eines Sozialplans, dass aufgrund zukünftiger unklarer Verhältnisse gewisse Ungerechtigkeiten entstehen können (BGE 133 III 213, E. 5.3.3). Die Beklagte weist sinngemäss darauf hin, wenn sie geltend macht, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung eines Sozialplans für über 100 Mitarbeitende nicht vorhergesagt werden könne, wer schlussendlich besser- bzw. schlechter gestellt sei. So haben denn auch die drei Kläger der eingangs erwähnten Parallelverfahren als Zugehörige der gleichen Alterskategorie alle unterschiedlich hohe Abgangsentschädigungen erhalten. Die Voraussetzungen für eine absolute Gleichbehandlung sind selbst innerhalb der gleichen Alterskategorie nicht gegeben.

6.4. Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Beklagte – selbst wenn sie im geltenden Sozialplan nicht die bestmögliche Lösung gewählt haben sollte – in Anbetracht des Vorgebrachten sicher nicht eine Lösung gewählt hat, welche besondere Nachteile für den Kläger bringt. Sie hat die Persönlichkeit der einzelnen Arbeitnehmenden, namentlich auch des Klägers, durchaus geachtet und geschützt. Dies kommt denn auch mit dem im

Sozialplan vom [Kalendertag im Februar] 2018 vorgesehenen Spezialfonds zum Ausdruck. Gemäss dieser Bestimmung im Sozialplan kann die temporäre paritätische Kommission bei Vorliegen eines Spezialfalls – im Sinne eines atypischen Sachverhalts im Vergleich zu den im Sozialplan vorgesehenen Sachverhalten – individuelle Unterstützungsmassnahmen beschliessen und finanzieren. Die Höhe dieses Spezialfonds beträgt CHF 200'000.–. Der Kläger hat es sich selber zuzuschreiben, keinen formellen Antrag auf Beiträge aus diesem Spezialfonds gestellt zu haben, obwohl er offensichtlich den Standpunkt vertritt, unter diese Klausel zu fallen. Nebenbei sei noch bemerkt, dass für die Beurteilung, ob es sich um einen vorausgesetzten atypischen Sachverhalt bzw. Härtefall handelt, bestimmte Informationen über die Lebenshaltungskosten des betroffenen Arbeitnehmenden notwendig sind, selbst wenn es sich dabei um persönliche Informationen handelt.

7. Fazit

Unter Würdigung aller Umstände kommt man zum Ergebnis, dass die Einteilung der Arbeitnehmenden in einzelne Kategorien sowie die damit einhergehende Gewährung unterschiedlicher Leistungen nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgten. Der Sozialplan vom [Kalendertag im Februar] 2018 führt daher weder zu einer willkürlichen Benachteiligung noch zu einer unzulässigen Diskriminierung. Die Kündigung bzw. die Art und Weise der Kündigung erweist sich folglich nicht als missbräuchlich. Ein Anspruch des Klägers auf eine Entschädigung besteht daher nicht.»

(AN180090 Urteil vom 17. April 2020, vgl. auch die beiden Parallelfälle AN180093 und AN180094)

12. OR 337; Jahrelanges Dulden von vertragswidrigen Nebentätigkeiten?

Der Kläger arbeitete während über zehn Jahren als Anwalt für die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin. Im Oktober 2014 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos. Die Beklagte wirft dem Kläger hauptsächlich vor, über Jahre hinweg gewinnbringende Tätigkeiten ausgeübt zu haben, die er rechts- und vertragswidrig ohne Kenntnis der Beklagten und ihrer Verwaltungsräte nicht über die Anwaltskanzlei, sondern weitgehend im Namen der von ihm beherrschten Offshore-Gesellschaft A. SA

abgerechnet habe, um sich unter Missbrauch der Infrastruktur der Beklagten ein zusätzliches Einkommen in Millionenhöhe zu verschaffen.

Strittig war vor Arbeitsgericht unter anderem, ob der Beklagten die strittige Geschäftstätigkeit des Klägers unter Einbezug der A. SA seit Jahren bekannt war.

Aus den Erwägungen:

«II. Fristlose Entlassung

[...]

3.2. Keine Genehmigung durch die Beklagte

Nun argumentiert der Kläger, die Beklagte habe die Geschäftstätigkeit der A. SA seit Jahren gekannt. Sie habe es unterlassen, den Kläger je auf diese Tätigkeit anzusprechen, geschweige denn, diese zu beanstanden. Entsprechend wäre eine fristlose Entlassung mit dieser Begründung in jedem Falle verspätet.

Es ist fraglich, ob die Argumentation, die Beklagte habe die Geschäftstätigkeit der A. SA und die Vorgehensweise des Klägers seit Jahren gekannt, wirklich die Frage der Rechtzeitigkeit der Aussprechung der fristlosen Entlassung beschlägt. Eher geht es darum, dass der Kläger damit sinn gemäss behaupten will, die Beklagte habe das Vorgehen des Klägers durch das jahrelange Dulden genehmigt. Für eine solche Genehmigung trüge der Kläger die Beweislast (LA180021, Obergericht Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 5. August 2019, E. IV. 4.7.2).

Der Kläger hat nicht substantiiert bestritten, dass die gesamte Korrespondenz und Dokumentation der A. SA in seinem Privatordner ([Kürzel Kläger]) und da wiederum in einem Unterordner „Diverses“ erfasst war. Das ergibt sich denn auch ohne Weiteres aus der von der Beklagten mit der Klageantwort als Ausdruck eingereichten Ordnerstruktur. Der Kläger behauptet zwar ausdrücklich, die A. SA sei gerade kein Mandat der Beklagten gewesen. Deshalb sei die Buchhaltung der A. SA auch nicht als eigenes Mandat geführt worden. Allerdings widerspricht diese Behauptung act. 60/49/4, woraus hervorgeht, dass offenbar die A. SA als Mandantin der Beklagten im EDV-System [Name EDV-System] der Beklagten erfasst war. Unbestritten geblieben ist, dass alle Rechnungen und Zahlungsaufträge der A. SA bei den einzelnen Mandaten erfasst waren. Dies ergibt sich beispielhaft aus act. 60/49/5 (Ordner B. Foundation).

Dem Kläger ist insoweit beizupflichten, als es der Beklagten tatsächlich möglich gewesen wäre, herauszufinden, wie die Geschäfte des Klä-

gers mittels der A. SA abgelaufen sind, wenn sie dies denn versucht hätte. Das zeigt sich ja darin, dass die Beklagte nach der Anfrage der C. Bank bezüglich Datenherausgabe an die USA es ja auch tatsächlich herausfand, was dann wiederum in der fristlosen Entlassung des Klägers und in der Einreichung einer detaillierten Strafanzeige mündete. Allerdings war die Beklagte nicht gehalten, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nähere Nachforschungen zu betreiben. Im Gegenteil: Das systematische Kontrollieren des Ordners „[Kürzel Kläger]“ im EDV-System wäre als Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 328 OR (Fürsorgepflicht) zu werten (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 328 N 8 S. 523 f.). Was die Betreuung der einzelnen Mandate betrifft, ist der Beklagten recht zu geben, dass dem Kläger als Anwalt die in Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA verankerte Unabhängigkeit bei der Mandatsführung zukam. Das gilt nicht nur für einen gegen aussen als Partner auftretenden Anwalt, sondern das gilt für jeden Anwalt, der im Anwaltsregister eingetragen und als Anwalt tätig ist (BGE 130 II 87). Der Einwand des Klägers, die anwaltliche Unabhängigkeit greife bei den fraglichen Mandaten nicht, weil es sich um Verwaltungstätigkeit und nicht um Anwaltstätigkeit handle, geht fehl. Zwar trifft es zu, dass etwa Vermögensverwaltung nicht unter das Anwaltsmonopol fällt und damit auch nicht das BGFA anwendbar ist (Art. 2 Abs. 1 BGFA). Dass bereits aus der Mandatsbezeichnung als „Foundation“, „Corporation“ oder „Ltd.“ erkennbar gewesen sei, dass es sich um Offshore-Gesellschaften gehandelt habe, ist bereits fraglich, vielleicht aber möglich. Dass jedoch allein mit der Mandatsbezeichnung auch sofort und ohne den geringsten Aufwand klar gewesen sein soll, dass in all den über 80 Mandaten keinerlei Tätigkeiten innerhalb des Anwaltsmonopols vorgenommen wurden, ist auszuschliessen. Um dies herauszufinden, hätte jedes einzelne Dossier genau angeschaut werden müssen. Dazu hatte die Beklagte nicht nur keinen Anlass, zumal der Kläger ja bereits seit 1996 bei ihr arbeitete und offensichtlich ein Vertrauensverhältnis bestand. Angesichts des Grundsatzes der anwaltlichen Unabhängigkeit war es ihr gar nicht erlaubt, jedes Dossier systematisch zu durchforsten, mit der Gefahr, allenfalls auf Tätigkeiten zu stossen, die dem Anwaltsmonopol und der anwaltlichen Unabhängigkeit unterstanden.

Nach Angaben des Klägers war immer ein Partner oder Mitarbeiter der Beklagten auf den Bankkonti der A. SA zeichnungsberechtigt. Bereits im Jahre 2009 habe ein Partner der Beklagten, D., bei einem seiner Kunden, der E. Ltd., die inskünftig vom Kläger betreut werden sollte, auch den Corporate Director gewechselt und anstelle der von D. üblicherweise eingesetzten

F. Ltd. 2009 neu die A. SA bei der E. Ltd. als Direktor eingesetzt. Nicht einmal der Kläger selber behauptet indessen, dass damit der Beklagten im Detail bekannt gewesen sei, wie die Betreuung der Mandate durch den Kläger funktionierte, welches ganz genau die Funktion der A. SA in jedem einzelnen Mandat war, welche Rechnungen die A. SA für welche Funktionen genau stellte, wer an der A. SA in welcher Weise wirtschaftlich berechtigt war. Letzteres ist nota bene noch nicht einmal heute unumstritten klar. Während die Beklagte die A. SA als „Alter Ego“ des Klägers bezeichnet, bestreitet der Kläger dies, ohne allerdings klar offen zu legen, wer denn seiner Ansicht nach ausser ihm auch noch wirtschaftlich berechtigt daran sein soll. Es wird darauf zurück zu kommen sein.

Detailkenntnisse wären aber nötig gewesen, um erkennen zu können, wie die Geschäfte des Klägers mittels der A. SA funktionierten. Nur wenn solche Detailkenntnisse vorhanden gewesen wären und die Beklagte mit diesen Detailkenntnissen das Verhalten des Klägers geduldet hätte, könnte von einem Einverständnis und damit von einer stillschweigenden Genehmigung die Rede sein. Unter den vorliegenden Umständen kann aus dem Umstand, dass die Beklagte nie Einwände gegen die Tätigkeit des Klägers erhoben hat, nicht auf eine Genehmigung des Handelns des Klägers geschlossen werden, auch nicht im Zusammenhang mit der Betreuung von Offshore-Gesellschaften.

Aus dem E-Mail von D. vom 13. August 2014 kann der Kläger schon deshalb nichts ableiten, weil er dieses Mail erst zusammen mit der Triplik und damit verspätet einreichte. Die Parteien haben im ordentlichen Zivilprozess nur zwei Mal Gelegenheit, unbeschränkt neue Behauptungen und Beweismittel vorzubringen (z.B. BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 und BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 486). Der Kläger hätte dieses Mail also spätestens mit seiner Replik einreichen müssen. Es ist offensichtlich, dass das Mail kein echtes Novum darstellt, hat der Kläger es doch am 13. August 2014 empfangen. Bezeichnenderweise hat der Kläger denn auch selber nicht behauptet, er hätte das Beweismittel nicht schon früher einreichen können. Das Mail kann in diesem Prozess daher nicht berücksichtigt werden.

Abgesehen davon würde auch die Bemerkung von D. in diesem Mail („[...] dass du ja schon lange dein ‚eigenes Zügli‘ fährst und wohl auch nicht immer alles in die Gemeinschaftskasse einfliessen lässt. Wurde alles bisher nicht beanstandet, jetzt ist es vielleicht an der Zeit [...]“) keine Detailkenntnisse über die Geschäfte des Klägers nachweisen. Es ist nicht ansatzweise klar, was mit „eigenes Zügli“ gemeint war. Es könnte sich genauso gut um die Spesenabrechnungen oder etwas ganz anderes handeln. Weil der

Kläger wie erwähnt nicht einmal behauptet hat, die Beklagte habe detaillierte Kenntnisse über die einzelnen Geschäfte des Klägers gehabt, sind auch seine übrigen Beweisofferten, Parteibefragungen des Klägers, von D. und Dr. G., nicht durchzuführen. Mit diesen Befragungen können fehlende Behauptungen nicht nachgeholt werden. Abgesehen davon wäre auch nicht zu erwarten, dass mit diesen Befragungen Detailkenntnisse der Beklagten über die Geschäfte des Klägers nachgewiesen werden könnten.»

(AN150080 Urteil vom 23. Juni 2020. Am Obergericht ist eine Berufung anhängig.)

13. OR 337; Schleppende interne Untersuchung

Die Parteien standen seit dem 1. Juli 2007 in einem Arbeitsverhältnis, in dessen Verlauf der Kläger ab dem 1. Januar 2015 für einen einjährigen Einsatz zur lokalen Gruppengesellschaft in Indonesien wechselte, wobei der Arbeitsvertrag mit der Beklagten bestehen bleiben, der Kläger aber von der lokalen Gruppengesellschaft Weisungen entgegen nehmen sollte. Im Januar 2016 beendete die Beklagte den Einsatz des Klägers in Indonesien. Am 22. Januar 2016 schloss die Indonesische Gesellschaft mit dem Kläger eine Aufhebungsvereinbarung, ein Mutual Settlement Agreement („MSA“) ab. Am 30. Juni 2016 wurde dem Kläger mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt. Gleichzeitig wurde er bis zum Ende der Kündigungsfrist freigestellt.

Mit Schreiben vom 21. September 2016 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass es mit dem MSA Unstimmigkeiten gebe und dem Kläger ab sofort keine Leistungen mehr ausgerichtet würden. Das in Indonesien vorhandene MSA entspreche inhaltlich nicht dem, was zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Es sehe verschiedene nicht gerechtfertigte Zahlungen an den Kläger vor, auf welche er keinen Anspruch habe. Dieses Schreiben ging vier Tage vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Kläger ein. In der Folge erkrankte der Kläger. Ohne die Erkrankung des Klägers hätte das Arbeitsverhältnis am 30. September 2016 geendet.

Während der Krankheit des Klägers führte die Beklagte eine interne Untersuchung durch, während der auch der Kläger befragt wurde. Die Untersuchung kam unter anderem zum Schluss, dass der Kläger das MSA gefälscht

bzw. abgesehen davon Ersatz für falsche bzw. unberechtigte Spesen eingefordert und damit den Code of Business Conduct verletzt habe.

Am 24. November 2016 entliess die Beklagte den Kläger fristlos. Vor Arbeitsgericht war die Rechtmässigkeit und insbesondere auch die Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung strittig.

Aus den Erwägungen:

«III. Die fristlose Kündigung

[...]

3. Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung

[...]

3.3.1. Willensbildungsphase (25. August bis 29. September 2016)

Mit der Duplik hat die Beklagte einen Chatverlauf zwischen A. [Global Mobility Managerin] und B. [Buchhalterin der Gruppengesellschaft in Indonesien] vom 25. August 2016 eingereicht, in dem sie über das MSA diskutierten. Weshalb die Beklagte dann aber über einen Monat bis zum 29. September 2016 zuwartete, um eine interne Untersuchung einzuleiten, erklärt die Beklagte weder in der Duplik noch anlässlich der Hauptverhandlung und verweist stattdessen auf ihre unsubstantiierten Ausführungen in Rz. 34 der Klageantwort.

Gemäss eigenen Angaben hat die Beklagte nach dem 25. August 2016 das MSA erhalten und geprüft. A. habe ihren Vorgesetzten C. auf die Unstimmigkeiten angesprochen. In der Folge seien mit und zwischen folgenden Personen Gespräche geführt worden: D., ehemalige Global Head of Compensation and Benefit, E., Investigation Manager, F., Group Head of Investigations, G., damalige HR-Chefin bei der Gruppengesellschaft in Indonesien, und H., Head of HR bei der Beklagten. Wann diese Gespräche stattgefunden haben und was in diesen Gesprächen konkret besprochen wurde, hat die Beklagte nicht ausgeführt. Weitere Abklärungen hat sie in dieser Zeit nicht vorgenommen. Die von ihr beschriebenen Handlungen sind auf interne Entscheidungsprozesse zurückzuführen.

Zurecht bringt der Kläger vor, dass die Beklagte zu lange zuwartete, wenn sie die Untersuchung bereits mit Schreiben vom 21. September 2016 ankündigte, aber erst am 29. September 2016 einleitete. Insgesamt scheinen die Ausführungen der Beklagten hierzu nicht schlüssig. So gibt die Beklagte an, dass nach dem vollendeten Willensbildungsprozess am 29. September 2016 die interne Untersuchung eingeleitet wurde. Dem Kläger hat sie allerdings bereits am 21. September 2016 ein Schreiben zukommen las-

sen, in dem sie mit der Bemerkung „*[Die Beklagte] is currently investigating this incident [...]*“, zum Ausdruck brachte, dass der Willensbildungsprozess abgeschlossen und die Untersuchung bereits im Gange sei. Die Beklagte unterlässt es dann schlüssig zu erläutern, welche notwendigen Vorkehrungen zwischen dem 21. und 29. September 2016 haben getroffen werden müssen, damit die Untersuchung doch erst am 29. September 2016 eingeleitet werden konnte. Ihre Erklärung, dass E., damaliger Investigation Manager bei der Beklagten, am Anfang über alle Umstände habe informiert werden müssen, vermag nicht zu überzeugen. Zwischen Ankündigung und tatsächlicher Einleitung der Untersuchung hat die Beklagte somit nebst den vorherigen 27 Tagen weitere acht Tage verstreichen lassen.

Blosse, wenn auch ernsthafte Zweifel am vertragsgemässen Verhalten der Gegenseite lösen die Frist zur Erklärung der fristlosen Kündigung nicht aus. Sie läuft nicht, solange der Kündigende noch keine genügend sicherere Kenntnis der Umstände und noch die notwendigen Abklärungen zu treffen hat, was allerdings beförderlich geschehen muss (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 337 N 17). Auch wenn der Beklagten zugestanden werden muss, dass verschiedene Gruppengesellschaften in die Thematik involviert waren und sich das Ganze damit auch auf Konzernstufe abspielte, womit mehrere Personen einbezogen werden mussten, bevor zu einer Untersuchung geschritten werden konnte, erscheint ein Zuwarten von 35 Tagen bis zum Einleiten der Untersuchung als viel zu lange. Das sind 35 Tage alleine für die Willensbildung und die Frage, ob eine interne Untersuchung stattfinden sollte oder nicht. Insbesondere in der heutigen Zeit und mit den vorhandenen technischen Möglichkeiten kann erwartet werden, dass innert kurzer Zeit mit verschiedenen Mitarbeitern Gespräche geführt werden können, zumal eine Zuschaltung von mehreren Personen gleichzeitig ebenfalls möglich ist. Dass auch eine interkontinentale Abklärung schnell gehen kann, zeigt die eingereichte Chat-Unterhaltung zwischen A. und B. Folglich ist davon auszugehen, dass die Beklagte die interne Untersuchung nicht unverzüglich eingeleitet hat. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass derselbe Schluss zu ziehen wäre, wenn auf den 27-tägigen Zeitraum vom 25. August bis 21. September 2016 abgestellt würde.

3.3.2. Untersuchungsphase (29. September bis 24. November 2016)

Die Beklagte führt aus, dass am 4., 6. und 7. Oktober 2016 Briefings sowie zwischen dem 9. und 13. Oktober 2016 Interviews stattgefunden hätten. Offen bleibt allerdings, welche Massnahmen zwischen dem 13. Oktober 2016

und dem 21. November 2016 konkret ergriffen wurden. Die Beklagte gibt lediglich an, dass bis zum Interview mit dem Kläger vom 21. November 2016 Beweise ausgewertet und Interviews analysiert wurden und die Untersuchung beim I.-Hotel bis zum 24. November 2016 gedauert habe. [Anmerkung: An diesem Tag habe E. laut der Beklagten mit dem I.-Hotel gesprochen und die E-Mails zwischen der Rezeptionistin K. und dem Kläger erhalten, worin der Kläger die Rezeptionistin aufgefordert habe, ihm falsche Belege auszustellen.] Wenn für die Auswertung und die Analyse beinahe sechs Wochen in Anspruch genommen wurden, kann nicht die Rede davon sein, dass die Beklagte kontinuierlich Handlungen vorgenommen hat. Wie die Untersuchung bezüglich des I.-Hotels konkret ausgestaltet war, bleibt ebenfalls bis zum Schluss offen. Dass die sehr lange Dauer der Untersuchung auf das Verhalten des Klägers zurückzuführen sei, behauptet die Beklagte nicht. Die Beklagte schafft es nicht, die übermäßige Länge der Untersuchung substantiiert zu begründen (und zu rechtfertigen).

3.3.3. Fazit

Das Bundesgericht verlangt bezüglich des sofortigen Handelns, dass der Arbeitgeber unverzüglich und insbesondere ununterbrochen resp. kontinuierlich alle Massnahmen zu ergreifen hat, die vernünftigerweise von ihm verlangt werden können, indem es sagt: *„[...] et sans discontinuer toutes les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour clarifier la situation“* (BGer 4A_206/2019 E. 4.2.2). Insgesamt hat es die Beklagte unterlassen, substantiiert darzulegen, weshalb die Willensbildung vom 25. August 2016 bis zum 21. bzw. 29. September 2016 und damit 27 bzw. 35 Tage gedauert hat und sie hat es unterlassen, aufzuzeigen, welche Massnahmen konkret zwischen dem 29. September und dem 24. November 2016 ergriffen wurden, die eine Untersuchungsdauer von acht Wochen rechtfertigen würden. Die Beklagte hat weder unverzüglich die interne Untersuchung eingeleitet noch hat sie während der internen Untersuchung ununterbrochen resp. kontinuierlich notwendige Massnahmen ergriffen.»

(AH190078 Urteil vom 26. August 2020)

14. OR 337; Bedingte fristlose Kündigung

Der Kläger war ab dem 1. Dezember 2017 für die Beklagte als Software-Entwickler tätig. Am 7. Februar 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhält-

nis fristlos, nachdem der Kläger am selben Tag in schlechter psychischer Verfassung an verschiedene Adressaten ein rufschädigendes E-Mail versandt hatte. Das Gericht bewertete den Versand des E-Mails vom 7. Februar 2019 – unabhängig des Gesundheitszustands des Klägers – als ein Verhalten, das die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte objektiv unzumutbar machte.

Die Beklagte signalisierte in der Kündigung, dass über die Weiterführung der Zusammenarbeit unter bestimmten Bedingungen diskutiert werden könnte. Die Einordnung dieses Zugeständnisses stand in der Folge im Zentrum des Entscheids über die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung.

Aus den Erwägungen:

«IV. Fristlose Kündigung

[...]

4.5. Bedingte Kündigung, Subjektive Unzumutbarkeit

4.5.1. Die Beklagte hat am 7. Februar 2019 zuerst mündlich und hernach schriftlich mit Kündigungsschreiben die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ausgesprochen. Zwischen den Parteien ist strittig, ob diese fristlose Kündigung vom 7. Februar 2019 unmissverständlich erfolgte oder ob es sich um eine unzulässige, bedingte Kündigung gehandelt hat. Auszugehen ist grundsätzlich vom Kündigungsschreiben vom 7. Februar 2019, wobei die weiteren Schreiben zur Auslegung der Kündigungserklärung beigezogen werden können.

4.5.2. Das angesprochene Kündigungsschreiben vom 7. Februar 2019, welches dem Kläger nach der verweigerten Entgegennahme eingeschrieben zugesandt wurde, trägt den Titel „fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses“. In diesem Schreiben führt die Beklagte aus, sie sehe sich „*aufgrund der heutigen irrealen und durch Zeugen belegten Vorkommnisse und deinem heutigen firmenschädigenden Mail an mehrere unserer Kunden und Lieferanten (...) zu einer fristlosen Entlassung per sofort veranlasst*“. Weiter heisst es in diesem Schreiben:

„Wir sind bereit, diese Kündigung zurückzuziehen und über eine konstruktive Weiterführung der Zusammenarbeit zu diskutieren, wenn – innert 7 Tagen ein über mehrere Wochen ausgestelltes Arbeitsunfähigkeitszeugnis eines psychiatrischen Facharztes vorgelegt wird und – deinerseits die Bereitschaft besteht, die offensichtlichen gesundheitlichen Einschränkungen anzugehen und uns oder unserem Vertrau-

ensarzt die Möglichkeit eingeräumt wird, Informationen über den Abschluss des Genesungsprozesses und den Wegfall des Schadenspotentials zu erlangen.“

Sodann wurde festgehalten, dass die Unterzeichnenden diese Entwicklung sehr bedauerten und dem Kläger eine rasche Normalisierung wünschten. Sie würden sich freuen, den Kläger zu einem späteren Zeitpunkt wieder in ihrer Mitte zu finden.

Die Verwendung des Wortes „wenn“ steht für den Konditionalis und wird unter anderem mit folgenden Bedeutungen gleichgesetzt:

- unter der Voraussetzung, dass
- für den Fall, dass
- unter der Bedingung, dass

Bei den beiden im Kündigungsschreiben erwähnten kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen handelt es sich um ungewisse künftige Tatsachen. Die Erfüllung der ersten Voraussetzung hängt nicht einzig vom Willen des Erklärungsgegners (d.h. des Klägers) ab, sondern von der Diagnose eines psychiatrischen Facharztes über dessen psychischen Zustand. Des Weiteren muss es sich um eine mehrwöchige attestierte Arbeitsunfähigkeit handeln, was ebenfalls nicht vom Willen des Klägers abhängt. Die zweite Voraussetzung, die Bereitschaft die offensichtlichen gesundheitlichen Einschränkungen anzugehen und dem Vertrauensarzt die Möglichkeit einzuräumen Informationen über den Abschluss des Genesungsprozesses und den Wegfall des Schadenspotentials zu erlangen, ist hingegen einzig vom Verhalten des Klägers abhängig.

Bei der ersten der mit der Kündigung vom 7. Februar 2019 gestellten Voraussetzungen bzw. Bedingungen handelt es sich nicht um eine Postestativbedingung. Die Kündigung ist unter eine Bedingung gestellt, deren Eintritt von einer dritten Person abhängt. Damit ist aufgrund der Bedingungsfeindlichkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die fristlose Kündigung vom 7. Februar 2019, trotz Vorliegen eines objektiv wichtigen Grundes, vorliegend ungerechtfertigt.

4.5.3. Die Beklagte hat sodann mit der von ihr gewählten Formulierung in ihrem Kündigungsschreiben signalisiert, dass sie bereit sei, die fristlose Kündigung zurückzuziehen. Es erscheint deshalb nicht so, als ob die Beklagte überhaupt nicht davon ausgegangen wäre, dass es zu dieser zukünftigen Zusammenarbeit kommen könnte (zumindest im Zeitpunkt der frist-

losen Kündigung nicht). Obwohl das Verhalten des Klägers (Versenden des rufschädigenden E-Mails plus evt. Verhalten am Meeting vom 7. Februar 2019) deshalb objektiv als wichtiger Grund einzustufen wäre, der eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde, ist die subjektive Unzumutbarkeit in casu zu verneinen. Auch mangels subjektiver Unzumutbarkeit war die fristlose Kündigung deshalb ungerechtfertigt.

4.5.4. Zieht man das zweite Schreiben vom 7. Februar 2019 zur Auslegung bei, ist festzuhalten, dass es ebenfalls missverständlich formuliert ist. So ist zwar einerseits die Rede davon dass die Kündigung per heute rechtskräftig sei und der Lohnanspruch mit dem heutigen Tag ende. Zugleich wird aber festgehalten, dass dies nur gelte, „*sofern die in der Kündigung offerierten Bedingungen nicht akzeptiert*“ würden. Ebenso wird festgehalten, dass man mit einer PK-Abmeldung noch zuwarte.

Auch mit diesem zweiten Schreiben signalisierte die Beklagte somit dem Kläger, dass sie unter gewissen Umständen bereit sei, ihn wieder bzw. weiter zu beschäftigen.

4.6. Fazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass sich die fristlose Kündigung vom 7. Februar 2019 als ungerechtfertigt erweist, nachdem sie von Bedingungen abhängig gemacht wurde und es an der subjektiven Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gefehlt hat.»

(AH190120 Urteil vom 17. Dezember 2020. Berufung am Obergericht anhängig)

15. OR 337c; Absehen von einer Pönale

Der Kläger war vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2012 als Geschäftsführer bei der A. AG, Zweigniederlassung Zürich, einer Gruppengesellschaft der Beklagten, und vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2015 als Geschäftsführer bei der Beklagten angestellt.

In der Folge übernahm der Kläger die Geschäftsführung einer neuen Konzerntochter der Muttergesellschaft der Beklagten, der B. Group Ltd. in London. Am 23. Dezember 2015 unterzeichneten die Beklagte und der Kläger einen Entsendungsvertrag. Dieser regelte die Entsendung des Klägers als

Geschäftsführer der B. Group Ltd. nach London, wobei der Kläger Angestellter der Beklagten blieb. Als Dauer der Entsendung wurde der Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2018 festgelegt und die Kündigung nur aus wichtigen Gründen gestattet. Weiter wurde die ordentliche Kündigung nach Beendigung der Entsendung für die Dauer eines Jahres ausgeschlossen. Bereits einen Monat nach Beginn des Entsendungsvertrags, am 30. Januar 2016, kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag mit dem Kläger fristlos. Die Kündigung erwies sich als ungerechtfertigt. Fraglich war, ob die Beklagte dem Kläger nebst Schadenersatz für entgangenen Verdienst auch eine Pönale wegen fristloser Kündigung schuldet. Da die Arbeitslosenkasse im Prozess als Klägerin 2 auftrat, ist im nachfolgend wiedergegebenen Urteilsauszug vom Kläger 1 die Rede.

Aus den Erwägungen:

«4.2. Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor, welche das Gericht nach freiem Ermessen und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände festzusetzen hat. Diese hat sowohl Straf- als auch Genugtuungscharakter und soll die erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Höhe der Entschädigung richtet sich unter anderem nach dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers, den finanziellen Folgen der Kündigung und der Schwere eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers. Die Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist als Kann-Vorschrift formuliert.

4.3. Der Kläger 1 war seit seiner Studienzeit und während rund zehn Jahren im Unternehmen der Beklagten tätig. Angesichts dessen kann von einer engen Bindung des Klägers 1 an die Beklagte ausgegangen werden. Aufgrund der besonderen Stellung des Klägers 1 in dieser Zeit als Geschäftsführer mehrerer Konzerngesellschaften dürfte es für ihn schwierig gewesen sein, schnell eine vergleichbare Anstellung zu finden, jedenfalls bezog er unbestrittenermassen während mehrerer Monate Arbeitslosentaggelder und seine nachgewiesenen Suchbemühungen blieben ohne Erfolg. Der Bezug von Arbeitslosentaggeldern ist regelmässig mit Lohneinbussen verbunden. Allerdings: Der Kläger 1 ist vergleichsweise in einer weit komfortableren Situation als ein Arbeitnehmer, der bei gesetzlicher Kündigungsfrist fristlos entlassen wird. Er hat eine volle „Lohngarantie“ weit über die Vergütungen und Leistungsdauer der Arbeitslosenkasse hinaus. Die Beklagte umge-

kehrt hat dem Kläger 1 grundsätzlich bis Ende 2019 den Lohn/die Lohndifferenz nachzuzahlen. Sie ist mit einer latenten Lohnzahlungspflicht in der Grössenordnung von einer halben Million GBP „bestraft“. Insoweit liegt ein aussergewöhnlicher Fall vor, der auch weit über den vom Bundesgericht in 4A_215/2011 beurteilten Sachverhalt hinausgeht (dort: Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zufolge Sperrfrist nach Art. 336c OR um 60 Tage). Von einer Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger 1 eine Strafzahlung auszurichten, ist deshalb Abstand zu nehmen, zumal er an der fristlosen Kündigung auch nicht völlig schuldlos ist: Anlässlich des Gesprächs mit C. liess er den gebotenen Respekt eines Vorgesetzten gegenüber einer Direktunterstellten vermissen und im Zusammenhang mit dem Ausscheiden von D. schenkte er dem Konkurrenzverbot nicht die genügende Aufmerksamkeit.»

(AN160035 Beschluss und Urteil vom 14. April 2020. Vor Obergericht war diese Fragestellung kein Thema, LA200025 Beschluss vom 10. März 2021)

16. OR 340a; Reduktion der Konventionalstrafe

Die Beklagte arbeitete seit dem 3. Dezember 2016 bei der Klägerin, die unter anderem eine Beauty-Fachschule betreibt, als „Coiffeur Hauptlehrerin“. Gemäss schriftlich vereinbartem Konkurrenzverbot war es der Beklagten während drei Jahren nach Beendigung des Vertrages untersagt, im Umkreis von 10 km vom Standort der Klägerin ein Konkurrenzunternehmen zu gründen oder sich an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen, das im Bereich der Aus- und Weiterbildung von Berufsleuten gemäss ihrer Anstellungsfunktion tätig ist.

Am 26. Februar 2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der zweimonatigen Kündigungsfrist auf den 30. April 2018. In der Folge stellte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 12. März 2018 per sofort frei. Vom 8. März 2018 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 30. April 2018 war die Beklagte krankgeschrieben. Am 29. März 2018 gründete der Sohn der Beklagten ein Einzelunternehmen, das denselben Zweck wie die Klägerin verfolgt. Die Beklagte war neben ihrem Sohn bis am 31. Juli 2018 als einzelzeichnungsberechtigte Person im Handelsregister eingetragen. Im Beweisverfahren ergab sich, dass die Beklagte die (stille Mit-)Inhaberin der Einzelunternehmung ihres Sohnes war und in dieser Funktion die Coiffeur- und Beautyschule in A. eröffnet und betrieben hat.

Die Eröffnung fand im Juli 2018 statt, rund zwei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Damit versties die Beklagte gegen das laut Gericht grundsätzlich wirksame nachvertragliche Konkurrenzverbot.

Aus den Erwägungen:

«VII. Nachvertragliches Konkurrenzverbot

[...]

2.5. In zeitlicher Hinsicht sind die vorgesehenen drei Jahre zum Schutz des Kundenstammes der Klägerin übermässig. Zwar konnte die Beklagte in den Jahren, als sie bei der Klägerin als Lehrerin angestellt war, unzweifelhaft Einblick in deren Kundenkreis gewinnen. Bei einem Konkurrenzverbot der vorliegenden Art muss es dem Arbeitgeber aber möglich sein, die Kundenbeziehungen zum Beispiel durch Einführung einer neuen Kursleiterin innerhalb längstens eines Jahres zu sichern. Später wandern Kunden höchstens noch ab, wenn sie die Fähigkeit und Tüchtigkeit der Beklagten als von entscheidender Bedeutung ansehen.

Das Konkurrenzverbot ist entsprechend auf ein Jahr zu beschränken. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis am 26. Februar 2018 unter Berücksichtigung der zweimonatigen Kündigungsfrist auf den 30. April 2018 gekündigt. Das Konkurrenzverbot würde demnach in zeitlicher Hinsicht bis Ende April 2019 gelten. Die Schule am Standort A. wurde im Sommer 2018 eröffnet; dies würde in zeitlicher Hinsicht unter das Konkurrenzverbot fallen. [...]

VIII. Höhe der Konventionalstrafe

1. Die Klägerin fordert von der Beklagten eine Konventionalstrafe in der Höhe von 6 Monatsgehältern à Fr. 4'807.-.

2. Zunächst hat die zeitliche Beschränkung des Konkurrenzverbots von 3 Jahren auf ein Jahr eine entsprechende Reduktion der Konventionalstrafe zur Folge (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 340a N 8). Sodann begründete die Klägerin die Höhe der Konventionalstrafe unter anderem mit diversen Treuepflichtverletzungen der Beklagten während des Arbeitsverhältnisses, erachtete also selbst eine Konventionalstrafe von Fr. 28'842.- sowohl für die Treuepflichtverletzungen als auch für die Verletzung des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes als angemessen. Da – wie ausgeführt – die aus der Treuepflichtverletzung resultierenden Schäden nicht mit einer Konventionalstrafe sanktioniert werden können, erfolgt in

diesem Umfang implizit eine Abweisung des Anspruchs. Auch für die geltend gemachten Verstösse ausserhalb des 10 km Radius, insbesondere für die Konkurrenzierung am Standort B., ist keine Konventionalstrafe geschuldet. Vielmehr ist eine Konventionalstrafe ausschliesslich für den Betrieb des Studios in A. geschuldet. Die Betriebsdauer dieses Studios beschränkte sich wiederum auf ein Jahr, da die Beklagte nicht geltend macht, das Studio in A. hätte die Eröffnung des Studios in C. überdauert.

Umgekehrt ist es allerdings ziemlich unverfroren trotz gültigem und in räumlicher Hinsicht ausgesprochen korrekt begrenztem Konkurrenzverbot noch während der Kündigungsfrist unter Verschleierung der effektiven Gegebenheiten ein Konkurrenzunternehmen zu gründen, welches seinen Betrieb kurz nach Ablauf der Kündigungsfrist weit innerhalb der Sperrzone aufnimmt. Damit ist die Konventionalstrafe insgesamt um rund zwei Drittel auf ungefähr zwei Monatslöhne zu reduzieren. Die Beklagte hat der Klägerin als Konventionalstrafe somit Fr. 9'600.– zu bezahlen.»

(AF190001 Urteil vom 20. März 2020; die Berufung vor Obergericht galt infolge mangelhafter Eingabe als nicht erfolgt, LA200020 Beschluss vom 10. Juni 2020)

17. OR 340c; Schicksal der Karenzentschädigung nach einer Arbeitgeberkündigung

Der Kläger war für die Beklagte ab dem 1. Juli 2011 als Manager Internal Audit tätig. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 31. Januar 2017. Aufgrund eines krankheitsbedingten Arbeitsausfalls des Klägers während der Kündigungsfrist endete das Arbeitsverhältnis schliesslich am 28. Februar 2017.

Im Arbeitsvertrag vom 5. Juli 2011 hatten die Parteien ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vorgesehen. Demnach war es dem Kläger unter anderem verboten, während sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Anstellung in einem Konkurrenzunternehmen anzunehmen. Dieses Verbot sollte in geografischer Hinsicht für die ganze Schweiz sowie für Frankreich, das Vereinigte Königreich, Spanien, Deutschland, Italien und Belgien gelten. Die Beklagte ihrerseits verpflichtete sich, dem Kläger während dieser Periode von sechs Monaten eine Karenzentschädigung in der

Höhe der Hälfte des während der letzten zwölf Monaten erhaltenen Salärs zu bezahlen. Diese Zahlung sollte dabei einzig durch andere während dieser Periode erhaltene oder durch absichtlich nicht erhaltene Saläre reduziert werden. Weiter räumte die genannte Vertragsbestimmung der Beklagten das Recht ein, innerhalb einer Periode von 15 Tagen ab der Kündigungsmitteilung auf das Konkurrenzverbot zu verzichten. Diesfalls würde auch ihre Pflicht zur Leistung der beschriebenen Karenzentschädigung entfallen. Im Kündigungsschreiben wurde das Konkurrenzverbot nicht erwähnt. Mit E-Mail vom 4. November 2016 wandte sich der Kläger an A., seinen direkten Vorgesetzten, der die Kündigung mitunterzeichnet hatte, und erkundigte sich nach dem Konkurrenzverbot. Dieser antwortete gleichentags, dass der Kläger einen Standardvertrag inklusive der „restriction clauses“ habe („You have a standard contract including the restriction clauses.“). Er führte weiter aus, dass er praktisch kein Problem oder eine wirkliche Einschränkung sehe, ausser der Kläger würde eine Stelle bei einem konkurrenzierenden Verpackungsunternehmen aufnehmen („In reality unless you propose to take a job with a competing packaging company, I really can't see an issue or as a real restriction“).

Der Kläger forderte vor Arbeitsgericht die Auszahlung der vertraglich vereinbarten Karenzentschädigung.

Aus den Erwägungen:

«3. Dahinfallen des Konkurrenzverbotes aufgrund restrukturierungsbedingter Kündigung?

[...]

3.3. Beurteilung

3.3.1. Dahinfallen des Konkurrenzverbotes

Die beklagte Behauptung, die Kündigung vom 31. Oktober 2016 sei restrukturierungsbedingt, jedenfalls nicht aus einem seitens des Klägers zu vertretenden Anlass erfolgt, wurde vom Kläger nicht bestritten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das in Ziffer 24 des Attachments 2 zum Arbeitsvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot mit der Kündigung vom 31. Oktober 2016 gemäss Art. 340c Abs. 2 OR von Gesetzes wegen dahingefallen ist.

3.3.2. Kein automatisches Dahinfallen der Karenzentschädigung

Grundsätzlich ist mit dem Wegfall des Konkurrenzverbotes auch der Rechtsgrund für die Gegenleistung der Karenzentschädigung dahinge-

fallen, was für einen automatischen Wegfall letzterer sprechen würde. Zu berücksichtigen gilt indessen, dass der Arbeitnehmer mitunter gar nicht weiss, aus welchem Grund ihm gekündigt wurde und ob damit das Konkurrenzverbot weiter besteht oder nicht. Denn der Arbeitgeber kann jederzeit eine Begründung für die Kündigung nachliefern und einen „begründeten Anlass“ für die Kündigung geltend machen (vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 340c OR N 3). Der Bestand eines Konkurrenzverbots nach einer Kündigung durch den Arbeitgeber kann oft erst nach einem gerichtlichen Prozess festgestellt werden. Denkbar ist sodann, dass der Arbeitnehmer aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers nicht nur im Ungewissen über den Bestand des Konkurrenzverbotes ist, sondern sogar in guten Treuen davon ausgeht, dass das Konkurrenzverbot tatsächlich weiter besteht. In beiden Fällen wird sich der Arbeitnehmer regelmässig an das nachvertragliche Konkurrenzverbot halten.

Damit würde dem Arbeitnehmer bei einem automatischen Wegfall der Karenzentschädigung mit dem Dahinfallen des Konkurrenzverbotes die Gegenleistung für seine tatsächliche Einschränkung auf dem Arbeitsmarkt genommen. Dies widerspräche gerade dem Zweck des relativ zwingenden Art. 340c Abs. 2 OR. Denn mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht noch durch die Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes erschwert wird, wenn das Arbeitsverhältnis aus einem nicht von ihm zu verantwortenden Grund gekündigt wird, zumal die Weiterarbeit im Betrieb nicht durch den Arbeitnehmer, sondern durch den Arbeitgeber verunmöglicht wird (vgl. ZK-STÄHELIN, a.a.O., Art. 340c Rz 4). Hält sich der Arbeitnehmer an das Konkurrenzverbot, weil er sich – wieder aufgrund von Umständen auf Seiten des Arbeitgebers – im Glauben oder im Ungewissen über den Bestand des Konkurrenzverbotes befindet, ist der Arbeitnehmer entsprechend dem Schutzzweck des Art. 340c OR in seinem Vertrauen auf den Erhalt der Karenzentschädigung zu schützen. Dies zumal der Arbeitgeber durch die Einhaltung des Konkurrenzverbotes durch den Arbeitnehmer auch tatsächlich eine Leistung erhält. Ein automatischer Wegfall der Karenzentschädigung bei einem Dahinfallen des Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340c Abs. 2 OR ist mit dem Schutzzweck der Bestimmung folglich nur dann vereinbar, wenn das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes dem Kläger klar war oder er sich dessen hätte klar sein müssen.

Vorliegend war dies gerade nicht der Fall. Wie ausgeführt hat die Beklagte den Kläger nicht nur über den Bestand des Konkurrenzverbotes im Ungewissen gelassen. Vielmehr durfte der Kläger aufgrund der Antwort

seines damaligen Vorgesetzten, A., in guten Treuen davon ausgehen, dass die Beklagte am Konkurrenzverbot weiter festhalten wollte (vgl. E. II. 2.3.3. hiervor). Es blieb auch unbestritten, dass der Kläger sich in der Folge an das Konkurrenzverbot gehalten hat. Die Karenzentschädigung war demnach trotz Wegfall des Konkurrenzverbotes weiterhin geschuldet.

3.3.3. Keine Kündigung der Karenzentschädigung

Gemäss der Konkurrenzverbotsklausel in Ziffer 24 des Attachments 2 zum Arbeitsvertrag hätte die Beklagte die Möglichkeit gehabt, auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot zu verzichten und sich damit auch von ihrer Pflicht zur Leistung der Karenzentschädigung zu befreien. Damit haben die Parteien eine Kündigungsmöglichkeit für die Karenzentschädigung vertraglich vereinbart und diese an eine Willensäusserung der Beklagten in Bezug auf den Bestand des Konkurrenzverbotes geknüpft. Mit anderen Worten hätte die Beklagte, um sich von ihrer Karenzentschädigungspflicht zu befreien, innert 15 Tagen ab der Kündigungsmittelung dem Kläger Klarheit darüber verschaffen müssen, dass das nachvertragliche Konkurrenzverbot nicht besteht. Damit hätte der Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist rund zweieinhalb Monate Zeit gehabt, um entsprechend umdisponieren zu können.

Von dieser vertraglichen Kündigungsmöglichkeit hat die Beklagte wie erwähnt nicht Gebrauch gemacht und gegenüber dem Kläger vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass sie am Konkurrenzverbot festhalten wolle (vgl. E. II. 2.3. hiervor). Die Karenzentschädigung war damit weiterhin geschuldet.

3.3.4. Keine Vereinbarung über die Weitergeltung des Konkurrenzverbotes

Aus dem Gesagten folgt schliesslich, dass die Parteien auch keine Weitergeltung des Konkurrenzverbotes in Abweichung von Art. 340c Abs. 2 OR vereinbart hatten. Ausführungen in Bezug auf die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung erübrigen sich damit.

4. Fazit

Die Karenzentschädigung war folglich trotz Wegfall des Konkurrenzverbotes weiterhin geschuldet.»

(AN190034 Urteil 7. Mai 2020; die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht abgewiesen, LA200026, Urteil vom 12. Februar 2021)

18. ZPO 108; Verteilung unnötiger Prozesskosten

Die Klägerin richtete ihre Zeugnisberichtigungsklage gegen den Beklagten persönlich anstatt gegen ihre effektive Vertragspartnerin, eine Anwaltskanzlei in Form einer Kollektivgesellschaft. Auf die fehlende Passivlegitimation berief sich der Beklagte allerdings erst gegen Ende der Hauptverhandlung. Das Gericht wies die Klage ab und musste ebenfalls über die vom Beklagten beantragte Parteientschädigung entscheiden.

Aus den Erwägungen:

«IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Das vorliegende Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Als Streitwert für Arbeitszeugnisberichtigungen wird praxismässig ein halber Monatslohn eingesetzt, so dass der Streitwert Fr. 3'250.– beträgt. Damit resultiert eine ordentliche Parteientschädigung von Fr. 876.– (inkl. MwSt.), welche mit Erarbeitung der Begründung oder der Beantwortung der Klage verdient ist. Sie deckt zudem den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 AnwGebV).

3.1. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wobei bei Nichteintreten und bei Klagerückzug die klagende Partei und bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als untererliegend gilt (Art. 106 ZPO).

3.2. Gemäss Art. 52 ZPO haben alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln. Daher ist es nicht erlaubt, sich bei der Geltendmachung oder Abwehr von Rechten einer Taktik zu bedienen, die mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im Widerspruch steht. Rechtsmissbräuchlich ist ein Verhalten, das lediglich auf eine Verzögerung des Prozesses abzielt. Missbräuchlich ist etwa die Ausdehnung des mündlichen Vortrages. Missbräuchlich sein kann namentlich auch das Verursachen unnötiger Prozesskosten. Auch das böswillige Unterlassen einzelner Prozesshandlungen ist missbräuchlich (BSK-ZPO, M.A.GEHRI, Art. 52 N 4, N 7, N 8, N 12). Die Partei, welche unnötige Prozesskosten verursacht hat, hat diese Kosten zu bezahlen. Das missbräuchliche Verhalten kann die Verteilung der Gerichtskosten beeinflussen. Das Gericht kann von den Vertei-

lungsgrundsätzen abweichen und die Gerichtskosten nach Ermessen verteilen (Art. 108 ZPO und Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; BSK-ZPO, M.A.GEHRI, Art. 52 N 15).

4.1. Der Beklagte verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung. Demgegenüber führt die Klägerin aus, sie sei davon ausgegangen, gegen den Beklagten, der auch das Arbeitszeugnis ausgestellt habe, klagen zu müssen. Die Anwaltskanzlei A. & B. sei auch nicht im Handelsregister eingetragen.

4.2. Es war dem Beklagten als Rechtsanwalt von Beginn an klar, dass sich die Klage einer ehemaligen kaufmännischen Angestellten der A. & B. Rechtsanwälte nicht gegen ihn als Einzelperson zu richten hatte. Ist die Anwaltskanzlei eine Kollektivgesellschaft, so weist diese die nötige Prozessfähigkeit auf, auch wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen ist. Handelt es sich bei der A. & B. Rechtsanwälte um eine einfache Gesellschaft, so kann sich die Klage ebenfalls nicht gegen den Beklagten allein richten, was ihm als Rechtsanwalt ebenfalls bekannt ist. In diesem Fall läge eine notwendige Streitgenossenschaft vor. Der Argumentation des Beklagten, die Klägerin habe ihn in die Irre geführt, kann nicht gefolgt werden. Er kennt die rechtliche Struktur der Anwaltskanzlei und wusste von Anfang an, dass die Klägerin die falsche Partei eingeklagt hat.

4.3. Viel eher wurde die Klägerin irregeleitet. Das Arbeitszeugnis wurde weder mit dem offiziellen Logo der Anwaltskanzlei ausgestellt noch wurde im Text auf A. & B. Rechtsanwälte Bezug genommen. Unterschrieben wurde das Arbeitszeugnis nur mit „[Vorname] A.“. Es wurde weder ein Bezug zu A. & B. Rechtsanwälte hergestellt noch ein Hinweis auf die Vertretungsverhältnisse angebracht. Bei dieser Sachlage ist ein Irrtum der Klägerin, sie habe sich für die Zeugnisänderung an den Beklagten als Aussteller des Arbeitszeugnisses zu wenden, durchaus nachvollziehbar. Allein aus dem Namen A. & B. Rechtsanwälte kann nicht auf die Rechtsform geschlossen werden. Einem juristischen Laien müssen sich die Nuancen nicht zwingend erschliessen.

4.4. Anders beim Beklagten. Dieser hatte mit E-Mail dem Friedensrichter angekündigt, er erscheine nicht zur Verhandlung, ohne jedoch auf seine fehlende Passivlegitimation hinzuweisen. Als der Beklagte aufgefordert wurde, eine Stellungnahme zur Klage zu erstatten, betraute er damit einen ebenfalls bei A. & B. Rechtsanwälte tätigen Rechtsvertreter. Spätestens in

diesem Zeitpunkt, als beim Beklagten ein Anspruch auf Parteientschädigung entstehen konnte, hatte er die fehlende Passivlegitimation nach Treu und Glauben zu thematisieren. In der Stellungnahme vom 1. Oktober 2020 wurde darauf jedoch mit keinem Wort eingegangen, sondern es wurden die beantragten Zeugnisänderungen im Einzelnen behandelt. Es erfolgte daher die Vorladung zur Hauptverhandlung. Auch an der Hauptverhandlung vom 26. November 2020 wurde seitens des Beklagten das Thema Passivlegitimation nicht sogleich aufgegriffen. Daher wurden zunächst die Replik und die Duplik erstattet. Der Antrag des Beklagten auf Klageabweisung erfolgte erst im Rahmen von anschließenden Fragen der Einzelrichterin, welche der Substantiierung konkreter Formulierungen im Arbeitszeugnis dienen. In diesem Zusammenhang wurde der Arbeitsvertrag erstmals thematisiert und seitens Klägerin vorgelegt.

4.5. Auch wenn die Klägerin ihren Irrtum im Laufe des Verfahrens hätte bemerken sollen, ist leicht erkennbar, dass der Beklagte, welchem die Sachlage von Beginn weg bekannt war, mit seinem Verhalten unnötige Anwaltskosten verursacht hat. Der Beklagte wäre nach Treu und Glauben gehalten gewesen, wenn nicht schon in der E-Mail an den Friedensrichter, so doch spätestens in der Stellungnahme vom 1. Oktober 2020 unter Beilage des Arbeitsvertrages auf die fehlende Passivlegitimation hinzuweisen. So wäre die Klageabweisung in einem frühen Verfahrensstadium erfolgt, in welchem dem Beklagten noch kaum Anwaltskosten entstanden wären. Die mit den materiellen Ausführungen in der Stellungnahme entstandenen Kosten und die weiteren Anwaltskosten hat der Beklagte in einem derartigen Masse selber zu verantworten, dass es unbillig wäre, ihm diesbezüglich eine Parteientschädigung zuzusprechen. Vor der Stellungnahme hatte der Beklagte noch keine Rechtsanwaltskosten, weshalb auch für diesen Zeitraum kein Raum für eine Parteientschädigung bleibt.

4.6. Im Ergebnis sind im vorliegenden Fall keine Parteientschädigungen zuzusprechen.»

(AH200119 Urteil vom 10. Dezember 2020. Die vom Beklagten dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht mit Urteil vom 26. März 2021 und der Begründung, dass diesem zwar kein taktisches Verhalten vorgeworfen werden könne, die mögliche Passivlegitimationsproblematik bei gebotener Sorgfalt aber spätestens nach Erhalt der Klageschrift hätte bemerkt werden müssen, abgewiesen, RA210003)

19. ZPO 227; Klageänderung nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens

Die Klägerin machte vor Arbeitsgericht Forderungen geltend, die im Rechtsbegehren der Klagebewilligung noch nicht Thema waren. Die Gegenpartei wehrte sich gegen diese Klageerweiterung, stimmte dieser mithin ausdrücklich nicht zu (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO).

Aus den Erwägungen:

«II. Klageänderung i.S.v. Art. 227 Abs. 1 ZPO

[..]

3. Beurteilung

3.1. Vorliegend betrug der Streitwert bereits vor der Schlichtungsbehörde mehr als CHF 30'000.–, weshalb sowohl die ursprünglichen Rechtsbegehren als auch die erweiterten Rechtsbegehren im ordentlichen Verfahren durch das Arbeitsgericht zu beurteilen wären. Somit werden durch die Erhöhung des Streitwerts und die veränderten Ansprüche weder die Verfahrensart noch die örtliche oder sachliche Zuständigkeit verändert. Diesbezüglich ist die Klageerweiterung also nicht zu beanstanden. Da die Beklagte die Klageänderung bzw. -erweiterung ausdrücklich nicht akzeptiert, ist zu prüfen, ob die zusätzlich geltend gemachten Ansprüche in einem genügenden sachlichen Zusammenhang mit den bereits im Schlichtungsverfahren geltend gemachten Ansprüchen stehen.

3.2. Der von der Klägerin angeführten Begründung, dass alle neuen Forderungen in einem sachlichen Zusammenhang stünden, da sie allesamt dem Arbeitsverhältnis zwischen den Prozessparteien entspringen würden, kann nicht gefolgt werden. Wie erwähnt, genügt es zur Bejahung der notwendigen Konnexität nicht, dass die Ansprüche auf Rechtsverhältnissen beruhen, die (bloss) in einem gewissen Zusammenhang stehen. Nur weil diverse Ansprüche aus demselben Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten stammen, heisst das nicht, dass sie untereinander in einem genügenden sachlichen Zusammenhang stehen. So machte die Klägerin in ihrem Schlichtungsgesuch und vor der Schlichtungsbehörde geltend, sie habe ihren Lohn für die Monate März und April 2018 nicht erhalten, die Kündigungsfrist habe sich infolge Krankheit bis Ende Juni verlängert, sie habe keine Lohnabrechnungen, keine Kinderzulagen und kein Arbeitszeugnis erhalten. Schliesslich machte sie auch Ersatz für eine Verzugszinsforderung der Bank geltend. In der berichtigten Klagebegründung vom 27. September

2018 machte die Klägerin neu eine Ferienentschädigung für nicht bezogene Ferientage, eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, einen Vertrauensschaden wegen einer abgesagten Geschäftsreise, Schadenersatz und Genugtuung wegen verletzter Fürsorgepflichten betreffend die nicht bezahlten Lohnforderungen sowie Schadenersatz wegen Vertragsverletzung betreffend die Zahlung von Krankentaggeldern geltend. Es ist deshalb für jede neue Forderung separat zu prüfen, ob die notwendige Konnexität besteht oder nicht – ungeachtet des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten.

3.3. Die Forderung nach einer Ferienentschädigung steht zumindest in einem engeren sachlichen Zusammenhang mit der bereits geltend gemachten verlängerten Kündigungsfrist. Wenn sich die Kündigungsfrist infolge Krankheit um zwei Monate verlängert, ist es natürlich, dass dies neue Ferientage generiert, die noch gewährt oder entschädigt werden müssen. Auch die Forderung nach Schadenersatz und Genugtuung wegen verletzter Fürsorgepflichten betreffend die nicht bezahlten Löhne hat die Klägerin zumindest ansatzweise bereits vor der Schlichtungsbehörde geltend gemacht. Dort machte sie dies unter dem Titel „Verzugszinsforderung der Bank wegen Minusstand (Betrag noch offen)“ geltend. In ihrem ersten Begleitschreiben zur Klage vom 12. Juni 2018 erklärte die Klägerin weiter, sie mache die Überziehungszinsen der Bank wegen Minusstands ihres Kontos geltend sowie Verzugszins zu 5% „und mehr gegenüber meinen Schuldner“, wobei der Betrag noch offen sei, und schliesslich „Schulden bei der Bank, KK, Porto, Mahnungen etc., ggf. Entschädigung für grosse Notlage“. Dass die Klägerin diese Forderungen nun genauer beziffert – im Schlichtungsgesuch bzw. in der ersten Klagebegründung liess sie diese noch offen – und mit rechtlichen Argumenten untermauert, verändert den zugrundeliegenden Lebenssachverhalt nicht. Mithin bestehen diverse Berührungspunkte zwischen den vor der Schlichtungsbehörde und dem Gericht geltend gemachten Schadenersatzforderungen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht einerseits sowie zwischen der bereits geltend gemachten verlängerten Kündigungsfrist und den neu hinzugekommenen Forderungen nach einer Ferienentschädigung andererseits. Damit ist ein genügender Sachzusammenhang erstellt. Aus Gründen der Prozessökonomie, des „Prinzips der materiellen Wahrheit“ und insbesondere auch, um widersprüchliche Entscheide zu vermeiden, muss es der Klägerin daher erlaubt sein, die vorliegende Klage in Bezug auf die zusätzlichen Forderungen nach Ferienentschädigung sowie Schadenersatz wegen Verletzung der Fürsorgepflicht abzuändern.

3.4. Die Forderung nach Schadenersatz wegen missbräuchlicher Kündigung wurde von der Klägerin erstmals in der berichtigten Klagebegründung vom 27. September 2018 geltend gemacht. Weder im Klageformular noch in der Klagebewilligung noch in der ersten Klagebegründung vom 12. Juni 2018 finden sich irgendwelche Hinweise darauf, dass die Kündigung aus Sicht der Klägerin missbräuchlich oder nicht gerechtfertigt gewesen sei. Auf dem Klageformular wird sogar explizit gefragt, ob eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gefordert werde. Auch eine nicht anwaltlich vertretene und rechtlich nicht bewanderte Person ist in der Lage, ihre Sicht der Dinge darzulegen und eine aus ihrer Sicht nicht gerechtfertigte Kündigung anzusprechen, auch wenn sie nicht weiss, wie dies rechtlich genau benannt wird. Ausserdem ist anzumerken, dass die Klägerin auch in keinem der vielen Schreiben ihrerseits an die Beklagte selber und deren Verwaltungsräte und Aktionäre etc. diese Forderung erwähnte. Sie beschränkte sich dort jeweils auf die Forderungen nach Lohnzahlungen für März und April, die Verlängerung der Kündigungsfrist um zwei Monate sowie das Arbeitszeugnis bzw. die Arbeitgeberbescheinigung. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die Klägerin zwar nicht von Beginn weg anwaltlich vertreten war, sie jedoch das Angebot diverser Rechtsauskunftsstellen annahm und sich dort jeweils Auskunft geben bzw. deren Einschätzung der Rechtslage bestätigen liess. Es kann also nicht die Rede davon sein, dass die Klägerin „mangels anwaltlicher Unterstützung und infolge Unwissens über ihre arbeitsrechtlichen Ansprüche“ ihre Ansprüche im Rahmen des Schlichtungsverfahrens nicht geltend machte. Damit erweitert die Klägerin den massgeblichen Lebenssachverhalt im Sinne des historischen Tatgeschehens und verändert somit das der Klage zugrundeliegende Fundament.

3.5. Auch die Forderungen nach Schadenersatz aufgrund des Vertrauensschadens wegen einer abgesagten Geschäftsreise sowie wegen Vertragsverletzung betreffend die Zahlung von Krankentaggeldern wurde von der Klägerin erstmals in der berichtigten Klagebegründung vom 27. September 2018 geltend gemacht. Auch diese Forderungen finden sich weder in der Klagebewilligung noch im Klageformular und auch nicht in einem der vielen Schreiben der Klägerin an die Beklagte bzw. deren Verwaltungsräte und Aktionäre. Das Hauptbegehren der Klägerin vor der Schlichtungsbehörde bestand in den unbezahlten Lohnforderungen, einer Verlängerung der Kündigungsfrist sowie im Ersatz für die Unannehmlichkeiten bzw. Schulden, die ihr aufgrund der nicht bezahlten Lohnforderungen entstanden. Der erst in der Klagebegründung vom 27. September 2018 geltend gemachte Vertrau-

ensschaden bezieht sich auf einen Vorfall während des Arbeitsverhältnisses, bei dem der Klägerin ein angeblicher Schaden entstand, weil die Beklagte eine Geschäftsreise kurzfristig absagte. Dies ist ein komplett anderer Lebenssachverhalt, der mit den Lohnforderungen und der Kündigungsfrist in keinem Zusammenhang steht. Die geltend gemachte Vertragsverletzung betrifft den Umstand, dass die Beklagte angeblich die Prämien für die Krankentaggeldversicherung nicht oder zu spät bezahlt habe. Auch dieser Sachverhalt steht in keinem Zusammenhang mit den Lohnforderungen und der Kündigungsfrist.

4. Fazit

4.1. Die Eventualmaxime sowie der Schutz der beklagten Partei, die sich auf ein bestimmtes Rechtsbegehren eingestellt hat, verlangen, dass die Klageänderung nicht schrankenlos zulässig ist (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 1 zu Art. 227; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 1997, N 1 zu § 61). Soweit die neuen oder geänderten Rechtsbegehren zumindest ansatzweise in einem sachlichen Zusammenhang mit den ursprünglichen Begehren stehen, sind sie zuzulassen. Sofern sie jedoch einem komplett anderen Lebenssachverhalt entspringen, sind sie nicht mehr zuzulassen.

4.2. Nach dem Gesagten ist auf die Klage demnach im Umfang der geänderten bzw. erweiterten Rechtsbegehren betreffend Vertrauensschaden (Rechtsbegehren Ziff. 5), Vertragsverletzung (Rechtsbegehren Ziff. 7) und missbräuchliche Kündigung (Rechtsbegehren Ziff. 4) nicht einzutreten. Die geänderten bzw. erweiterten Rechtsbegehren bezüglich Ferienguthaben (Rechtsbegehren Ziff. 3) und Verletzung von arbeitgeberseitigen Fürsorgepflichten (Rechtsbegehren Ziff. 6) sind zuzulassen.»

(AN180045 Beschlüsse und Urteil vom 8. Januar 2020)

20. ZPO 229; Klageänderung gestützt auf das Ergebnis eines Gerichtsgutachtens

Die Klägerin forderte vor Arbeitsgericht, es sei festzustellen, dass ihr aus Arbeitsvertrag ein unbedingtes Optionsrecht zustehe, eine bestimmte Anzahl Aktien ihrer ehemaligen Arbeitgeberin zu zeichnen und zwar zum Preis der Hälfte des Aktienwerts am Ende des betreffenden Geschäftsjahres bzw. zum

Preis von maximal CHF 0.50 pro Aktie. Das Gericht kam zum Schluss, dass der Klägerin eine solche Kaufoption zum jeweils hälftigen Wert per Jahresende zustehe und holte zur Ermittlung dieser Werte ein Gutachten ein. Der Gutachter mass den (nicht börsenkotierten) Aktien der ehemaligen Arbeitgeberin in den massgeblichen Jahren Werte zwischen CHF 1.88 bis CHF 2.14 pro Aktie zu. Da der hälftige Aktienwert somit in jedem Jahr mehr als CHF 0.50 betragen hatte, wies das Gericht die Klage ab. Eine nachträgliche Anpassung des Rechtsbegehrens, es sei der Bestand von Optionsrechten zu dem gemäss Gutachten ermittelten hälftigen Aktienwert festzustellen, liess das Gericht – wie der nachfolgende Urteilsauszug zeigt – nicht zu.

Aus den Erwägungen:

«1. Klageänderungen

1.1. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. August 2015 modifizierte die Klägerin erstmals ihr Rechtsbegehren.

Eine Klageänderung ist bis zum Abschluss des Schriftenwechsel bzw. zu Beginn der Hauptverhandlung nach Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder die Gegenpartei der Klageänderung zustimmt (lit. b).

Zu Beginn der Hauptverhandlung vom 27. August 2015 änderte die Klägerin ihr Rechtsbegehren in dieser Hinsicht ab, dass ihr die Optionsrechte zu dem mittels Gutachten festgestellten hälftigen Aktienpreis, maximal zu CHF 0.50/Option zustehen sollen. Diese Änderung steht in einem engen sachlichen Zusammenhang zum ursprünglich eingeklagten Anspruch, dass ihr die Optionsrechte zu CHF 0.00, eventualiter zu CHF 0.50, subeventualiter zu CHF 2.50 je Aktie zustehen sollen, und ist ebenfalls im ordentlichen Verfahren zu beurteilen, weshalb die Klageänderung zulässig ist.

1.2. Anlässlich der Schlussverhandlung vom 3. Juni 2020 – und somit nach der Hauptverhandlung – modifizierte die Klägerin ihr Rechtsbegehren erneut.

Nach Abschluss des Schriftenwechsels bzw. nach der Hauptverhandlung ist eine Klageänderung nur noch zulässig, wenn sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht, die entweder erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz

zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Ausserdem muss die Klageänderung unverzüglich nach dem Entdecken der neuen Tatsachen vorgenommen werden (Art. 229 und 230 ZPO).

Mit ihrem Schlussvortrag vom 3. Juni 2020 verlangt die Klägerin nunmehr die Feststellung, dass ihr die Optionsrechte zu den durch den Gutachter ermittelten hälftigen Aktienwerten bzw. wirklichen Werten der Aktien zustehen sollen. Die Begrenzung ihres Begehrens auf den maximalen (hälftigen) Aktienpreis von CHF 0.50/Option lässt die Klägerin neu weg.

Die Klägerin macht zunächst geltend, die Änderung ihres Rechtsbegehrens sei eine blosser Berichtigung bzw. eine unwesentliche Änderung, die nicht unter Art. 230 ZPO falle. Sie verzichte einzig darauf, dass der Ausübungspreis maximal CHF 0.50 betragen soll. Es gehe aus den Rechtsschriften klar hervor, dass ein höher ermittelter Verkehrswert [der Aktien] nicht zur Abweisung der Klage führen solle.

Mit ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren verlangte die Klägerin in Eventualstandpunkten die Optionsrechte zu verschiedenen Aktienwerten, subeventualiter zu CHF 2.50/Aktie. Mit ihrem erstmals geänderten Rechtsbegehren legte die Klägerin einen Höchstwert von CHF 0.50/Aktie fest. Wenn die Klägerin neu die Feststellung der Optionsrechte zu dem gemäss Gutachten ermittelten hälftigen Aktienwert – ohne die Festsetzung eines Höchstwerts – anbegehrt, verlangt sie etwas anderes, als sie bisher gefordert hatte. Dabei handelt es sich nicht um eine unwesentliche Änderung des Rechtsbegehrens, sondern um eine eigentliche Klageerweiterung, deren Zulässigkeit nach Art. 230 ZPO zu prüfen ist.

Die Klägerin hat das vom Gericht angeordnete Gutachten anlässlich der Hauptverhandlung als Beweis beantragt. Damit sollte der Wert einer Aktie in den Geschäftsjahren 2009, 2010 und 2011 geklärt werden. Ungeachtet dessen hat die Klägerin ihr Rechtsbegehren aber so eingeschränkt, dass sie die Feststellung der Optionsrechte zu einem Aktienwert von maximal CHF 0.50 verlangte. Dass das Gutachten einen höheren Aktienwert ermitteln könnte, liegt in der Natur der Sache und das hätte die Klägerin antizipieren müssen. Dementsprechend hätte sie auch ihr Rechtsbegehren formulieren müssen. Die Klageänderung beruht somit nicht auf einem eigentlichen Novum i.S.v. Art. 230 ZPO, weshalb die Änderung des Rechtsbegehrens im Rahmen des Schlussvortrags nicht mehr zulässig ist.

Im Übrigen lag der Klägerin das Gutachten am 19. Februar 2018 und das Ergänzungsgutachten am 18. Juli 2019 vor. Die Klageänderung hat sie rund ein Jahr später – anlässlich der Schlussverhandlung vom 3. Juni 2020 – vorgenommen. Die Änderung des Rechtsbegehrens gestützt auf das Gut-

achten erfolgte damit nicht unverzüglich im Sinne von Art. 229 ZPO, weshalb die Klageänderung auch aus diesem Grund unzulässig ist.»

(AN140060 Beschluss und Urteil vom 15. Juni 2020; am Obergericht ist eine Berufung anhängig.)

21. ZPO 354; Schiedsvereinbarung

Der Kläger war vom 1. Februar 2009 bis 30. Juni 2019 bei der Beklagten mit Sitz in Zürich tätig; ab dem 1. Januar 2012 als Senior Research Engineer. Seit dem Jahr 2016 gab es ein Beteiligungsmodell in Form von Aktienplänen (Restricted Stock Unit Agreements [nachfolgend RSUA's]). Die RSUA's datieren vom 27. Januar 2016, 30. Januar 2017 und 28. Februar 2018 und wurden zwischen dem Kläger und der Muttergesellschaft der Beklagten bzw. einer mit ihr verbundenen Gruppengesellschaft abgeschlossen, die ihren Sitz in den USA haben. Dabei unterschrieb der Kläger jährlich eine aktualisierte Fassung der RSUA's. Gestützt auf diese Vereinbarungen wurden dem Kläger am 27. Mai 2016 1'500 Aktien, am 1. Juli 2017 3'000 Aktien und am 1. Juli 2018 4'750 Aktien der Gesellschaft gewährt, die er zu unterschiedlichen Zeitpunkten erwerben und anschliessend gewinnbringend verkaufen konnte.

Vor Arbeitsgericht forderte der Kläger unter anderem eine Entschädigung gestützt auf diese RSUA's für noch nicht ausgeübte Mitarbeiterbeteiligungsrechte. Strittig war vorab die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich, die Gültigkeit der in den RSUA's enthaltenen Schiedsvereinbarung und die Passivlegitimation der Beklagten.

Aus den Erwägungen:

«III. Restricted Stock Unit Agreement RSUA

[...]

3. Beurteilung

3.1. Der in Zürich wohnhafte Kläger stand in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten mit Sitz in Zürich und macht in den Rechtsbegehren finanzielle Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis geltend. Sowohl der Anspruch auf Bonuszahlungen als auch die geltend gemachten Mitarbeiterbeteiligungsrechte gründen auf dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrag und knüpfen an die arbeitsvertraglichen Leistungen des

Klägers an. Ohne das Arbeitsverhältnis hätte der Kläger keine zusätzlichen Sondervergütungen aus den Restricted Stock Unit Agreements erhalten. Somit liegt kein zuständigkeitsrelevantes Anknüpfungsmerkmal im Ausland. Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes ist grundsätzlich gegeben.

3.2. Zu prüfen bleibt die Gültigkeit der in den RSUA's vereinbarten Schiedsklausel und damit die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes:

3.2.1. Der Kläger unterschrieb jährlich eine aktualisierte Fassung der RSUA's 2016 bis 2018, deren Gegenstand die Beteiligung an den Aktien der US-amerikanischen A. Inc. war. Die Möglichkeit der Teilnahme an einem Beteiligungsmodell in Form eines Aktienplans wurde dem Kläger erst nach mehreren Jahren ausserhalb der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen und damit freiwillig angeboten. In den RSUA's wird klar festgehalten, dass die Zuteilung von Restricted Stock Units freiwillig ist und kein Rechtsanspruch darauf besteht. Entgegen den Vorbringen des Klägers handelt es sich bei dieser dem Kläger unabhängig vom Arbeitsvertrag offerierten Möglichkeit, Aktien der A. Inc. zu beziehen, um eine Gratifikation und nicht um eine Sondervergütung mit Lohncharakter. Art. 341 Abs. 1 OR steht somit einer Schiedsvereinbarung im Sinne von Art. 354 ZPO nicht entgegen. In Ziff. 14 der RSUA's 2016 bzw. 2017 sowie auf S. 4 des RSUA's 2018 wird festgehalten, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung durch ein Schiedsgericht mit Sitz in B., USA, nach den Bestimmungen der American Arbitration Association zu entscheiden sind. Als Schiedsort wurde die USA vereinbart. Es handelt sich somit um eine formell gültige internationale Schiedsvereinbarung im Sinne von Art. II NYÜ [Anmerkung: New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche]

Daraus folgt, dass auf Rechtsbegehren Ziffer 1.c nicht einzutreten ist.

3.2.2. Es bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass selbst im Falle eines Eintretens auf das Rechtsbegehren Ziffer 1.c, der Forderung des Klägers kein Erfolg beschieden wäre.

Namentlich fehlt es hinsichtlich der RSUA's an der Passivlegitimation der Beklagten, da diese Vereinbarungen nicht mit ihr abgeschlossen wurden. Es handelt sich um ein Beteiligungsprogramm der A. Inc., das nicht auf dem Arbeitsvertrag des Klägers basiert. Vielmehr wurde dem Kläger nach jahrlanger Tätigkeit für die Beklagte von der Muttergesellschaft

auf freiwilliger Basis die Teilnahme offeriert. Mit der Unterzeichnung der RSUA's ist der Kläger eine direkte Rechtsbeziehung zur A. Inc. eingegangen. Die RSUA-Statements wurden dem Kläger dementsprechend vom CEO der A.-Gruppe mitgeteilt. Auch im Konzern sind die vertraglichen Vereinbarungen massgebend und die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ist beachtlich (BGer 4C.158/2002, Urteil vom 20. August 2002 E. 3.1.3). Daran ändert sich nichts, wenn die Beklagte die Abwicklung der Beteiligungsrechte vorgenommen hat. Auch bei einer derart engen Verknüpfung von Mutter- und Tochtergesellschaft hat sich der Mitarbeiter für seine Beteiligungsrechte an diejenige Konzerngesellschaft zu halten, die ihn an ihrem Beteiligungsprogramm teilnehmen lässt (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 2016, LA160002 E. 2 f. mit Hinweis auf BGer 4A_175/2014 Erw. 3 und D. PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Bern 2005, S. 110 Rz. 138).

Im Ergebnis käme es bei einem Eintreten auf die Klage zu einer Abweisung von Rechtsbegehren Ziffer 1.c.»

(AN190064 Beschluss und Urteil vom 10. November 2020; vgl. auch Fall Nr. 7)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2013

Zu Nr. 1.:

Mit Beschluss vom 3. Februar 2021 wurde das Verfahren vom Obergericht beschrieben, nachdem die Konkursmasse der Beklagten die Klage anerkannt hatte (LA130036)

In der Publikation 2019

Zu Nr. 2.:

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Urteil vom 27. August 2020, 4A_84/2020). Das Urteil im Parallellfall erging am 6. August 2020 (4A_64/2020)

Zu Nr. 8.:

Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde mit Urteil vom 18. August 2020 nicht ein (4A_315/2020)

Zu Nr. 16.:

Die Abweisung des Antrags um Prozessvereinigung blieb unangefochten und war deshalb nicht Gegenstand des Teilurteils und Beschlusses des Obergerichts vom 5. Oktober 2020 (LA200001)

III. STATISTISCHER ÜBERBLICK

Schlichtungsverfahren:

Laut Jahresbericht der Friedensrichterämter der Stadt Zürich hat die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten im Jahr 2020 mit 1'057 Fällen gegenüber dem Vorjahr (993) leicht zugenommen. 649 Fälle erledigten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter durch Verfügung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug, Nichteintreten), Urteil oder akzeptierten Urteilsvorschlag. In 408 Verfahren wurde eine Klagebewilligung erteilt. Die Zahlen der Friedensrichterämter im Einzelnen:

	2019	2020
Anzahl Schlichtungsgesuche	993	1'057
Erledigung durch Verfügung	585	621
Erledigung durch Urteil	11	7
Akzeptierte Urteilsvorschläge	12	21
Abgelehnte Urteilsvorschläge/Klagebew.	7	7
Klagebewilligungen	378	401

Verfahren vor Arbeitsgericht:

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2019	2020
Übertrag Vorjahr	209	186
Klageeingänge von Arbeitnehmern	249	308
Klageeingänge von Arbeitgebern	8	9
Total hängige Verfahren	466	503
Erledigungen im laufenden Jahr	280	289
Pendenzen Ende Jahr	186	214

Erledigungsarten /Anzahl Verhandlungen

	2019	2020
durch Urteil	116	99
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	141	149
anderweitig	23	41
Anzahl Verhandlungen	218	232

Streitwerthöhe

	2019	2020
bis Fr. 10 000.–	56	58
Fr. 10 000.– bis 30 000.–	117	149
Fr. 30 000.– bis 100 000.–	32	54
über Fr. 100 000.–	30	30

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2019	2020
1 bis 3 Monate	58	75
3 bis 6 Monate	85	80
6 bis 12 Monate	62	77
1 bis 2 Jahre	56	38
über 2 Jahre	19	19

Prozessausgang der im Jahr 2020 erledigten Verfahren

Gutheissung	26
teilweise Gutheissung	48
Abweisung	25
Nichteintreten	21
Gegenstandslosigkeit	13
Rückzug	33
Vergleich	114
Anerkennung	2
Vereinigung	7
Total	289



ARBEITSGERICHT ZÜRICH