

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2004



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

**Entscheide des
Arbeitsgerichtes Zürich
2004**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Inhaltsverzeichnis

I.	Aus den Entscheiden	1
1.	OR 319; Sich eingebildete Anstellung	1
2.	OR 320; Vorgetäuschter Lehrvertrag	3
3.	OR 321c; Teilzeitarbeit mit Mindestpensum	5
4.	OR 321c, ArG 9; Entschädigung für Überzeitarbeit	7
5.	OR 321e; Schadenersatz wegen fehlendem Umsatz?	8
6.	OR 322; Arbeitsverhältnis trotz Lohnverzicht	9
7.	OR 322d; Fixbonus; fehlende Vereinbarung für das Folgejahr	11
8.	OR 322d; Ferienauszahlung und 13. Monatslohn	12
9.	OR 324a; Gefälligkeitszeugnis	13
10.	OR 324a; Falsche Angaben gegenüber der Krankentaggeldversicherung	14
11.	OR 328; Anspruch auf Lohnausweis usw.	16
12.	OR 328b; Folgen falscher Angaben auf unzulässige Fragen	16
13.	OR 330a; Schadenersatz wegen "untauglichem" Zeugnisinhalt	18
14.	OR 330a; Erwähnung der kündigenden Partei im Zeugnis?	19
15.	OR 335; Rückforderung von Ausbildungskosten	21
16.	OR 335; Keine Schadenminderungspflicht bei Freistellung	23
17.	OR 335a; Verbot von ungleichlangen Kündigungsfristen	24
18.	OR 335b; Unzulässige Vereinbarung von zwei Probezeiten	25
19.	OR 336; Rachekündigung	27
20.	OR 336; Zusammenarbeitsprobleme im Team: Mobbing?	29
21.	OR 336c; Sperrfrist bei kurzer Arbeitsverhinderung und Freistellung; Arbeitsaufforderung	30
22.	OR 337; Verspätetes Abholen einer Verwarnung auf der Post	32
23.	OR 337; Mitarbeiterdiebstahl	33
24.	OR 337; Wegbleiben von der Arbeit während der Schwangerschaft; Betreuung des kranken Kindes	35
25.	OR 337; Drogenkonsum am Arbeitsplatz	37

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.--

Layout: TEXTA Verena Röllin Zürich

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

26.	GlG; Zu vergleichende Lohnkomponenten bei einer Klage wegen Lohndiskriminierung	39
27.	L-GAV 16; Kumulierter Anspruch, wenn nicht bezogene Ruhetage auch noch zu Überstunden führen	42
28.	L-GAV 15; Unzulässiger Einbezug von Zuschlägen in den Lohn	43
29.	ZPO 35; Gefahren einer Vertretungsvollmacht	45
II.	Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	47
III.	Lohnberechnung	49
IV.	Die Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt im Rahmen von Massentlassungen	67
V.	Statistischer Überblick	79

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Mit dem vorliegenden Band 2004 präsentiert Ihnen das Arbeitsgericht Zürich einmal mehr einen bunten Strauss von Urteilen aus dem vergangenen Jahr.

Wenn Sie diese Entscheide durchlesen, dürfte leicht in Vergessenheit geraten, dass von den insgesamt 1226 Prozessbeendigungen des Vorjahrs nur gerade 221 oder ca. 18 Prozent durch Urteil erledigt werden. Die weitaus grössere Zahl aller Fälle lässt sich durch Vergleich abschliessen. Zuweilen ist deshalb der Vorwurf unüberhörbar, die Prozessparteien stünden am Arbeitsgericht unter einem Vergleichsdruck.

Zu einer gütlichen Einigung wird weder am Arbeitsgericht noch vor andern Zürcherischen Gerichten jemand gezwungen. Vielmehr beweisen diese Zahlen, dass die Fronten zwischen den prozessierenden Arbeitnehmern und Arbeitgeberinnen selten derart verhärtet sind, dass sich kein Kompromiss mehr finden lässt. Die Prozessparteien sind grundsätzlich eher bereit, beide den Verhandlungssaal mit einem lachenden und einem weinenden Auge zu verlassen, als den Streit bis zum bitteren Ende auszufechten. So tragen sie selber zusammen mit dem Gericht viel zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens bei.

Solche Fälle erscheinen in unserer Publikation natürlich nie, obwohl ihnen vielfach interessante Rechtsfragen zugrunde liegen, wie einer der beiden Beiträge in diesem Heft beweist. Wir möchten Sie deshalb gerne besonders auf die beiden Aufsätze in dieser Ausgabe aufmerksam machen.

Der eine behandelt eine Frage aus dem Gebiet der Massentlassungen und war Gegenstand in einem Verfahren vor unserem Gericht, das „leider“ mit einem Vergleich geendet hat, wiewohl ein Entscheid über diese Frage durchaus von weitreichendem Interesse gewesen wäre.

Der andere Aufsatz macht anschaulich, dass am Arbeitsgericht nicht nur Kenntnisse in Jurisprudenz, sondern auch in Mathematik gefragt sind, wenn es beispielsweise darum geht, Ferien zu berechnen. Sie werden sehen, dass der Autor zu einem Schluss kommt, der nicht ohne weiteres auf der Hand liegt.

Zürich, im April 2005

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

I. Aus den Entscheiden

1. OR 319; Sich eingebilddete Anstellung

Der Kläger behauptete vor Gericht, vom 15. bis zum 30. August 2003 temporär und seit dem 1. September 2003 als festangestellter Koch (Entremetier) in einer Mensa zu arbeiten. Er sei von S. von der Beklagten angestellt worden, nachdem er im Internet ein Inserat aufgegeben habe. Ein schriftlicher Vertrag sei nicht abgeschlossen worden. Sein Vorgesetzter sei B. gewesen. Bis Ende Oktober 2003 habe er den Lohn immer erhalten. Anlässlich der Hauptverhandlung gab er an, immer noch dort beschäftigt zu sein.

Die Beklagte bestritt, mit dem Kläger je ein Arbeitsverhältnis eingegangen zu sein. Der Kläger habe weder je in der Mensa noch überhaupt für die Beklagte gearbeitet. Der Kläger sei weder S. noch B. bekannt, noch würde er für diese arbeiten.

Aus dem Entscheid:

"Über die Behauptungen des Klägers musste ein Beweisverfahren Aufschluss geben. Dabei erwies sich, dass an der Sachdarstellung des Klägers kein Funken Wahrheit ist. Es handelt sich um ein eigentliches Konstrukt.

Zunächst wurden mit dem Kläger zwei Begehungen seines Arbeitsplatzes durchgeführt. Am 29. Januar 2004 wurde mit ihm, seinem Rechtsvertreter und den Verantwortlichen der Beklagten ein privater Augenschein durchgeführt und daruber vom Personalchef der Beklagten, ein Protokoll erstellt. Diesem ist zu entnehmen, dass sich der Kläger in der Mensa kaum ausgekannt und seinen angeblichen Arbeitsplatz nur mit Schwierigkeiten gefunden hat. Er kannte weder einen anwesenden Mitarbeiter noch kannte umgekehrt jemand ihn. Auch die Betriebsleiterin war ihm unbekannt. Er gab sogar an, mit der Betriebsleiterin schon gesprochen zu haben, das sei aber eine andere Frau gewesen, jedoch mit demselben Namensschild.

Selbstredend taugt ein privater Augenschein nicht als Beweismittel, weshalb unmittelbar nach Durchführung der Hauptverhandlung ein vom Gericht angeordneter im Sinne von § 169 ff. ZPO durchgeführt wurde. Die Resultate waren in etwa die nämlichen und ernuchernd. Zwar fand sich der Kläger etwas besser zurecht und führte das Gericht in die Garderobe, wo er aber keinen eigenen Garderobeschrank vorzeigen konnte. Es befanden sich weder Arbeitskleider noch andere Effekten von

ihm dort. Er gab an, seine Kleider einfach dort zu deponieren, aber zufällig trage er seine Arbeitshose. Er verneinte gleichfalls, eine Stempelkarte zu besitzen, obwohl sämtliche Mitarbeiter/innen eine solche zu gebrauchen haben. In der Küche zeigte er dem Gericht seinen angeblichen Arbeitsplatz. Dort hielten sich ca. 15 Mitarbeitende auf, von denen nicht ein einziger den Kläger begrüßte, ja kannte und auch der Kläger kannte niemanden. Der anwesende Vorgesetzte, Stellvertreter des Küchenchefs, wurde vom Kläger nicht erkannt. Der Kläger behauptete, tags zuvor, am Sonntag, 25. April 2004, gearbeitet zu haben. Der Stellvertreter des Küchenchefs gab auf Befragen allerdings an, die Mensa sei am Vortag geschlossen gewesen. Wegen eines Sonderanlasses sei lediglich eine einzige Mitarbeiterin beschäftigt gewesen.

Anlässlich der Hauptverhandlung reichte der Kläger eine Liste von Vorgesetzten und Mitarbeitern zu den Akten, welche bestätigen würden, dass er in der Mensa arbeite.

Seltsam an dieser Liste ist zunächst, dass mit Ausnahme des Küchenchefs die genannten Personen nicht auffindbar waren. An den angegebenen Anschriften sind diese allesamt nicht bekannt."

(Die postalischen Zustellungen waren nicht möglich, Adressen von Geschäftshäusern, Hausnummern, die es gar nicht gibt. Zwei Zeugen sollen auch Prozesse am Arbeitsgericht haben, was auch nicht stimmt. Die einvernommenen Angestellten der Beklagten kannten den Kläger ebenfalls nicht).

"Die mehrmonatige Tätigkeit des Klägers in der Mensa, die heute noch andauern soll, hat nicht den Hauch einer Spur hinterlassen. Es existiert kein Arbeitsvertrag, keine Stempelkarte, keine einzige Lohnabrechnung, kein Garderobekasten, rein gar nichts. Es versteht sich von selbst, dass es beispielsweise dem Küchenchef oder seinem Stellvertreter nicht hätte entgehen können, wenn der Kläger als Koch in der Mensa gearbeitet hätte. Es ist durchaus möglich, dass sich ein einzelner Zeuge irren oder einen Mitarbeiter nicht kennen könnte, weil es ihn nicht interessiert. In diesem Fall gab es aber keine einzige Person, die den Kläger in der Mensa je gesehen hat, obwohl das Arbeitsverhältnis mehrere Monate andauerte und - gemäss Kläger - noch heute besteht! Die vom Kläger angerufenen Zeugen sind nichts weiter als Phantome.

Der Beweis des Klägers ist kläglich gescheitert, ja es drängt sich sogar der Verdacht auf, er habe mit dieser Klage das Gericht nur auf den Arm genommen. Vielmehr ist mit den vernommenen Gegenbeweiszeugen das Gegenteil bewiesen: Der Kläger hat überhaupt nie für die Beklagte gearbeitet."

Die Klage wurde abgewiesen und dem Kläger wurden wegen mutwilliger Prozessführung die Kosten auferlegt. Eine dagegen erhobene Berufung wurde wieder zurückgezogen.

(AGer., AN040260 vom 28.06.2004; OGer., LA040033 vom 11.08.2004)

2. OR 320; Vorgetäuschter Lehrvertrag

Die Parteien schlossen am 12. Juni 1998 einen schriftlichen Vertrag mit der Überschrift "Lehrvertrag". Der Kläger trat am 17. August 1998 seine Stelle im Pneuhaus des Beklagten an. In diesem Vertrag wurde der Lohn für die auf 4 Jahre hinaus geplante Anstellung auf monatlich brutto Fr. 1'000.-- im ersten, Fr. 1'200.-- im zweiten, Fr. 1'400.-- im dritten und Fr. 1'700.-- im vierten Jahr festgelegt, jeweils zuzüglich 13. Monatslohn. Unter der Rubrik Lernziel wurde dem Kläger u. a. eine "Hinarbeit zur Möglichkeit, nach vier Jahren Berufserfahrung in Pneuhäusern eine Prüfung als Reifenfachmann mit eidg. Fachausweis abzulegen" in Aussicht gestellt.

Im Mai 2002 bestätigte der Reifen-Verband der Schweiz (RVS), dass der Beklagte den Kläger im Juli 2000 für den nächsten Kurs angemeldet hatte und die Anmeldeunterlagen im Oktober 2002 kommen würden. Der Kurs und der Termin für die Prüfung fielen somit zeitlich nicht in das vierjährige Anstellungsverhältnis, weshalb der Rechtsvertreter der Klägers am 16. Juli 2002 dem Beklagten mitteilte, der Kläger halte den Vertrag im Sinne von Art. 31 Abs. 1 OR nicht aufrecht, weil er einer absichtlichen Täuschung, jedenfalls aber einem Irrtum unterlegen sei. Der in Wirklichkeit nicht bestehende Lehrvertrag werde durch einen normalen Arbeitsvertrag ersetzt.

Aus den Erwägungen:

"Den Vertrag, den die Parteien geschlossen haben, ist mit Lehrvertrag überschrieben. Er enthält auch die für die Lehrverträge typische Abstufung des Lohns nach Lehrjahren. Zudem wird ein Lehrziel definiert.

Im Bereich des Reifenfachmanns existiert jedoch gemäss den Angaben des RVS gar keine vierjährige Lehre, sondern es gibt lediglich eine zweijährige Anlehre als Reifenpraktiker und die Möglichkeit, die vom RVS angebotene berufsbegleitende zweijährige Ausbildung sowie anschliessend die eidgenössische Berufsprüfung zum Reifenfachmann abzulegen. Eine Alternative, den Titel des eidgenössischen Reifenfachmanns zu erwerben, besteht gemäss Art. 8 des RVS-Reglementes darin, die

erwähnte Berufsprüfung ohne abgeschlossene Berufslehre nach vierjähriger Berufserfahrung abzulegen.

Der Lehrvertrag der Parteien hat somit als solcher keinen Bestand. Daher hat ihn der Kläger mit Schreiben vom 16. Juli 2002 wegen Täuschung angefochten."

Es folgen rechtliche Überlegungen zur Täuschung durch den Arbeitgeber.

"Eine Verwechslung zwischen Arbeits- und Lehrvertrag ist alles andere als naheliegend. Sämtliche Beteiligten haben den Lehrvertrag als das angesehen, was er ist, insbesondere auch seine Redaktorin Frau X.Y. Herr B.S., der vielleicht zu ähnlichen Bedingungen angestellt worden war wie der Kläger, hatte über seinen Status keine Klarheit und konnte daher dem Kläger nicht sagen, sein Lehrvertrag sei in Wirklichkeit ein Arbeitsvertrag. Der Beweis, dass die Parteien entgegen dem Wortlaut des Lehrvertrages einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, ist daher gescheitert. Der Beklagte hat dem Kläger einen Vertrag angeboten, den er selbst hinsichtlich des Ausbildungsgehalts gar nicht erfüllen wollte. Damit hat er den Kläger getäuscht.

Hätte der Kläger oder sein Vater gewusst, dass gar keine Lehre geboten wird, wären sie mit einem so tiefen Lohn nicht einverstanden gewesen. Lehrlingslöhne sind nur darum tief, weil der Lehrbetrieb Zeit und Mühe in die Ausbildung des Lehrlings investiert. Wenn der Beklagte sich diese Mühe spart, besteht kein Grund, tiefere als übliche Arbeitslöhne festzusetzen.

Mit Schreiben des klägerischen Vertreters an den Beklagten vom 16. Juli 2002, welches inhaltlich ein Begehren um Lohnnachzahlung unter Berufung auf ein unechtes Lehrverhältnis darstellt, liegt eine hinreichende Anfechtungserklärung vor (JAR 1989, S. 252). Da der Kläger seinen Irrtum erst bei Erhalt des Schreibens des RVS vom 2. Mai 2002 bemerkte, worin ihm seine Anmeldung für den Ausbildungskurs im Frühling 2003 und den nächstmöglichen Prüfungstermin im Frühling 2005 in Aussicht gestellt wurde, ist die einjährige Anfechtungsfrist ab Entdeckung des Irrtums nach Art. 31 Abs. 2 OR gewahrt.

Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird (Art. 320 Abs. 3 OR). Diese Bestimmung ist auch anwendbar auf Fälle wie den vorliegenden, wo weder nach den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen noch nach jenen des Obligationenrechts ein Anlehrvertrag zustande gekommen ist. Aus dem faktischen Anstellungsverhältnis fliessen

beiderseits Pflichten, auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere die Pflicht zur Bezahlung eines Lohnes (JAR 1982, S. 240).

Fällt der Lehrvertrag wegen Täuschung weg, so ist der Lohn in Anwendung von Art. 320 Abs. 2 und Art. 322 Abs. 1 OR nach billigem Ermessen festzusetzen. Dieser ist in der Regel nach einem Hilfsarbeiterlohn zu bemessen (JAR 1982, S. 240). Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber bei fehlender vertraglicher Abrede und fehlender Bestimmung durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag den üblichen Lohn zu entrichten. Dem Kläger ist der Beweis dafür auferlegt worden, dass die verlangten Fr. 3'000.-- ein üblicher Lohn sind."

Aufgrund der Abklärungen kam das Gericht zum Ergebnis, dass dem Kläger für das erste Jahr der vereinbarte Lohn zu bezahlen sei und für die folgenden drei "Lehr"-Jahre ein Lohn von Fr. 3'000.-- abzüglich des bereits bezahlten.

(AGer., AN020781 vom 26.08.2004; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig)

3. OR 321c; Teilzeitarbeit mit Mindestpensum

Die Klägerin arbeitete seit April 1997 für den jeweiligen Auslandvertreter, ab 1. Mai 2002 für den Beklagten. Die Klägerin ging von einer täglichen Sollarbeitszeit von 2 Stunden pro Tag aus, arbeitete aber regelmässig länger. Diese Zeit macht sie als Überstundenarbeit geltend.

Aus dem Entscheid:

"Gemäss Ausführungen der Klägerin arbeitete sie nach ihrer Tätigkeit für den bisherigen Arbeitgeber ohne Unterbruch beim Beklagten weiter; sie geht sogar selber davon aus, dass sie vom Beklagten "übernommen" wurde. Ihre Arbeit blieb dieselbe wie bis anhin. Bis zur gewährten Lohnerhöhung bezog sie auch das gleiche Salär wie unter dem Vorgänger. Insofern wurde das bisherige Vertragsverhältnis zwischen dem Vorgänger des Beklagten und der Klägerin ("Zusammenarbeitsabkommen") von den Parteien in der gleichen Form weitergelebt.

Eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von zwei Sollstunden pro Arbeitstag behauptet die Klägerin nicht. Sie leitet die zwei Sollstunden aus der Öffnungszeit des Betriebs und daraus ab, dass der Beklagte ihr gesagt habe, sie sei für zwei Stunden bezahlt. Angesichts des Vertrages mit dem Vorgänger konnten die Öffnungs-

zeiten für die Bestimmung der vereinbarten Arbeitszeit aber nicht massgebend sein, denn diese sollten mindestens abgedeckt werden. Äusserungen darüber, was bezahlt sei, könnten gegen den Vertrag auch nicht aufkommen.

Schliesslich bleibt die Klägerin jede Erklärung dafür schuldig, wie es denn hätte geschehen können, dass ihre Arbeitszeit auf nur zwei Stunden hätte reduziert werden sollen, ihre Bezüge aber auf Fr. 33'000.- angestiegen sind. Eine Einigung im Sinne der Klägerin besteht somit nicht.

Überstundenarbeit ist die Arbeitszeit, welche über die vertraglich vereinbarte Zeit geleistet wird. Gemäss "Zusammenarbeitsabkommen" war die Klägerin verpflichtet, gegen einen Jahreslohn von Fr. 29'000.- bzw. zuletzt Fr. 33'000.- minimum 15 Stunden pro Woche zu arbeiten. Diese Festlegung ist gegen oben offen. Sie zeigt an, dass für den vereinbarten Lohn gegebenenfalls auch mehr als 15 Wochenstunden zu leisten sind. Der Beklagte geht von einem klägerischen Pensum von 40 - 50 % bzw. 20 Stunden pro Woche aus.

Bei einer derart offenen Arbeitszeitvereinbarung fehlt es an einem klaren Grenzwert, ab welchem Überstunden gegeben wären. Die Vereinbarung von mindestens 15 Wochenstunden kann nicht bedeuten, dass schon bei Überschreitung des Mindestansatzes von 15 Stunden Überstunden gegeben wären. Andererseits zeigt die Vereinbarung das ungefähre Verhältnis von Lohn und Arbeitstunden. Man wird von der Klägerin auch etwas mehr an Arbeit verlangen können, aber nicht andere Grössenordnungen, was die Arbeitszeit angeht.

Im Jahr 2002 hat die Klägerin mehr gearbeitet als das fiktive Soll, im Jahr 2003 aber weniger. Gegenüber dem fiktiven Soll beider Jahre ergeben sich 75.02 Mehrstunden. Verglichen mit der gesamten angenommenen Sollzeit sind dies 5,13 % Mehrarbeit. Das liegt ohne weiteres im Streubereich dieser unklaren Vereinbarung einer Arbeitszeit. Die Klägerin hat somit in etwa das Pensum gearbeitet, welches von ihr erwartet werden durfte und nicht soviel mehr, dass sich eine Korrektur durch Zuspriechung von Überstunden rechtfertigte. Das führt zur Abweisung der Klage."

(AGer., AN040060 vom 23.08.2004)

4. OR 321c, ArG 9; Entschädigung für Überzeitarbeit

Der beklagte Arbeitnehmer machte geltend, trotz vereinbarter 45-Stunden-Woche sei es üblich gewesen, dass die wöchentliche Arbeitszeit bis zu 70 Stunden betragen habe. Er konnte die Mehrarbeit in diesem Umfang aber nicht beweisen.

Aus dem Entscheid:

"Dass der Beklagte die behaupteten Mehrstunden nicht im Einzelnen behauptet hat, schadet ihm nicht. Einerseits war ihm dies aufgrund der fehlenden Arbeitszeitkontrollen, die bei der Klägerin zwar offensichtlich geführt wurden, von ihr jedoch nicht mehr vorgelegt werden konnten, nur schwer möglich. Andererseits hat das Beweisverfahren klar ergeben, dass die Arbeitszeit der Personalberater - und damit auch des Beklagten - regelmässig mindestens 50 Stunden die Woche betrug, was für die gesamte Dauer der Anstellung als erstellt betrachtet werden kann.

Gemäss Arbeitsgesetz beträgt die für den Beklagten vorgeschriebene wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 Stunden (Art. 9 ArG in der Fassung gültig bis 1. August 2003), so dass sich wöchentlich fünf Stunden Überzeit ergeben. Deren Entschädigung samt Zuschlag kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden, soweit sie insgesamt 60 Stunden pro Jahr übersteigt (Müller, a.a.O., N 2 zu Art. 13 ArG; BGE 126 III 337 E. 6). Anders ausgedrückt ist Überzeit auch unter dem Arbeitsvertrag der Parteien, der eine Entschädigung für sämtliche Mehrarbeit ausschloss, ab der 61. Stunde im Kalenderjahr samt Zuschlag zu vergüten."

Das Gericht kam zum Ergebnis, es seien rund 272 Stunden Überzeit erstellt, wovon 120 entschädigungslos zu erbringen, rund 152 dagegen zu entschädigen seien.

"Dieser Anspruch ist weder verjährt noch verspätet geltend gemacht oder verwirkt. Er wurde innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 Abs. 3 OR eingeklagt und aufgrund des Beweisverfahrens steht nicht nur fest, dass ein 50-Stundenpensum, wenn nicht gar angeordnet, so doch nötig war, um die vorgegebenen Ziele zu erreichen. Hinzu kommt, dass die Klägerin die Arbeitszeiten ihrer Personalberater auch kontrollierte, indem Wochen- und Erfolgspläne zu führen waren und offenbar der Geschäftsleitung auch abgegeben wurden. Die Klägerin war damit wöchentlich über tatsächlich geleistete Arbeitszeiten im Bild.

Ein Anspruch auf derart geleistete Überzeit verwirkt nach Lehre und Rechtsprechung trotz erstmaliger Geltendmachung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht. Es ist darin kein Verzicht und ohne weitere Umstände, die selbstredend nicht allein darin liegen, sollte der Beklagte über die Mehrstunden von einer höheren Umsatzprovision profitiert haben, auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu sehen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR, ZK-Stählin, N 10 und 14 zu Art. 321c OR, BK-Rehbinder, N 2 zu Art. 321c OR, JAR 1992 S. 116; BGE 126 III 337 ff.; BGE 4c.110/2000)."

In der Folge sprach das Arbeitsgericht dem Beklagten die 152.25 Stunden inklusive Zuschlag von 25 %, basierend auf dem Durchschnittslohn, zu.

(AGer., AG020017 vom 24.02.2004; eine dagegen erhobene Berufung wurde durch Vergleich erledigt abgeschlossen; LA040021 vom 11.08.2004)

5. OR 321e; Schadenersatz wegen fehlendem Umsatz?

Die Kläger, ein Wirtehepaar, übernahmen ein Lokal. Da sie den bisherigen Umsatz nicht einbrachten, wurden die Arbeitsverhältnisse rund sechs Monate später zuerst von ihnen ordentlich gekündigt, dann aber von der Beklagten fristlos aufgelöst. Im Prozess machte die Beklagte u.a. verrechnungsweise den fehlenden Umsatz als Schadenersatz geltend.

Aus dem Entscheid:

"Es ist mit Nachdruck zu betonen, dass der Arbeitnehmer weder für den Erfolg noch die Güte seiner Arbeit haftet (BK-Rehbinder, N 12 zu Art. 321e OR). Der Arbeitnehmer stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft während einer bestimmten Zeit zur Verfügung. Stellt sich kein Erfolg ein, ist ihm sein Lohn gleichwohl zu bezahlen, soweit er sorgfältig gearbeitet hat (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 319 OR). Von dieser Grundstruktur des Arbeitsverhältnisses lässt sich insoweit abweichen, als umsatz- oder erfolgsabhängige Löhne bezahlt werden. Das ist hier der Fall, spielt aber deshalb keine Rolle, weil der zur Beteiligung berechtigende Umsatz gar nie erreicht worden ist.

Aus diesem Grund ist auch über die behauptete, jedoch bestrittene Vereinbarung der Parteien, es müsse ein Mindestumsatz von Fr. 52'000.- erzielt werden, kein Beweisverfahren durchzuführen. Die Beklagte unterliess es, darzulegen, welches die Sanktionen sind, wenn der vereinbarte Umsatz nicht erzielt werden würde. Aus

ihrer Verrechnungsforderung, mit welcher sie die Differenz zwischen dem von den Klägern erzielten und dem durchschnittlichen Umsatz verlangt, muss geschlossen werden, dass sie der Meinung ist, die Kläger hätten den Mindestumsatz aus dem eigenen Sack zu bezahlen. Eine solche Regelung widerspricht klar dem zwingenden Art. 321e OR und kommt einer unzulässigen Abwälzung des Unternehmerrisikos vom Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer gleich.

Zweifellos lassen sich mannigfaltige, endogene wie exogene Gründe finden, die den unbestrittenen Umsatzeinbruch erklären. Es ist gerichtsnotorisch, dass sich bei einem Wechsel des Wirts die Umsätze in einem Restaurant häufig dramatisch ändern, sowohl auf die positive wie negative Seite, ohne dass dies immer rational begründet werden kann.

Selbst wenn zugunsten der Beklagten davon ausgegangen würde, es sei ausschliesslich auf die Kläger zurückzuführen gewesen, dass die Umsätze ab Mai 2002 eingebrochen sind, würde das nicht zu einer Haftung für den Minderumsatz führen. Es betrifft das unternehmerische Risiko eines Arbeitgebers, wenn er einen Wirt einstellt, der beispielsweise schlechter kocht, die Gäste unfreundlicher behandelt, das Lokal weniger sauber führt etc. als sein Vorgänger. Tritt eine solche Situation ein - wie von der Beklagten behauptet, von den Klägern aber bestritten -, hat das schnell zur Folge, dass die Umsätze zusammenfallen, ohne dass der Arbeitnehmer dafür haftbar gemacht werden kann."

Das Gericht stellte zudem fest, dass das Lokal saisonal bedingte Schwankungen aufwies, welche von der Beklagten nicht berücksichtigt worden waren. Die Verrechnungsforderung wurde daher abgewiesen.

(AGer., AN021098 vom 20.01.2004)

6. OR 322; Arbeitsverhältnis trotz Lohnverzicht

Die Kläger waren während rund drei Jahren in unterschiedlichem Ausmass als Moderatoren für ein Lokalradio tätig. Schriftliche Abmachungen über den Inhalt und die Ausgestaltung der Tätigkeit der Kläger gab es nie. Nach Differenzen verzichtete die Beklagte auf die Weiterarbeit der Kläger, worauf diese gegen die "fristlose Entlassung" protestierten. Vor Gericht machten die Kläger (erstmalig) geltend, sie hätten in unterschiedlichem Ausmass, aber mit einem geringen Arbeitspensum als Moderatoren für die Beklagte gearbeitet, seien dafür aber nie entschädigt worden. Es sei ihnen wiederholt eine marktübliche Entschädigung versprochen wor-

den, dieses Versprechen sei aber nie eingehalten worden. Die Beklagte bestritt, dass überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorgelegen habe.

Das Gericht kam zum Ergebnis, es liege ein Arbeitsverhältnis vor, aber mit den folgenden Konsequenzen.

Aus dem Entscheid:

"Fest steht, dass die Beklagte den Klägern während der gesamten, rund zweijährigen Dauer der Tätigkeit nie Lohn bezahlte, was auch für alle anderen bei der Beklagten Beschäftigten galt. Der Umstand, dass die Tätigkeit bei der Beklagten nur einen geringen Teil der Arbeitskraft der Kläger beanspruchte, mag ausschlaggebend gewesen sein, dass es den Klägern offenbar gar nicht gross darauf ankam, ob ihnen tatsächlich Lohn ausbezahlt wurde oder nicht.

Die Kläger begründen ihre Forderung damit, es sei ihnen eine Entschädigung vom Geschäftsführer immer wieder in Aussicht gestellt worden. Ein derartiges Versprechen, sollte es denn überhaupt abgegeben worden sein, bezieht sich zunächst auf die Zukunft und steht einem nachträglichen Verzicht auf Lohn nicht grundsätzlich entgegen. Der Geschäftsführer versprach, es werde sich dann lohnen, d.h. die Tätigkeit werde später einmal bezahlt werden. Dass eine Entschädigung auch rückwirkend, für verfallene Löhne zugesichert worden sei, wurde nicht behauptet.

Die Kläger haben sodann weder behauptet, sie hätten die ausgebliebenen Lohnzahlungen je mündlich reklamiert noch ist ein entsprechender Protest durch die Akten belegt. In einem Sitzungsprotokoll - nach einer rund einjährigen Tätigkeit ohne Lohnzahlung - wird zwar allgemein der Zustand des Radios thematisiert, ohne darin aber auch nur mit einem Wort offene Lohnzahlungen zu erwähnen. Dasselbe gilt für das Schreiben des "Kernteams" an die Geschäftsleistung der Beklagten, mit dem unter anderem die Themen Arbeitsverträge, Kompetenzen, Verantwortung und Einsicht in die finanziellen Vorgänge angeschnitten und für den Fall ausbleibender Massnahmen die Niederlegung der Arbeit angedroht worden sind. Von Lohn ist auch darin nicht die Rede. Ferner ist für die Zeit nach Beendigung der Zusammenarbeit im September 2002 bis zur Einreichung der Klage im November 2003 nicht dargetan, die Kläger hätten von der Beklagten je Lohn gefordert. Sie erhoben zwar Ende Oktober 2002 Einsprache gegen die fristlose Kündigung und behielten sich die Geltendmachung einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c OR vor. Lohnansprüche für die Vergangenheit wurden auch dabei nicht gestellt. Schliesslich liessen die Kläger nach der Beantwortung des Schreibens durch die Beklagte anfangs November 2002 bis zur klageweisen Geltendmachung erneut ein Jahr verstreichen.

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist das Schweigen der Kläger auf die Nichtbezahlung des Lohnes während einer derart langen Zeit als ein endgültiger Verzicht auf die fälligen Löhne zu verstehen. Die Kläger haben dadurch rechtserheblich dokumentiert, sich die Auffassung der Beklagten zu eigen gemacht zu haben, vorläufig in der Aufbauphase des Radios werde gearbeitet ohne Entgelt dafür und erst nach einer gewissen Anlaufzeit, wenn die Beklagte auf finanziell besserer Grundlage gestellt worden sei, würde dann zu einer entgeltlichen Tätigkeit übergegangen.

Das Vertrauen der Beklagten, die Kläger hatten sich mit einer "lohnfreien" Zeit einverstanden erklärt, ist umso mehr zu schützen, als nach - wenn auch bestrittener - Sachdarstellung der Kläger verschiedentlich über eine zukünftige Entschädigung geredet und ihnen diese immer wieder versprochen worden ist. Gleichwohl richteten sie während der annähernd dreijährigen Tätigkeit für die Beklagte sowie eines Jahres danach nie eine konkrete Lohnforderung an die Beklagte und verzichteten so endgültig auf den vergangenen Lohn."

(AGer., AN030972 vom 3.03.2004)

7. OR 322d; Fixbonus; fehlende Vereinbarung für das Folgejahr

Die Parteien hatten neben dem Monatslohn einen variablen Bonus vereinbart, der abhängig war von der persönlichen Leistung des Klägers, des Ergebnisses seines Bereiches und desjenigen der Beklagten insgesamt. Für das Kalenderjahr 2001 sicherte die Beklagte dem Kläger den Bonus in Form eines (minimalen) Fixbonus zu, welcher bei entsprechender Zielerreichung auch überschritten werden konnte. Der Kläger ging davon aus, der garantierte Mindestbonus stehe ihm auch im folgenden Jahr zu, was von der Beklagten aufgrund des klaren Wortlaut des Vertrags bestritten wurde.

Aus dem Entscheid:

"Das jährliche variable Gehalt bzw. der sogenannte Bonus ist im Gesetz nicht geregelt. Je nach konkreter vertraglicher Abmachung und Betriebsübung kann der Bonus verschiedene Erscheinungsformen haben (z.B. Provision, Anteil am Geschäftsergebnis, Beteiligung am Unternehmen, Gratifikation, Lohnbestandteil). Die vorliegende Bonusvereinbarung hat ab dem Jahr 2002 Gratifikationscharakter. Im Gegensatz zum Lohnbestandteil ist die Gratifikation von besonderen Vorausset-

zungen wie dem Betriebsergebnis oder der Leistung des Arbeitnehmers abhängig. Eine Gratifikation zeichnet sich im Besonderen dadurch aus, dass die Ausrichtung überhaupt und die Bestimmung ihrer Höhe im Ermessen des Arbeitgebers liegt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 322d OR).

Gemäss Arbeitsvertrag hängt die Zahlung des variablen Gehalts von der persönlichen Leistung des Klägers, des Ergebnisses seines Bereiches und desjenigen der Beklagten insgesamt ab. Ferner wird ausdrücklich festgehalten, dass die Zahlung freiwillig erfolge, d.h. auf sie kein Rechtsanspruch bestehe. Die Beklagte konnte somit sowohl über die Ausrichtung als auch über die Höhe der Zahlung entscheiden. Damit liegt eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR vor, auf deren Ausrichtung der Kläger keinen Anspruch besass.

In Übereinstimmung mit der beklagischen Ansicht musste dem Kläger aufgrund der vertraglichen Regelung bei Vertragsschluss bewusst gewesen sein, dass der vereinbarte Fixbonus nur für eine beschränkte Zeit ausbezahlt würde und danach nur noch das variable Bonussystem zur Anwendung komme, worauf eben gerade kein Rechtsanspruch bestand. Anders konnte und durfte der Kläger die klare Abmachung nicht verstehen. Dies umso weniger, als die Vertragsofferte der Firma X. tatsächlich ebenfalls eine solche Regelung vorsah."

(AGer., AN030059 vom 2.04.2004; ein dagegen erhobener Rekurs bezüglich der Kostenaufgabe wurde am 2.2.2005 teilweise gutgeheissen; LS040002)

8. OR 322d; Ferienauszahlung und 13. Monatslohn

Dem Kläger war am Schluss des Arbeitsverhältnisses noch ein Ferienguthaben ausbezahlen. Umstritten war, ob auf diesem Betrag noch der 13. Monatslohn dazu zu rechnen war.

Aus dem Entscheid:

"Da schliesslich auch bei einem realen Ferienbezug während dessen Dauer der 13. Monatslohn läuft, ist bei einer Auszahlung nicht bezogener Ferien ein entsprechender Zuschlag in Ansatz zu bringen, für die anerkannte Ferienentschädigung von Fr. 1502.65 mithin Fr. 93.90 (vgl. dazu auch Kommentar der vertragschliessenden Verbände zu Art. 12 L-GAV)."

(AGer., AN040053 vom 7.04.2004; eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 3.06.2004 abgewiesen; PN040108)

9. OR 324a; Gefälligkeitszeugnis

Wegen diverser unentschuldigter Absenzen erhielt der Kläger am 9. Oktober 2002 eine letzte Verwarnung unter Androhung der fristlosen Entlassung im Wiederholungsfall. Als er vom 26. bis 28. November 2002 wieder fehlte, wurde die fristlose Entlassung ausgesprochen. Vor Gericht machte der Kläger geltend, er sei in dieser Zeit krank gewesen.

Aus dem Entscheid:

"Anlässlich der Beweisverhandlung wurde der Arzt Dr. med. X., der die beiden Zeugnisse ausstellte, als Zeuge befragt. Er sagte aus, er habe den Kläger im Jahr 2002 das letzte Mal am 22. November 2002 behandelt. Daraufhin habe er den Kläger erst wieder am 7. Februar 2003 gesehen. Weshalb die Periode ab dem 23. November 2002 im zweiten Zeugnis vom 17. Februar 2003 anders behandelt werde als im Zeugnis vom 22. November 2002, wisse er nicht mehr genau. Im Zeugnis vom 22. November 2002 sei er davon ausgegangen, dass der Kläger am 23. November 2002 wieder arbeitsfähig sei. Der Kläger sei schlecht erreichbar gewesen und jeweils einfach in der Sprechstunde aufgetaucht. Am 23. Dezember 2002 fehle der Eintrag einer Konsultation oder eines Telefons, es sei lediglich die Ausstellung eines Zeugnisses vermerkt. Er nehme an, dass es dasselbe Zeugnis sei wie das per 17. Februar 2003 datierte. Er habe das Zeugnis geändert, weil der Kläger ihn angerufen und gesagt habe, er sei auch in der folgenden Zeit noch einmal krank gewesen. Die Zeugnisänderung basiere auf den Angaben des Klägers, und er habe am 23. Dezember 2002 keine eigenen Untersuchungen angestellt.

Dr. med. X. stützte die im Zeugnis vom 17. Februar 2003 bescheinigte Arbeitsunfähigkeit vom 23. bis zum 29. November 2002 ausschliesslich auf Angaben des Klägers, ohne diese zu verifizieren. Wie genau das Zeugnis zustande kam, bleibt unklar. Fest steht indessen, dass das Zeugnis ohne Konsultation und eigene Untersuchungen des Arztes, sondern lediglich auf Bitte des Klägers hin ausgestellt wurde.

Die in Lehre und Rechtsprechung überwiegend vertretene Auffassung, Arztzeugnisse, die allein auf Patientenschilderungen abstellten und ohne eigene objektive Feststellung des Arztes abgegeben werden, seien nicht beweisbildend (Brühwiler, a.a.O., N 9b zu Art. 324a OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR;

ZR 99, Nr. 90), ist wohl in dieser Absolutheit nicht aufrecht zu halten. Einen plausiblen Grund, weshalb im vorliegenden Fall auf eine Diagnose verzichtet werden konnte, nannte der Zeuge X. indessen nicht. Das ohne persönliche Untersuchung ausgestellte und Monate nach der behaupteten Krankheit datierte zweite Arztzeugnis vom 17. Februar 2003 kann den Beweis für die Arbeitsunfähigkeit des Klägers daher nicht erbringen. Dies gilt umso mehr, als der Zeuge X. den Kläger am 22. November 2002 noch behandelte und ihn ab dem Folgetag wieder voll arbeitsfähig schrieb.

Eine Arbeitsunfähigkeit kann aber auch ohne Arztzeugnis, namentlich durch Beobachtung anderer, nicht medizinischer Personen, durch Angehörige oder pflegende Personen, bewiesen werden. Solche anderen Beweismittel, die eine Erkrankung des Klägers indizieren und beweisen könnten, wurden indessen nicht genannt.

Der Kläger konnte nach dem Gesagten die behauptete und von der Beklagten bestrittene Arbeitsunfähigkeit vom 26. bis zum 28. November 2002 nicht beweisen. Damit ist erstellt, dass der Kläger in der genannten Zeitspanne arbeitsfähig war und seiner Arbeitsstelle zu Unrecht fernblieb. Die fristlose Entlassung erfolgte daher gerechtfertigt."

(AGer., AN030224 vom 20.02.2004; auf eine dagegen (verspätet) erhobene Berufung wurde am 5.04.2004 nicht eingetreten; LA040019)

10. OR 324a; Falsche Angaben gegenüber der Krankentaggeldversicherung

Bei oder nach Stellenantritt im Oktober 2002 füllten die Parteien gemeinsam das Antragsformular für die Krankentaggeldversicherung aus. Ab November wurde dem Kläger eine Versicherungsprämie abgezogen. Als der Kläger im Dezember 2002 an einem Prostataleiden erkrankte, lehnte die Versicherung den Versicherungsantrag "aus medizinischen Gründen" wegen einer behaupteten Anzeigepflichtverletzung bezüglich des erwähnten Prostataleidens ab.

Aus dem Entscheid:

"Art. 40.1 GAV statuiert die Pflicht zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung, wobei eine KVG-konforme Lösung empfohlen wird. Die Versicherungsbedingungen, welche als Minimalleistungen zu verstehen sind, werden in Art. 40.3 GAV umschrieben: Die Ausrichtung des Krankentaggeldes muss mindestens in der

Höhe von 80% ab dem 2. Tag erfolgen. Wohl ist ein Aufschub von bis zu 30 Tagen möglich, der Arbeitgeber hat aber in der Aufschubszeit (nach Ablauf der Probezeit) selber 80% des Lohnes zu entrichten. Weiter muss die Bezugsberechtigung mindestens während 720 innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen bestehen.

Aufgrund der klaren und vorbehaltlosen Umschreibung der Leistung, welche von einer vom Arbeitgeber abzuschliessenden Krankentaggeldversicherung mindestens erbracht werden muss, ist davon auszugehen, dass sie in jedem Fall eine Leistung erbringen muss. Unzulässig bzw. nicht GAV-konform - da nicht ausdrücklich vorgesehen - ist daher der Abschluss einer Versicherung, welche sich die Aufnahme von zu versichernden Personen gänzlich bzw. in Bezug auf gewisse Krankheiten vorbehält.

Die Krankentaggeldversicherung, welche der Beklagte mit der Y. Versicherung abzuschliessen beabsichtigte, entsprach daher nicht den (zwingenden) Voraussetzungen an eine GAV-konforme Versicherung.

Insofern ist es irrelevant, ob der Kläger das Antragsformular wahrheitsgetreu ausgefüllt hat; nicht von Bedeutung ist daher, dass der Kläger gemäss eigenen Angaben innerhalb der letzten fünf Jahre einen Unfall erlitten hatte, welchen er im Antragsformular nicht angegeben hatte. Ebenso wenig spielt das erwähnte Prostataleiden des Klägers im Dezember 2002 eine Rolle, als dessen Folge die Y. Versicherung den Kläger ablehnte. Ausgehend von den übereinstimmenden Angaben der Parteien, wonach sie das Formular im Oktober 2002 gemeinsam ausfüllten und der Beklagte es wenige Tage später an die Versicherung sandte, konnte der Kläger das erst viel später eingetretene Leiden im Antrag ohnehin nicht erwähnen, weshalb die Ablehnung des Klägers durch die Versicherung aus diesem Grund mehr als fragwürdig erscheint.

Erbringt die Krankentaggeldversicherung überhaupt keine bzw. nicht die vom GAV vorgeschriebene (Mindest-)Leistung, wird der Arbeitgeber schadenersatzpflichtig, d.h. er hat die Leistungen des Versicherers an dessen Stelle zu erbringen."

(AGer., AN030090 vom 22.03.2004)

11. OR 328; Anspruch auf Lohnausweis usw.

Aus dem Entscheid:

"Der klägerische Anspruch auf Aus- und Zustellung eines Lohnausweises für das Jahr 2003 ergibt sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR). Dasselbe gilt bezüglich der Aus- und Zustellung eines Beleges über die Einzahlung von AHV- und BVG-Beiträgen sowie Quellensteuern. Diese Begehren des Klägers sind daher ausgewiesen."

(AGer., AN030898 vom 4.8.2004)

12. OR 328b; Folgen falscher Angaben auf unzulässige Fragen

Als die Beklagte durch das Betreibungsamt von der Lohnpfändung des Klägers erfuhr, wollte sie wegen Irrtums bzw. absichtlicher Täuschung vom Vertrag zurücktreten, da der Kläger auf entsprechende Frage bei der Anstellung hin geäußert habe, er habe keine Schulden.

Aus dem Entscheid:

"Vorliegend machte die Beklagte geltend, die Kenntnis der finanziellen Situation des Klägers sei für sie subjektiv eine notwendige Grundlage für den Abschluss des Arbeitsvertrages gewesen. Als Begründung machte sie geltend, sie stelle aus Prinzip keine Mitarbeiter mit laufenden Lohnpfändungen an. Es sei absolut unmöglich, dass der Kläger mit einem Salär von Fr. 1890.-- seinen Lebensunterhalt bestreite. Es ist jedoch nicht ersichtlich, welchen Einfluss die Pfändung des Lohnes des Klägers auf die Beklagte gehabt hätte, der einen vernünftigen Grund darstellte, den vorliegenden Arbeitsvertrag nicht einzugehen. Für die Beklagte hätten sich lediglich zusätzliche Umtriebe bei der Lohnauszahlung ergeben, indem ein Teil des Lohnes des Klägers direkt dem Betreibungsamt hätte abgeliefert werden müssen. Letztlich kann aber offen bleiben, ob das subjektive Merkmal erfüllt ist, da die genannte objektive Voraussetzung - selbst wenn der Kläger der Beklagten seine finanzielle Lage tatsächlich unrichtig geschildert hat - nicht gegeben ist, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Die finanzielle Situation des Klägers, insbesondere die Tatsache, dass er Schulden hat, kann nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden. Die vor allem deshalb, weil die Beklagte überhaupt kein Recht hatte, sich während der Vertragsverhandlungen nach der finanziellen Situation des Klägers zu erkundigen. Gemäss Art. 328b Abs. 1 OR darf der Arbeitgeber lediglich Daten des Arbeitnehmers sammeln, welche die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 232). Darüber hinausgehendes Sammeln von Daten stellt ungeachtet der Einwilligung des Arbeitnehmers eine Persönlichkeitsverletzung dar. Dies gilt bereits während der Bewerbungsphase (Rehbinder, a.a.O., Rz. 236).

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist nur zulässig, soweit der Arbeitnehmer wegen der vorgesehenen Tätigkeit ein berechtigtes Interesse an geordneten Vermögensverhältnissen des Bewerbers geltend machen kann. Dies liegt vor, wenn der Arbeitnehmer Zugang zu grösseren Vermögenswerten des Arbeitgebers hat, insbesondere dann, wenn ihm die Verwaltung grösserer Geldsummen obliegt (z.B. als Buchhalter oder Kassier) (vgl. dazu: Roger Rudolph, Stellenbewerbung und Datenschutz, Bern 1997, S. 96 f.). Vorliegend wurde der Kläger als Kundenmaler angestellt und hatte keinen Zugang zu Vermögenswerten der Beklagten. Die Beklagte hatte demnach auch kein berechtigtes Interesse, nach der finanziellen Situation des Klägers zu fragen und somit auch kein Fragerecht. Folglich kann diese Information nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch keine Grundlage des Vertrages darstellen, weshalb ein Irrtum darüber nicht wesentlich im Sinne von Art. 24 Abs. 1 OR sein kann. Der Vertrag ist daher entgegen der Auffassung der Beklagten nicht einseitig unverbindlich.

Eine Anfechtung des Vertrages wegen absichtlich Täuschung (Art. 28 OR) bei falscher Beantwortung unzulässiger Fragen kommt ebenfalls nicht in Betracht. Diese ist nur bei Rechtswidrigkeit der Täuschung möglich. Fragen, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, darf der Arbeitnehmer jedoch unrichtig beantworten (sog. Notwehrrecht der Lüge) (Rehbinder, a.a.O., Rz. 68)."

Das Schreiben der Beklagten wurde in der Folge als ordentliche Kündigung betrachtet.

(AGer., AN040088 vom 14.4.2004)

13. OR 330a; Schadenersatz wegen "untauglichem" Zeugnisinhalt

Der Kläger verlangte einerseits eine Zeugniskorrektur (Austrittsgrund) und andererseits forderte er Schadenersatz wegen Unwahrheiten im Arbeitszeugnis. Unter diesen Unwahrheiten verstand der Kläger namentlich inhaltliche und grammatikalische Fehler bis zur fünften Version des Zeugnisses. Er habe sich mit der ersten Version nicht bewerben können.

Aus dem Entscheid:

"Der Kläger fordert Schadenersatz, weil namentlich die erste Zeugnisversion grobe Fehler aufwies. Es wäre damit Sache des Klägers, die Pflichtwidrigkeit der Beklagten (untaugliches Zeugnis), den Schaden (Stellenabsage) und den Kausalzusammenhang (Absage zufolge des untauglichen, bei der Stellensuche nicht verwendbaren Zeugnisses) darzutun. Bloss aufgrund des mangelhaften (ersten) Arbeitszeugnisses kann der Kläger dagegen noch keinen Anspruch auf Schadenersatz erheben.

Der Kläger selbst führte jedoch aus, er habe zwischen dem 13. und 27. Juli 2001 keine Absage erhalten, weil er kein Zeugnis der Beklagten habe vorlegen können. Er habe bei der Stellensuche das Zeugnis ab Version zwei vorgelegt. Schon aufgrund dieses eigenen Vorbringens des Klägers ist die erste Zeugnisversion als kausale Ursache für einen Schaden auszuschliessen.

Diese vom Kläger verwendete zweite Version des Zeugnisses entsprach hinsichtlich Leistungs- und Verhaltensbeurteilung den damaligen Vorstellungen des Klägers. Aber auch der in diesem Zeugnis aufgeführte Kündigungsgrund entspricht letztlich, wenn auch nicht wörtlich, so doch dem Sinn nach, einem der damaligen Vorschläge des Klägers. Dieser schlug u.a. vor: "Die Parteien trennten sich am 30. Juni 2001, weil es keine Arbeit für den Mitarbeiter hatte, die ihn auch nur im geringsten befriedigt hätte." Das entspricht dem Gehalt nach durchaus der Formulierung, die Interessen der Parteien hätten sich nicht mehr vereinbaren lassen. In der 3. Version, die dem Kläger bereits anfangs August 2001 zuzuging, entschärfte die Beklagte sodann die Formulierung des Kündigungsgrundes, indem sie nur noch eine einvernehmliche Trennung festhielt, was bereits eine wohlwollende Umschreibung der Arbeitgeberkündigung ist. Wenn die Beklagte aber die damaligen Vorschläge des Klägers (unbesehen) übernommen hat, ihm m.a.W. ein Zeugnis ausstellte, wie er es selbst forderte, lässt sich für den damaligen Zeitpunkt keine relevante Pflichtwidrigkeit

der Beklagten herleiten, selbst wenn sie - auf spätere Vorsprache des Klägers - das Zeugnis dann nochmals angepasst hat. Fehlt es aber an einer damaligen Pflichtverletzung der Beklagten, kann eine solche auch nicht als Ursache für einen Schaden qualifiziert werden, zumal - namentlich die Version 3 - die Trennung der Parteien bereits in einer für den Kläger unverfänglichen Formulierung festhielt und damit für Bewerbungen als durchaus verwendbar erscheint.

Hinzu kommt, dass der Kläger auch aus der Verwendung der Zeugnisversionen 2 ff. keinen konkreten Schaden hergeleitet hat. Er hat nicht einen Arbeitgeber bezeichnet, bei welchem er sich mit einer dieser Versionen beworben hätte und der ihm eine Absage erteilt hätte, weil der Kündigungsgrund in der von der Beklagten gewählten Weise im Zeugnis enthalten war. Mangels (kausal) entstandenem Schaden kann der Kläger somit auch keinen entsprechenden Ersatzanspruch geltend machen."

Das Gericht wies sowohl den Antrag auf Zeugnisänderung als auch den auf Schadenersatz ab.

(AGer., AN040134 vom 14.04.2004; in einer dagegen erhobener Berufung bestätigte das Obergericht den Entscheid des Arbeitsgerichtes am 28.10.2004; LA040034)

14. OR 330a; Erwähnung der kündigenden Partei im Zeugnis?

Der Klägerin war gemäss eigener Darstellung zufolge der vom übrigen Team beendeten zu starken Persönlichkeit und mangelhaften Sensibilität der Klägerin gekündigt worden (siehe dazu Entscheid Nr. 20). Sie beantragte, dass im Zeugnis nicht erwähnt werden dürfe, wer das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat.

Aus dem Entscheid:

"Unter Beendigungsgrund im engeren Sinne ist die technische Art der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen (Kündigung des Arbeitnehmers, Kündigung des Arbeitgebers, Aufhebungsvertrag u. dgl.). Bei den Motiven, die zur Kündigung geführt haben, handelt es sich um den Kündigungsgrund im weiteren Sinne.

Vorliegend hat die Beklagte nur den Kündigungsgrund im engeren Sinne in das Zeugnis aufgenommen (Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte). In einem Vollzeugnis müssen Angaben zum Beendigungsgrund im engeren Sinne, d.h. zur technischen Art der Beendigung, ohne Rücksichtnahme auf den diesbezüglichen

chen Willen des Arbeitnehmers dann gemacht werden, wenn sie zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers beitragen.

Trägt der Beendigungsgrund dagegen nicht zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers bei, kann dieser verlangen, dass diesbezügliche Angaben gestrichen werden (Janssen, a.a.O., S. 188 f.; Rehbinder, a.a.O.).

Es ist damit zu prüfen, ob der Umstand, dass die Kündigung von der Beklagten ausgegangen ist, zur Gesamtwürdigung der Klägerin beiträgt. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu beachten, dass das Arbeitszeugnis den Grundsätzen der Wahrheit, des Wohlwollens, der Vollständigkeit, der Einheitlichkeit, der Individualität und der Klarheit entsprechen sollte, wobei diese Grundsätze teilweise auch in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Nicht jede Information soll im Arbeitszeugnis Eingang finden, weshalb öfters eine Abwägung zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerinteressen an der Erwähnung bzw. Nichterwähnung einer Tatsache vorgeht (Janssen, a.a.O., S. 70 f.; JAR 1988, S. 251).

Die Beklagte äusserte sich im Arbeitszeugnis vom 19. Februar 2004 grundsätzlich sehr positiv über die Leistungen der Klägerin. Ihr Verhalten wurde dagegen nur mit Bezug auf interne und externe Kunden gewürdigt, woraus ein aufmerksamer Leser des Zeugnisses bereits den Schluss ziehen kann, dass ihr Verhalten gegenüber Vorgesetzten und Mitarbeitern zumindest nicht die gleiche Qualität aufwies. Diese Auslassung ist als genügend zu erachten, um die sämtlichen von der Beklagten im Prozess geltend gemachten (teilweise bestrittenen) Verhaltensfehler der Klägerin abschliessend in die Beurteilung im Zeugnis einzubeziehen, zumal diese Verhaltensfehler - selbst wenn sie in allen Teilen zutreffen sollten - nicht nachgerade auf einen fundamentalen Charaktermangel der Klägerin schliessen liessen. Die Angabe am Schluss des Zeugnisses, wonach die Beklagte das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, trägt damit ergänzend weder zur Klarheit noch zur Einheitlichkeit des Zeugnisses bei. Mit Hinblick auf das gebotene Wohlwollen und den insoweit bestehenden Ermessensspielraum ist der Hinweis, nachdem das Verhalten bereits anderweitig ins Zeugnis eingeflossen ist, auch entbehrlich. Er erschwert das wirtschaftliche Fortkommen der Klägerin - auch mit Hinblick auf die gut dreijährige Anstellungsdauer der Klägerin - übermässig. Das Interesse der Klägerin an der Streichung der Angabe des technischen Kündigungsgrundes übersteigt daher die Arbeitgeberinteressen.

Ob ein eigentlicher Anspruch eines Arbeitnehmers auf eine neutrale Formulierung des technischen Austrittsgrundes im Falle einer Arbeitgeberkündigung besteht - zumal wenn sich der Austrittszeitpunkt bereits aus dem Zeugnis-Ingress ergibt - kann vorliegend offen bleiben. Im konkreten Zeugnis ist sie jedenfalls aufgrund des übrigen Text-Flusses sprachlich geboten, würde andernfalls doch dem an die

Leistungs- und Verhaltensbeurteilung unmittelbar anschliessenden blossen Hinweis auf das Berufsgeheimnis, aber fehlender weitergehender Verpflichtungen (in der gewählten Formulierung) ein zu vermeidender, abrupter Umbruch im Zeugnistext erfolgen.

Aus diesen Gründen ist das Arbeitszeugnis dahingehend zu ändern, dass in Bezug auf die Umstände der Beendigung des Arbeitsverhältnisses antragsgemäss eine neutrale Formulierung einzufügen ist, wobei immerhin das Austrittsdatum mit jenem im ersten Absatz des Zeugnisses in Einklang zu bringen ist."

(AGer., AN031092 vom 2.07.2004; in der dagegen erhobenen Berufung war dieser Punkt kein Streitthema mehr)

15. OR 335; Rückforderung von Ausbildungskosten

Die Parteien schlossen eine Ausbildungsvereinbarung, wonach sich die Beklagte an den Ausbildungskosten beteiligte. Weiter wurde vereinbart, dass der Kläger bei Abbruch oder Austritt während der Ausbildung sämtliche Kosten zurückzuerstatten habe. Er musste zudem noch ein Jahr nach Abschluss der Ausbildung für die Beklagte tätig bleiben, ansonsten eine pro rata temporis Rückzahlung fällig wurde. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis auflöste, stellte sich die Frage, ob sie berechtigt war, die Ausbildungskosten zurückzufordern.

Aus dem Entscheid:

"Die Ausbildungsvereinbarung wurde Mitte Oktober 2002 abgeschlossen, zu welchem Zeitpunkt der Kläger bereits 16 Monate für die Beklagte tätig war, aber - aus der Sicht der Beklagten - fortdauernd nicht stellengerechte Leistungen erbrachte. In Kenntnis der ungenügenden Leistungen sah sich die Beklagte nicht etwa veranlasst, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aufzulösen, sondern band ihn vielmehr für (voraussichtlich) weitere zweieinhalb Jahre an ihren Betrieb. Daraus durfte aber der Kläger schliessen, dass die Beklagte - selbst wenn seine Leistungen nicht in allen Teilen ihren Erwartungen entsprachen - aufgrund der damals aktuell gegebenen Umstände die Fortführung des Anstellungsverhältnisses bis ins Jahr 2005 nicht in Frage stellte.

Im April 2003 lag die - nach den Intentionen der Beklagten - nicht bessere Leistungsbeurteilung 2002 vor. Weiterhin sah sich die Beklagte nicht veranlasst, das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger zu kündigen, sondern richtete vereinba-

rungsgemäss die erste Zahlung an sein Schulgeld aus. Dieses Verhalten war geeignet, das Vertrauen des Klägers in den Bestand des Arbeitsverhältnisses trotz weiterhin nicht stellengerechter Leistungen zu bestärken.

Die zweite Schulgeldzahlung seitens der Beklagten erfolgte vereinbarungsgemäss Ende Oktober 2003, nachdem die weiterhin ungenügende Halbjahresqualifikation 2003 schon längere Zeit vorlag. Eine Kündigung seitens der Beklagten war im damaligen Zeitpunkt zufolge Sperrfrist gemäss Art. 336c OR zwar ausgeschlossen. Auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten geschilderten Abläufe musste aber im Auszahlungszeitpunkt der Entscheid über die bevorstehende Kündigung zu gegebener Zeit bereits getroffen worden sein; jedenfalls hätte die Beklagte diese Entscheidung bis dahin treffen können. Wenn die Beklagte gleichwohl die Auszahlung Ende Oktober 2003 noch vorbehaltlos vornahm (d.h. ohne beispielsweise dem Kläger die bevorstehende Kündigung voranzukündigen) bestärkte sie nochmals das Vertrauen des Klägers in den Bestand des Arbeitsverhältnisses.

Zusammenfassend durfte der Kläger damit zumindest aus dem Verhalten der Beklagten bis mindestens April 2003, aber auch noch aus der vorbehaltlosen Auszahlung des Schulgeldes Ende Oktober 2003 schliessen, dass die Beklagte in seinen Leistungen auf gleichbleibendem (nur teilweise stellengerechten) Niveau keinen Anlass für eine Kündigung (aus begründetem Anlass) sah. Wenn sich die Beklagte nunmehr gleichwohl auf diese Leistungen als Kündigungsgrund beruft, erscheint ihr Verhalten als treuwidrig i.S. von Art. 156 OR.

Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn zwischen April 2003 und August 2003 (Datum der Halbjahresqualifikation) gegenüber den Vorjahren eine Leistungseinbusse des Klägers zu verzeichnen gewesen wäre, was sich aber aus den diversen Qualifikationen und der eigenen diesbezüglichen (substantiierten) Kommentierung der Beklagten nicht herleiten lässt.

Ebenfalls eine andere Beurteilung wäre angezeigt, wenn die Beklagte (für den Kläger erkennbar) die Ausbildungsbeiträge gerade deshalb geleistet hätte, um die Leistungsdefizite des Klägers zu verbessern. Dafür liegen einerseits aber weder Hinweise in den Ausführungen der Parteien vor, noch ergeben sich solche aus den eingereichten Urkunden. Andererseits wäre diesfalls der Beklagten entgegen zu halten, dass sie das Ergebnis der Ausbildung, dauernd bis März 2004 gar nicht erst abgewartet hat, unter welchem Aspekt sich die Kündigung als treuwidrig erweise, weil die Beklagte dem Kläger die Möglichkeit versagt hat, das Ergebnis der Weiterbildung in seine Leistungen umzusetzen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die nach Angaben der Beklagten seit jeher nicht stellengerechten Leistungen des Klägers aufgrund des konkreten anderweitigen Verhaltens der Beklagten keinen hinreichenden, in der Person des Klägers liegenden begründeten Anlass zur Kündigung darstellen. Demzufolge fiel mit der Arbeitgeberkündigung die Rückzahlungsverpflichtung des Klägers dahin. Die von der Beklagten vorgenommenen Abzüge von je Fr. 3'580.- vom Lohn des Klägers für Februar und März 2004 waren dementsprechend ungerechtfertigt. Antragsgemäss ist sie zu verpflichten, dem Kläger Fr. 7'160.- (brutto für netto) zu bezahlen. Zinsen sind - weil nicht verlangt - keine geschuldet."

(AGer., AN040353 vom 25.08.2004; eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Beschluss vom 8.11.2004 abgewiesen; OGer., PN04227).

16. OR 335; Keine Schadenminderungspflicht bei Freistellung

Der Kläger wurde mit der Kündigung per sofort freigestellt. Die Beklagte behauptete, der Kläger habe seine Schadenminderungspflicht verletzt, indem er während der Freistellung ein Arbeitsangebot ausgeschlagen habe.

Aus dem Entscheid:

"Der von der Beklagten zur Begründung ihrer Forderung angerufene Bundesgerichtsentscheid stützt indessen deren Rechtsauffassung überhaupt nicht. Das Bundesgericht hält fest, ein Arbeitnehmer, welcher während der Freistellungszeit einen anderweitigen Verdienst erzielt, habe sich diesen anrechnen zu lassen (BGE 118 II 139 ff.). Es verlangt aber vom Arbeitnehmer nicht, er sei während der Dauer der Freistellung zur Schadenminderungspflicht, d.h. zur Stellensuche und Annahme einer anderen zumutbaren Arbeit verpflichtet. Ausdrücklich hält der genannte Entscheid fest, die Freistellung sei weder mit Annahmeverzug des Arbeitgebers noch mit einer fristlosen Entlassung gleichzusetzen, weil sie von beiden Instituten in mehreren Tatbestandsmerkmalen abweiche.

Zudem ist nicht ersichtlich, inwieweit ein Arbeitgeber einen Schaden erleiden soll, zu dessen Minderung der Arbeitnehmer verpflichtet sein sollte, wenn er freiwillig auf dessen Dienste verzichtet hat. Der freigestellte Arbeitnehmer ist folglich nicht verpflichtet, eine neue Arbeitsstelle zu suchen. Hingegen hat er sich anrechnen zu lassen, was er während der Dauer der Freistellung bei einem anderen Arbeitgeber verdient, wenn er freiwillig arbeitet. Ein solcher anderweitiger Verdienst des Klä-

gers während der Dauer der Freistellung wurde seitens der Beklagten jedoch nicht behauptet, weshalb die Widerklage in diesem Punkt abzuweisen ist."

(AGer., AN030562 vom 5.04.2004; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 5.10.2004 durch Vergleich erledigt; LA040023.)

17. OR 335a; Verbot von ungleichlangen Kündigungsfristen

Die Parteien schlossen im August 2003 einen befristeten Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit bis am 30. Juni 2006. In einer Zusatzvereinbarung behielt sich die Beklagte das Recht vor, den Arbeitsvertrag schriftlich unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist spätestens bis 30. November 2003 per 31. Dezember 2003 aufzulösen.

Aus dem Entscheid:

"Gemäss Art. 335a Abs. 1 OR dürfen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden (Kündigungsparität).

Solche liegen nach Lehre und Rechtsprechung auch dann vor, wenn die in einer bestimmten Situation geltende Kündigungsfrist zwar für beide Parteien gleich lang ist, jedoch nur einer Partei das Recht zusteht, die Situation herbeizuführen, welche die Anwendbarkeit dieser Kündigungsfrist begründet, während sonst eine andere Frist oder eine bestimmte Dauer des Arbeitsvertrages gilt. Dasselbe gilt selbstverständlich auch dann, wenn eine Kündigung für die eine Partei im Gegensatz zur anderen ganz oder teilweise ausgeschlossen wird (ZK-Staehelin, N 2 zu Art. 335a OR; BGE 116 II S. 152 f. unter Verweis auf BGE 108 II 115 ff.).

Die Verletzung von Art. 335a Abs. 1 OR führt zur Teilnichtigkeit des Vertrages, indem die von der Kündigungsparität abweichende kürzere Frist aufgehoben und die längere an ihre Stelle tritt. Den Parteien bleibt es allerdings unbenommen, den Vertrag nach Entdeckung des Mangels durch Übereinkunft aufzuheben (ZK-Staehelin, N 7-8 und 13 zu Art. 335a OR).

Fest steht, dass die Parteien mit Arbeitsvertrag vom 29. August 2003 ein bis Ende Juni 2006 befristetes Arbeitsverhältnis ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit vereinbart haben. Soweit Ziffer 4 der Vereinbarung vom gleichen Datum der Beklagten daneben ein vorzeitiges Kündigungsrecht einräumt, verstösst das gegen Art. 335a Abs. 1 OR. Damit hat sich die Beklagte eine einseitige Kündigungsmöglichkeit vorbehalten, von der ohne bestimmte Gründe und einseitig nur sie

vorbehalten, von der ohne bestimmte Gründe und einseitig nur sie Gebrauch machen kann, was unzulässig ist.

Daran ändert nichts, sollte die Beklagte nur die Absicht gehabt haben, sich während einer Probezeit ein Kündigungsrecht vorzubehalten. Es ist zwar durchaus zulässig, in einem befristeten Arbeitsvertrag eine Probezeit vorzusehen, indes muss die Möglichkeit der Auflösung des Vertragsverhältnisses vor Ablauf der Befristung auch in diesem Fall beiden Parteien und nicht nur einer zustehen, ansonsten Art. 335a Abs. 1 OR verletzt ist (ZK-Staehelin, a.a.O., Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 und 4 zu Art. 334 OR).

Ebenso wenig beachtlich ist der Einwand der Beklagten, die Vereinbarung habe dem Willen beider Parteien entsprochen. Art. 335a Abs. 1 OR ist zwar nicht im Katalog der zwingenden oder teilzwingenden Bestimmungen im Sinne von Art. 361 und 362 OR zu finden. Sie ist per se zwingend, weil die Norm die Vereinbarung ungleicher Kündigungsfristen selber für unzulässig erklärt und damit festlegt, dass davon weder abgewichen werden darf, noch ein Arbeitnehmer zu seinen Ungunsten darauf verzichten kann (ZK-Staehelin, N 13 zu Art. 335a OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 335a OR).

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass Ziffer 4 der Vereinbarung vom 29. August 2003 nichtig ist. An ihre Stelle tritt grundsätzlich die vereinbarte Befristung bis 30. Juni 2006."

(AGer., AN040186 vom 10.05.2004; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 6.07.2004 wieder zurückgezogen)

18. OR 335b; Unzulässige Vereinbarung von zwei Probezeiten

Die Parteien schlossen anfangs Oktober 2003 einen Arbeitsvertrag mit u.a. einer Probezeit von 14 Tagen. Am 22. Oktober 2003 schlossen die Parteien einen zweiten Arbeitsvertrag mit Wirkung ab 1. November 2003, welcher wiederum eine Probezeit enthielt. Am 5. November 2003 wurde das Arbeitsverhältnis per 10. November 2003 gekündigt, da der Beklagte davon ausging, die Klägerin befinde sich noch in der Probezeit. Die Klägerin ging davon aus, der zweite Arbeitsvertrag habe keine Probezeit mehr enthalten, weshalb das Arbeitsverhältnis frühestens per Ende Dezember habe gekündigt werden können.

Aus dem Entscheid:

"Der Zweck einer Probezeit liegt darin, dass ein Arbeitsverhältnis erprobt und bei nicht erfüllten Erwartungen kurzfristig beendet werden kann (vgl. dazu Adrian Staehelin, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Zürich 1996, S. 515). Zwar kann eine Probezeit mittels schriftlicher Abrede verlängert werden (Art. 335b Abs. 2 OR), jedoch kann nach ihrem unbenützten Ablauf eine Zurückversetzung in die Probezeit (eine Neuansetzung der Probezeit) nicht mehr vereinbart werden, da dies dem Sinn und Zweck der Probezeit widerspräche und den Arbeitnehmer des zwingenden Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c OR berauben würde (Staehelin, a.a.O., S. 520 f. mit weiteren Hinweisen). Dasselbe muss sogar gelten, wenn nach Ablauf der ursprünglichen Probezeit gekündigt und nahtlos ein neuer Vertrag geschlossen wird, der wiederum eine Probezeit vorsieht. Solche Kettenverträge sind allgemein verpönt, und speziell die darin enthaltenen Abreden bezüglich der Probezeit wurden in der Gerichtspraxis mehrfach für unzulässig erklärt (JAR 1983, S. 162; JAR 1982, S. 162 f.).

Vorliegend schlossen die Parteien am 22. Oktober 2003 - mithin nach Ablauf der 14-tägigen Probezeit gemäss dem ersten Arbeitsvertrag - einen neuen Arbeitsvertrag, worin angeblich eine neue Probezeit von wiederum 14 Tagen angekreuzt wurde. Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine neue Probezeit von wiederum 14 Tagen angekreuzt wurde, kann dabei nicht von einer Verlängerung der Probezeit ausgegangen werden, denn eine solche wurde von keiner Partei angestrebt. Selbst der Beklagte sagte aus, dass er die Probezeit nur angekreuzt habe, weil man das bei jedem Abschluss eines neuen Vertrages so mache. Einen anderen Grund habe es dafür nicht gegeben. Ein übereinstimmender (ernsthafter) Wille der Parteien zur Verlängerung der Probezeit lag dem Arbeitsvertrag vom 22. Oktober 2003 somit nicht zugrunde - eher das Gegenteil war der Fall. Eine Verlängerung drängte sich im konkreten Fall denn auch nicht auf, da der Beklagte bereits Gelegenheit hatte, die Klägerin zwei Wochen lang bei der Arbeit kennen zu lernen, und nicht geltend macht, dass an der Qualität der Arbeit der Klägerin etwas auszusetzen gewesen sei.

Es kann aber auch deshalb dahingestellt bleiben, ob die Probezeit bereits bei Abschluss des neuen Vertrags angekreuzt war oder nicht, weil es sich vorliegend um eine - in Art. 335b Abs. 2 OR nicht vorgesehene - Neuansetzung und nicht um eine Verlängerung der Probezeit handelte. Da die ursprüngliche Probezeit von 14 Tagen ab dem 1. Oktober 2003 bereits abgelaufen war, hätte eine Neuansetzung höchstens nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, also nach dem 30. November 2003, geschehen dürfen. Selbst dann wäre die Zulässigkeit aber fraglich gewesen. Die

Kündigung am 10. November 2003 erfolgte somit nicht während der Probezeit, weshalb das Arbeitsverhältnis der Parteien erst mit Ablauf der einmonatigen Kündigungsfrist am 31. Dezember 2003 endete."

(AGer., AN031104 vom 22.04.2004)

19. OR 336; Rache Kündigung

Der Kläger war seit Juli 2002 für die Beklagte tätig. Im Januar 2004 erhob er Klage und verlangte gestützt auf den Arbeitsvertrag für den Zeitraum September 2002 bis Dezember 2003 monatlich Fr. 300.-- Lohndifferenz. Dieses Verfahren wurde am 17. Februar 2004 durch Vergleich erledigt, wobei festgehalten wurde, dass der Lohn Fr. 4'300.-- betrage und die Beklagte die ausstehenden Differenzen nachzahlte. Der Kläger arbeitete in der Folge weiter und war vom 27. Januar bis 6. Februar 2004 sowie mehrheitlich den ganzen März arbeitsunfähig. Am 25. März 2004 wurde ihm am Arbeitsplatz gekündigt. Im April war der Kläger wieder mehrheitlich wegen Krankheit arbeitsunfähig. Aufgrund der Arztzeugnisse kam das Gericht zum Schluss, die Kündigung sei gültig, da der Kläger in dieser Zeit arbeitsfähig gewesen sei. Umstritten sind die Gründe, die zur Kündigung geführt haben.

Aus den Erwägungen:

"Der Gekündigte hat nach Art. 8 ZGB den Kausalzusammenhang zwischen dem geltend gemachten Anspruch und der Kündigung grundsätzlich zu beweisen. Dieser Nachweis wird in der Praxis kaum möglich sein, weshalb bereits Indizien genügen, die ein missbräuchliches Kündigungsmotiv überwiegend wahrscheinlich machen (JAR 1992, S. 229 ff.). Ein gewichtiges Indiz kann im zeitlichen Zusammenhang zwischen der Geltendmachung von Ansprüchen und der Kündigung liegen. Er indiziert eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Kündigung in erster Linie deswegen ausgesprochen wurde.

Tatsache ist, dass dem Kläger nur gerade rund fünf Wochen nach der Erledigung des Vorprozesses am 17. Februar 2004 gekündigt wurde, Das kann zwar nicht mehr als "unmittelbar nachher" bezeichnet werden, doch ist zu berücksichtigen, dass der Kläger nach dem 17. Februar 2004 kaum mehr gearbeitet hat. Es war der Beklagten wohl bewusst, dass sie während der Krankheit nicht kündigen durfte.

Die krankheitsbedingte Abwesenheit lässt aber noch eine weitere Schlussfolgerung zu: Der Kläger konnte der Beklagten dadurch gar keine wesentlichen Gründe zur

Kündigung mehr geben, die nicht bereits vorher bestanden hatten. Die Beklagte brachte erst an der Hauptverhandlung pauschal vor, interne Umstände seien ausschlaggebend gewesen. Erst nach mehrmaligem Nachfragen konkretisierte sie diese, der Lohn des Klägers sei zu hoch gewesen bzw. er habe sich nicht bemüht und eher asoziales Verhalten gezeigt. Konkrete Vorfälle wurden dabei ebenso wenig dargelegt wie offen blieb, ob das Verhalten oder die Leistungen des Klägers davor je beanstandet worden seien.

Als weiteres Indiz für die Missbräuchlichkeit der Kündigung ist der Umstand zu werten, dass die Beklagte dem Kläger trotz mehrmaliger Aufforderung eine Begründung der Kündigung bis zur Hauptverhandlung verweigerte und sie sich erst nach mehrmaligem Nachfragen überhaupt dazu äusserte. Ein solches Verhalten indiziert die Missbräuchlichkeit der Kündigung (Philippe Nordmann, a.a.O., S. 38).

Bei dieser Sachlage drängt sich der Schluss geradezu auf, dass die Geltendmachung des Anspruchs unmittelbarer Anlass zur Kündigung war. Zwar wurde der Vorprozess durch Vergleich erledigt, aber dessen Grundlage war die Feststellung des Gerichts, die Beklagte habe den Lohn des Klägers nicht korrekt bezahlt, d.h. der Anspruch des Klägers wäre im Urteilsfall grundsätzlich gutgeheissen worden. Ist der Arbeitgeber der Auffassung, ein Arbeitnehmer beziehe einen zu hohen Lohn, sei ihm also zu teuer, kann eine Kündigung deswegen noch nicht beanstandet werden. Im hier zu beurteilenden Fall wurde jedoch am 17. Februar 2004 festgestellt, die Beklagte zahle nicht den korrekten, sondern einen zu tiefen Lohn. Kurz darauf erfolgte die Kündigung.

Andere Gründe wurden nicht plausibel gemacht. Die Kündigung erweist sich damit als missbräuchlich."

Es folgen Ausführungen zur Berechnung der Entschädigung.

"Schwer zu gewichten ist, dass die Beklagte die Kündigung ausgesprochen hat, unmittelbar nachdem im Vorprozess - in welchem der Kläger grundsätzlich obsiegt hätte - eine Einigung erzielt werden konnte und ohne dass ein vom Kläger verschuldeter Anlass ersichtlich ist. Erschwerend kommt hinzu, dass eine Begründung trotz Aufforderung erst an der Hauptverhandlung erfolgt ist, was dem Kläger die Geltendmachung der Ansprüche erschwert hat.

Ein Arbeitnehmer, der gerechtfertigte Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber gerichtlich durchsetzen muss, soll nicht mit der Kündigung dafür bestraft werden. Das Verschulden der Beklagten wiegt deshalb schwer. In Würdigung dieser Umstände ist die verlangte Entschädigung von drei Monatslöhnen gerechtfertigt. Die Beklagte

ist daher zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 12'900.-- netto zu bezahlen. Verzugszins verlangt der Kläger keinen."

(AGer., AN040346 vom 9.07.2004)

20. OR 336; Zusammenarbeitsprobleme im Team: Mobbing?

Die Klägerin macht geltend, die Kündigung sei missbräuchlich. Sie vertritt zusammenfassend den Standpunkt, sie sei von ihren Teamkolleginnen aus dem Arbeitsverhältnis verdrängt worden, weil diese ihre Stelle unter sich aufteilen bzw. ihre Stelle der Bekannten einer Mitarbeiterin zuhalten wollten. Weiter sei ihr gekündigt worden, weil sie eine selbstsicher auftretende Mitarbeiterin gewesen sei, die auf die Wahrung ihrer persönlichen Sphäre bedacht gewesen sei.

Aus dem Entscheid:

"Zu prüfen bleibt, ob die Beklagte ihrer Fürsorgepflicht genügt hat, bevor sie zur Kündigung schritt, welche Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers das Bundesgericht im Entscheid 4C.253/2001 veranlasste, die Missbräuchlichkeit einer Kündigung festzustellen.

Gemäss eigenen Angaben der Klägerin hat die Beklagte die (zu) starke Persönlichkeit und mangelhafte Sensibilität der Klägerin in einem Gespräch im Oktober 2002 angesprochen und ihr dann im Oktober 2003 mit der nämlichen Begründung und dem Hinweis, sie habe sich nicht gebessert, gekündigt.

Im vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid stipulierte das höchste Gericht eine weitgehende Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin für einen offen ausgebrochenen Konflikt zwischen zwei Mitarbeitern, die sich auch verbal nichts durchgehen liessen. Eine vergleichbare Situation liegt nicht vor. Eigentliches Mobbing hat die Klägerin ebenso wenig dargetan wie konkrete Persönlichkeitsverletzungen durch ihre Teamkolleginnen oder anderweitige Angriffe auf ihre Ehre oder Integrität. Das einzige, was im Raume steht, ist der Umstand, dass ihre Kolleginnen zunächst ihre zu starke Persönlichkeit beanstandeten und später die Arbeitgeberin aus dem nämlichen Grund vor die Alternative stellten, entweder der Klägerin zu kündigen oder die Kündigung des übrigen Teams in Kauf zu nehmen. Die Beklagte sah sich mit anderen Worten - immer der Sachdarstellung der Klägerin folgend - in der Situation, dass die Kolleginnen der Klägerin deren Persönlichkeitsstruktur als nicht team-

gerecht erachteten und deshalb schliesslich deren Entfernung aus dem Team wünschten.

Sowohl Art. 328 OR als auch der angeführte Bundesgerichtsentscheid - der auf einem keineswegs vergleichbaren Sachverhalt beruht - sind mit Augenmass auszulegen und zu würdigen. Es würde zu weit führen, wenn der Arbeitgeber bei Unverträglichkeiten unter Arbeitnehmern, die aber weder zu Persönlichkeitsverletzungen noch zu anderweitigen Angriffen auf die Ehre oder die geistige Integrität führen, sondern sich darauf beschränken, die Unvereinbarkeit der Persönlichkeitsstrukturen zu thematisieren, bereits Schlichtungsbemühungen zu tätigen hätte (vgl. dazu auch den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 10. Juni 2004, G.-Nr. LA030051). Es muss als hinreichend erachtet werden, wenn der Arbeitgeber mit jenem Mitarbeiter das Gespräch sucht, der vom Team als zu stark und zu wenig sensibel empfunden wird, und es muss ihm erlaubt sein, sich von diesem Mitarbeiter zu trennen, wenn sich der Zustand perpetuiert.

Zusammenfassend erwiese sich die Kündigung selbst dann nicht als missbräuchlich, wenn sie entsprechend der klägerischen Sachdarstellung zufolge der vom übrigen Team beanstandeten zu starken Persönlichkeit und mangelhaften Sensibilität der Klägerin ergangen sein sollte."

(AGer., AN031092 vom 2.07.2004; vom Obergericht bestätigt am 5.11.2004; LA040035)

21. OR 336c; Sperrfrist bei kurzer Arbeitsverhinderung und Freistellung; Arbeitsaufforderung

Der Kläger wurde am 28. Januar 2002 freigestellt. Die Kündigung wurde später, am 22. März 2002 auf den 30. April 2002 ausgesprochen.

Aus den Erwägungen:

"Der Kläger behauptet, er sei im April 2002, also während der laufenden Kündigungsfrist, zwei Tage krank und arbeitsunfähig gewesen. Träfe dies zu, verlängerte sich die Kündigungsfrist grundsätzlich um einen Monat (Art. 336c Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 und 3 OR). Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger an diesen beiden Tagen tatsächlich arbeitsunfähig gewesen sei und erachtet es ferner als rechtsmissbräuchlich, sich in Anbetracht der dreimonatigen Freistellung auf eine so kurze Krankheitsdauer zu berufen.

Dem Kläger wurde daher der Beweis dafür auferlegt, dass er am 25. und 26. April 2002 krank und arbeitsunfähig war. Der Zeuge, Dr. med. X, der auch das Arbeitsunfähigkeitszeugnis des Klägers ausstellte, führte aus, der Kläger sei am Donnerstag, den 25. April 2002 notfallmässig als Patient zu ihm gekommen. Der Kläger habe unter einem Magen-Darminfekt mit Bauschmerzen, Schlechtsein und Durchfall gelitten. Er habe ihm die angezeigten Medikamente verschrieben und ihn für zwei Tage krank geschrieben. Diese zwei Tage seien das Minimum gewesen. Es ist kein Grund ersichtlich, der an den Aussagen des Zeugen X. zweifeln liesse. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers infolge Krankheit am 25. und 26. April 2002 ist somit erwiesen.

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kann nur dann begründet sein, wenn man dem Kläger Handlungen vorwerfen könnte, die zum blossen Krankwerden hinzutreten. Kann dem Kläger nichts anderes vorgeworfen werden, als eben krank geworden zu sein, ist der Rechtsmissbrauchsvorwurf unbegründet. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Kläger nur während zweier Tage arbeitsunfähig gewesen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Bestimmung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nur dann nicht anwendbar, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung als dermassen unbedeutend erscheint, dass dadurch die Besetzung einer neuen Stelle in keiner Weise behindert werden kann (BGE 128 III 212 ff. (217)). Eine sehr unbedeutende gesundheitliche Beeinträchtigung stellt eine Magen-Darminfektion aber nicht dar, im Gegenteil. Dass auch eine kurze Krankheit wegen der Verlängerung zum Monatsende eine Verlängerung um einen vollen Monat zur Folge hat, ist vom Gesetzgeber gewollt (Art. 336 Abs. 2 OR). Die Berufung darauf kann nicht rechtsmissbräuchlich sein. Angesichts der Freistellung musste der Kläger seine Dienste auch nicht wieder anbieten, zumal er wusste, dass die Beklagte seit dem 28. Januar 2002 definitiv auf seine Dienste verzichten wollte. Es wäre umgekehrt Sache der Beklagten gewesen, den Kläger zur Arbeit aufzubieten, wenn sie angesichts der Verlängerung der Kündigungsfrist auf ihre Freistellung hätte zurückkommen wollen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Kündigungsfrist wegen der zweitägigen Arbeitsunfähigkeit des Klägers während laufender Kündigungsfrist bis auf Ende Mai 2002 verlängerte."

(AGer., AN020496 vom 27.02.2002; in diesem Punkt vom Obergericht bestätigt am 22.12.2004; LA040020)

22. OR 337; Verspätetes Abholen einer Verwarnung auf der Post

Im Zusammenhang mit der Begründetheit einer fristlosen Kündigung stellte sich die Frage, ob der Kläger rechtzeitig von der Verwarnung Kenntnis erhalten hat.

Aus dem Entscheid:

"Fest steht auch, dass die Beklagte versucht hat, dem Kläger die Verwarnung vom 28. Dezember 2002 zuzustellen. Der Kläger machte dazu zunächst geltend, er habe diese nicht zur Kenntnis nehmen können, da sein Gesundheitszustand ihm nicht erlaubt habe, der Abholungseinladung entsprechend den Brief bis zum 27. Januar 2003 bei der Poststelle abzuholen. Im Rahmen der Replik änderte der Kläger seine Begründung und machte nunmehr geltend, er habe den Abholzettel erst am 8. Januar 2003 beim Aufräumen zwischen der Reklame gefunden. Zu dem Zeitpunkt sei die Abholfrist jedoch bereits abgelaufen gewesen.

Dieser Widerspruch lässt das Vorgehen des Klägers, er habe den Brief zufolge Krankheit nicht abholen können, als wenig glaubwürdig erscheinen. Die vom Kläger behauptete, am 25. Dezember 2002 aufgetretene Migräne dauerte nach seinen eigenen Angaben denn auch nicht bis zum 7. Januar 2003; in dessen Anschluss will er vielmehr (lediglich) an Ohrensausen und Wärmeempfindlichkeit gelitten haben, was ihn - wiederum nach eigener Sachdarstellung - nicht gehindert haben soll, am 7. Januar 2003 einen Arbeitsversuch zu unternehmen. Auch sah er sich in der Lage, am 3. Januar und (offenbar) am 6. Januar 2003 den Arzt aufzusuchen, wobei er schon am 3. Januar 2003 keine Kopfschmerzen mehr gehabt haben soll (so der Zeuge Dr. X.). Bereits am 1. Januar 2002 hat der Kläger schliesslich - weiterhin gemäss eigenen Angaben - von einer öffentlichen Telefonkabine aus angerufen, obwohl er sowohl über einen Festanschluss als auch über ein Handy verfügt, sah sich mithin in der Lage, ein Telefongespräch auswärts zu erledigen, das er auch zu Hause hätte führen können. Damit darf aber ausgeschlossen werden, dass der Kläger aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, die Verwarnung nach dem 1. Januar 2003 auf der Post abzuholen (so auch der Kläger selbst).

Den Umstand, dass er den Abholzettel erst nach Ablauf der Frist - offenbar zwischen der Werbung - aufgefunden habe, hat sich der Kläger selbst zuzuschreiben, da der Brief mit der Deponierung der Abholeinladung in seinem Briefkasten jedenfalls in seinen Machtbereich gelangt ist. Damit hat der Kläger die Zustellung der Ver-

warnung zwar noch nicht mutwillig vereitelt, doch deren Nichtzustellung jedenfalls selber verursacht und verschuldet.

Diese durch Verschulden des Klägers gescheiterte Zustellung der Postsendung hat die Fiktion deren Zustellung zur Folge. Analog zur Praxis über den Zugang einer Kündigung muss auch für eine andere Erklärung (in casu: Verwarnung) gelten, dass diese als zugegangen gilt, sobald sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt und seitens des Absenders die begründete Erwartung besteht, dieser werde von ihr Kenntnis nehmen (Brühwiler, a.a.O., N 3b zu Art. 335 OR). Entsprechend ist davon auszugehen, dass dem Kläger die Verwarnung vom 28. Dezember 2002 zugegangen ist."

(AGer., AN030141 vom 26.2.2004)

23. OR 337; Mitarbeiterdiebstahl

Die Beklagte entliess die seit fünf Jahren bei ihr tätige "Betriebsmitarbeiterin Buffet" fristlos mit dem Vorwurf, sie sei auf frischer Tat ertappt worden, wie sie in unerlaubter Weise Frischfleisch - einen ganzen, geräucherten Schweinehals von ca. 3 kg Gewicht und Fr. 60.-- Wert - entwendet habe. Überdies habe sie versucht, den Sachverhalt zu vertuschen, und sie habe auch nie ein Wort der Reue oder Entschuldigung ausgesprochen. Die Klägerin gab demgegenüber an, die Hälfte eines Fleischstückes (Rippli oder Rollbraten) von ca. Fr. 10.-- bis 20.-- für eine Arbeitskollegin, welche ihr versichert habe, das Fleisch bezahlt zu haben und im Besitze einer Quittung zu sein, ohne eigene Zahlungsbestätigung mitgenommen zu haben. Sie anerkannte, mit diesem Verhalten allenfalls gegen die interne Regelung des Warenbezugs verstossen zu haben, ohne aber einen Diebstahl begangen zu haben.

Aus dem Entscheid:

"Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung können Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zulasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden, ohne dass es einer vorgängigen Verwarnung bedürfte. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an (Brühwiler, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR; Staehelin-ZK, a.a.O., N 22 zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 337 OR; BGE 127 III 351 E. 4b/dd; Urteil

4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 5; BGE 124 III 25 E. 3 a und b; BGE 121 III 467 E. 5b; BGE 116 II 145 E. 6b; JAR 2002, S. 280 ff. und 290 ff.).

Vorliegendenfalls ist - selbst wenn man den Ausführungen der Beklagten folgt - im für die Klägerin ungünstigsten Fall von einem Diebstahl zulasten der Beklagten in der Höhe von Fr. 60.-- auszugehen. Bei einem Diebstahl bis zum Betrag von Fr. 300.-- handelt es sich um ein geringfügiges Vermögensdelikt im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB, mithin um eine Übertretung im Sinne von Art. 101 StGB (vgl. Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 77 ff.). Lehre und Rechtsprechung betrachten die Konsequenzen, welche die Begehung einer geringfügigen strafbaren Handlung gegen den Arbeitgeber nach sich ziehen muss, unterschiedlich. Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass selbst geringfügige Übertretungen gegen den Arbeitgeber einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR darstellen, weshalb eine fristlose Entlassung in der Regel gerechtfertigt sei (Brühwiler, a.a.O., Staehelin, a.a.O.); eine im Einzelfall andere Beurteilung ist damit freilich nicht ausgeschlossen. Auch Streiff/von Kaenel sind der Ansicht, dass die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Anstellung eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers zulässt. In Bezug auf Übertretungen äussern sich diese Autoren nicht eindeutig, geben aber zu bedenken, dass "schon recht geringfügige Taten" genügen, wenn der Arbeitgeber selber Opfer der strafbaren Handlung sei (a.a.O.). Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid diese Ansicht bezüglich Diebstahls zulasten des Arbeitgebers grundsätzlich übernommen, aber auch angemerkt, dass es sich "bei blossen Übertretungen (...) anders verhalten" kann (Urteil 4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 5). Ein anderer Teil der Lehre macht genau diese Unterscheidung zwischen einem geringfügigen Delikt beziehungsweise einer Übertretung einerseits und einem gravierenden Vorfall andererseits. So sieht Rehbindler in einem vorsätzlichen Diebstahl zulasten des Arbeitgebers zwar ebenfalls eine Verletzung der Treuepflicht, welche eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch für geringere Zeit nicht mehr zumutbar macht, erkennt jedoch, dass die "Geringfügigkeit der Rechtsverletzung, insbesondere des eingetretenen Schadens, eine andere Beurteilung rechtfertigen" kann (a.a.O.). Kuhn/Koller vertreten die Meinung, dass ein einmaliges, geringfügiges Vermögensdelikt im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB die Voraussetzung für eine fristlose Entlassung nicht erfüllt (Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Teil 7, Kapitel 3.2.4, S. 1 f.).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte die Klägerin deshalb fristlos entlassen, weil Letztere aus Sicht der Ersteren zu deren Lasten einen Diebstahl und somit eine Verletzung der Treuepflicht begangen hat. Entsprechend den überzeugenden Lehrmeinungen von Rehbindler und Kuhn/Koller ist in derartigen Fällen die Ver-

letzung der Treuepflicht in Relation zur Geringfügigkeit respektive Schwere der Rechtsverletzung zu setzen (a.a.O.). Vorliegend ist die in Bezug auf die Bereicherungsdelikte relevante "kritische Marke" von Fr. 300.-- auch nach beklagtischer Darstellung nicht annähernd erreicht worden. Durch den einmaligen Vorfall - sollte er sich tatsächlich so zugetragen haben, wie die Beklagte ihn geltend macht - wurde das langjährige Vertrauen nicht im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR derart schwer und definitiv verletzt, dass es der Beklagten nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin mittels ordentlicher Kündigungsfrist bis zum 31. Dezember 2002 fortzuführen. Die fristlose Entlassung wäre erst dann gerechtfertigt gewesen, wenn die Klägerin den Übertretungstatbestand auch nach einer schriftlichen Verwarnung durch die Beklagte, in welcher der Klägerin die fristlose Kündigung ausdrücklich angedroht gewesen wäre, wiederholt hätte (vgl. Rehbindler, a.a.O.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die fristlose Entlassung durch die Beklagte ungerechtfertigt erfolgt ist. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen (hypothetischen) Kündigungsfrist, d.h. bis zum 31. Dezember 2002 zu bezahlen (Art. 337c Abs. 1 OR)."

Aufgrund aller Umstände sprach das Gericht der Klägerin zudem eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von zwei Monatslöhnen zu.

(AGer., AN 030542 vom 31.03.2004; eine dagegen erhobene Berufung wurde vor Obergericht am 28.06.2004 durch Vergleich erledigt; LA040024)

24. OR 337; Wegbleiben von der Arbeit während der Schwangerschaft; Betreuung des kranken Kindes

Der Klägerin wurde am 26. Februar 2004 ordentlich gekündigt. Da sie zu diesem Zeitpunkt schwanger war, war die Kündigung nichtig. Mit Schreiben vom 15. März 2004 wies der Arbeitgeber die Klägerin darauf hin, dass in Zukunft keine unentschuldigtem Absenzen mehr geduldet würden und dass sie ihn im Falle einer begründeten Abwesenheit sofort zu orientieren habe. Für den Wiederholungsfall drohte er ihr die fristlose Kündigung an. Am 26. April 2004 wurde die Klägerin fristlos entlassen. Als Grund wurde angegeben, die Klägerin sei am 8. und 10. April 2004 ohne jegliche Begründung der Arbeit ferngeblieben.

Aus dem Entscheid:

"Laut Art. 36 Abs. 3 ArG hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang bis zu drei Tagen freizugeben. Die Krankheit des Kindes muss mit einem Arztzeugnis belegt werden. Im vorliegenden Fall wurde seitens der Klägerin ein Zeugnis vorgelegt, nachdem sie wegen Krankheit ihrer Tochter vom 5. bis 13. April 2004 zu 100% arbeitsunfähig war. Es datiert deshalb erst vom 17. Mai 2004, da es erneut eingeholt werden musste. Dasselbe gilt auch für das Zeugnis vom 25. Mai 2004.

In der Praxis wird davon ausgegangen, dass die Arbeitnehmerin während den drei Tagen, an denen sie sich um ihr Kind kümmern kann, die allenfalls notwendige weitere Pflege organisiert. Zutreffend ist somit, dass die Klägerin sowohl am 8. als auch am 10. April grundsätzlich hätte zur Arbeit erscheinen sollen, was sie aber nicht getan hat..

Die Klägerin ging fälschlicherweise davon aus, dass sie mit einem entsprechenden Arztzeugnis berechtigt ist, sich fünf Tage (auf Kosten des Arbeitgebers) um ihre Tochter kümmern zu können. Dass dem nicht so ist, und der Arbeitgeber lediglich im Umfang von drei Tagen weiterhin lohnpflichtig bleibt, ergibt sich aus Art. 36 ArG. Aufgrund Unkenntnis dieser Gesetzesbestimmung ist die Klägerin letztlich 2 Tage zu viel der Arbeit ferngeblieben. Der Beklagten war die genannte Bestimmung offenbar bekannt. Sie konnte nicht davon ausgehen, dass dies für die Klägerin auch gilt. Mithin wäre es der Beklagten zumutbar gewesen, die Klägerin entsprechend zu informieren. Die Beklagte hätte anstelle der voreiligen Entlassung auch einfach die Lohnzahlung für die letztlich unbegründete Abwesenheit von zwei Tagen verweigern können.

In der Folge kündigte der Arbeitgeber der Klägerin fristlos mit Schreiben vom 26. April 2004. Mithin hatte die Beklagte über zwei Wochen gewartet, bis sie sich zu dieser Handlung entschloss. Eine fristlose Kündigung ist aber sofort nach Kenntnis des wichtigen Grundes zu erklären, andernfalls hat der Kündigende sein Recht zur fristlosen Auflösung verwirkt. In der Praxis werden Bedenkzeiten von gewöhnlich zwei bis drei Tagen zugelassen (BGE 130 III 34). Darin wird die subjektive Seite der Unzumutbarkeit zum Ausdruck gebracht. Mit einem längeren Zuwarten gibt die verletzte Partei zu erkennen, dass ihr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach ihrem subjektiven Empfinden nicht unzumutbar erscheint.

Im Weiteren kann das Fehlen am Arbeitsplatz der schwangeren Arbeitnehmerin auch aus folgendem Grund nicht ernsthaft zur fristlosen Kündigung genügen. Gemäss Art. 35a Abs. 2 ArG dürfen Schwangere nämlich auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. Aus dieser Bestimmung ist ersichtlich, dass dem Arbeitgeber während der Schwangerschaft eine erschwerte und flexible Planung des Arbeitsverhältnisses zugemutet wird. Mit anderen Worten musste die Beklagte ohnehin damit rechnen, dass die Klägerin jederzeit - mit entsprechender Vorankündigung - ihrer Arbeit fernbleiben konnte.

Die fristlose Entlassung der Klägerin erweist sich unter diesen Umständen als un gerechtfertigt."

(AGer., AN040476 vom 1.11.2004; vom Obergericht bestätigt am 21.4.2005; LA 040056)

25. OR 337; Drogenkonsum am Arbeitsplatz

Die Beklagte machte zur Begründung der fristlosen Entlassung geltend, sie habe nach Arbeitsschluss des Klägers in dessen Übergewand eine aufgezo gene Spritze und ein Röhrchen (zum Kokainschnupfen) gefunden. Zwar sei ihr bekannt gewesen, dass der Kläger in einem Methadonprogramm stand; dem Kläger sei bewilligt worden, das Methadon am Arbeitsplatz einzunehmen. Bis zum Jahreswechsel 2002/2003 habe der Kläger derart auch Toparbeit erbracht; ab Januar 2003 hätten sich die Leistungen des Klägers dann aber verschlechtert. Mit dem Fund der Drogenutensilien habe für die Beklagte festgestanden, dass der Kläger am Arbeitsplatz Drogen konsumiere, zumal er schon vor diesem Fund "verladen" gewirkt habe. Er habe deshalb mehrmals nach Hause geschickt werden müssen, einmal sei er bei der Arbeit eingeschlafen, und er sei stundenweise der Arbeit ferngeblieben.

Aus dem Entscheid:

"In seinem Entscheid 4C 112/2002 vom 8. Oktober 2002 erwog das Bundesgericht, dass Drogenkonsum zwar ein Übertretungstatbestand darstelle, per se aber eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Abmahnung nicht rechtfertige, selbst wenn die Drogen am Arbeitsplatz konsumiert würden. Vielmehr sei auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen und aufgrund einer objektiven Wertung zu prüfen, ob sich der Drogenkonsum derart negativ auf die Arbeitsqualität, das Arbeitsklima oder auf das Ansehen des Arbeitgebers bei Dritten ausgewirkt habe, dass diesem die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten sei. (...)

Gleichwohl besteht letztlich allerdings kein Anlass, an den im Kern übereinstimmenden und auf eigenen Wahrnehmungen beruhenden Angaben der Zeugen ernsthaft zu zweifeln, wonach der Kläger in einer späteren Phase des Anstellungsverhältnisses keine guten Leistungen mehr gebracht und "verladen" gewirkt habe.

Folgende Indizien sprechen damit zusammenfassend für einen Drogenkonsum des Klägers im fraglichen Zeitraum:

- Er hat pflichtwidrig eine Urinprobe beim Zokl anfangs Januar 2003 nicht abgegeben;
- er war nicht bereit, die Ärztin von ihrer ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden;
- seine Leistungen sind in einer zweiten Phase des Anstellungsverhältnisses markant abgefallen und er wirkte "verladen";
- er hat in seinen Arbeitskleidern und am Arbeitsplatz eine mit Drogen aufgelegte Spritze auf sich getragen.

Gesamthaft lassen diese Indizien nur den Schluss zu, dass der Kläger - entgegen seiner Sachdarstellung - im fraglichen Zeitraum wieder Drogen konsumiert hat. (...)

Ein unmittelbarer Nachweis dafür, dass der Kläger auch am Arbeitsplatz Drogen konsumiert haben könnte, fehlt zwar. Keiner der Zeugen hat entsprechende Wahrnehmungen gemacht. Allerdings wäre auch nicht zu erwarten, dass der Kläger die Drogen an einem für Dritte einsehbaren Ort eingenommen hätte. Umgekehrt kann der Umstand, dass der Kläger in seinen Arbeitskleidern eine aufgelegte Spritze deponiert hat, vernünftigerweise nur damit erklärt werden, dass er die Spritze bei Bedarf auch eingesetzt hätte. Es besteht damit aber zumindest ein erheblicher Verdacht, dass der Kläger auch am Arbeitsplatz Drogen konsumiert hat, zumindest bei Bedarf Drogen injiziert hätte.

Mit dem blossen Drogenkonsum - auch am Arbeitsplatz - liesse sich die fristlose Kündigung wie erwähnt noch nicht rechtfertigen, zumal die Beklagte diesen Drogenkonsum nie abgemahnt hat. Indessen haben die Leistungen des Klägers im fraglichen Zeitraum markant abgenommen, wofür sich die plausible Erklärung zwanglos in eben diesem Drogenkonsum findet. Fraglich erscheint allerdings, ob die Beklagte die Kündigung alleine aufgrund des Leistungsabfalles zufolge Drogenkonsums am 5. März 2003 schon ausgesprochen hätte, nachdem sie den Fund der Drogenutensilien als ausschlaggebend für ihre Entscheidung bezeichnet.

Diese Bedeutung durfte die Beklagte ihrem Fund indessen beimessen. Zwar ist der Vergleich mit einer geladenen Pistole eher übertrieben. Indem der Kläger aber eine aufgelegte Spritze in der Arbeitskleidung achtlos liegen gelassen hat und zuvor während der Arbeit diese Spritze auf sich getragen haben muss, hat er einen sorglosen, unkontrollierten Umgang mit diesen Utensilien bewiesen. Tatsächlich bot die aufgelegte, ungesichert aufbewahrte Spritze ein erhebliches Verletzungs- und Infektionsrisiko für Mitarbeitende, die allenfalls auch bloss zufällig in Kontakt mit der Arbeitskleidung des Klägers gerieten. Entscheidend ist aber, dass die Beklagte nicht davon ausgehen konnte, der Kläger stelle seinen Drogenkonsum ohne Gefährdung seiner Mitarbeitenden sicher. Eine aufgelegte Spritze, die in einer Tasche eines Übergewandes aufbewahrt wird, kann jederzeit auch unbemerkt herausfallen, womit sich die Verletzungs- und Infektionsgefahr der Mitarbeitenden markant erhöht. Derartige Risiken brauchte - und durfte - die Beklagte mit Hinblick auf ihre Schutzpflichten gegenüber der übrigen Belegschaft nicht eingehen. Im Lichte dieser Pflichten erweist sich die fristlose Kündigung durch die Beklagte mithin als gerechtfertigt, selbst wenn der Leistungsabfall des Klägers nie abgemahnt worden sein sollte."

(AGer., AN030273 vom 15.03.2004)

26. GIG; Zu vergleichende Lohnkomponenten bei einer Klage wegen Lohndiskriminierung

Die Klägerin wurde mit zwei Verträgen für ein Projekt engagiert. Während des Verfahrens machte die Klägerin neu eine Klage wegen Lohndiskriminierung geltend.

Aus dem Entscheid:

"Zuerst ist zu prüfen, welche Grössen miteinander zu vergleichen sind. Im ersten Arbeitsvertrag wurde die Klägerin für ein Pensum von 60 - 80% angestellt. Dieser Arbeitsvertrag enthält keinen Ausschluss von Überstunden. Der zweite Arbeitsvertrag definiert das Pensum mit 70% und enthält einen Ausschluss von Überstunden. Die Klägerin behauptet, nicht 70% gearbeitet zu haben, sondern 95%.

Wenn die Klägerin unter dem 1. Vertrag mehr arbeitet als die angenommenen 70%, hat sie einen entsprechenden Überstundenanspruch. Mehrarbeit führt daher zu entsprechend höherer Bezahlung, sodass in dieser Phase der tatsächliche Auslastungsgrad der Klägerin beim Lohnvergleich keine Rolle spielt. Beim 2. Vertrag ist

das nur von der Vertragslage her anders. Mehrarbeit ändert am geschuldeten Lohn nichts, da die Entschädigung der Überstunden wegbedungen worden ist. Allerdings ist hier die Zeitfolge zu beachten. Die Laufzeit des 2. Vertrages ist von Juni bis Oktober 2000. Unterschrieben wurde der schriftliche Vertrag aber erst im Dezember 2000. Hinsichtlich der Überstunden heisst das, dass sie in der Zukunft nicht mehr geschuldet sind. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits geleistete Überstunden sind jedoch von dieser Regelung nicht erfasst, da sie in einer Zeit entstanden sind, wo der Ausschluss noch nicht galt. Sind Überstunden einmal entstanden, kann die Klägerin auf sie während der Laufzeit des Vertrages nicht mehr verzichten. Der 2. Vertrag sollte die Klägerin bis Ende Februar 2001 an die Beklagte binden, denn bis zu diesem Zeitpunkt sollte der Schlussbericht gegebenenfalls in Gratarbeit erstellt werden. Folglich führen Überstunden auch in der zweiten Phase zu einer zusätzlichen Entschädigung, so dass im Ergebnis die Sachlage gleich ist wie beim 1. Vertrag.

Grundsätzlich sind alle Zahlungen in einen Lohnvergleich mit einzubeziehen, somit grundsätzlich auch die Fr. 500.-, welche an den erfolgreichen Projektabschluss gebunden sind. Wie bereits dargelegt, muss die Beklagte auch diese erfolgsabhängige Komponente bezahlen, so dass sie in den Vergleich mit einzubeziehen ist.

Der 2. Vertrag ist auch insoweit ungünstiger als der erste, als er die Klägerin verpflichtet, ohne weitere Bezahlung über den Beendigungszeitpunkt hinaus ihre Arbeit zu beenden. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (13. bzw. 19. Dezember 2000) war der vertragliche Beendigungszeitpunkt bereits verstrichen. Es war also nicht bloss absehbar sondern Tatsache, dass die Arbeit der Klägerin bis zum 31. Oktober 2000 nicht abgeschlossen und der Schlussbericht nicht eingereicht war. Der Vertrag sieht vor, dass der Schlussbericht spätestens am 28. Februar 2001 abzuliefern sei. Folglich geht der 2. Vertrag davon aus, dass die Klägerin bis zu 4 Monaten entschädigungslos für das Projekt tätig ist. Das ist eine grundsätzlich zwar zulässige, aber doch sehr ungewöhnliche vertragliche Regelung zum Nachteil der Klägerin.

Lohnvergleich 1. Vertrag

Die Laufzeit dieses Vertrages geht vom 1.6.1999 bis zum 31.5.2000. Es ist von einem 70%-Pensum auszugehen. Um Vergleiche mit anderen Mitarbeitern zu ermöglichen, ist der vertraglich vereinbarte Lohn auf 100% hochzurechnen. Das ergibt Fr. 7'857.- mit dem Bonus. Die Klägerin ist unter dem 1. Vertrag die nach X. bestbezahlte Mitarbeiterin der Beklagten. Von einer Lohndiskriminierung könnte man daher nur ausgehen, wenn die Klägerin mit X. verglichen werden müsste.

X. ist Jahrgang 1949, dipl. Masch.-Ing. ETH, arbeitete etwa 7 Jahre für die Beklagte und war für die Energietechnik verantwortlich. Er war auch Mitglied der Geschäftsleitung. Die Klägerin ist Jahrgang 1960, doktorierte in Naturwissenschaften und verfügte bei ihrem Eintritt bei der Beklagten über keine Berufserfahrung in der Industrie.

Die Klägerin und X. haben gleichwertig formale Qualifikationen, nämlich einen Hochschulabschluss. Die Auffassung der Klägerin, ihr Dokortitel sei die bessere Qualifikation als das Diplom von X., ist unrichtig, weil beide Titel den ordentlichen Abschluss eines Studiums verbriefen. Sie unterscheiden sich in der Berufserfahrung und in der Funktion bei der Beklagten. Dass längere Berufserfahrung, längere Firmenzugehörigkeit und die Tätigkeit in der Geschäftsleitung eine Lohn-differenz zur Klägerin rechtfertigen, kann nicht zweifelhaft sein. Damit scheidet X. als Vergleichsbasis aus. Der Lohn der Klägerin erweist sich damit als nicht diskriminierend.

Lohnvergleich 2. Vertrag

Für die offizielle Laufzeit dieses Vertrages gelten die gleichen Überlegungen wie beim 1. Vertrag, da insbesondere der Vertrag Überstunden nur für die Zukunft ausschliessen konnte. Der Lohn ist daher genau gleich auf 100% hochzurechnen wie unter der Herrschaft des 1. Vertrages.

Eine Diskriminierung könnte indessen vorliegen, wenn die Klägerin ab 1. November 2000 ohne Lohn weiter gearbeitet hätte, denn in diesem Fall wäre sie entscheidend schlechter gestellt, als alle anderen Mitarbeiter der Beklagten, welche ihre Arbeit nicht entschädigungslos leisten müssen. Die Klägerin hat aber ihre Arbeit nach Ende Oktober nicht weiter geführt, so dass sich diese Diskriminierung nicht ausgewirkt hat."

(AGer., AN010545 vom 30.08.2004; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig)

27. L-GAV 16; Kumulierter Anspruch, wenn nicht bezogene Ruhetage auch noch zu Überstunden führen

Aus dem Entscheid:

"Bei unbestrittenen sechs Arbeitstagen pro Woche zu je 8,5 Stunden ergibt sich ein (minimales) wöchentliches Arbeitspensum von 51 Stunden. Vertraglich vereinbart waren 42,5 Wochenstunden, womit wöchentlich 8,5 Überstunden als anerkannt zu gelten haben. Bei zehn vollen Wochen im Zeitraum 19. Januar bis 29. März 2002 (ohne 30. März, an dem der Kläger nicht arbeitete, sowie 31. März, der ein Ruhetag war) sind somit vorderhand 85 Überstunden ausgewiesen. (...)

Die bei 42,5 Wochenstunden vereinbarten vier Ferienwochen lassen sich mit Art. 15 Ziff. 2 bzw. Art. 17 Abs. 2 L-GAV in Einklang bringen.

Dass der Kläger je Ferien bezogen hätte, wurde seitens des Beklagten nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus dem von ihm zu den Akten produzierten Arbeitsplan des Klägers, mithin berechnet er selbst den Anspruch an Ferienlohn auf der gesamten, seiner Ansicht nach verdienten Lohnsumme. In Anschlag zu bringen sind dabei indessen auch die Überstunden, nachdem der Kläger nachweislich wöchentlich sechs Tage zu arbeiten hatte und damit regelmässig mindestens einen Tag bzw. 8,5 Stunden Mehrarbeit geleistet hat (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 329d OR). (...)

Gemäss Art. 17 L-GAV hat der Kläger sodann Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche. Bei einer unbestrittenen Sechstageswoche wurde somit ein Ruhetag zu wenig bezogen, der nebst den hieraus resultierenden Überstunden mit 1/22 des Bruttomonatslohnes nachzuzahlen ist (Art. 16 Ziff. 5 L-GAV; zum doppelten Anspruch auf Überstunden und Ruhetage vgl. Kommentar L-GAV S. 35)."

(AGer., AN030110 vom 26.03.2004)

28. L-GAV 15; Unzulässiger Einbezug von Zuschlägen in den Lohn

Aus dem Entscheid:

"Die Überstundenforderung bestreitet die Beklagte. Sie anerkennt allerdings, dass die tägliche Arbeitszeit 9 Stunden betragen und damit die gemäss L-GAV Art. 15 vorgesehene Arbeitszeit überstiegen hat, nachdem es sich beim Betrieb nicht um einen Kleinbetrieb handle. Es sei indessen mit dem Kläger vereinbart worden, dass er aufgrund der längeren Arbeitszeit auch einen höheren Lohn von Fr. 4'600.-- erhalte; das ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag. (...)

Entscheidender ist indessen, dass zwingendes Gesetzesrecht und unabdingbare Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages einem individuellen Arbeitsvertrag vorgehen. Der L-GAV 98 des Gastgewerbes, welchem alle gastgewerblichen Betriebe unterstehen, wurde am 17. Dezember 2001 durch Bundesratsbeschluss für allgemeinverbindlich erklärt und ist somit auf den vorliegenden Vertrag anwendbar. Nur soweit der L-GAV es vorsieht, kann von seinen Bestimmungen abgewichen werden (Art. 357 Abs. 1 OR). In diesem Sinne erlaubt Art. 33 L-GAV nur abweichende Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers, es sei denn, der L-GAV sehe andernorts explizit etwas weitergehendes vor.

Für den Betrieb des Beklagten stipuliert L-GAV 15 Abs. 1 bei fünf Wochen Ferien eine maximale wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden. Darüber hinausgehende Arbeitszeiten qualifizieren sich dementsprechend als Überstunden und sind mit 125 % des Bruttolohnes zu entschädigen (L-GAV Art. 15 Abs. 5). Nur für Mitarbeiter, deren monatlicher Bruttolohn mindestens dem Minimallohn von Art. 10 Ziff. 1 Stufe IV b) entspricht, lässt sich die Überstundenentschädigung (im Rahmen des Gesetzes) frei vereinbaren (L-GAV Art. 15 Abs. 6).

Den Minimallohn von Fr. 6'190.-- (L-GAV Art. 10 Ziff. 1 Stufe IV b) hat der Kläger bei weitem nicht erreicht. Der L-GAV bot den Parteien mithin keine Möglichkeit, bei einem Monatslohn von Fr. 4'600.-- die ordentliche Arbeitszeit auf 45 Stunden auszudehnen mit der Folge, dass die Zeitdifferenz von drei Stunden pro Woche zur gemäss L-GAV vorgesehenen Arbeitszeit von 42 Stunden als abgegolten zu betrachten wäre, bzw. - anders ausgedrückt - zu vereinbaren, dass im Lohn von Fr. 4'600.-- eine allfällige Überstundenentschädigung mit enthalten sei. Die gemäss

Sachdarstellung der Beklagten angeblich getroffene Vereinbarung der Parteien erwiese sich damit im Lichte des L-GAV als unzulässig."

Das Gericht kam zum Schluss, dass der Kläger auch nicht rechtsmissbräuchlich handle, wenn er trotz seiner damaligen Zustimmung nunmehr die Ungültigkeit der Vertragsklausel geltend mache, wonach mit dem höheren Lohn die Mehrarbeitszeit abgegolten sein soll.

"Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, nichtig und werden durch die Bestimmungen des GAV ersetzt. Art. 357 Abs. 2 OR umgeht mithin die Frage, ob der Vertrag nur teiler oder gesamtnichtig sei (Art. 20 OR) und stipuliert nur die Nichtigkeit der unzulässigen Abrede (Teilnichtigkeit) und nicht des gesamten Vertrages (Gesamtnichtigkeit). Es braucht deshalb die Frage nicht geprüft zu werden, ob der Vertrag auch ohne die nichtige Abrede geschlossen worden wäre (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 357 OR). Die nichtige Abrede der Parteien, der Kläger habe 45 Stunden pro Woche zu arbeiten bzw. mit seinem Lohn seien die Mehrstunden abgegolten, wird damit durch die Regelung von Art. 15 L-GAV ersetzt, wonach auch für den Kläger ein Wochenpensum von 42 Stunden gilt und Mehrstunden (als Überstunden) zum vorgesehenen Ansatz zu vergüten sind. Im Übrigen aber gelten die vertraglichen Regelungen unverändert, insbesondere der vereinbarte Lohn von Fr. 4'600.--, nachdem der L-GAV lediglich Minimallöhne vorschreibt, mithin die Vereinbarung eines höheren Lohnes als des Minimallohnes zulässt.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass sich der Kläger auf die Nichtigkeit der von der Beklagten behaupteten Vereinbarung berufen kann, wonach er ein Arbeitspensum von 45 Stunden zu leisten habe bzw. in seinem Lohn Überstunden inbegriffen sein sollen. Von dieser Teilnichtigkeit wird die vereinbarte Lohnhöhe von Fr. 4'600.-- nicht berührt. Der Kläger kann damit für die geleisteten Mehrstunden die Überstundenentschädigung gemäss L-GAV Art. 15 Abs. 5 beanspruchen."

(AGer., AN040053 vom 7.04.2004; eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 3.06.2004 abgewiesen; PN040108)

29. ZPO 35; Gefahren einer Vertretungsvollmacht

Der Kläger hatte durch einen Gewerkschaftsvertreter eine Klage anhängig gemacht. Noch vor der Hauptverhandlung zog der Vertreter des Klägers die Klage wieder zurück, worauf das Verfahren als durch Klagerückzug erledigt wurde. Kurz darauf gelangte der Kläger persönlich an das Arbeitsgericht und ersuchte um "Reaktivierung des Falles". Das Arbeitsgericht überwies diese Eingabe an das Obergericht zur Behandlung als Rekurs.

Aus dem Entscheid des Obergerichts:

"Der Kläger begründet seinen Antrag um Aufhebung der angefochtenen Verfügung mit "ungerechtfertigtem Benehmen und Verhalten meines Vertreters X." und macht geltend, dieser habe die Klage instruktionswidrig zurückgezogen. Nach Einleitung der Klage - so der Kläger - sei angeblich festgestellt worden, dass er Unterlagen "falsifiziert" habe, und deshalb habe ihm sein Vertreter gesagt, er müsse auf die Fortführung des Verfahrens verzichten. Der Kläger habe darauf den Vertreter gebeten, "von diesem Prozess nicht abzutreten"; dieser sei aber leider "taub und stumm" geblieben.

Die Vorbringen des Klägers sind unbehelflich: Er hat gegenüber der Vorinstanz X. als seinen Vertreter bezeichnet und diesem eine Generalvollmacht ausgestellt, ausdrücklich enthaltend eine Prozessvollmacht für die Vertretung vor allen Gerichten, (...), Ergreifung von Rechtsmitteln, Abgabe von Abstandserklärungen, Abschluss von Vergleichen (...). Damit genügt die Vollmacht den Erfordernissen von § 35 Abs. 2 ZPO und Art. 396 Abs. 3 OR und hat insbesondere zur Konsequenz, dass der Vertretene (hier: der Kläger) die Handlungen des Vertreters (hier: X.) für sich gelten lassen muss. Das wiederum hat zur Folge, dass der Kläger nur dann auf den Klagerückzug seines Vertreters zurückkommen könnte, wenn die Prozessklärung zivilrechtlich unwirksam wäre (Art. 20 ff. OR). Nachdem der Kläger aber solches nicht einmal behauptet und insbesondere auch davon ausgeht, dass effektiv X. die Klage zurückgezogen hat (vgl. dazu die i.V. unterzeichnete Rückzugserklärung), muss sich der Kläger den Klagerückzug durch seinen Vertreter entgegenhalten lassen. Zum Zeitpunkt dessen Erklärung war X. bevollmächtigter Prozessvertreter des Klägers und insbesondere auch dazu ermächtigt, die Klage zurückzuziehen. Hätte der Kläger solches verhindern wollen, hätte er X. rechtzeitig die Vollmacht entziehen müssen.

Der Rekurs ist deshalb abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

Nicht Gegenstand dieses Verfahrens bildet die Frage, ob X. die Klage tatsächlich entgegen den Instruktionen des Klägers zurückgezogen hat. Dies wäre erst im Rahmen einer allfälligen auftragsrechtlichen Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und seinem Vertreter abzuklären."

(AGer., AN040193 vom 10.05.2004 und OGer., LS040004 vom 9.06.2004)

II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden

In der Publikation 2002

Zu Nr. 11; OR 327a; Ungenügende Spesenentschädigung:

Dieser Fall ist noch am Bundesgericht hängig.

In der Publikation 2003

Zu Nr. 4; OR 322d; Rechtliche Qualifikation eines Bonus:

Dieser Fall ist noch am Bundesgericht hängig.

III. Lohnberechnung

Ein kleines liber abaci¹ für Arbeitsrechtler

von Martin Farner, Bezirksrichter am Arbeitsgericht Zürich

Inhalt:

1	Einleitung	50
2	Arbeitstage: Der Faktor 21,75 bzw. 21,66	50
3	Berechnung mit Kalendertagen	51
4	Die Umlegung eines Monatslohnes auf andere Intervalle	52
5	Feiertage	55
6	Andere freie Tage	57
7	Unregelmässige Verteilung von Ruhetagen	58
8	Anwendungsfälle der Lohnberechnung	59
9	Teilzeit-Arbeitsverhältnisse	64

¹ Das liber abaci stammt vom spätmittelalterlichen Mathematiker Leonardo Pisano (bekannt als Fibonacci, 1170 – 1250), dem Erfinder der sog. Fibonacci-Reihe, der im liber abaci nicht nur die arabischen Zahlen und den Begriff des Algorithmus nach Europa brachte, sondern auch den Kaufleuten seiner Zeit Rechenregeln zur Verfügung stellte.

1. Einleitung

Am Schluss fast jedes arbeitsrechtlichen Verfahrens steht eine Berechnung der Ansprüche, welche das Gericht für begründet erachtet. Während viel Sorgfalt auf die Behandlung rechtlicher und sachverhaltlicher Fragen verwendet wird, sind die daran anschliessenden Berechnungsmethoden – vorsichtig ausgedrückt – uneinheitlich. Die Probleme fangen dort an, wo man Lohn berechnen muss, der nicht einem vollen Monatslohn entspricht. Das ist darum ein Problem, weil die einzelnen Monate nicht gleich lang sind und weil das Verhältnis von Arbeits- zu freien Tagen je nach Lage der Wochen und der Feiertage verschieden ist. Man behilft sich daher mit Durchschnittsberechnungen, die entweder auf einer Kalendertage- oder einer Arbeitstagebetrachtung aufbauen.

2. Arbeitstage: Der Faktor 21,75 bzw. 21,66

Eine häufige Vereinfachung ist die Annahme, ein Monat habe 21,75 Arbeitstage. Man erhält diese Zahl durch folgende Operation: Das Jahr wird als 365 Tage lang vorausgesetzt. Das sind 52 ganze Wochen und ein Tag, denn 365 geteilt durch 7 hat den Rest 1. Die 52 ganzen Wochen enthalten 104 arbeitsfreie Tage, wenn man von einer Fünftagewoche ausgeht. $365 - 104$ ergibt 261 Arbeitstage im Jahr oder 21,75 pro Monat im Durchschnitt. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass das Jahr länger als 365 Tage sein kann (Schaltjahre), ferner dass auch der 365. Tag ein Samstag oder Sonntag sein kann. Die Durchschnittszahl geht davon aus, es handle sich dabei stets um einen Arbeitstag.

Eine andere Art der Arbeitstagezahl behandelt den 365. Tag so, als ob er stets ein Samstag oder Sonntag wäre. Das Jahr wird mit 52 Wochen gleichgesetzt. Nach Abzug der 104 arbeitsfreien Tage ergibt das 260 Arbeitstage im Jahr oder 21,6666 Arbeitstage pro Monat. Die Gleichsetzung des Jahres mit 52 Wochen entspricht offenbar der DIN-Norm 1355 "Zeit"². Aus Gründen, die weiter unten behandelt werden, ist der Faktor 21,66 vorzuziehen (vgl. unten 8.3.3)

² vgl. BIGA-Mitteilung "Ferienanspruch der Arbeitnehmer" ARV 1/88,7

Diese Durchschnittswerte werden dazu verwendet, den Lohnanspruch für Perioden zu berechnen, die nicht gleich ganzen Monaten sind. Soll auf diese Art der Lohn berechnet werden, so wird der Monatslohn durch 21,66 geteilt und mit den konkret abgezählten Arbeitstagen im Intervall multipliziert. Die Berechnungsformel ist also eine Mischung zwischen abstrakter Berechnung (Arbeitstage pro Monat) und Berechnung durch Ermittlung der konkret anfallenden Tage. Würde man den Lohn für einen ganzen Monat auf diese Weise berechnen, ergäbe das immer eine Differenz zum Monatslohn, weil es keine Monate gibt, die 21,66 Arbeitstage haben.

Gewisse Arbeitgeber rechnen mit 22 Arbeitstagen pro Monat. Gegenüber den beiden ersten Faktoren hat diese Zahl den Vorteil, dass sie in gewissen Monaten zum korrekten Wert eines Arbeitstages führt, denn es gibt Monate mit 22 Arbeitstagen.

Alle diese Berechnungen sind also einigermaßen ungenau, gewähren entweder zu viel oder zu wenig Lohn für das jeweilige Intervall in Abhängigkeit davon, wieviele Arbeitstage der betrachtete Monat hat.

3. Berechnung mit Kalendertagen

Eine grundsätzlich andere Art der Lohnberechnung besteht darin, nicht Arbeitstage zugrunde zu legen, sondern Kalendertage. Auch hier gibt es zwei Varianten: Entweder setzt man den ganzen Monat mit 30 Kalendertagen gleich oder man legt die konkrete Anzahl von Tagen des betrachteten Monats der Berechnung zugrunde.

Diese Berechnungen haben den Vorteil der Einfachheit für sich. Rechnet man mit der konkreten Länge des jeweiligen Monats, so ist die Berechnung auch in dem Sinne genau, als das Resultat für ein Intervall von der Länge eines Monats genau einen Monatslohn ergibt.

Arbeitsverhältnisse mit unregelmässig verteilten Arbeitstagen können ebenfalls ein Grund sein, eine Kalendertageberechnung zu wählen. Das Gastgewerbe hat aus diesem Grund die Kalendertage-Methode gewählt.

Wer mit Arbeitstagen rechnet, setzt stillschweigend voraus, der Lohn wachse innerhalb eines Monats proportional zur *Arbeitszeit* an, während bei Zugrundelegung von Kalendertagen die *Kalenderzeit* der Massstab ist.

4. Die Umlegung eines Monatslohnes auf andere Intervalle

4.1. Kritik der bisherigen Berechnungsansätze

Alle bisher behandelten Berechnungsarten kommen in der Praxis vor, wobei oft derselbe Arbeitgeber nach verschiedenen Formeln rechnet, je nachdem welche ihm gerade die passendste scheint. Die Grundsatzlosigkeit der Lohnberechnung springt in die Augen. Dementsprechend findet man auch in der arbeitsrechtlichen Literatur nichts zu den Lohnberechnungen, das weiter führte als die oben dargestellten Methoden. Es lohnt sich daher, die Zuordnung des Lohnes zu Intervallen, die keine ganzen Monate sind, vertieft zu diskutieren. Gesichert ist einstweilen nur die Erkenntnis, dass der Arbeitnehmer einen Monatslohn erwirbt, wenn er während eines Kalendermonats arbeitet. Gewisse Verträge regeln die Umrechnung des Monatslohns auf einzelne Tage explizit. So schreibt der Landesgesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe vor, dass der Taglohn $1/30$ des Monatslohnes ist³. Wo vertragliche Berechnungsvorschriften bestehen, sind sie natürlich zu befolgen.

Fehlt es aber an solchen Vereinbarungen, so muss zunächst entschieden werden, ob der Lohn eine Funktion der Arbeitszeit sein soll oder eine solche der Kalenderzeit. Mir scheint die Arbeitszeit der sinnvolle Massstab zu sein, denn der Lohn steht nicht im Austauschverhältnis zur Zeit als solcher, sondern zur Arbeitszeit. Die Arbeitszeit pro Monat ist indessen variabel. Im Februar⁴ muss für einen Monatslohn weniger lang gearbeitet werden als im Juli. Diese Ungleichheit ergibt sich aus der Natur der Sache, indem eben ein Monatslohn geschuldet ist.

Würde man den Lohn für ein Teilintervall nach Kalendertagen berechnen, so ergäbe sich für die Zeit von Freitag Morgen bis Montag Abend ein Lohnanspruch von $4/30$ eines Monatslohnes, obwohl bei einer Fünftageweche nur zwei Tage Arbeit

³ Art. 8 Absatz 3 L-GAV. Davon gibt es allerdings Ausnahmen. Ruhetage und Feiertage, die nachgewährt werden müssen, werden nicht mit $1/30$ des Monatslohns, sondern mit $1/22$ eingesetzt. Man nimmt an, dass man den ganzen Monatslohn erwirbt, wenn man 22 Arbeitstage arbeitet, also auch die zu ihm gehörenden Ruhetage. Würde man mit $1/30$ rechnen, nähme man an, der Arbeitnehmer müsse 30 Tage arbeiten, um die Ruhetage eines Monats zu erwerben, was offensichtlich unrichtig ist.

⁴ Das führt beim Februar in Schaltjahren gelegentlich zur Frage, ob der 29. Februar gesondert zu entschädigen sei oder ob er, da auch in Schaltjahren nur der Monatslohn gezahlt wird, unbezahlt bleibe. Beides ist falsch. In Schaltjahren hat der Tageslohn im Februar einen tieferen Ansatz als in Nicht-Schaltjahren, genauso wie der Tageslohn im Juli tiefer ist als im Februar.

zu leisten sind. Von Montag bis Freitag betrüge der Anspruch $5/30$ und es müsste dafür 5 ganze Tage gearbeitet werden. Das Verhältnis von Arbeit zu Lohn ist also ganz unterschiedlich, je nachdem wie viele arbeitsfreie Tage gerade im Intervall liegen. Diese Schwäche wird gelegentlich dadurch ausgeglichen, dass man ein freies Wochenende oder Teile davon hinzuaddiert. Dieser Ansatz fusst auf der Alltagstheorie, dass man mit der Arbeit einer Woche das freie Wochenende mitverdient habe.

Dieser Ansatz ist aber falsch. Weil wir von einem Monatslohn auszugehen haben, verdient der Arbeitnehmer an allen Arbeitstagen des Monats die Freizeit hinzu, die gleich der Anzahl Samstage und Sonntage in diesem Monat ist. Es kommt also auf das Verhältnis von Arbeitstagen und arbeitsfreien Tagen im ganzen Monat an. Die Alltagstheorie stimmt nur im Monat Februar in Nicht-Schaltjahren, weil dort der Monat genau gleich vier Wochen ist.

4.2. Anforderungen an eine korrekte Lohnberechnung

Die Arbeitstageformeln haben den Nachteil, abstrakte Berechnung mit konkretem Abzählen zu vermischen, die Kalendertageformeln setzen unrichtigerweise voraus, der Lohn sei eine Funktion der reinen Zeit, nicht der Arbeitszeit. Welchen Anforderungen muss eine Lohnberechnung für ein beliebiges Intervall genügen?

4.2.1. Proportional zur Arbeitszeit (1. Regel)

Zu fordern ist zunächst, dass der Lohn im betrachteten Intervall proportional zur Arbeitszeit ist, die darin geleistet wurde. Bei einer Fünftageweche bedeutet das, dass eine Abrechnung auf Freitagabend zum selben Resultat führen muss wie eine Abrechnung auf Sonntagabend, sofern am Wochenende keine Arbeit geleistet wird.

4.2.2. Ganze Vielfache von Monaten (2. Regel)

Betrachtet man mehrere Intervalle, so muss gelten, dass der Lohn für das Total der Intervalle genau dann ein ganzzahliges Vielfaches eines Monatslohnes ist, wenn die Intervalle zusammengezählt ebenfalls ein ganzzahliges Vielfaches von Monaten sind. Als ganzer Monat gilt dabei nur eine Periode vom 1. bis zum letzten eines Monats, nicht auch eine Periode vom n -ten eines Monats zum $(n-1)$ ten des nächsten, denn Monate sind nicht definiert als Anzahl von beliebigen Kalendertagen, sondern enthalten genau die ihnen zugeordneten Kalendertage. Eine Lohnberechnung vom 15. März bis zum 14. April muss daher nicht notwendigerweise einem Monatslohn entsprechen.

Würde diese Regel nicht gelten, so würde man einzelnen Teilperioden entweder zu viel oder zu wenig Lohn zuteilen.

4.2.3. Lohnberechnung im Streitfall

Von den bisher erwähnten Berechnungen erfüllt die Arbeitstageformel 21,75 insbesondere 2. Regel nicht und ist nur ungefähr proportional zur geleisteten Arbeitszeit. Das Arbeitszeit/Freizeitverhältnis wird ebenfalls nur ungefähr eingehalten, nämlich nur im Durchschnitt eines Jahres. Die Kalendertageberechnungen verletzen die 1. Regel, da sie nicht proportional zur Arbeitszeit sind. Geht man von den genauen Kalendertagen des betreffenden Monats aus, so ist aber immerhin die 2. Regel eingehalten.

Es gibt nur eine einzige Art der Lohnberechnung, die den beiden Regeln gerecht wird, nämlich jene, die für jeden Monat gesondert die Anzahl Arbeitstage im ganzen Monat ermittelt, dann die Arbeitstage im Teilintervall, für das Lohn gezahlt werden muss, um schliesslich den Monatslohn durch die Arbeitstage pro Monat zu teilen und mit den konkret berechneten Arbeitstagen des Intervalls zu multiplizieren. Wie wir weiter unten (vgl. Seite 56) sehen werden, bestehen zwischen den einzelnen Berechnungsmethoden *erhebliche* Differenzen. Es kann daher keine Rede davon sein, sie seien gleichwertig. Die hier befürwortete konkrete Lohnberechnung sollte im Streitfall befolgt werden, da sie die bei weitem genaueste ist. Die Schattenseite dieser Genauigkeit ist ein erhöhter Aufwand. Wenn etwa der Lohn vom 15. März 2005 bis zum 5. April 2005 zu berechnen ist, muss man wissen, wie viele Arbeitstage der ganze März hat, wie viele davon im Intervall 5. bis 31. März liegen; auch für den April muss man diese beiden Werte kennen.

Warum macht man sich diese Mühe? Könnte man sich nicht mit gewissen Ungenauigkeiten abfinden und z.B. die Berechnung nach Arbeitstagen mit dem Faktor 21,66 als die richtige definieren? Das wäre grundsätzlich möglich, müsste jedoch eine gesetzliche Basis haben, die die Gerichte zu eben dieser Berechnung verpflichten würde. Gäbe es eine solche Regel, würde man sich bei sehr unregelmässigen Arbeitsverhältnissen einen noch viel höheren Berechnungsaufwand einhandeln. Insbesondere die Abrechnung von Arbeitsverhältnissen in der Gastronomie mit unregelmässigen Arbeits- und freien Tagen würde schwieriger.

Da das Gesetz keine Berechnungsregeln enthält, muss nach sachlichen und allgemein gültigen Regeln entschieden werden, was richtig ist. Ein Gericht muss mit sachlichen Gründen angeben können warum gerade diese und keine andere Berechnung die Richtige ist. Das ist darum nötig, weil die Differenzen zwischen den einzelnen Berechnungsarten erheblich sind.

5. Feiertage

Die Anzahl Arbeitstage eines Monats wird nicht nur durch die wöchentlichen Ruhetage, sondern auch durch Feiertage beeinflusst. Uns interessiert die Behandlung von Feiertagen, die auf Arbeitstage fallen. An diesen Tagen wird in der Regel nicht gearbeitet. Im Kanton Zürich sind 9 gesetzliche Feiertage festgelegt: Neujahr, Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai, Auffahrt, Pfingstmontag, 1. August, Weihnachtstag (25.12.) und Stephanstag (26.12.). Mit Ausnahme des 1. Mai sind diese Feiertage im Sinne des Arbeitsgesetzes den Sonntagen gleichgestellt. Wer im Monatslohn angestellt ist, arbeitet an diesen Tagen in der Regel nicht, erhält aber dennoch den vollen Monatslohn am Monatsende. Feiertage, die auf Arbeitstage fallen, reduzieren so für bestimmte Monate die Zahl der Arbeitstage. Alle bisher behandelten konventionellen Berechnungsarten behandeln die Feiertage so, wie wenn an diesen Tagen ebenfalls Arbeit geleistet würde. Soll der Lohn proportional zur geleisteten Arbeit sein, muss der Feiertag aber wie ein arbeitsfreier Tag behandelt werden.

Es gibt im Wesentlichen zwei Gründe, die bisher dazu geführt haben, Feiertage wie Arbeitstage zu behandeln. Der erste hat damit zu tun, dass ein Teil der Feiertage vom Osterdatum abhängt, das von Jahr zu Jahr variiert, so dass nicht allgemein gesagt werden kann, welche Monate wie beeinflusst werden. Die anderen Feiertage sind nach Datum definiert und kommen daher immer wieder auf andere Wochentage zu liegen. Würde man ein ganzes Jahr betrachten, so liesse sich zwar ermitteln, wie viele Feiertage im Durchschnitt pro Monat auf Arbeitstage fallen, doch führt das nicht sehr weit, weil dieser Durchschnitt nur auf ein ganzes Jahr bezogen ist. Der November beispielsweise, der im Kanton Zürich nie einen gesetzlichen Feiertag enthält, bekäme auf dem Umweg über einen solchen Durchschnittswert einen geringfügigen Abzug an Arbeitstagen, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Im Übrigen gilt für den Durchschnitt an Feiertagen dasselbe wie für die durchschnittlichen Arbeitstage pro Monat: Durchschnittswerte führen zu Rechenungenauigkeiten und verletzen daher beide oben aufgestellten Regeln.

Der zweite Grund, Feiertage als Arbeitstage zu behandeln, ist das Argument, es handle sich dabei um bezahlte Tage. Aus diesem Grund sei der Lohn wie für einen Arbeitstag geschuldet, nur sei der Arbeitnehmer aus besonderem Grund (Feiertag) von der Arbeitsleistung befreit.

Dass es sich um bezahlte Feiertage handelt, bedeutet richtigerweise aber nur, dass wegen solcher Feiertage kein Lohnabzug am Ende des Monats gemacht werden darf. Wie es sich bei einem Teilintervall verhält, ist damit in keiner Weise gesagt.

Sachliche Gründe, Feiertage anders zu behandeln als andere arbeitsfreie Tage, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil würde die Behandlung der Feiertage als Arbeitstage die Regel verletzen, wonach der Lohn eine Funktion der Arbeitszeit ist.

Es ist an der Zeit ein Beispiel zu betrachten. Wir wählen dazu einen Monat mit Feiertagen aus, den März 2005. Die Kennzahlen dieses Monats sind⁵:

Ostern 2005	27.03.2005
Karfreitag	25.03.2005
Ostermontag	28.03.2005
März	01.03.2005
	31.03.2005
Kalendertage	31
Arbeitstage	23
Feiertage	2
Arbeitstage netto	21

Innerhalb dieses Monats wählen wir zwei Teilintervalle aus:

Periode	Intervall 1	Intervall 2
Beginn	02.03.2005	24.03.2005
Ende	16.03.2005	31.03.2005
Kalendertage	15	8
Arbeitstage	11	6
Feiertage		2
Arbeitstage netto	11	4

⁵ AT = Arbeitstage

Das ergibt folgende Lohnberechnungen nach den verschiedenen Methoden:

Monatslohn	6000	
	Intervall 1	Intervall 2
Berechnung mit Kalendertagen		
Monat = 31 Tage	2'903.23	1'548.39
Monat = 30 Tage	3'000.00	1'600.00
Berechnung mit Arbeitstagen		
Monat = 21,66 AT	3'047.09	1'662.05
Feiertage als Arbeitstage gezählt		
konkrete Berechnung mit Arbeitstagen		
Monat = 21 AT	3'142.86	1'142.86
Feiertage als freie Tage gezählt		
Minimum Intervall	2'903.23	1'142.86
Maximum Intervall	3'142.86	1'662.05
Differenz	239.63	519.19

Eine grosse Differenz ergibt sich im Intervall 2, weil dort besonders wenige Arbeitstage anfallen. Daher wird gegen die hier vertretene Betrachtungsweise ins Feld geführt, ihr Resultat sei paradox, weil damit derjenige, der, wie im Beispiel Ende März arbeite, besonders wenig Lohn erhalte, während der andere, der im Intervall 1 arbeitet, entsprechend mehr bekommt, obwohl er an Ostern gar nicht angestellt ist. Ein paradoxes Resultat ist das aber nur, wenn man von der Idee ausgeht, ein bestimmter (Feier-)Tag müsse wie ein Arbeitstag entschädigt werden. Gerade das ist aber nicht zwingend. Die Entschädigung für Karfreitag und Ostern besteht im März 2005 darin, dass der Taglohn der übrigen Tage sich entsprechend erhöht.

6. Andere freie Tage

Der Sonntag ist ein gesetzlicher Ruhetag. Die übrigen Wochentage sind alle grundsätzlich Arbeitstage. Es ist daher eine Frage der Vereinbarung, welche dieser Tage freie Tage sind. Andererseits ist insbesondere im Gastgewerbe der Sonntag keineswegs immer arbeitsfrei, so dass die Freitage auf andere Tage der Woche zu liegen kommen. Es spielt für eine genaue Lohnberechnung eine Rolle, welche Tage der Woche arbeitsfrei sind. Wären die Tage Freitag und Samstag arbeitsfrei, so ergäbe das je nach Monat mehr oder weniger arbeitsfreie Tage als bei einer Arbeitswoche von Montag bis Freitag. Eine Lohnberechnung, die den oben formulierten Ansprü-

chen genügt, muss das berücksichtigen. Die Lage der arbeitsfreien Tage hat natürlich einen Einfluss auf die Anzahl der Feiertage, die zusätzlich frei sind. Wenn Freitag und Samstag frei sind, fällt der Karfreitag auf einen freien Tag, dafür ist zu berücksichtigen, dass sowohl der Ostersonntag als auch der Ostermontag zusätzlich arbeitsfrei sind.

7. Unregelmässige Verteilung von Ruhetagen

Die bisherigen Ausführungen haben vorausgesetzt, dass es eine Regel gibt, nach der Arbeitstage von freien Tagen unterschieden werden können, sei es dass man vom freien Wochenende ausgeht oder von anderen freien Wochentagen, die aber immer dieselben sind. In diesen Fällen kann für jeden Monat das Verhältnis von freien zu Arbeitstagen bestimmt werden. Im Gastgewerbe ist das anders. Hier sind Arbeits- und Ruhetage in vielen Fällen völlig unregelmässig verteilt. Der Mitarbeiter hat gemäss Art. 16 L-GAV Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche. Man kann in solchen Fällen das Soll an arbeitsfreien Tagen nicht dem Kalender entnehmen. Die einzig sichere Angabe ist, dass arbeitsfreie und Arbeitstage sich verhalten wie 2 : 5.

Folglich muss man das Ruhetagesoll für einen Monat so berechnen, dass man die Kalendertage durch 7 teilt, um die Anzahl Wochen zu erhalten und anschliessend mit 2 multipliziert um so den Ruhetageanspruch zu gewinnen. Das Resultat ist nur in Sonderfällen ganzzahlig, weil die einzelnen Monate keine ganzzahligen Vielfachen von Wochen sind⁶. Die Kalendertage eines Monats minus den Ruhetageanspruch ergeben das Soll an Arbeitstagen dieses Monats.

Es gibt aber auch Abwesenheiten wegen Krankheit, Ferien usw. Wie sind diese zu behandeln? Macht der Mitarbeiter eine Woche Ferien, d.h. fehlt er 7 Kalendertage, so hat er nicht zusätzlich einen Ruhetageanspruch für diese Zeit. Vielmehr tritt der Ferienanspruch an die Stelle des Ruhetageanspruchs. Dasselbe gilt bei Krankheit oder anderen bezahlten Abwesenheiten. Man muss daher von den Kalendertagen eines Monats zuerst die Abwesenheiten abziehen und vom Rest den Ruhetageanspruch berechnen.

Eine weitere Komplikation ergibt sich aus der Behandlung der Feiertage. Diese Tage sind *zusätzliche* arbeitsfreie Tage. Bei der Berechnung des Ruhetage-Soll darf

⁶ Ausnahme: Februar in Nicht-Schaltjahren.

man daher den Feiertag nicht von den Kalendertagen eines Monats abziehen wie andere Abwesenheiten, bevor man die Ruhetage berechnet. Auch eine Woche mit Feiertagen ergibt einen vollen Ruhetageanspruch von 2 Tagen. Andererseits muss das Arbeitstage-Soll dem Feiertag Rechnung tragen, da er eben arbeitsfrei ist. Diese Umstände machen die Berechnung der einzelnen Ansprüche im Gastgewerbe zu einer ausgesprochen mühevollen Angelegenheit.

Der Ruhetageanspruch ist die Antwort des Gastgewerbes darauf, dass sich Ruhetage in diesem Bereich nicht kalendarisch bestimmen lassen. Wenn man nicht weiss, welche Wochentage Arbeitstage sind, kann man auch nicht den Lohn nach Arbeitstagen berechnen. Damit kann das Gastgewerbe den oben formulierten Regeln kaum nachkommen: Der Lohn wächst pro Kalendertag an, sei es dass man arbeitet oder dass man einen Ruhetageanspruch bezieht. Dadurch dass der Monatslohn stets durch 30 geteilt wird, ist auch keine Gewähr dafür geboten, dass mehrere Intervalle, die zusammen ein ganzzahliges Vielfaches von Monaten ergeben, einzeln berechnet, dasselbe Vielfache von ganzen Monatslöhnen ergeben.

Der Ruhetageanspruch hat noch eine weitere Konsequenz, die häufig übersehen wird: Wer zu viel arbeitet und daher zu wenig Ruhetage bezieht, erwirbt damit nicht nur einen zusätzlichen Ruhetageanspruch, sondern im Gleichschritt damit auch einen Überstundenanspruch, weil er meistens deswegen auch zu viele Stunden arbeitet. Gastronomen befürchten daher gelegentlich, sie müssten für denselben Tatbestand doppelt bezahlen. Das ist aber nicht der Fall. Der Mitarbeiter darf verlangen, dass er zwei Ruhetage pro Woche erhält *und* dass er in den verbleibenden fünf Tagen nicht mehr als 42 Stunden arbeiten muss. Es handelt sich dabei um ein ähnliches Phänomen, wie wir es unten bei den nachzugewährenden Ferien antreffen werden. Wer zu wenig Ferien bezieht, hat nicht nur die fehlenden Tage an Ferien zugut, sondern auch den Ferienanspruch der zu viel gearbeiteten Tage.

8. Anwendungsfälle der Lohnberechnung

Die dargestellte Lohnberechnung wird in der Gerichtspraxis zunächst dann gebraucht, wenn der Lohnanspruch eines zu Unrecht fristlos entlassenen Mitarbeiters festzustellen ist. Weitere Anwendungsfälle sind der Krankenlohn, die Überstundenentschädigung und der Ferienlohn.

8.1. Lohnzahlung im Krankheitsfall

Ist der Lohn im Krankheitsfall gemäss Art. 324a OR zu zahlen, so ist die Lohnberechnung auf das Intervall anzuwenden, für das der Lohnanspruch besteht. Besteht

jedoch eine andere gleichwertige Lösung - in der Praxis meist eine Versicherung - so ist diese Vereinbarung auch hinsichtlich der Berechnung zu beachten. Da die Versicherungen ihre Taggelder in aller Regel nach Kalendertagen berechnen, führt das zu Differenzen in der Anspruchsberechnung. Diese sind daraufhin zu untersuchen, ob sie so gross sind, dass die Gleichwertigkeit in Frage gestellt ist. Ist Gleichwertigkeit nach dieser Prüfung zu bejahen, hat auch die Berechnungsformel Bestand.

8.2. Überstunden

Da man für den gleichen Monatslohn nicht in allen Monaten gleichviel arbeiten muss, ist auch der Stundenlohn eine von Monat zu Monat variable Grösse. Grundsätzlich gilt, dass Überstunden zum Ansatz des Monats zu entschädigen sind, in dem sie geleistet wurden. Der Stundenlohn für einen bestimmten Monat ist gleich dem Monatslohn geteilt durch die in diesem Monat anfallenden Arbeitsstunden. Das scheint so klar zu sein, dass Missverständnisse hier kaum vorstellbar sind. Dennoch findet man gelegentlich die Fehlüberlegung, dass der Monat durch die Anzahl Kalendertage geteilt wird und danach noch durch die Anzahl Arbeitsstunden pro (Arbeits-)Tag. Das Resultat ist ein entscheidend verminderter Stundenlohn. Eine genaue Überstundenberechnung würde in der Praxis den Berechnungsaufwand massiv erhöhen, denn nicht nur wären die einzelnen Monate mit ihren unterschiedlichen Stundenlohn-Ansätzen zu ermitteln (was ein Programm leisten könnte), sondern es wären auch die Veränderungen der Monatslohnhöhe zu berücksichtigen und schliesslich müsste der zeitlichen Zuordnung der einzelnen Überstunden mehr Beachtung geschenkt werden, als dies in der Regel der Fall ist. Beweiserhebungen zu Überstunden sind jedoch hinsichtlich des Quantitativen von grossen Ungenauigkeiten geprägt. Häufig muss die Entschädigung nach Art. 42 OR geschätzt werden. Die Genauigkeit der Berechnung kontrastiert somit mit der Ungenauigkeit des Tatsachenfundaments. Daher scheint es mir vertretbar, den Überstundenlohn mit einer Modellrechnung zu ermitteln, indem man z.B. den Durchschnittsmonat mit 21,66 Arbeitstagen zugrundelegt.

8.3. Ferienlohn

8.3.1. Einleitung, Prozentsätze

Gemäss Art. 329d OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den ganzen auf die Ferien entfallenden Lohn zu zahlen. Werden Ferien in natura gewährt, gibt es in der Regel keine Berechnungsprobleme, da einfach der Monatslohn bezahlt wird. Beim Ende eines Arbeitsverhältnisses bleibt häufig ein positiver oder negativer Feriensaldo übrig, der nicht mehr durch Ferienbezug abgegolten werden kann.

Hier interessiert ausschliesslich die Frage, wie ein solches Guthaben zu berechnen ist.

Der Ferienanspruch entsteht pro Dienstjahr, Art. 329a OR. Trotz dieser Regelung berechnen die meisten Arbeitgeber die Ferien pro Kalenderjahr und in den Eintritts- und Austrittsjahren pro rata temporis. Diese Intervallaufteilung führt nicht zu Veränderungen im Berechnungsergebnis.

Das BIGA hat eine Anleitung publiziert, der die Berechnung des Ferienguthabens entnommen werden kann⁷. Setzt man das Jahr mit 52 Wochen gleich, so verhält sich der Ferienanspruch zur Arbeitszeit bei einem Ferienanspruch von 4 Wochen wie 4 zu 48, was zum Faktor 8,33 Prozent führt, den das Arbeitsgericht Zürich und die meisten Arbeitgeber verwenden. Vergleicht man den Ferienanspruch mit dem ganzen Jahr, ergibt sich ein Verhältnis von 4 zu 52 oder 7,69 Prozent. Müssen Ferien in Geld entschädigt werden, so ist der Faktor von 8,33 Prozent zugrunde zu legen, denn der Ferienanspruch wird mit einer reinen Arbeitsperiode verglichen. Sind Ferien überhaupt nicht gewährt worden - z.B. wegen eines unzulässigen Ferienlohneinschlusses - errechnet sich der Anspruch mit 8,33 Prozent des gesamten Lohnes. Ist ein Teil der Ferien gewährt worden, muss der Rest zunächst in Tagen ermittelt und dann der darauf entfallende Lohn berechnet werden. Das führt zur nächsten Frage, wie dieser Lohn zu berechnen ist.

8.3.2. Lohnerhöhungen

Eine erste Frage geht dahin, wie Veränderungen des Lohns im Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu behandeln sind. Kann man am Ende des Arbeitsverhältnisses Ferienlohn zum tieferen früheren Lohn entschädigen mit der Begründung, der Mitarbeiter habe in jener Periode nicht alle Ferien bezogen? Ich meine nein, denn der Arbeitgeber hätte es in der Hand gehabt, die Ferien rechtzeitig unter der Herrschaft des tieferen Lohns zuzuweisen⁸. Tut er das nicht, so muss er am Ende des Arbeitsverhältnisses den Restanspruch zum nun gültigen Lohn entschädigen. Die Ferien werden also an das Arbeitsverhältnis gleichsam "angehängt".

⁷ ARV 1/88, 1ff.

⁸ Das ist bei den Überstunden anders, denn dort braucht es eine Einigung über die Kompensation in natura.

8.3.3. Berechnung in Tagen und mit Prozentsätzen

Da man Ferien in Tagen und mit dem Prozentsatz berechnen kann, müssen auch hier die Methoden so gewählt werden, dass die verschiedenen Wege zum gleichen Resultat führen. Im Gegensatz zum Lohn, der für ein Intervall in einem konkreten Monat zu zahlen ist, gehört der Ferienlohn nicht zu einem bestimmten Monat, sondern zu einem Dienstjahr. Denkt man das Modell des Ansetzens weiter, so könnte man als Basis den Monat wählen, in welchen dieser Überhang an Ferien hineinfällt. Das ist sicher eine vernünftige Lösung. Sie ist aber vergleichsweise umständlich, zumal dann, wenn der Ferienüberhang länger als ein Monat ist und man dann zwei Berechnungen anstellen muss. Es gelten hier ähnliche Überlegungen wie bei den Überstunden: Gewisse Vereinfachungen sind durchaus vertretbar.

Berechnen wir nun den Ferienanspruch für ein Jahr einerseits nach Tagen und mit dem Prozentsatz. Wir nehmen an, der Mitarbeiter habe ein volles Jahr gearbeitet und keine Ferien gemacht. Die Berechnungen zeigen folgendes Bild:

Berechnung nach Tagen		
Ferienanspruch pro Jahr	20	Arbeitstage (AT)
Monatslohn	6'000.00	
Arbeitstage pro Monat	21.66	
Tageslohn	277.01	
Ferienlohn	5'540.17	
Berechnung mit Prozentsatz		
Jahreslohn	72'000.00	
Ferienprozentsatz	8.33%	6'000.00
	7.69%	5'538.46

Die Berechnung nach Arbeitstagen und jene mit dem Prozentsatz 8,33% führen überhaupt nicht zum selben Resultat. Hingegen sind die Resultate in Tagen und mit dem Prozentsatz 7,69% bis auf Rundungsungenauigkeiten gleich. Das ist kein Zufall. Der Prozentsatz 7,69% ergibt sich aus der Division $4 / 52$. Er bestimmt den Anteil der Ferien an einem Jahreslohn unter der Voraussetzung, dass diese Ferien innerhalb dieses Jahres liegen. Denn um 4 Wochen Ferien zu erwerben, muss man nicht 52, sondern nur 48 Wochen arbeiten. Wenn man dagegen das ganze Jahr ohne Ferien gearbeitet hat, hat man mehr gearbeitet, als zur Erarbeitung von 4 Wochen Ferien nötig ist. Die zusätzlichen 4 Wochen generieren ihrerseits wieder einen Ferienanspruch. Der Ferienanspruch für ein volles Jahr Arbeit berechnet sich wie folgt: $20 \text{ Tage} / 48 \text{ Wochen} * 52 \text{ Wochen} = 21.67 \text{ Tage}$.

Die Berechnung sieht dann so aus:

Berechnung nach Tagen		
Ferienanspruch pro 52 Wochen	21.67	Arbeitstage (AT)
Monatslohn	6'000.00	
Arbeitstage pro Monat	21.66	
Tageslohn	277.01	
Ferienlohn	6'001.85	

Auch hier sehen wir nur noch Rundungsdifferenzen zur Berechnung mit 8,33%. Hätten wir als durchschnittliche Arbeitstage pro Monat 21,75 statt 21,66 eingesetzt, wäre die Differenz grösser. Das bedeutet, dass nur mit 21,66 Arbeitstagen pro Monat die Berechnung in Tagen gleich viel liefert wie mit dem Prozentsatz. Das ist der Grund, warum man diesem Durchschnittswert den Vorzug geben muss.

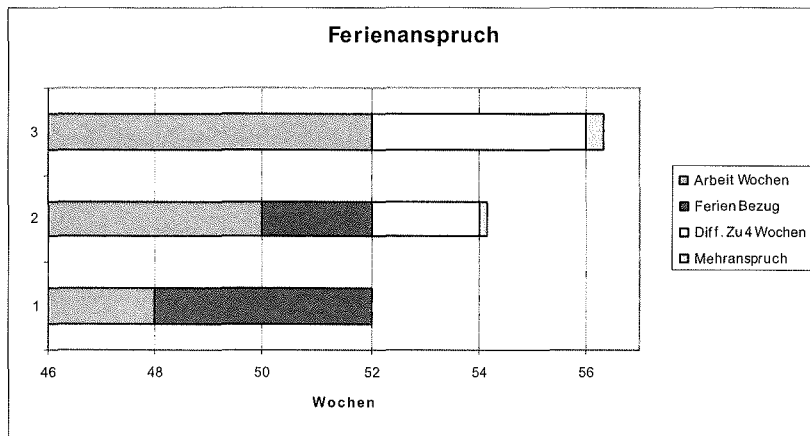
Wenn man Ferienlohn für eine Periode berechnen muss, in welcher gar keine Ferien bezogen worden sind, hat sich der Prozentsatz 8,33% richtigerweise durchgesetzt. Das gilt etwa für den Einschluss von Ferienlohn in einen Stundenlohn. In vielen Fällen besteht aber nicht diese Situation, sondern der Mitarbeiter hat einen Teil der Ferien bezogen, einen anderen Teil nicht. Wenn von einem Ferienanspruch von 20 Tagen pro Jahr beispielsweise noch 4,5 Tage als nicht bezogen übrig bleiben, berechnet man den Ferienlohnanspruch unter Zugrundelegen des reinen Tageslohns (Monatslohn geteilt durch 21,66), obwohl auch in diesen Fällen der Mitarbeiter in den Tagen, die er mehr gearbeitet hat, einen kleinen zusätzlichen Ferienlohnanspruch generiert hat. Die zuviel gearbeiteten 4,5 Tage ergeben bei einem Ferienanspruch von 20 Tagen im Jahr 0,37 weitere Ferientage⁹. 0,37 Tage sind 8,33% von 4,5 Arbeitstagen. Eine korrekte Ferienlohnberechnung bei einem Ferientageüberhang darf daher nicht allein auf den Tageslohn abstellen, sondern muss dazu 8,33% hinzuaddieren. Das ergibt Differenzen zur konventionellen Berechnung, die betragsmässig ins Gewicht fallen.

⁹ $0,37 = 20 / (260 - 20) * 4,5$

Hier folgt ein Rechenbeispiel:

Ferienlohnberechnung	
Monatslohn	6'000.00
Taglohn	277.01
Feriensaldo in Tagen	4.50
Ferienzuschlag dieses Saldos	0.37
total Tage	4.87
Ferienlohn 4,5 Tage	1'246.54
Ferienlohn 4,87 Tage	1'350.41
Differenz	103.87

Die Grafik soll das zusätzlich verdeutlichen (Ferienanspruch 4 Wochen pro Jahr):



Auch die Gerichtspraxis hat bisher diesen Zuschlag nicht gemacht, weil die Differenz in der Berechnung nach dem Prozentsatz und nach Tagen nicht aufgefallen ist.

9. Teilzeit-Arbeitsverhältnisse

In diesem Bereich sind Berechnungsfehler am häufigsten. Das hat damit zu tun, dass man sich über die Voraussetzungen einer bestimmten Berechnung nicht im Klaren ist. Ich erläutere das am Beispiel des Ferienlohns. Wir nehmen an, unsere Mitarbeiterin sei zu 40% beschäftigt, zwei Tage pro Woche, Montag und Dienstag. Im März 2005 führt das zu 8 Arbeitstagen. Wenn wir den Tageslohn als Monatslohn geteilt

durch diese 8 Arbeitstage annehmen, haben wir dem Teilzeitcharakter durch die geringere Anzahl Arbeitstage Rechnung getragen. Würde die Mitarbeiterin zum gleichen Taglohn 100% arbeiten, änderte sich am Tageslohn nichts, sondern nur etwas bei den Arbeitstagen. Berechnet man Ferienlohn in diesem System, muss man beim Ferienanspruch ebenfalls bei den Tagen eine Reduktion vornehmen. Er beträgt dann 40% von 20 Arbeitstagen bei vier Wochen Ferien pro Jahr.

Andererseits könnte man auch beim Teilzeitarbeitsverhältnis von 20 Ferientagen ausgehen, sofern man den Tageslohn als Monatslohn geteilt durch 21,66 annähme. Dann würde dem Teilzeitarbeitsverhältnis durch die Reduktion des Tagessatzes Rechnung getragen. Fehler entstehen vor allem dort, wo diese beiden Ansätze nicht sauber getrennt werden.

IV. Die Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt im Rahmen von Massenentlassungen

von Catherine Reiter, Juristische Sekretärin am Arbeitsgericht Zürich

Am 1. Mai 1994 sind die neuen Bestimmungen über die Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) in Kraft getreten. Seither haben sich Lehre und Rechtsprechung¹⁰ mit vielen sich bei Massenentlassungen stellenden Problemen auseinandergesetzt. Ungeklärt ist bis heute die Frage, welche Folgen eine Unterlassung der gemäss Art. 335g OR geforderten Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt hat und wie diese vermieden werden können. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden. Zudem werden einige weitere Probleme hinsichtlich der Mitteilung erörtert.

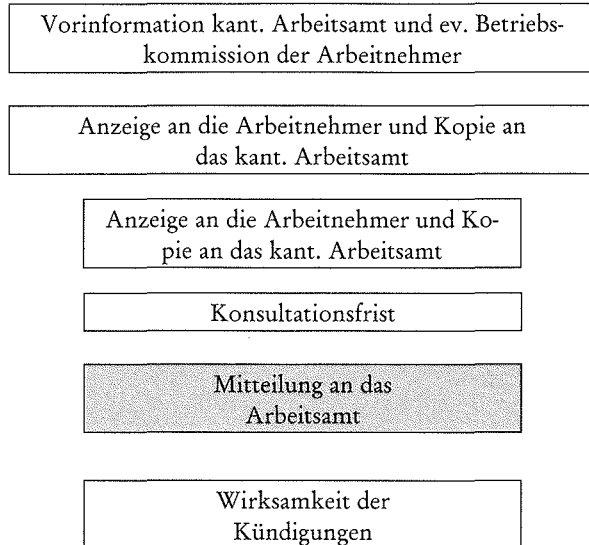
Inhalt:

1.	Bedeutung der Mitteilung im Verfahren der Massenentlassung	68
2.	Form	69
3.	Fristenlauf	69
4.	Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilung	71
5.	Sanktion	76
6.	Zusammenfassung	76

¹⁰ Anstelle vieler z.B. der Entscheid AN020535 des Arbeitsgerichts Zürich vom 18. Dezember 2002 (vom Obergericht bestätigt am 24. April 2003, LA030006) in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2002, S. 24 ff.

1. Bedeutung der Mitteilung im Verfahren der Massenentlassung

Die Mitteilung an das Arbeitsamt nimmt innerhalb des Verfahrens der Massenentlassung folgende Stellung ein¹¹:



Die danach laufende Frist bis zur Wirksamkeit der Kündigungen soll es dem Arbeitsamt ermöglichen, zusammen mit den Betroffenen für diese neue Stellen zu finden oder deren durch die Massenentlassung hervorgerufenen Engpässe finanzieller Natur auf andere Weise zu überbrücken helfen. Im Vordergrund steht dabei in der Praxis die Förderung des Dialogs zwischen den Sozialpartnern¹². Die kantonalen Arbeitsämter sehen in der Regel eine breite Auswahl an Massnahmen vor, die

¹¹ Basierend auf: Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Solothurn, Massenentlassungen und Betriebsschliessungen, Solothurn 2002, S. 10.
¹² Es ist umstritten, ob dem Arbeitsamt auch die Aufgabe zukommt, Lösungen zu suchen, um die Entlassungen zu vermeiden (Roland A. Müller, Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen (OR 335d ff.), in: ArbR 1995, S. 133).

Weiterbildungen, Umschulungen und Schnuppereinsätze umfassen. Spätestens in dieser Phase wird ein Sozialplan ausgearbeitet¹³.

2. Form

Gemäss Art. 335g Abs. 1 OR hat die Mitteilung an das Arbeitsamt schriftlich zu erfolgen. Ob eine Faxmitteilung diesem Schriffterfordernis genügt, ist umstritten¹⁴. Sinnvollerweise wird man wohl bezüglich des Fristbeginns auf eine Faxkopie abstellen, für die Wahrung des Schriffterfordernisses aber die sofortige Nachsendung der Mitteilung mit Originalunterschrift verlangen.

3. Fristenlauf

Der Eingang der Mitteilung beim Arbeitsamt markiert den Beginn der Frist nach Art. 335g Abs. 4 OR¹⁵. Eine unvollständige Anzeige vermag den Fristenlauf nicht auszulösen. Das Arbeitsamt muss alle gemäss Art. 335g Abs. 2 OR als zweckdienlich bezeichneten Angaben sowie die Ergebnisse der Konsultation haben, um im Sinne von Art. 335g Abs. 3 OR tätig werden zu können. Dass es sich dabei nicht nur um die notwendigsten Informationen handelt, ergibt sich nicht nur aus dem Gesetzestext, sondern auch daraus, dass das kantonale Arbeitsamt bereits vorher über die grundlegenden Eckdaten der Massenentlassung informiert worden ist¹⁶. Bei den nach Art. 335g Abs. 2 OR geforderten Daten handelt es sich demzufolge um jene, die dafür zweckdienlich sind, offene Stellen mit den Profilen der Arbeitnehmer zu vergleichen und so zu sehen, für welche Gruppen von Arbeitnehmern sich besondere Engpässe ergeben könnten und die Überbrückung derselben zu planen. Welche Informationen zweckdienlich und für die Auslösung des Fristenlaufs erforderlich sind, ist aufgrund des Gesetzestextes sowie der Praxis unklar. Obwohl die

¹³ AWA Solothurn, a.a.O., S. 9.

¹⁴ Müller, a.a.O., S. 130.

¹⁵ Lienhard Meyer, Die Massenentlassung, Basel 1999, S. 227, mit ausführlicher und meines Erachtens richtiger Begründung. Den Ausschlag für die Auslegung gibt vor dem Hintergrund des autonomen Nachvollzugs meines Erachtens der Wortlaut der europäischen Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998. Demgegenüber Thomas Geiser, Massenentlassung - Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, in: AJP 1995, S. 1412.

¹⁶ Siehe Kapitel 1: Vorinformation und Zustellung der Kopie der Anzeige an die Arbeitnehmer.

Kantone Merkblätter zur Verfügung stellen, variiert die Präzision hinsichtlich der Umschreibung der zweckdienlichen Informationen stark¹⁷. Es empfiehlt sich im Interesse der Rechtssicherheit, die Anforderungen an die Anzeige so genau wie möglich zu umschreiben. Meines Erachtens gehören folgende Informationen zu den zweckdienlichen Angaben, welche für den Fristbeginn beim Arbeitsamt eintreffen müssen:

- Adresse der Arbeitnehmervertretung
- Anzahl betroffene Arbeitnehmer und deren berufliche Informationen
- Zeitpunkt von Ausspruch und Wirksamkeit der Kündigungen
- Allenfalls bereits vorhandener Sozialplan
- Finanzielle Situation der Arbeitgeberin sowie der Pensionskasse

Nicht zu den zweckdienlichen Angaben gehören jedoch die Anzahl der regelmässig Beschäftigten, der Grund für die Entlassungen sowie allgemeine Informationen über die Arbeitgeberin, da solche nicht dem Sinn und Zweck der Mitteilung dienen und das Arbeitsamt insbesondere nicht dafür zuständig ist, die Rechtmässigkeit der Massentlassung zu überprüfen. Im Fall einer unvollständigen Anzeige beginnt die Frist mit Zustellung der letzten nach Art. 335g Abs. 2 OR geforderten Information zu laufen.

Auch bei einer vorsorglichen Anzeige, welche im Interesse beider Parteien möglich sein muss¹⁸ und mit Hinweisen auf Gesetzgebung und Rechtsprechung in Deutschland von einem Teil der Lehre nach abgeschlossener Konsultation als zulässig erachtet wird¹⁹, beginnt die Frist erst mit der definitiven Anzeige im bereits erwähnten Sinn.

¹⁷ Während im Kanton ZH die einzureichenden Angaben kaum ausdrücklich genannt werden, man sich auf die generelle Umschreibung im Gesetz verlässt (www.awa.zh.ch/personalverantwortliche/rav/massentlassung.asp) und die Vertreter der Unternehmungen bei Nachfrage an die zuständige RAV verweist, stellt der Kanton SO eine umfangreiche Checkliste zur Verfügung (AWA Solothurn, a.a.O., S. 12 f.).

¹⁸ Da sich dadurch nicht nur die Frist verlängert, die dem Arbeitsamt zur Verfügung steht, sondern eine solche auch Druck von der Arbeitgeberin nimmt, sich zwischen einer Mitteilung an das Arbeitsamt und weiteren Versuchen, die Arbeitsplätze zu retten, zu entscheiden.

¹⁹ Müller, a.a.O., S. 132.

Für die Berechnung der 30-tägigen Frist gilt der allgemeine Grundsatz im Obligationenrecht²⁰.

Wird die Konsultation trotz erfolgter definitiver Anzeige an das Arbeitsamt wieder aufgenommen, stellt sich die Frage, ob die Frist nach Art. 335g Abs. 4 OR während dieser Zeit stillsteht oder nach Abschluss der neu erfolgten Konsultation erneut eine Anzeige zu erfolgen hat. Es liegt wohl näher, einen Stillstand der Frist während dieser Zeit anzunehmen, da das Arbeitsamt bereits sämtliche Informationen zur Verfügung hat, um seine Arbeit gemäss Art. 335g Abs. 3 OR zu erledigen. Ein Weiterlaufen der Frist kommt nicht in Frage, da die Folgen einer neuen Konsultationsphase ungewiss sind und durchaus in einer Weiterbeschäftigung resultieren könnten, weshalb es für die Arbeitnehmer unzumutbar wäre, gleichzeitig vom Arbeitsamt in die Suche von Alternativen involviert zu werden.

Da die Art. 335d ff. OR als zwingend betrachtet werden, ist ein Verzicht auf die Frist grundsätzlich nicht möglich, da ein solcher gegen Art. 341 Abs. 1 OR verstossen würde²¹.

4. Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilung

4.1. Vertragsdauer

Die Rechtsfolge der Unterlassung der Mitteilung an das Arbeitsamt wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Art. 335g Abs. 4 OR bestimmt lediglich, dass das im Rahmen einer Massentlassung gekündigte Arbeitsverhältnis 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massentlassung ende, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam werde. Der Wortlaut dieser Bestimmung gibt somit keine Auskunft darüber, welche Rechtsfolge zum Tragen kommt, wenn die Anzeige an das Arbeitsamt ganz unterbleibt. Deshalb ist die Norm auszulegen²².

²⁰ Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR; Meyer, a.a.O., S. 226.

²¹ BGE 4C.185/2001 E. 3a; BGE 118 II 58 E. 2b.

²² Könnte trotz der Auslegung keine Antwort auf diese Frage gefunden werden, würde eine echte Gesetzeslücke vorliegen, welche im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen wäre. Ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers kommt diesfalls nicht in Betracht.

Bei der Auslegung einer Norm ist primär ihr entstehungszeitlicher Sinn zu ermitteln²³. Die Bestimmungen über die Massenentlassung wurden im Rahmen des autonomen Nachvollzugs der europäischen Mindeststandards der damals massgebenden Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen in das Schweizer Obligationenrecht aufgenommen²⁴. Auch diese Richtlinie sowie die sie ersetzende Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 (nachfolgend "Richtlinie 98/59/EG") geben keine ausdrückliche Antwort auf die gestellte Frage. Die Normierung der Rechtsfolge einer unterlassenen Anzeige wird dem nationalen Gesetzgeber überlassen.

Damit ist das Schweizer Recht unter Anwendung eines Elementepluralismus auszulegen²⁵. Denkbar sind folgende Auslegungsergebnisse:

- Die Unterlassung der Mitteilung zeitigt keine Rechtsfolge.
- Eine trotz Unterlassung der Anzeige erfolgte Kündigung ist wirksam, aber missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR.
- Die Kündigung ohne erfolgte Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt ist nichtig.
- Die Kündigung bei unterlassener Anzeige ist gültig, kann jedoch erst nach Ablauf der Frist nach Art. 335g Abs. 4 OR wirksam werden - d.h. die Kündigungsfrist verlängert sich im Unterlassungsfall grundsätzlich auf unbestimmte Zeit.

Der Wille des Gesetzgebers ging dahin, dass eine Kündigung vor der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt zwar möglich und gültig sein, das Arbeitsverhältnis in einem solchen Fall aber frühestens 30 Tage nach der Anzeige enden soll²⁶. Dieselbe Ansicht wird von der herrschenden Lehre vertreten²⁷. Damit ist die Kündigung zwar gültig, wird aber nicht wirksam, solange keine Mitteilung an das Arbeitsamt erfolgt. Wirksamkeit entfaltet die ausgesprochene Kündigung frühestens 30 Tage nach erfolgter Mitteilung. Das bedeutet, dass die Kündigungsfrist frühestens

²³ BGE 116 II 527.

²⁴ BBl 1992 V 405; BBl 1993 II 880; Geiser, a.a.O., S. 1411.

²⁵ BGE 110 Ib 8.

²⁶ BBl 1992 V 412.

²⁷ Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 328, N. 3; Geiser, a.a.O., S. 1412 und S. 1419; Meyer, a.a.O., S. 212 f. und S. 225 f.

30 Tage nach der Mitteilung ablaufen und das Arbeitsverhältnis beenden kann²⁸. Im Unterlassungsfall verlängert sich die Kündigungsfrist folgerichtig auf unbestimmte Zeit.

Für das Fehlen einer Rechtsfolge sprechen keine überzeugenden Argumente. Allenfalls liesse sich anführen, dass das Ziel der Anzeige, welches vornehmlich ein arbeitsmarktpolitisches ist²⁹, keine Rechtsfolge rechtfertigt, welche sich auf das Arbeitsverhältnis im konkreten Fall auswirke.

Für die Missbräuchlichkeit der wirksamen Kündigung spricht lediglich, dass die Aufzählung der Fälle von Missbräuchlichkeit nach herrschender Lehre nicht abschliessend ist³⁰. Dagegen spricht insbesondere der Wortlaut von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR, welcher sich nur auf Art. 335f OR bezieht. Dazu ist aus den Materialien ersichtlich, dass es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt, der diese Rechtsfolge gerade nicht an die Unterlassung der Anzeige an das Arbeitsamt knüpfen wollte³¹. Diese Ansicht wird dadurch untermauert, dass Art. 335f OR und Art. 335g OR unterschiedliche Ziele verfolgen. Während Art. 335f OR sozialpolitischen Zielen dient, steht bei der Information des Arbeitsamtes durch die Arbeitgeberin das arbeitsmarktpolitische Ziel im Vordergrund³².

Nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR wäre eine Kündigung vor der Anzeige an das Arbeitsamt, wenn man sie als widerrechtlich bezeichnen könnte. Die Nichtigkeit ist die typische Rechtsfolge eines Verstosses gegen zwingendes Recht, als welches die Art. 335d ff. OR betrachtet werden³³. Damit würde diese Rechtsfolge auf der Hand liegen. Allerdings ging der Gesetzgeber eindeutig davon aus, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer auch im Falle der Unterlassung der Anzeige an das Arbeitsamt kündigen könne³⁴. Selbst die Richtlinie 98/59/EG sieht keine Nichtigkeit von Kündigungen vor, welche unter Verletzung der Bestimmungen über die

²⁸ Nicht korrekt ist die Ansicht, die Kündigungsfrist beginne erst nach Ablauf der 30-tägigen Frist zu laufen:
www.awa.zh.ch/personalverantwortliche/rav/massenentlassung.asp;
www.nzz.ch/2002/10/09/wi/page-newzzD735Q08P-12.html.

²⁹ Meyer, a.a.O., S. 150.

³⁰ Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, S. 337, N 3.

³¹ Amt. Bull. NR 1993 S. 1708 ff.

³² Meyer, a.a.O., S. 150.

³³ Meyer, a.a.O., S. 45.

³⁴ BBl 1992 V 412.

Massenentlassung ausgesprochen worden sind³⁵. Da die Wahl der Sanktion bei der Verletzung der Verfahrensvorschriften über die Massenentlassung dem nationalen Gesetzgeber überlassen ist, wäre es jedoch durchaus möglich gewesen, dass sich der Bundesgesetzgeber für die Nichtigkeit als Rechtsfolge entschieden hätte³⁶. Dies hat er jedoch gemäss den vorangehenden Ausführungen nicht.

Grundsätzlich verlängert sich die Vertragsdauer bei Unterlassung der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt somit auf unbestimmte Zeit.

In gewissen Fällen kann sich die Frage stellen, ob trotz Anwendung dieses Grundsatzes auf den Einzelfall die Berufung darauf einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Daran sind jedoch sehr hohe Anforderungen zu stellen. In Frage kommt dies insbesondere, wenn der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit in ein neues Arbeitsverhältnis eingetreten ist.

Die Arbeitgeberin könnte allenfalls im Einzelfall, wenn nicht erneut eine grosse Anzahl Arbeitnehmer betroffen ist, versucht sein, diese Rechtsfolge durch erneute Kündigung aus den Angeln zu heben. Grundsätzlich ist eine solche infolge Verstoßes gegen zwingendes Recht als nichtig zu betrachten. Im Einzelfall wäre die Berufung des Arbeitnehmers auf die Nichtigkeit einer solchen zweiten Kündigung zwar allenfalls missbräuchlich, aber auch die Arbeitgeberin darf sich nicht auf die zweite Kündigung berufen, wenn diese auf die Umgehung der Bestimmungen über die Massenentlassung abzielt. Aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, dass für eine zweite Kündigung regelmässig kein Raum besteht.

Als einzige Ausnahme vom Grundsatz der Verlängerung der Kündigungsfrist auf unbestimmte Zeit ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrages denkbar. Ein solcher würde jedoch einen Verzicht auf zwingendes Recht im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR darstellen³⁷. Ein Aufhebungsvertrag wäre somit nur dort möglich, wo Art. 341 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung kommt. Dies ist der Fall, wenn ein unsicheres und strittiges Rechtsverhältnis bereinigt werden soll und sich beide Parteien zu gegenseitigem Entgegenkommen entschliessen. Im Falle eines Lohnanspruches des Arbeitnehmers ist jedoch für einen gültigen Aufhebungsvertrag eine Kompensation seitens der Arbeitgeberin erforderlich. Ansonsten würde dem Frist-

³⁵ Meyer, a.a.O., S. 210 f.

³⁶ Meyer, a.a.O., S. 212.

³⁷ BGE 4C.185/2001 E. 3a; BGE 118 II 58 E. 2b.

verzicht durch den Arbeitnehmer nichts Gleichwertiges gegenüberstehen³⁸. Eine weitere Voraussetzung ist, dass ein unsicheres und strittiges Rechtsverhältnis vorliegt. Dies ist erst der Fall, wenn die ohne Vorliegen einer Massenentlassung anwendbare Kündigungsfrist bereits abgelaufen ist.

5. Lohnfortzahlungspflicht

Arbeitet der Arbeitnehmer während der verlängerten Vertragsdauer weiter, hat der Arbeitgeber auch den vereinbarten Lohn zu zahlen (Art. 322 Abs. 1 OR).

Wenn der Arbeitnehmer arbeitet, erfolgt dies aber mit Zustimmung der Arbeitgeberin, da diese den Arbeitnehmer ansonsten freistellen könnte. Somit stellt sich die Frage nach einer allfälligen Grenze der Lohnfortzahlung in diesem Fall (noch) nicht.

Arbeitet der Arbeitnehmer demgegenüber nicht mehr, hängt die Lohnfortzahlungspflicht davon ab, aus welchem Grund der Arbeitnehmer keine Arbeit leistet. Der Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn" findet insbesondere im Annahmeverzug der Arbeitgeberin nach Art. 324 OR und in der unverschuldeten Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung gemäss Art. 324a OR seine Einschränkungen. Kommt der Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn" zur Anwendung, stellt sich die Problematik der Begrenzung der Lohnfortzahlungspflicht nicht.

In den folgenden Fällen stellt sich die Frage, wie lange der Lohn geschuldet ist, wenn das Vertragsverhältnis infolge Unterlassung der Mitteilung an das Arbeitsamt noch besteht, aber keine Arbeit geleistet wird, sei es infolge Annahmeverzugs seitens der Arbeitgeberin oder unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung. Die Frage ist vor allem dann aktuell, wenn die Arbeitgeberin infolge einer Betriebsschliessung in Annahmeverzug kommt, die Arbeit des Arbeitnehmers trotz seines Angebots nicht annehmen kann und die Mitteilung der Massenentlassung an das Arbeitsamt unterlassen hat. Ist eine Masse von Arbeitnehmern betroffen, macht die nachträgliche Mitteilung an das Arbeitsamt auch vom Zweck von Art. 335g OR her Sinn. Sind einzelne Arbeitnehmer betroffen, so ist der Aufhebungsvertrag mit einer Kompensation in Form einer angemessenen

³⁸ BGE 4C.22/2000 E. 3c.

finanziellen Entschädigung die einzige weitere, wahrscheinlich für beide Seiten zweckdienlichste Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis und die Lohnfortzahlungspflicht aussergerichtlich zu beenden.

Weigert sich der Arbeitnehmer zum Abschluss eines solchen, muss eine zeitliche Obergrenze für die Lohnfortzahlungspflicht bestimmt werden. Alleine auf die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 OR abzustellen, wäre unbillig. Ein Abstellen auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin wäre ebenfalls nicht sachgerecht, da der Anreiz zum Unterlassen der Mitteilung zu gross wäre. Das Gesetz gibt somit auf die Frage nach einer zeitlichen Obergrenze keine Antwort, weder nach Wortlaut noch nach Auslegung. Deshalb muss das Gericht nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde, da entsprechendes Gewohnheitsrecht fehlt³⁹. Das richterliche Ermessen ist sehr gross und reicht wohl von der nächsten ordentlichen Kündigungsfrist bis zur fünfjährigen Verjährungsfrist. Nach meinem Ermessen müsste die Obergrenze in einem solchen Fall bei einem Jahr liegen. Allerdings wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber diese Rechtsunsicherheit beseitigen würde.

6. Sanktion

Die Unterlassung der Mitteilung an das Arbeitsamt kann verwaltungsstrafrechtliche Folgen haben. Wird die in Art. 29 Abs. 1 AVG⁴⁰ wiederholte Meldepflicht von Art. 335g OR verletzt, kann dies nach Art. 39 Abs. 2 lit. b AVG mit Busse bis zu Fr. 40'000.-- bestraft werden⁴¹.

7. Zusammenfassung

Hat eine Unternehmung die Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt im Sinne von Art. 335g OR unterlassen, dauern das Vertragsverhältnis und im Falle einer Lohnfortzahlungspflicht auch diese an, bis die Arbeitgeberin sich davon durch nachträgliche Mitteilung an das Arbeitsamt oder nach Ablauf der ohne Vorliegen einer Massenentlassung anwendbaren Kündigungsfrist durch Übereinkunft mit oder

³⁹ Art. 1 Abs. 2 ZGB.

⁴⁰ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih. So auch Thomas Geiser, Massenentlassung, in: Thomas Geiser / Peter Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis II, Basel / Frankfurt am Main 1997, S. 115, N 3.80.

ohne Kompensation befreit. Gelingt dies nicht, wird durch eine richterlich zu bestimmende zeitliche Obergrenze nicht nur die Lohnfortzahlungspflicht, sondern auch das Vertragsverhältnis als solches beschränkt.

Die vorzuziehenden aussergerichtlichen Lösungsmöglichkeiten sind in den verschiedenen Fällen die folgenden:

<i>Masse von Arbeitnehmern mit oder ohne Lohnanspruch</i>	<i>Einzelfall mit Lohnanspruch trotz fehlender Arbeit</i>	<i>Einzelfall ohne Lohnanspruch</i>
Nachholen der Mitteilung	Aufhebungsvertrag mit Kompensation	Aufhebungsvertrag mit oder ohne Kompensation

V. Statistischer Überblick

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2003	2004
Übertrag Vorjahr	416	404
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1131	1155
Klageeingänge von Arbeitgebern	63	51
Total	1610	1610
Erledigungen im laufenden Jahr	1206	1226
Pendenzen Ende Jahr	404	384

Erledigungsarten

	2003	2004
durch Urteil	219	221
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	917	915
anderweitig	70	90

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2003	2004
Verhandlungen	1036	1069
Beweisverfahren	81	75
Entscheidbegründung	134	131

Streitwerthöhe

	2003	2004
- 8'000	531	507
> 8'000bis 12'000	143	155
> 12'000 bis 30'000	355	370
> 30'000 bis 100'000	110	127
> 100'000 bis 500'000	40	35
> 500'000	7	13

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2003	2004
bis 1 Monat	177	127
1 bis 2 Monate	404	373
2 bis 3 Monate	234	352
3 bis 6 Monate	206	199
6 bis 12 Monate	96	80
1 bis 2 Jahre	62	67
über 2 Jahre	27	28



ARBEITSGERICHT ZÜRICH