

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2006



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2006

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	5
1. OR 319; Mutter- und Tochtergesellschaft: Wer ist Arbeitgeberin?	5
2. OR 320; Rechtsfolgen bei nachträglicher Ungültigkeit des Arbeitsvertrages	5
3. OR 321c; Überstundenansprüche eines Betriebsleiters	7
4. OR 321e; Rückforderung von Ausbildungskosten	7
5. OR 322; Kein nachträglicher Lohnabzug für Minderarbeitszeiten	8
6. OR 322; Verbot konkurrenzierender Tätigkeit bei Teilzeitarbeit	9
7. OR 322d; Rechtliche Würdigung eines Handgeldes; Verjährung	10
8. OR 322d; Qualifikation eines gewinnabhängigen Bonus	12
9. OR 324a; Beschwerliche Arbeiten und Schwangerschaft	14
10. OR 324a; Freiwillige Lohnfortzahlung; Rückforderung?	15
11. OR 324a; Zweifelhafte Arztzeugnisse und fehlende Entbindung vom Arztgeheimnis	16
12. OR 327a; Versetzung auf eigenen Wunsch; Anspruch auf Reisespesen?	17
13. OR 328b; Auskunft und Einsicht ins Personaldossier	18
14. OR 329a OR; Handschriftliche Ferienabrechnungen des Arbeitgebers	21
15. OR 330a; Aufbau eines Zeugnisses	22
16. OR 330a; Fristlose Entlassung; Austrittsdatum im Zeugnis	24
17. OR 330a; Zeugnis bei Tätigkeit für mehrere (konkursite) Firmen	25
18. OR 335; Anspruch auf Geschäftsfahrzeug während der Freistellung	26
19. OR 335; Freistellung und Minusstunden	27
20. OR 335; Provisionsvorschuss; Provision während der Freistellung	28
21. OR 336; Mobbing als missbräuchlicher Kündigungsgrund?	29
22. OR 336; Geltendmachung von Ansprüchen	32
23. OR 336; Sperrfrist bei Militärdienst; Berechnung der Sperrfrist	34
24. OR 336c; Berechnung der Sperrfrist bei Schwangerschaft	37
25. OR 337; Ungenügende Überprüfung der Arbeitsbewilligung	38
26. OR 337; Familienbetrieb, Scheidung, Entlassung des Ehemannes	40
27. OR 341; Nachträgliche Saldoklausel: Verzicht auf Ferienlohn?	41
28. GLG 5; Sexuelle Belästigung eines Lehrlings durch die Vorgesetzte	43
29. ZPO 129; Schulungstage sind kein genügender Verschiebungsgrund	45
30. GVG 13; Arbeitsgericht ist für Sozialversicherungsbeiträge nicht zuständig	45
31. GVG 13; Zuständigkeit für Verletzung der Treuepflicht nach Aktienrecht?	46
32. GVG 199; Wiederherstellungsgesuch nach Säumnis	47
II. Ergänzungen zu weitergezeigten Entscheiden	49
III. Die Widerklage im arbeitsrechtlichen Verfahren – Praxis des Arbeitsgerichtes Zürich	51
IV. Statistischer Überblick	61

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Vor Ihnen liegt die neuste Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheide aus dem Jahr 2006. Wir haben uns bemüht, wie immer eine praxisnahe Auswahl von Urteilen zusammen zu stellen, die sich mit häufigen Fragen des arbeitsvertraglichen Alltags befassen. So zeigt ein Entscheid auf, welches die rechtlichen Folgen sind, wenn eine schwangere Arbeitnehmerin die bisherigen beschwerlichen Arbeiten nicht mehr verrichten kann. Mehrere Urteile äussern sich zur Abfassung von Arbeitszeugnissen. Entschieden werden musste auch über die Folgen von sexueller Belästigung oder Mobbing.

Zu Beginn des Berichtsjahres wechselte Herr lic. iur. Erich Kaufmann vom Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen an das Arbeitsgericht und übernahm die 4. Abteilung vom zurückgetretenen Herrn lic. iur. Martin Farner.

Im Anschluss an die Entscheidsammlung enthält die Publikation einen aufschlussreichen Beitrag über die Widerklage und ihre Problemstellungen im Arbeitsrecht am Beispiel des Arbeitsgerichtes Zürich.

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

Zürich, im Mai 2007

Dr. Hans-Peter Egli, Bereichsvertreter

Dr. Gerhard Koller, Gerichtsschreiber/Ersatzrichter

I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

1. OR 319; Mutter- und Tochtergesellschaft: Wer ist Arbeitgeberin?

Der Kläger schloss mit der deutschen Muttergesellschaft einen Arbeitsvertrag als Vertriebsleiter für die noch zu gründende Beklagte in der Schweiz. Als er Jahre später von der Muttergesellschaft fristlos entlassen wurde, klagte er die Beklagte ein, mit der Begründung, er habe hauptsächlich für die Beklagte gearbeitet und von der Muttergesellschaft auch nie Lohn ausbezahlt erhalten.

Aus dem Entscheid:

«Zusammengefasst bestand zwischen dem Kläger und der Muttergesellschaft der Beklagten ein schriftlicher Arbeitsvertrag, der keine Zweifel offen lässt, zwischen welchen Parteien das Arbeitsverhältnis begründet worden war.

Das Arbeitsverhältnis wurde hernach während elf Jahren dem Arbeitsvertrag entsprechend gelebt, ohne dass eine ausdrückliche Vereinbarung, wonach die Beklagte als Arbeitgeberin an die Stelle der Muttergesellschaft trete oder sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger übernehme, auch nur behauptet worden wäre.

Ein durch konkludentes Verhalten vereinbarter Wechsel der Arbeitgeberin liegt nicht vor, insbesondere vermöchte allein der Umstand, dass der Lohn während der ganzen Dauer der Anstellung ohne Ausgleich durch die Muttergesellschaft von der Beklagten bezahlt worden wäre, keinen solchen zu begründen. Andere Gründe, welche hierfür sprechen würden, wurden nicht behauptet und sind auch nicht ersichtlich.

Arbeitgeberin war und blieb damit dem schriftlichen Vertrag entsprechend die Muttergesellschaft der Beklagten, weshalb es letzteren an der Passivlegitimation fehlt und der Kläger die falsche Partei eingeklagt hat. Die Hauptklage ist daher abzuweisen.»

(AGer., AN060470 vom 30. November 2006; eine Berufung ist noch hängig; siehe auch Entscheid Nr. 31).

2. OR 320; Rechtsfolgen bei nachträglicher Ungültigkeit des Arbeitsvertrages

Die Beklagte, eine Temporärfirma, bestritt, dass der Kläger einen Teil der geltend gemachten Arbeiten für sie ausgeführt habe. Diesbezüglich wurde dem Kläger der

Beweis auferlegt, dass er diese Arbeiten tatsächlich im geltend gemachten Umfang und überdies für die Beklagte als Arbeitgeberin geleistet habe. Der Kläger berief sich hierzu auf den Zeugen A., seinen Vorarbeiter und Chef auf der Baustelle. Die Beklagte machte geltend, dieser habe keine Vollmacht gehabt, Verträge abzuschliessen.

Aus dem Entscheid:

«Der Zeuge A. bestätigte die Behauptung des Klägers, es sei von Anfang an mündlich ein Stundenlohn von Fr. 28.– vereinbart gewesen, nicht. Dagegen bekräftigte er, mit dem Kläger den Arbeitsvertrag vom 28. Juni 2003 abgeschlossen und unterschrieben zu haben, und bemerkte, der sei so in Ordnung.

Dem Arbeitsvertrag hält die Beklagte entgegen, es sei nicht in der Kompetenz von A. gelegen, Arbeitsverträge für sie abzuschliessen und zudem habe sie von diesem Vertrag erst im Rahmen eines Prozesses Kenntnis erhalten. Sinngemäss macht sie geltend, der von A. abgeschlossene Arbeitsvertrag sei für sie nicht bindend.

A. handelte beim Abschluss des Arbeitsvertrages vom 28. Juni 2003 im Namen der Beklagten, offenbar ohne hierzu gehörig bevollmächtigt gewesen zu sein. Die Beklagte lehnte eine Genehmigung des ohne Vollmacht geschlossenen Rechtsgeschäfts im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ausdrücklich ab. Daraus folgt, dass der ohne Vollmacht geschlossene Arbeitsvertrag vom 28. Juni 2003 zwischen der Beklagten und dem Kläger nicht gültig zustande gekommen ist.

Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienst der Arbeitgeberin aufgrund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus einem gültigen Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird (Art. 320 Abs. 3 OR). Solange keine der Vertragsparteien sich auf die Ungültigkeit des Vertrages beruft, besteht zwischen den Parteien ein sogenannt faktisches Arbeitsverhältnis, bei welchem der geschlossene Vertrag mit seinen Rechten und Pflichten wie ein gültiger Vertrag wirkt. Voraussetzung ist, dass der Leistungsvollzug in gutem Glauben geschieht (BK-Rehbinder, N 45 zu Art. 320 OR).

Somit stellt sich die Frage, ob der Kläger bereits ab dem 28. Juni 2003 in guten Treuen davon ausgehen durfte, er leiste seine Arbeit für die Beklagte zu den mit A. vereinbarten Bedingungen. Die Beklagte anerkennt, dass A. für sie als Gruppenleiter gearbeitet hat und er der Chef und Firmenvorarbeiter des Klägers gewesen war. A. betonte als Zeuge, er sei grundsätzlich berechtigt gewesen, bei den Löhnen mitzureden und seine Abmachungen seien von der Beklagten immer akzeptiert worden. Er war offenbar damals selber der Auffassung, berechtigt zu sein, Lohnvereinbarungen für die Beklagte zu treffen. Deshalb erweckte er beim Kläger den Anschein, es liege in seiner Kompetenz, für die Beklagte Verträge abzuschliessen. Deswegen ist der gute Glaube des Klägers zu bejahen.

Somit kommt zwischen den Parteien für die Zeit vom 28. Juni 2003 bis Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsvertrag, den A. mit dem Kläger geschlossen hat, so zur Anwendung, wie wenn er gültig geschlossen worden wäre.»

(AGer., AN050666 vom 28. Februar 2006)

3. OR 321c; Überstundenansprüche eines Betriebsleiters

Zu prüfen war, ob ein Betriebsleiter mit vorgegebener Arbeitszeit Anspruch auf Überstunden hat oder nicht.

Aus den Erwägungen:

«Die Parteien haben einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen und darin eine wöchentliche Arbeitszeit von 42,5 Stunden festgelegt. Hat der Kläger diese Stundenzahl überschritten und war es angeordnet oder betrieblich notwendig, Überstunden zu leisten, muss der Arbeitgeber diese Überstunden mit einem Zuschlag von 25% entschädigen. Eine Entschädigung entfällt nur dann, wenn die Überstunden durch Freizeit ausgeglichen wurden oder wenn etwas anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Entschädigung für allenfalls geleistete Überstunden des Klägers schon deshalb nicht geschuldet sei, weil der Kläger in seiner Funktion als Betriebsleiter und somit als leitender Angestellter keinen Anspruch auf Überstundenentschädigung habe. Es ist zutreffend, dass leitenden Angestellten nach der Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich kein Anspruch auf Überstundenentschädigung zusteht. Von diesem Grundsatz ist allerdings u.a. dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich eine begrenzte Arbeitszeit vereinbart haben (BGE 129 III 171 ff., E.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.320/1996 in JAR 1998, S. 144 ff.). Dies haben die Parteien – wie bereits erwähnt – im vorliegenden Fall gemacht. Im Vertrag wurde ausdrücklich eine wöchentliche Arbeitszeit von 42,5 Stunden festgelegt. Von daher geht die Ansicht der Beklagten, dass der Kläger als leitender Angestellter keinen Anspruch auf Überstundenentschädigung hat, fehl. Und zwar unabhängig davon, ob der Kläger tatsächlich als leitender Angestellter im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt oder nicht. Diese Frage kann somit offen gelassen werden.

Die Beklagte macht darüber hinaus geltend, sie habe mit dem Kläger eine mündliche Abrede getroffen, wonach der Kläger per 1. August 2003 Fr. 1000.– mehr verdiene und damit allfällige Überstunden im Lohn inbegriffen seien. Der Kläger bestreitet dies. Ob die Parteien tatsächlich eine solche mündliche Vereinbarung getroffen haben, kann ebenfalls offen gelassen werden. Gemäss Gesetz kann eine Überstundenentschädigung nur dann rechtsgültig ausgeschlossen werden, wenn dies schriftlich vereinbart wird (Art. 321c Abs. 3 OR). Auch dieser Einwand der Beklagten ist somit nicht stichhaltig.»

Im Folgenden prüfte das Gericht den Anspruch des Klägers und sprach ihm die Entschädigung für die ausgewiesenen Überstunden zu.

(AGer., AN050487 vom 20. Dezember 2006)

4. OR 321e; Rückforderung von Ausbildungskosten

Nach einem mehrmonatigen Praktikum trat die Klägerin eine Lehre als Küchen-

angestellte bei der Beklagten an. Nach drei Monaten löste die Klägerin das Lehrverhältnis fristlos auf. Die Beklagte forderte u.a. Ausbildungskosten zurück.

Aus den Erwägungen:

«Abgesehen von der Rückforderung des Praktikumslohnes fordert die Beklagte von der Klägerin den Ersatz des aufgewendeten Schulgeldes im Betrag von Fr. 1'870.–. Die Beklagte habe einen von der Klägerin zu absolvierenden Einführungskurs teilweise schon zu bezahlen gehabt; der zweite Teil müsse allerdings auch noch bezahlt werden. Diesbezügliche Verhandlungen mit der Schule seien im Gange. Eingereicht hat die Beklagte dazu eine Zahlungserinnerung der Schule über Fr. 1'850.– (inkl. Fr. 10.– Mahngebühr).

Aus dem Vorbringen der Beklagten muss geschlossen werden, dass die Teilnahme am fraglichen Einführungskurs obligatorisch war («die Klägerin hatte teilzunehmen»). Für derartige überbetriebliche Kurse kann von den Lehrbetrieben, nicht aber von den auszubildenden Personen ein Kostenbeitrag beansprucht werden. Eine spätere, ungerechtfertigte fristlose Vertragsauflösung durch den Lehrling berechtigt den Arbeitgeber nicht, solche Kosten zurück zu fordern (Art. 23 BBG; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 345a OR).

Vorliegend kommt hinzu, dass die Beklagte – wie bereits erwähnt – sich mit der sofortigen Beendigung des Lehrverhältnisses einverstanden erklärte, mithin von einem einvernehmlichen Lehrabbruch auszugehen ist. Inwieweit Pflichtwidrigkeiten der Klägerin zu diesem einvernehmlichen Lehrabbruch geführt hätten, lässt sich dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen, sodass ihr (mangels Pflichtwidrigkeit) auch die verfallen Kurskosten nicht überbunden werden können.

Schliesslich ist der Beklagten auch kein Schaden entstanden. Der Gegenwert der von der Beklagten aufzubringenden Kurskosten ist in der Ausbildung der Klägerin zu sehen. Ein Ausbildungsabbruch führt damit vorab zu einem «Ausbildungsschaden» der Klägerin, wogegen die Beklagte letztlich keine Vermögenseinbusse erleidet, ob die Klägerin nun die Lehre erfolgreich beendet, irgendwann vorzeitig oder aber bereits nach wenigen Monaten abbricht. Ein Schaden wäre der Beklagten nur allenfalls dann entstanden, wenn sie die Lehrstelle der Klägerin (sofort) neu besetzt hätte und die fraglichen Kurskosten deshalb nochmals hätte bezahlen müssen. Dafür liegt im Vorbringen der Beklagten jedoch nichts vor.»

(AGer., AN060267 vom 17. November 2006; auf eine dagegen verspätet erhobene Berufung wurde am 12. Januar 2007 nicht eingetreten; LA060038.)

5. OR 322; Kein nachträglicher Lohnabzug für Minderarbeitszeiten

Die Beklagte machte für die angebliche Minderarbeitszeit (im Mai bis Oktober 2003) des Klägers einen Betrag von rund Fr. 2'000.– geltend, da er regelmässig 45 bis 60 Minuten zu spät aus der Mittagspause zurückgekommen sei. Der Kläger gab zu, vereinzelt später gekommen zu sein. Dafür habe er abends regelmässig länger gearbeitet, was von der Beklagten bestritten wurde.

Aus dem Entscheid:

«Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den vertraglich geschuldeten Lohn zu bezahlen (Art. 322 Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer ist im Gegenzug zur Erbringung seiner Arbeitsleistung verpflichtet. Bei Fehlstunden kann dem Arbeitnehmer der Lohn anteilmässig gekürzt werden (Brühwiler, a.a.O., N 1 zu Art. 322 OR). Wenn der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitszeit verschuldet nicht erbringt, erfüllt er den Vertrag nicht richtig. Der Arbeitgeber kann deshalb gestützt auf Art. 82 OR seine Leistung, also die Bezahlung des Lohns, anteilmässig zurückhalten. Vorliegend ist allerdings der Oktoberlohn des Jahres 2003 geschuldet. Da sich Lohn und Arbeitsleistung pro Monat im Austauschverhältnis gegenüberstehen, könnte der Arbeitgeber lediglich für den Monat Oktober, für welchen er den Lohn zurückbehält, geltend machen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht im vollen Umfang erbracht hat und einen anteilmässigen Abzug anbringen. Soweit er frühere Löhne voll ausbezahlt hat, hat er seine vertragliche Schuldpflicht erfüllt und offensichtlich keine Einrede wegen Minderarbeitszeit erhoben. Ebenso wurde nie ein Vorbehalt gemacht. Ein nachträglicher Abzug für frühere Monate ist somit nicht statthaft. Auf die Provision darf im Übrigen kein Abzug wegen Minderarbeitszeit angebracht werden, da eine solche ja gerade auf den Abschluss von Geschäften und nicht auf die Erbringung von Arbeitszeit geschuldet ist. Die Beklagte kann folglich nur für eine allfällige Minderarbeitszeit im Oktober 2003 einen Abzug auf dem Fixlohn anbringen. Da der Kläger nur noch bis am 6. Oktober gearbeitet hat und nachher Ferientage kompensiert hat, war nur eine kurze Phase relevant.

Die Beklagte hatte zu beweisen, dass beim Kläger Minusstunden entstanden sind. Da die genannten Zeugen nicht einvernommen werden können (mangels rechtzeitiger Leistung des Barvorschusses; Anm. d. R.), misslingt der Beklagten der Beweis und der Kläger muss sich keinen Abzug gefallen lassen.»

(AGer., AN040099 vom 22. Dezember 2006; eine Berufung ist noch hängig).

6. OR 322; Verbot konkurrenzierender Tätigkeit bei Teilzeitarbeit

Die Klägerin war gemäss einem Teilzeitarbeitsvertrag für die Beklagte kurze Zeit als «Outbound Call Agent» tätig

Aus dem Entscheid:

«Die Klägerin fordert von der Beklagten unter dem Titel «Ausfall Zweitverdienst» Fr. 7'920.–. Zur Begründung führt sie an, es sei ihr aufgrund von Ziffer 12 des Arbeitsvertrages während der Dauer des Arbeitsverhältnisses jede Tätigkeit für ein anderes Call Center untersagt worden. Sie macht sinngemäss geltend, eine solche Vereinbarung sei bei Teilzeitarbeit unzulässig und verlangt von der Beklagten eine Entschädigung für den Lohn, welchen sie mit einer anderen Teilzeitstelle hätte verdienen können.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass eine Vereinbarung eines Verbots konkurren-

zierender Nebentätigkeit – entgegen der Meinung der Klägerin – auch bei Teilzeitarbeit grundsätzlich zulässig ist (vgl. JAR 1997 S. 112, mit Hinweisen). Vorliegend gilt es zudem zu beachten, dass Ziffer 12 des Arbeitsvertrages der Klägerin zwar grundsätzlich jede Tätigkeit für ein anderes Call Center untersagt, ihr aber nicht generell verbietet, einer Nebentätigkeit nachzugehen. Zudem ist in der fraglichen Vertragsbestimmung auch vorgesehen, dass die Beklagte bezüglich des Tätigkeitsverbots in anderen Call Centers Ausnahmen bewilligen kann.

Anlässlich der Hauptverhandlung führte die Klägerin selbst aus, mit Ziffer 12 des Arbeitsvertrages einverstanden gewesen zu sein und macht im Weiteren auch nicht geltend, bei der Beklagten um eine Ausnahmegewilligung nachgesucht zu haben, welche ihr nicht erteilt worden wäre. Damit kann die Beklagte nicht für einen allfälligen Lohnausfall bei einer anderen Arbeitgeberin verantwortlich gemacht werden. Die klägerische Forderung unter dem Titel «Ausfall Zweitverdienst» ist folglich ohne weiteres vollumfänglich abzuweisen.»

(AGer., AN051065 vom 15. Juni 2006)

7. OR 322d; Rechtliche Würdigung eines Handgeldes; Verjährung

Mit einem Fussballspieler wurde unter anderem Folgendes unter dem Titel «Handgeld» vereinbart: «Auszahlung bei Unterschrift Fr. xxx. Der Spieler erhält bei Vertragsunterschrift eine einmalige Auszahlung dieses Handgelds.» Rund neun Jahre später machte er dieses Handgeld geltend, während der Beklagte davon ausging, es sei bezahlt worden bzw. der Anspruch sei verjährt.

Aus dem Entscheid:

«Zum Vergleich des Handgeldes mit einer Gratifikation im Sinne von Art. 322 lit. d OR ist Folgendes auszuführen: Die Gratifikation ist eine Sondervergütung, die in direkter Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht und neben dem Grundlohn bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird (Weihnachten, Abschluss des Geschäftsjahres, Geschäftsjubiläum) (Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 322d N 2). Wenn sie nicht vereinbart ist, ist der Arbeitgeber frei, eine Gratifikation auszurichten. Das Handgeld kann in keiner Weise als freiwillige Sondervergütung des Arbeitgebers qualifiziert werden. Die Auszahlung war bei Vertragsschluss voraussetzungslos geschuldet, während eine Gratifikation in direkter Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht. Überdies können nur Leistungen, die innerhalb eines Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden, denen ein Arbeitseinsatz vorausging, überhaupt Gratifikationscharakter haben. Aus dem Vergleich des Handgeldes mit einer Gratifikation kann der Beklagte nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Handgeld in der Höhe von Fr. xxx keine Forderung darstellt, welche auf der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beruht. Somit untersteht das Handgeld nicht Art. 128 Ziff. 3 OR und ist deswegen auch nicht verjährt. Obschon das Handgeld in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht massge-

benden Lohn darstellt (vgl. Ueli Kieser, Komm. zur Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1996, S. 43; ZAK 1981 544), sind die obligatorischen Abzüge, nämlich 6.05 % AHV/ALV, nicht vorzunehmen, weil der Anspruch auf ausstehende Beträge fünf Jahre nach dem Ende des Kalenderjahres, für welches der Beitrag geschuldet war, erloschen ist (*Art. 24 Abs. 1 ATSG*).»

Demgegenüber hielt das Obergericht fest:

«Das «Handgeld» wurde zwar im Arbeitsvertrag nicht als Gegenleistung für die Erbringung einer Arbeitsleistung des Klägers bezeichnet. Dennoch stellt es gemäss Arbeitsvertrag eine finanzielle Leistung an den Spieler dar, und zwar eine – gemessen an der befristeten Vertragsdauer von zwei Jahren – substantielle, erreicht es doch immerhin knapp ein Drittel der für zwei Jahre garantierten Prämien. Ein Geschenk des Beklagten an den Kläger fällt ausser Betracht. Damit kommt das «Handgeld» nur noch als Belohnung dafür in Frage, (auch) in Zukunft für den Beklagten als Spieler tätig zu sein und eine möglichst hohe Leistung zu erbringen. Insofern kann – wie bei der Gratifikation – von einem Ansporn für die zukünftige Tätigkeit gesprochen werden. «Verspätete Behauptungen des Beklagten» müssen für diese – auf dem Wege der Vertragsauslegung gewonnene – Schlussfolgerung gar nicht herangezogen werden. Damit bilden die versprochenen Fr. xxx ein zusätzliches, im voraus ausgerichtetes bzw. auszurichtendes Entgelt für den Einsatz und die Leistung des Klägers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit einer Mindestdauer von zwei Jahren. Das von den Parteien vereinbarte «Handgeld» unterscheidet sich nicht von anderen Entschädigungen, die im weitesten Sinne die erbrachten Leistungen des Arbeitnehmers abgelden und daher der fünfjährigen Verjährungsfrist unterstehen. Die Arbeitsleistung setzt den Abschluss eines Arbeitsvertrages voraus, und der abgeschlossene Vertrag hat eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zum Gegenstand. Der Arbeitgeber ist nicht am Vertragsschluss als solchem sondern an der im Vertrag festgelegten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers interessiert. Der Vertragsschluss ist das Mittel, um sich die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zu sichern. Der Vertrag kann nicht ohne die darin geregelten Vertragspflichten begriffen werden. Der Ansicht der Vorinstanz, welche zwischen einer Forderung für den Abschluss des Arbeitsvertrages und Forderungen, die auf der Arbeitsleistung beruhen, unterscheidet, beachtet diesen Zusammenhang zu wenig. Auch die vom Kläger getroffene Differenzierung, das vereinbarte Handgeld sei nicht als Forderung aus einem Arbeitsverhältnis sondern als «in einem Arbeitsvertrag (im Sinne einer Urkunde) geregelt» zu betrachten, ist eine unstatthafte isolierte Interpretation von Ziff. 3 lit. A des Arbeitsvertrages. Der Bestand eines anderen Vertragsverhältnisses wurde vom Kläger nicht behauptet. Auch liegt kein sog. gemischter Vertrag vor, der Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen in sich vereinigt. In Betracht zu ziehen wäre einzig noch die Ausrichtung einer Belohnung für bereits geleistete Dienste, da der Kläger bereits vor dem 1. Juli 1996 für den Beklagten Fussball spielte. In diesem Fall würde sich am Charakter des Handgeldes als Entgelt aber nichts ändern.

Wie beide Parteien ausführten, werden die Vereinbarungen zwischen den Spielern und den Clubs heute oft sehr komplex ausgestaltet, wobei verschiedene Fakto-

ren, wie etwa Steueroptimierung, PR- oder Marketingverträge, aber auch die Zukunftsplanung eine Rolle spielen können. Zutreffend ist, dass dabei nicht sämtliche vereinbarten Leistungen unbesehen als Entgelt im weitesten Sinne betrachtet werden können und von Art. 128 Ziff. 3 OR erfasst werden. Dennoch ist festzuhalten, dass sämtliche Forderungen, welche im weitesten Sinne mit der Arbeitsleistung in Zusammenhang stehen und diese abgelten, unter Art. 128 Ziff. 3 OR fallen.

Zusammenfassend ist das in Ziff. 3 lit. A des Arbeitsvertrages zwischen den Parteien vereinbarte «Handgeld» als Forderung zu qualifizieren, welche zwar keinen Lohn im engeren Sinne darstellt, jedoch im weitesten Sinne die Arbeit entschädigt und Lohncharakter aufweist. Aus diesem Grund kommt vorliegend in Bezug auf die versprochene Summe von Fr. xxx die fünfjährige Verjährung gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR zur Anwendung, womit die Forderung des Klägers im Zeitpunkt der Einleitung der Klage bereits verjährt war. Die Verjährungsfrist begann am Tag nach Vertragsunterzeichnung, dem 1. Juli 1996, zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR) und lief am 30. Juni 2001 ab.»

(AGer., AN050960 vom 18. April 2006 und OGer., LA060018 vom 12. Januar 2007)

8. OR 322d; Qualifikation eines gewinnabhängigen Bonus

Die Parteien hatten u.a. folgende Bonusvereinbarung getroffen (auszugsweise):
«Zusätzlich erhält der Arbeitnehmer einen Betrag von SFr. 25'000.– p.a. als Bonus, der erfolgsabhängig ist und im Falle der Erfüllung der gemeinsam festgelegten Jahresziele ausbezahlt wird. Diese Jahresziele werden mit dem Vorgesetzten nach Abschluss der Probezeit vereinbart.»

Nachdem die Beklagte einen geringen Gewinn verzeichnen konnte, machte der Kläger die Auszahlung des Bonus in voller Höhe geltend.

Aus dem Entscheid:

«1. Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass es dem Kläger nicht gelungen ist zu beweisen, dass ihm die Bonuszahlung von Fr. 25'000.– für das Jahr 2004 mündlich zugesichert worden ist. Auf der anderen Seite konnte die Beklagte den Beweis nicht erbringen, dass die von ihr behauptete Berechnungsart Bestandteil des mündlich ergänzten Arbeitsvertrages geworden ist. Das Kriterium der Erfolgsabhängigkeit ist daher nach Treu und Glauben auszulegen, da sich die Parteien nicht einig sind, wie hoch ein Gewinn sein muss, um ihn als Erfolg bezeichnen zu können. Ein Bonusreglement, welches das Kriterium der Erfolgsabhängigkeit bestimmen könnte, besteht nämlich nicht. Es ist daher darauf abzustellen, was korrekte und loyale Parteien unter den gegebenen Umständen unter dem Wort «erfolgsabhängig» verstehen durften und mussten (Basler Komm., a.a.O., N 11 zu Art. 18 OR).

2. Bei einer Gratifikation handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer zu einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab (BGE 4C.6/2003 E.

2.2). Wurde die Zahlung einer Prämie im Erfolgsfall vereinbart, jedoch die Korrelation zwischen Ausmass des Erfolges und Höhe der Zahlung nicht festgelegt, so handelt es sich grundsätzlich um eine Gratifikation (Ch. Senti, AJP 2002, S. 669-681, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation).

3. Wie bereits oben erwähnt, sieht der Arbeitsvertrag unter Ziffer 3.2 vor, dass der Bonus erfolgsabhängig sei und im Falle der Erfüllung der gemeinsam festgelegten Jahresziele ausbezahlt werde. Unter dem von den Parteien verwendeten Sammelbegriff des Bonusses ist rechtlich somit eine Gratifikation zu verstehen. Kriterien zur Bestimmung des erfolgreichen Geschäftsganges werden jedoch weder im Arbeitsvertrag noch in einem allfälligen Reglement genauer definiert. Der Kläger hat auf Ausrichtung der Gratifikation einen Anspruch, sofern beide Bedingungen erfüllt sind. Ist eine der Bedingungen nicht erfüllt, ist ein Gratifikationsanspruch nicht gegeben (J. Brühwiler, a.a.O., N 5 zu Art. 322d OR).

4. Mit dem Begriff Erfolg wird in der Regel der Gewinn, also ein positives Resultat in der Erfolgsrechnung, gemeint. Davon gehen auch die Parteien aus. Gewinn ist, was in der Erfolgsrechnung nach Gegenüberstellung von Aufwand und Ertrag übrig bleibt. Wie bereits erwähnt, gehen beide Parteien von einem eher marginalen Gewinn von Fr. 4'759.– aus.

5. Der positive Betrag ist allerdings nur dann als Gewinn zu betrachten, wenn nicht eine Schuld im Umfang des eingeklagten Bonus von Fr. 25'000.– unter den Salären beim Aufwand hinzuzuzählen ist. Gewinn gemäss Erfolgsrechnung ist erst, was nach Abzug sämtlicher Aufwände (dazu gehören auch die Bonuszahlungen) verbleibt. Dies würde selbst bei einer Bonusauszahlung nur an den Kläger zu einem Verlust von Fr. 20'241.– führen. Daraus ergibt sich, dass die Argumentation des Klägers widersprüchlich ist. Er macht mit der von ihm behaupteten Forderung sein Klagefundament hinfällig, das von einem Gewinn von Fr. 4'759.– ausgeht. Von einem Gewinn im Jahre 2004 könnte nur dann gesprochen werden, wenn auch nach Auszahlung des zusätzlichen Aufwandes von Fr. 25'000.– die Erfolgsrechnung positiv abschliessen würde. Bei einer Auszahlung der Gratifikation würde aber ein Verlust vorliegen und die gemäss Arbeitsvertrag notwendige Voraussetzung der Erfolgsabhängigkeit für eine Bonuszahlung wäre nicht mehr gegeben.

Kommt hinzu, dass der Gewinn nicht gänzlich unesehen als Synonym für Erfolg verwendet werden kann. Erfolgsabhängigkeit ist nicht so weit auszulegen, dass irgendein Gewinn genügt, um ihn als Erfolg der Beklagten zu verstehen. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Gewinn von nur Fr. 4'759.– bei einem Unternehmen von der Grösse der Beklagten als eigentlicher Erfolg gewertet werden kann. Denn bei einem marginalen Gewinn kann nach Treu und Glauben nicht mehr von einem Erfolg ausgegangen werden.

6. Diese Betrachtungsweise deckt sich auch mit den Aussagen der ehemaligen und aktuellen Mitarbeiter der Beklagten. Sie geben alle an, für das Jahr 2004 keinen Bonus erhalten zu haben und sind der Ansicht, dass auch alle anderen Mitarbeiter keinen Bonus erhalten haben. Die Beklagte hat ihren Mitarbeitern für das Jahr 2004 also nicht einen marginalen Bonus gemäss Berechnungsmechanismus ausbezahlt, sondern – mangels Erfolg – überhaupt keine Boni ausgerichtet. Einzig der Kläger erhielt aufgrund seiner Anfrage die erwähnte Bonusauszahlung im Betrag von Fr. 57.50.

7. Der Kläger durfte die Bonusvereinbarung im Vertrag nach dem Gesagten nach Treu und Glauben nicht so verstehen, dass die Beklagte ihm auch bei einem marginalen Gewinn von Fr. 5'759.–, der bereits wieder durch seinen eigenen Bonusbezug aufgebraucht würde, einen Bonus schuldet. Deshalb ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.»

(AGer., AN050856 vom 21. November 2006; eine Berufung ist noch hängig.)

9. OR 324a; Beschwerliche Arbeiten und Schwangerschaft

Die Klägerin war als Hauswartin tätig. Mit Schreiben vom 13. September 2005 informierte sie die Beklagte, dass sie infolge ihrer Schwangerschaft nicht mehr im Stande sei, ihre Aufgaben in der bisherigen Art und im bisherigen Umfang zu übernehmen. Im Weiteren bat sie die Beklagte unter Beilage eines entsprechenden Arztzeugnisses, ihr für die verbleibende Dauer der Schwangerschaft angepasste Aufgaben zuzuweisen, was aber nicht geschah.

Aus dem Entscheid:

«Der Arbeitgeber hat schwangere Frauen so zu beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass ihre Gesundheit und die Gesundheit des Kindes nicht beeinträchtigt werden (Art. 35 Abs. 1 ArG). Durch Verordnung kann die Beschäftigung schwangerer Frauen für beschwerliche und gefährliche Arbeiten aus gesundheitlichen Gründen untersagt oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden (Art. 35 Abs. 2 ArG). Als gefährliche und beschwerliche Arbeiten für schwangere Frauen gelten gemäss Art. 62 Abs. 3 ArGV 1 u.a. das Bewegen schwerer Lasten von Hand (lit. a) sowie Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen (lit. b). Der Arbeitgeber ist verpflichtet, schwangeren Frauen, die aufgrund von Art. 35 Abs. 2 ArG gewisse Arbeiten nicht verrichten können, im Rahmen seiner Möglichkeiten eine gleichwertige Ersatzarbeit anzubieten. Kann der Arbeitgeber keine solche Ersatzarbeit anbieten, ist er verpflichtet, der Arbeitnehmerin 80 % ihres Lohnes zu zahlen (Art. 35 Abs. 3 ArG).

Die Klägerin bat die Beklagte mit Arztzeugnissen vom 7. September 2005, 11. November 2005 und 14. Januar 2006 um der Schwangerschaft angepasste Arbeit. Die konkret verbotenen Arbeiten wurden zuerst im – später entsprechend ergänzten – Arztzeugnis vom 13. September 2005, dann auf Anfrage der Beklagten auch von Prof. X. präzisiert. Dabei geht es um Anwendungsfälle von Art. 62 Abs. 3 lit. a und b ArGV 1. Die Beklagte wäre daher verpflichtet gewesen, im Rahmen ihrer Möglichkeiten der Klägerin eine gleichwertige Ersatzarbeit anzubieten oder ihr 80 % ihres Lohnes zu zahlen. Die Beklagte betrachtete die Klägerin hingegen als arbeitsunfähig, meldete sie bei der Krankentaggeldversicherung an und zahlte ihr ab dem 1. November 2005 keinen Lohn mehr. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die beiden Arztzeugnisse vom 13. Dezember 2005, in denen die Arbeitsunfähigkeit rückwirkend für den Zeitraum vom 7. September 2005 bis zum 14. Januar

2006 attestiert wurde, der Klägerin helfen sollten, mindestens das Krankentaggeld von der Krankentaggeldversicherung zu erhalten. Diese lehnte die Ausrichtung von Krankentaggeld für diese Zeit aber (richtigerweise) ab. Aus den obigen Erwägungen geht hervor, dass die Beklagte der Klägerin für die Monate November 2005 bis Februar 2006 80 % des Lohnes schuldet, der dem Beschäftigungsgrad entspricht, für den die Beklagte der Klägerin keine gleichwertige Ersatzarbeit angeboten hat.»

(AGer., AN060112 vom 10. April 2006)

10. OR 324a; Freiwillige Lohnfortzahlung: Rückforderung?

Nachdem die Leistungen der Taggeldversicherung erschöpft waren, zahlte die Beklagte den Lohn noch während zwei Monaten weiter, welchen sie im Verfahren verrechnungsweise zurückforderte.

Aus den Erwägungen:

«Die Beklagte erklärt in ihrer Duplik sinngemäss, dass allfällige Entschädigungszahlungen für noch bestehende Ferien- und Überstundenguthaben mit den von der Beklagten zu Unrecht geleisteten Lohnzahlungen für die Monate November und Dezember 2004 zu verrechnen seien. Gemäss Art. 49 GAV habe mit der Aussteuerung aus der Taggeldversicherung am 18. November 2004 die Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten während der weiteren Arbeitsverhinderung des Klägers geendet. Daher seien die Lohnfortzahlungen für diese beiden Monate in der Höhe von Fr. 8'146.– ohne Rechtsgrund erfolgt, und der Kläger sei in dieser Höhe im Sinne von Art. 63 OR ungerechtfertigt bereichert. Die Beklagte habe sich betreffend Leistungspflicht in einem Rechtsirrtum befunden. In der Quadruplik beruft sich die Beklagte nicht mehr auf Rechtsirrtum, sondern auf Sachverhaltsirrtum. Die Beklagte sei aufgrund der Besprechung vom 30. August 2004 davon ausgegangen, der Kläger sei wieder beschränkt – zu 75 % – arbeitsfähig und sie habe ihn freigestellt und ihm einen auf 80 % reduzierten Lohn ausbezahlt. Der Kläger sei ausserdem bösgläubig gewesen, da er die Leistung entgegengenommen habe, obwohl er von einem Rechtsvertreter der Rechtsschutzversicherung betreut gewesen sei. Ferner macht die Beklagte verrechnungsweise die Lohnzahlung für die Zeit des Brasilienaufenthaltes vom 4. Oktober 2002 bis 1. November 2002 von Fr. 5'720.– geltend, ebenfalls aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Die Beklagte verhält sich mit dieser Verrechnungsforderung widersprüchlich, wenn sie nun plötzlich davon ausgeht, dass der Kläger trotzdem bis Ende Dezember 2004 zu 100 % arbeitsunfähig war. Sicher nicht zu berücksichtigen ist die Forderung betreffend Brasilienferien. Die Beklagte hat nämlich selber eingeräumt, dass sie diese Zeit als Krankheit anerkannt hat und argumentiert sogar damit betreffend Kündigungssperrfrist / Krankentaggeldversicherung. Somit erfolgte die Zahlung nicht ohne Rechtsgrund.

Gemäss den Akten hat die Beklagte dem Kläger tatsächlich für November und

Dezember 2004 Lohn ausbezahlt. Bezüglich dieser beiden Monate ist der Beklagten beizupflichten, dass sie rechtlich nicht verpflichtet gewesen wäre, Lohn zu zahlen, wenn der Kläger immer noch 100 % arbeitsunfähig war. Nach Ablauf der Versicherungsleistungen am 18. November 2004 endigte nämlich auch die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei anhaltender Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Die Beklagte hat demzufolge freiwillig eine Nichtschuld bezahlt.

Art. 63 Abs. 1 OR bestimmt, dass wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, das Geleistete nur dann zurückfordern kann, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat. Die Beklagte macht in der Quadruplik geltend, sich vorliegend in einem Sachverhaltsirrtum befunden zu haben, nachdem sie die Sache in der Duplik noch mit Rechtsirrtum begründete.

Die Ausführungen der Beklagten zum Sachverhaltsirrtum sind ungläubwürdig. Der Umstand, dass sie dem Kläger ausgerechnet 80 % des Lohnes ausbezahlt, lässt vielmehr nur den Schluss zu, dass sich die Beklagte tatsächlich in einem Rechtsirrtum befand. Auch der Rechtsirrtum fällt unter den Irrtum i.S.v. Art. 63 OR (Schulin, BSK, 3. Aufl. 2003, N 4 zu Art. 63 OR), doch sind an den Rechtsirrtum hohe Anforderungen zu stellen. Zwar handelt es sich bei der Beklagten um einen kleinen Handwerksbetrieb, welcher im Zeitpunkt dieser irrümlichen Zahlungen noch nicht rechtlich vertreten war. Es kann ihr jedoch zugemutet werden, sich nach Ablauf der zweijährigen Versicherungsleistungen über die weiteren Lohnzahlungspflichten zu informieren. Somit sind sowohl Sachverhalts- als auch Rechtsirrtum unbeachtlich, und die Verrechnungsforderung der Beklagten ist nicht zu berücksichtigen.»

(AGer., AN050287 vom 20. Dezember 2006; eine dagegen erhobene Berufung wurde mit Beschluss vom 26. März 2007 als durch Rückzug erledigt; LA070005; siehe auch Entscheid Nr. 14)

11. OR 324a; Zweifelhafte Arztzeugnis und fehlende Entbindung vom Arztgeheimnis

Aufgrund widersprüchlicher Dokumente über die Zeit der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin wollte das Gericht den Arzt als Zeugen befragen. Die Klägerin weigerte sich aber, ihn vom Arztgeheimnis zu entbinden.

Aus dem Entscheid:

«Der Umstand, dass die Arbeitsunfähigkeit im Arztzeugnis vom 4. Februar relativ weit zurückdatiert ist und die unklare Bemerkung im Unfallschein lassen eine gewisse Skepsis an der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin in der umstrittenen Zeit aufkommen. Fragezeichen ergeben sich auch daher, weil die Versicherung lediglich eine Arbeitsunfähigkeit bis am 23. Januar 2005 anerkannt hat. Unabhängig davon, welche der Parteien den Arzt wie sehr beeinflusst hat, liegen begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab dem 24. Januar 2005 vor. Diese Zweifel werden noch dadurch verstärkt, dass die Klägerin die Entbindung ihres Arztes vom Arztgeheimnis

verweigert hat. Zusammenfassend kann auf die Dokumente der Klägerin alleine nicht abgestellt werden. Gerade die Ungewissheit der Einflussnahme auf den Arzt könnte nur durch eine Zeugeneinvernahme desselben bereinigt werden. Eine solche wird indessen durch die Klägerin verhindert. Die Klägerin begründet diese Weigerung im Wesentlichen damit, dass angesichts der mehrfachen massiven Beeinflussung des Arztes durch Vertreter der Beklagten keinerlei Gewähr dafür bestehe, dass der Arzt wahrheitsgetreue Aussagen machen werde. Ob man auf einen Zeugen abstellt, ist schlussendlich jedoch Sache der Beweiswürdigung durch die Richterin. Durch die fehlende Mitwirkung der Klägerin, kann es nun gar nicht soweit kommen. Gemäss § 148 ZPO würdigt das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung und berücksichtigt dabei das Verhalten der Parteien im Prozess, namentlich die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Die Weigerung einer Partei, einen Zeugen von der Geheimhaltung zu befreien, kann bei der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten berücksichtigt werden. Der Einwand der Klägerin, dass sie bei derart einschneidenden Vorbehalten gegen einen Zeugen die Entbindung verweigern dürfe, ohne dass ihr Verhalten unter dem Aspekt von § 148 ZPO nachteilig gewürdigt werde, ist nicht zu beachten. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände steht fest, dass die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit zwischen dem 24. Januar und dem 6. Februar 2006 alleine gestützt auf die eingereichten Unterlagen nicht beweisen kann. Demzufolge gilt die Klägerin für diese Zeit als arbeitsfähig und ist der Arbeit zu Unrecht ferngeblieben.»

(AGer., AN050657 vom 11. Juli 2006; siehe auch Entscheidung Nr. 24)

12. OR 327a; Versetzung auf eigenen Wunsch; Anspruch auf Reisespesen?

Der Kläger arbeitete rund vier Jahre für die Beklagte im Kanton Zürich. Nachdem die Beklagte in die Romandie expandierte, bewarb sich der Kläger um eine Anstellung in Freiburg, welche er in der Folge erhielt. Vor Gericht verlangte er u.a. Spesen für die Hin- und Herreise.

Aus dem Entscheid:

«Der Kläger machte geltend, dass er einmal wöchentlich von Wädenswil nach Freiburg und wieder zurück reiste. Auf einem Lohnblatt habe es eine Zeile für Reisespesen (recte: Pauschalspesen) gehabt. In den anderen Lohnabrechnungen seien diese Pauschalspesen nicht aufgeführt worden, weshalb er diese nachträglich unter dem Titel Reisespesen fordere.

Die Beklagte machte geltend, dass der Kläger nicht wöchentlich an seinen Wohnort reiste und die Wochenenden grundsätzlich in der Romandie verbrachte.

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen (Art. 327a OR). Zu ersetzen sind nur die Auslagen, die ein sorgfältiger Arbeitnehmer als notwendig ansehen durfte, nicht einfach die entstehenden. Nicht dazu gehören daher die Fahrt des Arbeitnehmers zur Arbeit (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 327a OR).

Die Parteien haben vertraglich keine Regelung getroffen, wonach die Beklagte für die Reisespesen des Klägers von seinem Wohnort zum Arbeitsort und zurück aufkommen würde. Mit der Lohnabrechnung vom Januar 2006 erhielt der Kläger von der Beklagten einen Betrag von Fr. 211.20 unter dem Titel Pauschalspesen. Wofür dieser Betrag bestimmt war, ergibt sich aus den Akten jedoch nicht. Jedenfalls kann aus dieser einmaligen Zahlung keineswegs geschlossen werden, dass die Parteien zwischenzeitlich vereinbart hätten, dass die Beklagte für Reisespesen vom Wohnort zum Arbeitsort aufkommen würde. Die Klage ist daher in diesem Punkt abzuweisen.»

(AGer., AN060625 vom 9. November 2006)

13. OR 328b; Auskunft und Einsicht ins Personaldossier

Der Kläger verlangte Einsicht in das Personaldossier und machte Anpassungen geltend.

Aus dem Entscheid:

«1.1. Der Kläger verlangt Auskunft und Einsicht in Akten (diverse Nummern) sowie in das Aktenverzeichnis des Personaldossiers. Am 1. Februar 2005 erhielt der Kläger vor Arbeitsgericht Einblick in sein Personaldossier. Das vorgelegte unnummerierte Chaos von Akten habe diese Dokumente nicht enthalten, und die Lücken seien nicht plausibel begründet worden.

1.2. Die Beklagte hält zunächst entgegen, dass sie dem Kläger bereits umfassend Einsicht in seine Personalakte gewährt habe. Soweit der Kläger Einsicht in Akten verlange, welche bereits Gegenstand des gerichtlichen Vergleichs vom 1. Februar 2005 waren, stehe dem Begehren die formelle und materielle Rechtskraft entgegen. Die Beklagte gibt weiter an, dass die zur Einsicht reklamierten Akten in der Personalakte des Klägers fehlen würden. Aufgrund eines Fehlers in der Aktennummerierung würden diese Akten gar nicht existieren.

1.3. Im gerichtlichen Vergleich vom 1. Februar 2005 stellten die Parteien fest, dass das Begehren des Klägers um Einsicht in sein vollständiges Dossier durch Übergabe von Kopien gegenstandslos geworden ist. Dieser Vergleich steht einem erneuten Auskunftsbegehren nicht entgegen, da das Recht auf Auskunft als Teil des Persönlichkeitsschutzes unverzichtbar ist und mehrmalig verlangt werden kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 145 zu Art. 328b OR). Von einer *res iudicata* kann auch deshalb nicht die Rede sein, weil der Kläger vorliegend Auskunft/Einsicht in bisher noch nicht offen gelegte Dokumente verlangt.

1.4. Alle Daten über den Arbeitnehmer, die der Arbeitgeber irgendwann einmal erhebt und irgendwo aufbewahrt, gelten als Bestandteil der Personalakte (Riesselmann, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 2002, S. 49). Die Personalakte ist eine Datensammlung im Sinne von Art. 3 lit. g DSGVO.

Der Arbeitnehmer hat ein Auskunftsrecht hinsichtlich der über ihn bearbeiteten

Daten. Es ist an keine besonderen Voraussetzungen gebunden und zu dessen Ausübung muss weder ein schutzwürdiges Interesse noch eine Persönlichkeitsverletzung glaubhaft gemacht werden (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 328b OR). Das Auskunftsrecht des Betroffenen dient zum Schutz seiner Persönlichkeit und erstreckt sich auf alle über den Arbeitnehmer vorhandenen Daten, seien es Tatsachenfeststellungen oder Werturteile; es schliesst auch Personendaten ein, die als Produkt der Arbeitstätigkeit des Arbeitnehmers zu qualifizieren sind. Die Auskunft muss vollständig und wahr sein. Das Auskunfts-gesuch ist z.B. durch Fotokopien oder einen Ausdruck zu beantworten (Art. 8 Abs. 5 DSG und Art. 1 VD SG); ein Recht auf tatsächliche Einsichtnahme besteht nicht (Riesselmann, a.a.O., S. 83 f.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 328b OR; Basler Kommentar, Dubach, N 33 zu Art. 8 DSG).

1.5. Demzufolge hat der Kläger grundsätzlich ein Auskunftsrecht, nicht jedoch ein Einsichtsrecht ins Personaldossier.

1.6. Die Beklagte hält sowohl in der Klageantwort als auch in der Duplik fest, dass die verlangten Nummern im Personaldossier nicht existieren würden und es sich um eine Falschnummerierung handle. Eine Editionsauflage würde daher zu keinen neuen Ergebnissen führen.

Wenn Personaldaten gar nicht erst vorhanden sind, ist eine Auskunft darüber schlicht nicht möglich. Immerhin kann dann aber auch keine zweckwidrige Datenverwendung mehr erfolgen. Dem Kläger kann zwar beige-pflichtet werden, wenn er die unsorgfältige und unsystematische Datenbearbeitung der Beklagten rügt, doch kann er dadurch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Gericht hat keine Handlungsmöglichkeit, wenn diese Daten nicht existieren.

Sodann ist festzuhalten, dass das Auskunftsrecht des Arbeitnehmers gemäss Art. 8 DSG bei vernichteten Daten entfällt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 328b OR). Unabhängig, ob diese Daten nun vernichtet wurden oder gar nie vorhanden waren, besteht keine Auskunftspflicht mehr.

1.7. Im Übrigen fällt mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Zweck der Datenbearbeitung grundsätzlich dahin. Der Arbeitgeber darf demzufolge keine Daten mehr über den Arbeitnehmer bearbeiten und daher auch nicht mehr aufbewahren. Die Personalakte ist deshalb grundsätzlich zu vernichten. Der Arbeitgeber ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses lediglich in jenen Fällen zur Datenaufbewahrung verpflichtet, in denen die Datenaufbewahrung für die Durchführung des Arbeitsvertrages benötigt wird (z.B. im Zusammenhang mit der Altersvorsorge, Arbeitslosenversicherung, Steuer, Arbeitszeugnis). Namentlich wegen Art. 328b OR unterliegt der Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Vernichtungspflicht und er muss abklären, ob und für welche Unterlagen es für die weitere Aufbewahrung einen zureichenden Grund gibt (Riesselmann, a.a.O., Seite 71).

Selbst wenn also die vermissten Aktennummern je vorhanden gewesen sein sollten, hätte sie die Beklagte vernichten dürfen. Es bestanden keine Hinweise, dass sie für die Durchführung des Arbeitsvertrages noch notwendig waren, zumal der Kläger gar nicht substantiierten konnte, um welche Aktenstücke es sich handeln sollte.

1.8. Der Auffassung des Klägers, wonach eine 10-jährige Aufbewahrungspflicht nach Art. 962 OR besteht, ist nicht zu folgen. Diesbezüglich gilt Art. 328b OR als lex

specialis, so dass Art. 962 Abs. 1 OR auf Arbeitnehmerdaten nicht anwendbar ist (Riesselmann, a.a.O., S. 72).

3.1. Der Kläger verlangt, dass die Bemerkung «Als ehemaliger Vorgesetzter keine Empfehlung für einen neuen Arbeitgeber mit gutem Gewissen geben können» aus einem E-Mail zwischen Vorgesetzten aus dem Personaldossier entfernt werde. Diese Bemerkung sei persönlichkeitsverletzend und unterstelle dem Kläger tatsachenwidrig, dass er für keinen Job mehr empfohlen werden könne. Eventualiter sei der Berichtigungsvermerk anzubringen «Vom Arbeitnehmer ... bestritten».

Die Beklagte wendet ein, dass es sich in dieser E-Mail lediglich um eine interne Meinungsäußerung gehandelt habe, welche ausschliesslich für den internen Gebrauch bestimmt war. Insbesondere bestreitet die Beklagte, dass der Kläger dadurch widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt worden sei.

Art. 15 Abs. 1 DSGVO gestattet dem Arbeitnehmer das Recht zu, die Löschung von Daten zu verlangen, welche widerrechtlich erhoben wurden oder nicht mehr bearbeitet werden dürfen. Das Datenschutzgesetz verweist für Klagen zum Schutz der Persönlichkeit auf Art. 28 ff. ZGB. Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs ist gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB die widerrechtliche Verletzung in der Persönlichkeit. Bei der beanstandeten Bemerkung handelt es sich um eine Meinungsäußerung eines ehemaligen Vorgesetzten des Klägers gegenüber dem CEO, welche im Rahmen der Vertragsauflösungsverhandlungen erfolgt ist. Der Verfasser teilt seine subjektive Meinung über die Qualitäten des Klägers mit. Mithin handelt es sich um eine subjektive Beurteilung, welche auf objektiven Kriterien beruht. Alleine durch die Aufnahme dieses E-Mails ins Personaldossier liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, da von aussen ohnehin niemand Zugriff zum Dossier hat.

Sodann fehlt es auch an der Widerrechtlichkeit: Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Persönlichkeitsverletzung nicht widerrechtlich, wenn sie durch ein überwiegendes privates Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt ist. Zur Erfüllung der gesetzlichen Zeugnispflicht (Art. 330a OR) muss die Beklagte die erforderlichen Daten bearbeiten, wozu sie auf den Meinungs austausch der zuständigen Stellen angewiesen ist.

Demzufolge hat der Kläger keinen Anspruch auf Entfernung der Passage. Hingegen regelt Art. 15 Abs. 2 DSGVO den Bestreitungsvermerk. Kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Personendaten dargetan werden, so kann der Arbeitnehmer verlangen, dass bei diesen Daten ein Bestreitungsvermerk angebracht wird (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 16 zu Art. 328b OR). Da vorliegend weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit der Bemerkung dargetan werden konnte, ist antragsgemäss ein Bestreitungsvermerk des Klägers anzubringen.

4. Der Kläger verlangt Auskunft und Einsicht in die Akten zum Verwaltungsratsbeschluss vom Mai 2004.

Die Beklagte bestreitet ein Einsichtsrecht des Klägers und erteilt die Auskunft, dass kein solcher Beschluss des Verwaltungsrates existiere.

Damit hat die Beklagte dem Kläger Auskunft erteilt. Da kein solcher Beschluss existiert, kann auf die obigen Ausführungen betreffend der fehlenden Aktennummern verwiesen werden und das Begehren ist ebenfalls abzuweisen.»

(AGer., AN050295 vom 26. Juni 2006; eine Berufung ist noch hängig.)

14. OR 329a OR; Handschriftliche Ferienabrechnungen des Arbeitgebers

Der Kläger stützte sich für seinen Ferienanspruch auf die handschriftlichen Abrechnungen der Beklagten. Die Beklagte bestritt, dass diese relevant seien, da diese nicht vollständig seien.

Aus dem Entscheid:

«Es stellt sich die Frage, ob man – entsprechend der Auffassung des Klägers – auf die handschriftlich notierten Ferienbezüge der Beklagten abstellen kann. Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die undatierten handschriftlichen Notizen unverbindlich seien und jeweils auf entsprechende Nachfragen des Klägers, der sich für sein Überstunden- und Ferienguthaben interessiert habe, schnell ausgerechnet und ihm abgegeben worden seien.

Diese angeblich unverbindliche handschriftliche Bestätigung wurde von der Beklagten indessen nie korrigiert. Erst im Prozess bringt sie vor, dass sie unverbindlich sei. Es fragt sich, ob der Kläger darauf vertrauen durfte, dass die von der Beklagten eingetragenen Ferienbezüge zutreffend sind. Zu berücksichtigen ist, dass diese handschriftlichen Notizen nicht mit den Angaben in den Arbeitszeitbüchlein übereinstimmen. Beim von Herrn X. geführten Büchlein sind auf der letzten Seite jeweils die Ferienbezüge und Überstundenkompensationen ersichtlich. Ein Vergleich zwischen dem von Herrn X. geführten Arbeitsbüchlein und der von der Beklagten erstellten Tabelle ergibt eine Übereinstimmung betreffend Ferienbezüge. Vergleicht man diese Tabelle mit dem vom Kläger selber geführten Arbeitsbüchlein ergibt sich Folgendes: Das Büchlein 2000 fehlt. Im 2001 finden sich an sämtlichen Tagen, wo die Beklagte Ferienbezüge des Klägers geltend macht, keine Arbeitseinträge des Klägers. Zu bemerken ist allerdings, dass die Beklagte dem Kläger am Karfreitag (19.04.01) 4 Stunden Ferien anrechnet. Ebenso rechnet sie ihm vom 03.10.01-04.10.01 17 Stunden Ferien an, obwohl der Kläger gemäss seinen Angaben in der Agenda krank war. Im Übrigen stimmen die Angaben überein.

Es gehört zur Aufgabe des Arbeitgebers, dass er seinen Betrieb zweckmässig organisiert und den Überblick über die Ferienbezüge seiner Arbeitnehmer und sonstige lohnrelevante Tatsachen bewahrt. Der Anspruch auf Ferien ist Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die Ferien sind im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber geregelt. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Kläger bezogen worden sind (BGE 128 III 271 E. 2a). Als der Kläger nach Beginn seiner Krankheit bei der Beklagten nach seinen Ferienbezügen nachfragte, wurde ihm handschriftlich Auskunft erteilt. Der Kläger war unter diesen Umständen nicht verpflichtet und es war ihm unzumutbar, alle seine Agenden zu konsultieren und nachzurechnen, ob die handschriftlichen Notizen tatsächlich mit seiner Agenda übereinstimmen, zumal die Differenz nicht derart gross

war, dass er misstrauisch werden musste. Auf ihrer Auskunftserteilung ist die Beklagte zu behaften und das Vertrauen des Klägers in diese Angaben ist zu schützen. Allerdings sind aus den handschriftlichen Notizen lediglich die Zahlen bezüglich bezogener Ferien zu entnehmen und nicht der Restanspruch an Ferien. Bei der Berechnung des grundsätzlichen Ferienanspruchs handelt es sich um eine Rechtsfrage, wobei auf die oben erstellte Tabelle abzustellen ist.»

(AGer., AN050287 vom 20. Dezember 2006; eine dagegen erhobene Berufung wurde wieder zurückgezogen; LA070005 vom 26. März 2007; siehe auch Entscheid Nr. 10)

15. OR 330a; Aufbau eines Zeugnisses

Die Klägerin verlangte die Korrektur des ihr ausgestellten Zeugnisses gemäss ihres Vorschlags. Sie beanstandete im Wesentlichen das Fehlen einer Beurteilung des Verhaltens gegenüber den Vorgesetzten und machte mehr oder weniger pauschal geltend, ihre Leistungen seien als sehr gut zu bezeichnen.

Aus dem Entscheid:

«Bei der Formulierung eines Zeugnisses sind bestimmte Grundsätze zu beachten: Vorrang kommt dabei der Wahrheitspflicht zu, weitere Grundsätze verlangen, dass das Zeugnis wohlwollend und vollständig formuliert ist. Dem gleichgestellt ist der Anspruch des Mitarbeitenden auf Einheitlichkeit, Individualität und Klarheit (Hans-Peter Egli, Entscheide des Arbeitsgerichts 2002, S. 60-61 mit weiteren Verweisen).

Die Redaktion des Zeugnisses ist Sache des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf eine Korrektur, wenn es sich beispielsweise nur um eine ausführliche Beurteilung, die Erwähnung bestimmter Vorkommnisse und andere Gewichtungen oder sprachliche Änderungen handelt, die ohne inhaltliche Bedeutung sind. Ein Ergänzungsanspruch besteht dagegen, wenn besondere Leistungen oder Fähigkeiten nicht erwähnt werden. Zu subjektiven Wertungen, wie namentlich dem Ausdruck des Bedauerns über den Weggang, kann der Arbeitgeber allerdings nicht gezwungen werden (a.a.O., S. 70). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass grundsätzlich vom Zeugnistext des Arbeitgebers auszugehen ist, solange dieser den eingangs erwähnten Grundsätzen nicht vollends zuwider läuft.

Die Beurteilung von Leistung und Verhalten ist ein Kernpunkt des Zeugnisses. Es ist unzulässig nur eines von beiden zu qualifizieren. Das Verhalten qualifiziert dabei die Beziehung zu anderen Personen, insbesondere Vorgesetzten (a.a.O., S. 63-64). In der Lehre wird dem Arbeitgeber die Behauptungs- und Beweislast für die Richtigkeit des von ihm ausgestellten Zeugnisses zugewiesen. Der Arbeitnehmer trägt dagegen die Behauptungs- und Beweislast für die seinen Formulierungsanträgen zugrunde liegenden Tatsachen.

In der Praxis wird im Ergebnis immer wieder der Anspruch des Arbeitnehmers auf ein «normal anständiges», durchschnittliches Zeugnis geschützt, wenn der Arbeitgeber seine unterdurchschnittliche, der Arbeitnehmer seine überdurchschnittli-

che Beurteilung von Leistung und Verhalten in tatsächlicher Hinsicht nicht substantiieren (bzw. substantiieren können) und nötigenfalls nachweisen (vgl. dazu Susanne Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitnehmers, S. 161 f.)»

Zu den Änderungsanträgen (auszugsweise):

«a. Die erwähnte Auslassung hinsichtlich der Qualifikation des Verhaltens gegenüber Vorgesetzten vorbehalten, entspricht das Arbeitszeugnis den eingangs erwähnten Grundsätzen. Es ist daher vom Zeugnistext der Beklagten auszugehen und vorab zu prüfen, ob im Aufbau Änderungen vorzunehmen sind.

Besondere Leistungen oder Beförderungen sind einleitend und vor der Leistungs- und Verhaltensqualifikation zu erwähnen (Janssen, a.a.O., S. 137-138, aber auch die Klägerin in ihrem Vorschlag). Dem hat die Beklagte hinsichtlich der Weiterbildung der Klägerin, nicht aber hinsichtlich ihrer Beförderungen Rechnung getragen, was zu korrigieren ist.

Absatz sieben des Schlusszeugnisses der Beklagten ist daher nach oben zu verschieben und nach dem Hinweis auf die absolvierte Weiterbildung aufzuführen.

b. In Absatz sechs, der die Verhaltensqualifikation der Klägerin betrifft, weist die Beklagte auf die erfolgreiche Akquisition und Betreuung einer internationalen Kundenbasis hin. Dieser Hinweis beschlägt die Tätigkeit der Klägerin und damit an sich deren Leistungen, so dass er in die Leistungsbeurteilung zu integrieren ist.

c. Das Verhalten der Klägerin wird – wie schon angetönt – nur unvollständig beurteilt. Bewertet wird nur der Umgang mit Teammitgliedern und Kunden, wobei die ausserordentlich gute Qualifikation im Verhalten gegenüber Kunden in eklatantem Widerspruch zur fehlenden Erwähnung der Vorgesetzten steht.

Aufgrund der eigenen Vorbringen der Klägerin steht fest, dass gewisse Spannungen im Verhältnis mit dem Vorgesetzten bestanden haben. Sie sieht die Ursache dafür alleine bei diesem und bezeichnet ihn als unfähig, was die Beklagte bestreitet. Weiter hat die Beklagte hierzu nicht Stellung genommen.

Die Qualifikationen 2001 und 2002 enthalten keine ausdrückliche Rubrik, die das Thema Verhalten gegenüber Vorgesetzten beurteilt. Bewertet wurden dagegen jeweils die «zwischenmenschlichen Fähigkeiten» und die «persönlichen Einstellungen und Fähigkeiten». Für das Jahr 2001 werden der Klägerin unter «persönliche Einstellungen» Respekt gegenüber anderen und Identifikation mit der Picket Gruppe bescheinigt. Unter «zwischenmenschliche Fähigkeiten» wird auf ihre interne und externe Beliebtheit hingewiesen, wobei sie sich sehr schnell mit der rundum positiven Atmosphäre in Zürich angefreundet habe, woraus eine Gesamtbewertung von 100% resultierte, entsprechend der Wertungsskala der Beklagten mithin ein «gut». In der Qualifikation 2002 wird unter dem Aspekt der «persönlichen Einstellungen» der Respekt anderen gegenüber zwar zurückhaltender beurteilt, aber immer noch mit 100% bewertet. Die verbale Beurteilung in der Qualifikation 2002 fällt unter «zwischenmenschliche Fähigkeiten» ebenfalls zurückhaltender, nüchterner aus, gegenüber dem Vorjahr wird im Ergebnis aber einzig die «Meinungsausserung» ungünstiger beurteilt (75% statt 100%), wobei allerdings darauf hingewiesen wird, dass die Klägerin ihre Meinung vor allem auf Anfrage

Dritter äussere; gegenüber Kunden sei sie dagegen deutlich offener. Die zwischenmenschlichen Fähigkeiten werden in der Qualifikation 2002 (deshalb) nur noch mit 94% bewertet, was aber immer noch «fast gut» bedeutet. Immerhin enthalten die Qualifikationen damit nichts, was den Rückschluss zuliesse, die Klägerin habe auch im Verhalten gegenüber Vorgesetzten eine andere als eine gute Qualifikation verdient.

Soweit die Klägerin demgegenüber eine in jeder Hinsicht ausserordentlich gute Qualifikation beansprucht, fehlen wiederum schon substantiierte Vorbringen, woraus sich ein solcher Anspruch ableiten liesse. Insbesondere die Formulierung, sie habe bei Kunden und Vorgesetzten hohe Wertschätzung genossen ist mit nichts untermauert und eine subjektive Wertung, die nicht verlangt werden kann.

Der Klägerin ist demnach hinsichtlich ihres Verhaltens gegenüber Vorgesetzten eine gute Qualifikation auszustellen. Um dem Rechnung zu tragen und widersprüchliche Aussagen zu vermeiden, ist Absatz sechs wie folgt neu zu formulieren:

Auch hinsichtlich des Verhaltens kann Frau Z. ein gutes Zeugnis ausgestellt werden. Mit ihrer Professionalität und Gewissenhaftigkeit gewann sie das Vertrauen von Vorgesetzten, Teammitgliedern und Kunden. Hervorzuheben sind die umgänglich und konstruktive Art von Frau Z., die von allen geschätzt wurde, sowie ihr stets vorbildlicher Umgang mit Kunden.

Satz eins bringt objektiv und umfassend die gute Bewertung des Verhaltens zum Ausdruck. Die Ergänzung von Satz zwei um «Vorgesetzten» entspricht den Qualifikationen sowie der Leistungsbeurteilung und verdeutlicht, dass Satz eins auch für den Umgang mit Vorgesetzten gilt. Der Schlusssatz entspricht der bereits von der Beklagten vorgenommenen Hervorhebung.

d. Weitere Änderungen gemäss dem Zeugnisvorschlag der Klägerin sind auch hier nicht angezeigt. Sie wurden weder hinreichend substantiiert begründet noch sind sie aufgrund der Qualifikation ausgewiesen.

e. Die Klägerin verlangt schliesslich einen Ausdruck des Bedauerns über ihren Weggang. Die Beklagte bestreitet, das Ausscheiden der Klägerin bedauert zu haben. Als subjektive Wertung, zu der ein Arbeitgeber nicht gezwungen werden kann, kann die Klägerin darauf keinen Anspruch erheben.»

(AGer., AN040587 vom 18. Januar 2006)

16. OR 330a; Fristlose Entlassung: Austrittsdatum im Zeugnis

Die Klägerin wurde am 29. Mai 2005 fristlos entlassen. Die Beklagte stellte ihr ein Arbeitszeugnis mit Datum vom 29. Juni 2005 aus. Die Klägerin beantragte daher, da die fristlose Entlassung zu unrecht erfolgt sei, hätte das Arbeitsverhältnis bei ordentlicher Kündigung bis am 31. Juli 2005 gedauert, weshalb dieses Datum einzusetzen sei.

Aus dem Entscheid:

«Nach zürcherischer Praxis hat der ungerechtfertigt fristlos entlassene Arbeitnehmer Anspruch darauf, dass in seinem Arbeitszeugnis – entgegen dem Prinzip der Wahrheitstreue – das Beendigungsdatum des Arbeitsverhältnisses auf den nächstmöglichen Kündigungstermin korrigiert wird. Damit soll dem Eindruck entgegen gewirkt werden, er sei zu Recht fristlos entlassen worden. Ansonsten enthielte das Zeugnis gleichwohl einen Fingerzeig auf eine gerechtfertigte fristlose Entlassung, was der Arbeitnehmer nicht verdient hat (AGer ZH in ZR 2002 Nr. 70; ZR 100 Nr. 77, OGer ZH in JAR 1996 S. 270 E.5c). Zum Schutz des Arbeitnehmers ist die Frage des Ausstelldatums gleich zu beurteilen (zum Ganzen: Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 330a). Es ist somit zulässig und geboten den 31. Juli 2005 als Enddatum des Arbeitsverhältnisses und als Ausstellungsdatum des Arbeitszeugnisses anzugeben.

Aus dem Arbeitszeugnis der Beklagten vom 29. Juni 2005 ist nicht zu entnehmen, wer das Zeugnis unterschrieben hat. Das widerspricht den Mindestanforderungen an ein Arbeitszeugnis, da dies unter anderem die notwendigen Angaben zur eindeutigen Individualisierung des ausstellenden Arbeitgebers enthalten muss (Streiff/von Kaenel, N 3 zu 330a). Die unterzeichnende Person muss identifiziert werden können.»

(AGer., AN051032 vom 3. Juli 2006)

17. OR 330a; Zeugnis bei Tätigkeit für mehrere (konkursite) Firmen

Die Klägerin war als Verkäuferin bei drei Firmen tätig. Nach den Konkursen dieser Gesellschaften war sie zuletzt für die Beklagte tätig. Bei allen diesen Firmen wie auch der letzten war die gleiche Person Geschäftsführer und Chef der Klägerin. Die Klägerin verlangte u.a. ein Zeugnis für die ganze Anstellungszeit. Dass die Beklagte mehrmals ihre Firma gewechselt habe, ändere nichts daran, dass es sich stets um dieselbe Gesellschaft gehandelt habe. Anlässlich der Hauptverhandlung äusserte der Geschäftsführer der Beklagten Bedenken hinsichtlich deren Befugnis, der Klägerin ein Arbeitszeugnis für ihre Tätigkeiten bei den drei anderen Firmen auszustellen.

Aus dem Entscheid:

«Es trifft zwar zu, dass gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG Rechtshandlungen, welche der Schuldner nach der Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber ungültig sind. Ein Konkurs beschlägt jedoch nur das Vermögen einer Gesellschaft. Die Zeugnisklage der Klägerin als nicht-vermögenswerter Anspruch gegenüber der Beklagten wird dagegen vom Konkursbeschluss nicht erfasst. Der Zeugnisanspruch gehört mithin zu den Ansprüchen auf persönliche Leistung. Der konkursite Arbeitgeber bleibt somit verpflichtet, das Arbeitszeugnis auszustellen, denn die dazu erforderliche Handlungsfähigkeit wird vom Konkurs nicht tangiert (S. Janssen, a.a.O., S. 45).

Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Nachfolgegesellschaft der durch Kon-

kurs aufgelösten drei Betriebe ist. Bei all diesen Unternehmen verrichtete die Klägerin die nämlichen Arbeiten und ihr Chef war X., der Geschäftsführer aller dieser Firmen war. Die Beklagte ist somit befähigt und verpflichtet, in der Person ihres Geschäftsführers ein Arbeitszeugnis für die gesamte Dauer ihrer Anstellung bei obgenannten Firmen auszustellen.

Hinsichtlich der handschriftlichen Abfassung des Arbeitszeugnisses durch X. ist zu sagen, dass ein Arbeitszeugnis formell und materiell dem Verkehrsüblichen zu entsprechen hat, da eine nicht plausibel erklärte Verkehrsabweichung dem Fortkommen des Arbeitnehmers abträglich ist. Formell bedeutet dies, dass das schriftlich abzufassende Zeugnis je nach Branche in Maschinenschrift bis sauberen Computerausdrucken zu halten ist, auf üblichem Papier guter Qualität stehen und sprachlich einwandfrei sein soll (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 330a OR). Die Klägerin hat somit einen Anspruch auf ein zumindest maschinengeschriebenes Arbeitszeugnis. Das Argument von X., er verfüge über keinen Computer, vermag daran nichts zu ändern; nötigenfalls hat die Beklagte die Dienste eines Schreibbüros zu beanspruchen.»

(AGer., AN060453 vom 8. September 2006)

18. OR 335; Anspruch auf Geschäftsfahrzeug während der Freistellung

Der Kläger machte geltend, er habe während der ganzen Dauer seiner Anstellung ein Geschäftsfahrzeug zur Verfügung gehabt sowie eine Benzinkarte, welche er auch zu privaten Zwecken habe nutzen können. Im Zeitpunkt der Freistellung sei ihm die Karte weggenommen worden und er habe das Fahrzeug zurückgeben müssen. Die Beklagte bestritt den Anspruch, da gemäss Vereinbarung die Anspruchsberechtigung habe geändert werden können.

Aus dem Entscheid:

«Der Kläger erhielt unbestrittenermassen ein Geschäftsfahrzeug durch die Beklagte, welches er auf Aufforderung der Beklagten am 5. Juli 2004 zurückgab. Gemäss Ziffer 4 der damals gültigen Car Policy behält sich die Geschäftsleitung das Recht vor, die Anspruchsberechtigung jederzeit abzuändern. Der Berechtigte (Kläger) durfte gemäss Ziffer 5 den Geschäftswagen auch für private Fahrten nutzen. Der Kläger hatte gemäss Ziffer 11 eine Benzinkarte zur Verfügung. Aus den Lohnabrechnungen ist nicht ersichtlich und wird im Übrigen auch nicht geltend gemacht, dass der Kläger für seine Privatfahrten und das dazu benötigte Benzin irgendetwas bezahlen musste. Es handelt sich somit bei der bezahlten Privatbenützung um einen versteckten Lohnbestandteil, welcher auch während der Freistellungszeit zu entrichten ist. Die Beklagte kann dies mit Ziffer 4, wo sie eine jederzeitige Änderung der Anspruchsberechtigung vorsieht, nicht einseitig abändern.

Die Fahrzeugmiete ab Juli 2004 von Fr. 1680.– monatlich ist belegt und ist dem Kläger bis September 2004 mit Fr. 5'580.– zu entschädigen (3 x Fr. 1'860.–). Die

Benzinkosten von Fr. 280.– monatlich wurden nicht konkret bestritten, weshalb dem Kläger der ausstehende Betrag von Oktober 2003 bis September 2004 (12 x Fr. 280.–), mithin Fr. 3'360.– zu bezahlen hat.»

(AGer., AN040255 vom 21. Dezember 2006; eine Berufung ist noch hängig.)

19. OR 335; Freistellung und Minusstunden

Die Klägerin verlangte den Lohn für den Februar 2006, während welchem sie freigestellt war. Der Arbeitgeber wollte nur einen kleinen Teil ausbezahlen, da er den Anspruch mit Minusstunden verrechnete.

Aus dem Entscheid:

«Unbestrittenermassen wurde die Klägerin von den Beklagten Ende Januar 2006 freigestellt. Mit der Freistellung wird die freiwillige Entbindung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht bezeichnet, ohne dass der Lohnanspruch des Arbeitnehmers entfällt (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 324 OR). Damit ist der Lohnanspruch der Klägerin für den Februar 2006, für welchen sie freigestellt wurde, grundsätzlich gegeben.

Die Beklagte führt indes aus, dass bei der Klägerin ein Minussaldo von 147 Stunden entstanden sei, weshalb ihr für den Monat Februar 2006 nur ein Sechstel des regulären Lohnes zustehen würde. Die Beklagte macht mithin sinngemäss Verrechnung des Minussaldos mit dem Februarlohn 2006 geltend.

Nur aufgrund der Akten lässt sich der Charakter des Feriensaldos von 2,44 Tagen eruieren, wogegen die Angaben der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung widersprüchlich sind, stellt sie doch einerseits ein Ferienguthaben der Klägerin in den Raum, welches der Klägerin aber als Fehlzeit belastet worden sei.

In ihrem Brief vom 1. Februar 2006 an die Beklagte qualifizierte die Klägerin die «widerrufliche Freistellung» als Hausarrest und erklärte deren Nichtbefolgung. Sie wies weiter darauf hin, sie könne die bereits bewilligten Ferien vom 8. bis 26. Februar 2006 in ihrem Heimatland (Kuba) nicht mehr absagen; sie werde sie daher beziehen. Daraus ergebe sich ein Ferienüberbezug von 2,2 Tagen, welche man verrechnen könne. Die Klägerin bezog sich damit auf den Brief der Beklagten vom 30. Januar 2006, womit sie «widerruflich freigestellt» wurde mit der Aufforderung, sich während der Arbeitszeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu Hause zur Verfügung zu halten. Gleichzeitig erteilte die Beklagte der Klägerin ein Hausverbot für ihren Arbeitsplatz. Dessen ungeachtet sprach die Beklagte bereits damals gegenüber der Volkswirtschaftsdirektion (lediglich) von einer Freistellung der Klägerin.

All dies kommentierte die Beklagte – die der Klägerin 2,44 Ferientage belasten möchte – im Rahmen des Hauptverfahrens nicht weiter, sondern machte – wie erwähnt – nicht nur zum Gehalt des Feriensaldos widersprüchliche Angaben, sondern sprach auch von «einer ganz normalen Freistellung», verbunden mit einem Hausverbot. Die Klägerin habe nicht mehr zur Arbeit erscheinen müssen.

Namentlich hat die Beklagte keinerlei plausible Gründe dargelegt, die es rechtfertigen liessen, die Klägerin zwar unter Verhängung eines Hausverbotes freizustellen, sie aber zugleich zu verpflichten, sich während der Arbeitszeit zu Hause zur Verfügung zu halten. Mit der Klägerin sind derartige, grundlose Auflagen als schikanös und damit unbeachtlich zu qualifizieren. Die Klägerin hatte sich deshalb nach erfolgter Freistellung nicht zu Hause zur Verfügung der Beklagten zu halten, sondern die Gestaltung der Freistellungszeit blieb ihr überlassen. Mit dem Bezug der bereits geplanten Ferien hat sich damit zwar ein allfälliges Ferienguthaben der Klägerin liquidiert; ein Ferienüberbezug konnte sich dadurch aber nicht einstellen und die Zustimmungserklärung zur Belastung eines derartigen Ferienüberbezugs hat aus rechtlichen Gründen unbeachtet zu bleiben.

Der von der Beklagten ermittelte Fehlstundensaldo ist damit um 17,6 Stunden auf 130,1 Fehlstunden zu reduzieren»

Bei den übrigen Fehlstunden lehnte das Gericht einen Abzug ab, da deren Zustandekommen nicht substantiiert wurde und es die Beklagte sowohl unterlassen hatte, wie im Reglement vorgesehen, die Klägerin über den Stundensaldo monatlich zu orientieren als auch ihr die Möglichkeit zu geben, den Saldo abzubauen.

(AGer., AN060251 vom 4. Juli 2006; eine Berufung ist noch hängig.)

20. OR 335; Provisionsvorschuss; Provision während der Freistellung

Nachdem der Kläger freigestellt wurde, stellte sich die Frage, wie der Provisionsausfall während dieser Zeit zu berechnen sei.

Aus dem Entscheid:

«Der Kläger führte anlässlich der Hauptverhandlung aus, dass es sich beim Provisionsvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– um einen festen Lohnbestandteil handle, da ihm dieser schon immer ausbezahlt worden sei. Wie bis anhin habe er daher einen Lohnanspruch von Fr. 6'164.– brutto (Fixum, Spesen und Provisionsvorschuss) während der Dauer seiner Freistellung.

Die Beklagte vertrat an der Hauptverhandlung hingegen die Auffassung, dass es sich beim Provisionsvorschuss nicht um einen festen Lohnbestandteil handle. Wie bei einem Vorschuss üblich, sei auch dieser Ende jeden Monats mit den tatsächlich erwirtschafteten Provisionen zu verrechnen. Da der Kläger nun aber freigestellt sei und daher keine Provision mehr erwirtschaften könne, werde der Provisionsvorschuss nicht mehr geleistet. Vielmehr erhalte der Kläger nun eine Provisionsausfallentschädigung in der Höhe von Fr. 89.87 pro Tag, zusätzlich zu seinem Fixlohn und der Spesenpauschale. Die Höhe der Provisionsausfallentschädigung ergebe sich dabei aus den Durchschnittswerten der letzten Jahre und werde für jeden Mitarbeiter jährlich neu berechnet.

Die Freistellung stellt der freiwillige Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dar, ohne dass der Lohnanspruch dahinfällt. Die herrschende Lehre behandelt die Freistellung als Anwendungsfall des Arbeitgeberverzuges im Sinne von Art. 324 OR (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 324 OR mit weiteren Ver-

weisen). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist den Lohn zu bezahlen, wie wenn er gearbeitet hätte.

Provisionen sind eine Form von Leistungslohn (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 322b OR mit weiteren Verweisen), weshalb sie ein fester Lohnbestandteil bilden. Im vorliegenden Fall ist alleine strittig, ob auch der Provisionsvorschuss einen festen Lohnbestandteil bildet. Gemäss Art. 323 Abs. 3 OR ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer mehr Vorschuss auszubezahlen, als zur Behebung der Notlage erforderlich ist. Im häufigen Fall, dass der Arbeitgeber Vorauszahlungen leistet, ohne dass sich der Arbeitnehmer in einer Notlage befindet, liegt im Zweifel ein Darlehen vor (AGer ZH in JAR 1983 S. 124). Somit handelt es sich beim Provisionsvorschuss nicht um einen festen Lohnbestandteil.

Die Parteien unterzeichneten am 11. Januar 2005 einen Arbeitsvertrag. In Punkt 26 wird der Provisionsvorschuss geregelt, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass kein Anspruch auf Ausrichtung dieses Vorschusses bestehe. In Punkt 3.2 der Entschädigungsordnung für Kundenberater – welche der Kläger ebenfalls am 11. Januar 2005 unterzeichnete – wird festgehalten, dass in Bezug auf den Provisionsvorschuss am Ende eines Kalenderjahres ein Positivsaldo dem Arbeitnehmer ausbezahlt wird, ein Negativsaldo dagegen vom Arbeitnehmer zu begleichen ist. Sodann wird in Punkt 6.2 der Entschädigungsordnung die Berechnungsgrundlage der Provisionsausfallentschädigung festgelegt. Der Tagesansatz ergibt sich danach aus 70% der im vergangenen Kalenderjahr erzielten Provisionen und aus 60% der Taggelder aus Versicherungsleistungen.

Art. 324 OR ist relativ zwingend ausgestaltet, weshalb eine sich zu ungunsten des Arbeitnehmers auswirkende freie Vertragsgestaltung unzulässig ist und insbesondere nicht generell und zum Voraus getroffen werden darf. Der Arbeitnehmer ist in jedem Fall so zu stellen, wie wenn er gearbeitet hätte. Da es sich beim Provisionsvorschuss nicht um einen festen Lohnbestandteil handelt, kann der Beklagte nicht verpflichtet werden, dem Kläger einen vor der Freistellung gewährten Vorschuss weiterhin zu leisten, da dieser aufgrund der Freistellung keine Möglichkeit mehr hat, den Vorschuss mit tatsächlich erwirtschafteten Provisionen verrechnen zu lassen. Vielmehr sind die tatsächlich erwirtschafteten Provisionen der vergangenen zwölf Monate seit Freistellung massgebend, wobei dieser Wert zu 100% zu berücksichtigen ist und nicht nur zu 70%, wie es die Berechnung in Punkt 6.2 der Entschädigungsordnung vorsieht.»

(AGer., AN060509 vom 21. August 2006)

21. OR 336; Mobbing als missbräuchlicher Kündigungsgrund?

Die Klägerin war seit April 2001 für die Beklagte tätig. Am 3. Mai 2005 wurde ihr gekündigt und sie wurde ab dem folgenden Tag freigestellt. Die Klägerin erachtete diese Kündigung als missbräuchlich, da sie von ihrer Chefin gemobbt worden sei.

Aus dem Entscheid:

«Der Rechtsvertreter der Klägerin machte anlässlich der Hauptverhandlung geltend,

der Klägerin sei am 3. Mai 2005 vorerst mündlich gekündigt worden und sie sei ohne Angaben von Gründen mit sofortiger Wirkung freigestellt worden, wobei sie ihr Büro innert einer Viertelstunde zu räumen gehabt habe. Als Kündigungsgrund habe ihr die damalige Personalchefin vorgeworfen, sie sei in der Zeit vor der Kündigung vermehrt krank gewesen, sie würde ohne vorherige Absprache mit der Vorgesetzten spontan «frei nehmen» und sie würde während der Bürozeiten private Angelegenheiten erledigen, ohne ihre Chefin um Zustimmung zu fragen. Die im Schreiben vom 10. August 2005 angegebenen Kündigungsgründe seien allesamt nachgeschoben und unzutreffend. Die Klägerin bestreite zudem, dass angeblich ihre Leistungen nachgelassen hätten und sie unzuverlässig geworden sei. Die wahren Gründe, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geführt hätten, seien nicht im Verhalten der Klägerin, sondern vielmehr in den Animositäten, welche von ihrer Chefin S. ausgegangen seien, zu suchen. Diese sei es denn auch gewesen, die auf einer sofortigen Freistellung der Klägerin beharrt habe. Offenbar habe sie es nicht ertragen können, dass die Klägerin einen sehr guten «Draht» zu den Kunden gehabt habe und bei diesen auch sehr gut angekommen sei. S. habe daher die Klägerin schikaniert, wo sie nur konnte, und habe an allem etwas auszusetzen gehabt. Die Klägerin sei von ihr regelrecht gemobbt worden. Sie sei jeden Tag bezüglich ihrer Arbeitsleistung und ihrer Person herabgewürdigt worden. S. habe ihr vorgeworfen, quantitativ wie auch qualitativ mangelhaft zu arbeiten, dass ihre Arbeitsergebnisse falsch seien und sie alles immer verkehrt mache. Der damalige Freund der Klägerin, der ebenfalls für die Beklagte gearbeitet habe, sei S. auch nicht entgangen. Sobald die Klägerin ihn auf dem Gang getroffen habe, habe sie sich in deren Beziehung eingemischt und habe auch ihm gegenüber geäußert, ob er nichts zu arbeiten habe. Habe die Klägerin am Arbeitsplatz gelegentlich private Anrufe entgegengenommen, habe die Chefin häufig gefragt, ob diese Telefonate wirklich nötig seien, bzw. ob die Klägerin nichts zu arbeiten habe. Sobald die Klägerin nicht im Büro zugegen gewesen sei, habe die Chefin ständig auf die Uhr geschaut. S. habe es auch nicht unterlassen können, die Klägerin vor ihren Mitarbeitern und ihren Kunden als unzuverlässig und dumm zu bezeichnen. Die Klägerin habe ihr generell nichts recht machen können. Schon am Morgen, als sie das Auto parkiert habe, habe sie von S. gehört, dass sie ihr Auto wieder schlecht parkiert habe. S. habe sich allezeit in negativer Weise über die Klägerin geäußert. Die ständigen Nörgeleien und Animositäten, welche ihr von ihrer Chefin praktisch täglich widerfahren seien, hätten bei der Klägerin Spuren hinterlassen. In der Hoffnung, ihre Chefin würde irgendwann einmal auch ihre Leistungen und ihre Bemühungen anerkennen, habe die Klägerin anfänglich auf die «Zähne» gebissen und die verbalen Attacken und Nörgeleien geduldet, zumal ihr die Arbeit bei der Beklagten gut gefallen habe. Irgendwann hätten jedoch die damit eingehenden inneren Spannungen bei der Klägerin ein derartiges Ausmass erreicht, dass sie sich in ärztliche Behandlung habe begeben müssen.

Auf persönliches Befragen sagte die Klägerin ihrerseits aus, S. und sie seien in den letzten zwei Jahren des Arbeitsverhältnisses im selben Büro gesessen und in dieser Zeit sei es zunehmend unerträglich geworden. Auf dem Gang habe sie S. unentwegt gefragt, wo sie gewesen sei und was sie gerade getan habe. Ebenso sei es ihr ergangen, wenn ihr

jemand angerufen habe während sie kurz abwesend gewesen sei; S. habe ihr anschliessend vorgehalten, dass wieder jemand angerufen habe. Die Klägerin sei von ihr sogar in persönlichen Belangen angegriffen worden. Wenn z.B. ihr Freund sie angerufen habe, habe S. das in böserartiger Weise kommentiert. Jede Arbeit, die die Klägerin verrichtet habe, habe stets «anders» erledigt werden müssen. S. sei im Umgang sehr «schroff» gewesen. Die in der Nähe befindlichen Mitarbeiter hätten dies oft mitgehört, da das Büro grossräumig gewesen sei. Morgens habe die Klägerin z.B. gewisse Arbeiten zu erledigen, und wenn sie während fünf Minuten etwas anderes verrichtet habe, habe S. bereits genörgelt. In der Firma sei allgemein bekannt gewesen, was S. für eine Person sei. Als die Klägerin diese angerufen habe, um sich krank zu melden, habe ihr ihre Vorgesetzte gesagt: «Bist Du schon wieder krank? Wann kommst du wieder?». Sie sei immer vorwurfsvoll gewesen. Die Vorgesetzten von S. seien darüber nicht im Bilde gewesen; sie seien in London und würden sich für solche Angelegenheiten nicht interessieren. Ausserdem hätten ihre Vorgesetzten oft gewechselt. Die Klägerin erklärte weiter, dass S. sie bei Geschäftsapéros auch vor anderen Anwesenden blossgestellt habe. Diese habe ihr einmal sogar vor allen Leuten ihr Natel entrissen und gesagt: «Jetzt schaltet sie schon wieder das Telefon ein!». Der wahre Kündigungsgrund sei, dass S. sie nicht im Team gemocht habe.

Der Rechtsvertreter der Beklagten bestätigte seinerseits die in seinem Schreiben vom 10. August 2005 angegebenen Kündigungsgründe. Die Unzuverlässigkeit der Klägerin bezüglich ihres Erscheinens am Arbeitsplatz sei ausserordentlich gewesen. Wegen der häufigen Abwesenheiten der Klägerin habe die Beklagte sie auch an die Vertrauensärztin verwiesen. Diese habe in ihrem Bericht vom 18. Juli 2003 unter anderem festgestellt, dass das Klima bei der Beklagten sehr angenehm sei und sie sich mit den Mitarbeitern und ihrer direkten Vorgesetzten S. sehr gut verstehe. Die Kündigung der Klägerin sei auch nicht unerwartet gewesen: Dem Entscheid der Beklagten und der Mitteilung der Kündigung an die Klägerin seien zahlreiche Gespräche zwischen den Beteiligten vorausgegangen. Die Klägerin sei während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses immer wieder, sowohl von ihrer Vorgesetzten als auch von Mitarbeiterinnen aus der HR-Abteilung, auf ihre Abwesenheiten und die damit verbundene, ungenügende quantitative Leistung, den fehlenden Output, hingewiesen worden. Auch am Kündigungstag habe je ein Gespräch zwischen der Klägerin und der Leiterin der HR-Abteilung sowie zwischen der Klägerin und dem Zweigniederlassungsleiter stattgefunden. Schliesslich habe die Klägerin aber ihre Sachen zusammengepackt und sei gegangen. Der Rechtsvertreter der Beklagten bestritt weiter die Vorwürfe der Schikane, Nörgeleien und des Mobbings. Auch eine einmal vorgefallene Bemerkung anlässlich eines Apéros oder Kommentare betreffend das private Telefonieren der Klägerin würden keinen Mobbing-Sachverhalt begründen. Es sei leicht verständlich, dass S. gegenüber einer als leicht arrogant auffallenden Mitarbeiterin auch einen härteren Ton eingesetzt habe. S. sei gegenüber der Klägerin und den Mitarbeitern stets gleich aufgetreten. Auch andere Aktionen von S. seien nicht spezifisch an die Klägerin adressiert gewesen.

Eine Kündigung kann missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR sein, wenn sie auf eine Vertragsverletzung des Kündigenden selbst zurückgeht, so, wenn der Arbeit-

geber seine Fürsorgepflicht verletzt, nichts gegen ein Mobbing unternimmt und dann wegen einer Leistungseinbusse kündigt, die sich ihrerseits als Folge des Mobblings erweist (BGE 125 III 70 E.2a). Die Missbräuchlichkeit der Kündigung setzt in diesem Fall voraus, dass der Arbeitgeber seine Pflicht verletzt, den Arbeitnehmer von persönlichkeitsverletzendem Mobbing zu schützen. Damit er diese Pflicht überhaupt wahrnehmen kann, muss er jedoch vom Opfer informiert werden, soweit die Situation nicht offensichtlich ist. Der Arbeitgeber haftet nur, wenn er bzw. eine Organperson selbst mobbt oder er seine Schutzpflichten verletzt (Streich/von Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 328 OR mit weiteren Verweisen).

Gemäss den Ausführungen des klägerischen Rechtsanwaltes anlässlich der Hauptverhandlung soll die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin deshalb missbräuchlich sein, weil die Leistungen der Klägerin – sofern überhaupt zutreffend – wegen des Mobblings von S. dieser gegenüber nachgelassen hätten.

Die Klägerin sagte anlässlich der Hauptverhandlung jedoch selber aus, dass die Vorgesetzte von S. über deren Verhalten ihr gegenüber keine Kenntnis hatte. Die Klägerin behauptete auch nicht, diese oder die Organe der Beklagten darüber informiert zu haben. Lediglich die in der Nähe befindlichen Mitarbeiter hätten die Kritiken von S. oft mitgehört. Die Frage, ob die Mobbing-Situation offensichtlich war, ist daher zu verneinen; denn mit Ausnahme der angeblichen Vorfälle bei Geschäftsapéros – welche alleine kein Mobbing begründen würden – sollen die übrigen Bemerkungen von S. direkt an die Klägerin, welche im gleichen Büro und unmittelbar in deren Nähe arbeitete, ausgesprochen worden sein.

Da die Organe der Beklagten über die vermeintliche Mobbingssituation nicht informiert waren, konnten sie aber ihre Pflicht, die Klägerin zu schützen, gar nicht wahrnehmen. Die Frage, ob gegenüber der Klägerin tatsächlich Mobbing ausgeübt wurde, kann somit offen gelassen werden. Denn unter diesen Umständen ist eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten auf jeden Fall zu verneinen.

Andere Gründe, wieso die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin missbräuchlich sein sollte, sind nicht ersichtlich.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin nicht missbräuchlich war. Die Klägerin hat demzufolge keinen Anspruch auf eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR.»

(AGer., AN060092 vom 4. Juli 2006; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 21. September 2006 durch Rückzug erledigt.)

22. OR 336; Geltendmachung von Ansprüchen

Als der Kläger sich an die Personalabteilung und seine Vorgesetzten wandte und geltend machte, er sei in eine höhere Bonusklasse einzuteilen, erhielt er kurze Zeit später die Kündigung und wurde freigestellt. Er betrachtet diese Kündigung als missbräuchlich. Nach Darstellung der Beklagten erfolgte die Kündigung wegen tiefer Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses.

Aus dem Entscheid:

«Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist erstellt, dass die mündliche Kündigung am 5. April 2005 von Seiten der Beklagten ausgesprochen wurde oder dass zumindest der definitive Kündigungsentschluss bei der Beklagten am 5. April 2005 bereits gefasst war. Das Treffen vom 8. April 2005 hatte den Zweck, die Kündigungsmodalitäten zu regeln. Damit sind sämtliche Kündigungsgründe, welche sich auf die Zeit nach dem 5. April 2005 beziehen unbeachtlich, da sie nicht mehr ausschlaggebendes Motiv zur Kündigung sein konnten.

Kausalität

Die Parteien geben übereinstimmend an, dass an folgenden Daten (je im Jahr 2005) Gespräche stattfanden, an denen der Anspruch des Klägers auf die höhere Bonuseinstufung thematisiert wurde: 21. März Gespräch mit Frau A. (Human Ressource), 24. März Gespräch mit Herrn B. (direkter Vorgesetzter), 29. März Gespräch mit Herrn C. (Linienvorgesetzter), 5. April Gespräch mit Herrn B. und Frau A. Am 5. April 2005 erfolgte zudem die mündliche Kündigung oder zumindest der Kündigungsentschluss. Die zeitliche Konnexität zwischen diesen Gesprächen und der Kündigung ist eklatant.

Die von der Beklagten zur Begründung der Kündigung vorgebrachte tiefe Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses bezieht sich einerseits auf das Vorgehen des Klägers gegenüber seinen Vorgesetzten seit dem 21. März 2005 und das Gespräch vom 5. April 2005 (persönliche Äusserungen, Drohungen, üble Nachrede) und andererseits auf das Verhalten des Klägers zwischen dem 5. und 8. April 2005. Zu bemerken ist, dass die Beklagte verschiedentlich erwähnt, dass das Verhalten zwischen dem 5. und 8. April 2005 schlussendlich zur Kündigung geführt habe. Letztere Begründung ist wie erwähnt nicht zu berücksichtigen. Die Ursache dieser tiefen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses können nur in den Gesprächen, in denen der Kläger seine Ansprüche geltend gemacht hat, liegen. Vor dem 21. März 2005, als der Kläger diesen Anspruch zum ersten Mal angezeigt hat, schien noch alles in Ordnung zu sein. Die Beklagte bestätigt auch, dass der Kläger ein qualifizierter und guter Mitarbeiter war. Auch in der am 9. Februar 2005 vorgenommenen Leistungsbeurteilung wurde der Kläger noch mit dem Prädikat «übertrifft Leistungserwartungen» qualifiziert. Die Beklagte beanstandet zur Begründung des zerrütteten Vertrauensverhältnisses verschiedentlich, dass der Kläger mit rechtlichen Schritten gedroht habe. Dies zeigt, dass die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche für die Beklagte kausal waren für die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und damit für die Kündigung. Dieser Eindruck wird noch durch die Aussagen von Frau A. und Herrn B. beim Gespräch vom 8. April 2005 verstärkt: Frau A. begründet das mangelhafte Verhalten und die fehlende Sozialkompetenz des Klägers, welche zur Kündigung geführt hätten, mit einer Drohung welche von Seiten des Klägers gefallen sei. Auf Nachfrage des Klägers, womit er gedroht habe, erklärt zunächst Herr B. «Er hat im Prinzip gedroht, mit rechtlichen ... ääää...», worauf ihm Frau A. ins Wort fällt «rechtliche Konsequenzen einzuleiten, das war das eine und das zweite war nachher das Thema üble Nachrede.» Die Beklagte sah das Vertrauensverhältnis insbesondere dadurch zerrüttet, weil der Kläger mit rechtlichen Schritten drohte. Dabei handelt es sich allerdings um ein legi-

times Mittel und nicht um eine Drohung. Der Kläger darf sich für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis wehren, die er nach Treu und Glauben zu haben meint.

Mit dem Vorwurf der üblen Nachrede bezieht sich Frau A. auf den Vorfall, als der Kläger seinen Vorgesetzten, Herrn B., vor einem Mitarbeiter als Lügner dargestellt habe. Herr B. habe noch vor dem Gespräch vom 5. April 2005 von Z., einem Kadermitarbeiter des Klägers, erfahren, dass der Kläger diesem gegenüber gesagt habe, er könne nicht mehr mit einem Vorgesetzten, der lüge, zusammenarbeiten. Der Kläger bestätigt, diese Aussage gemacht zu haben, relativiert aber, dass sich die Lüge auf die Aussagen von Herrn B. bezogen hätte, wonach nur Direktionsmitglieder in diese Stufe eingereiht würden. Die Beklagte bestreitet, dass Herr K. diese Aussage gemacht hat. Unabhängig, ob Herr B. dies gesagt hat oder nicht, kann dieser Vorfall nicht als kausal für die Kündigung betrachtet werden. Für sich alleine betrachtet könnte eine Bezeichnung seines Vorgesetzten als Lügner zwar sehr wohl zu einer Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und damit zu einer zulässigen Kündigung führen. Wenn man diese Aussage des Klägers indessen im Gesamtzusammenhang einbettet und berücksichtigt, dass der Kläger davon überzeugt war, den Anspruch auf einen höheren Bonus zu haben und sich vom Vorgesetzten ungerecht behandelt fühlte, was er mehrmals angezeigt hat, kann diese Aussage nicht zu einer derartigen Zerrüttung führen. Der Beklagten ist beizupflichten, dass sich der Kläger diesbezüglich nicht sehr loyal verhalten hat, doch war dieser Vorfall unter Berücksichtigung der ganzen Chronologie der Ereignisse nicht das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung.

Fazit

Bei dieser Sachlage drängt sich der Schluss geradezu auf, dass die Geltendmachung des Anspruchs auf die höhere Bonuseinstufung und die Drohung rechtliche Schritte einzuleiten unmittelbarer Anlass zur Kündigung war. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte ohne den verpönten Grund keine Kündigung ausgesprochen hätte. Es liegen genügend Indizien vor, welche ein missbräuchliches Kündigungsmotiv überwiegend wahrscheinlich machen. Mit Ausnahme des – für die Kündigung nicht ursächlichen – Vorwurfs der Beklagten, dass der Kläger seinen Vorgesetzten einem Mitarbeiter als Lügner dargestellt hat, beziehen sich die zulässigen Kündigungsgründe auf die Zeit nach dem 5. April 2005 und sind daher unbeachtlich. Die Kündigung erweist sich somit als missbräuchlich.»

Das Gericht sprach dem Kläger in der Folge die zwei geltend gemachten Monatslöhne inklusive Anteil 13. Monatslohn zu.

(AGer., AN051076 vom 24. August 2006)

23. OR 336; Sperrfrist bei Militärdienst; Berechnung der Sperrfrist

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich am 22. Dezember 2005 auf Ende Januar 2006. Mit Marschbefehl vom 27. Dezember 2005 wurde der Kläger zu einem WK aufgeboten, welchen er vom 20. Februar bis 11. März 2006 absolvierte.

Am 17. Januar 2006 liess er über die Gewerkschaft mitteilen, er habe den erwähnten WK zu absolvieren, weshalb das Arbeitsverhältnis frühestens Ende Mai zu Ende sei. Sein letzter Arbeitstag war der 31. Januar 2006.

Aus den Erwägungen:

«Kündigt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit, so wird gemäss Art. 336c Abs. 2 i.V.m. Art. 336c Abs. 1 lit. a OR die Kündigungsfrist für die Zeit, während der Arbeitnehmer obligatorischen Militärdienst leistet sowie – sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert – während vier Wochen vorher und nachher unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Bewirkt diese Unterbrechung, dass die Kündigungsfrist zu einem anderen als dem gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Endtermin ausläuft, so wird sie gemäss Art. 336c Abs. 3 OR zusätzlich auf den folgenden Endtermin – mangels anderer vertraglicher Abrede oder gesamtarbeitsvertraglicher Regelung somit bis zum nächsten Monatsende verlängert.

Bei Art. 336c Abs. 1 lit. a OR handelt es sich um eine zwingende Bestimmung, von der zu Ungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 336c OR), die auch Eingang in den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren, durch den Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (GAV) gefunden hat.

Über seine militärischen Pläne braucht der Arbeitnehmer weder bei der Einstellung noch im Laufe des Arbeitsverhältnisses von sich aus Auskunft zu geben. Dass er während der Anstellung Militärdienst zu leisten hat, ist kein Umstand, der die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erheblich erschwert oder gar verunmöglicht, sodass ihn in aller Regel keine selbständige Offenbarungspflicht trifft. Gemäss einem höchstrichterlichen Entscheid löst sogar die freiwillige Vorverlegung eines Dienstes vor ausgesprochener Kündigung ohne vorgängige Information des Arbeitgebers die Sperrfrist aus (Streiff/von Kaenel, a.a.O., mit Verweisen auf die Praxis). Dieser Entscheid ist nicht ausnahmslos auf Zustimmung gestossen. Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass der Arbeitnehmer gehalten ist, den Arbeitgeber zu informieren, wenn ein obligatorischer Dienst ansteht. Dem ist zweifelsohne schon aus praktischen Gründen zuzustimmen. Allerdings führt auch die unterlassene Information nicht dazu, dass der Kündigungsschutz verloren geht, vielmehr verletzt der Arbeitnehmer unter Umständen seine Treuepflicht und kann schadenersatzpflichtig werden. Beispielsweise kann das der Fall sein, wenn dem Arbeitgeber durch unterlassene Information verunmöglicht wird, für einen geeigneten Ersatz des dienstleistenden Arbeitnehmers zu sorgen (H.-P. Egli in Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 1998, Bern 1998, Der zeitliche Kündigungsschutz, S. 122 f. mit weiteren Verweise auf Lehre und Praxis).

Zweifellos nicht schutzbedürftig ist dagegen, wer in Kenntnis der Sperrfristen gemäss Art. 336c OR und in der entsprechenden Absicht einen die Verlängerung herbeiführenden Sachverhalt vorsätzlich herbeiführt. Verschiebt beispielsweise ein Arbeitnehmer nach erhaltener Kündigung den Dienst in die Kündigungsfrist, alleine um in den Genuss des zeitlichen Kündigungsschutzes zu gelangen, so handelt er rechtsmiss-

bräuchlich. Dasselbe gilt, wenn er auf konkrete Frage hin mit demselben Zweck bewusst falsche Angaben über einen bevorstehenden Militärdienst macht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., mit Verweisen auf die Praxis; Staehelin, ZK, N 5 zu Art. 336c OR).»

In der Folge hält das Arbeitsgericht fest, dass es keinen Grund gebe, von der bisherigen Praxis, wonach die Kündigungsfrist ab dem Vertragsende rückwärts zu bestimmen sei, abzuweichen.

«Begann die Kündigungsfrist damit am 1. Januar 2006 zu laufen und endete sie am 31. Januar 2006, so kommt der Kläger in den Genuss des Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR. Das hat zur Folge, dass die Kündigungsfrist vom 23. Januar 2006 an bis vier Wochen nach Beendigung der Dienstleistung, d.h. bis am 8. April 2006, still stand. Unter Berücksichtigung der verbleibenden neun Tage Kündigungsfrist (23. bis 31. Januar 2006) endete die Kündigungsfrist somit am 17. April 2006.

Die gemäss Art. 336c Abs. 3 OR für diesen Fall grundsätzlich vorgeschriebene Verlängerung auf das Monatsende tritt vorliegend dagegen nicht ein. Art. 61.1 GAV bestimmt ausdrücklich, dass die Kündigungsfrist, die gemäss Art. 63.1 unterbrochen wird, nach Ablauf der Sperrfrist bis zum Ende der (aufgeschobenen) Kündigungsfrist weiterläuft, ohne dass eine weitere Verlängerung bis zum nächsten Endtermin stattfindet. Dieselbe Regelung sieht auch Art. 63.2 GAV vor, der wiederholt, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf der Kündigungsfrist endet.

An der dargelegten Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis 17. April 2006 vermöchte schliesslich nichts zu ändern, wenn mit der Beklagten davon ausgegangen würde, der Kläger habe aufgrund eines Erinnerungsschreibens seines Kompaniekommandanten bereits nach seiner Umteilung im April oder spätestens im Oktober 2005 um das Datum des Wiederholungskurses im Frühjahr 2006 gewusst, die Beklagte jedoch erst nach dem 17. Januar 2006 darüber informiert. Das wurde von Hauptmann B. schriftlich immerhin insofern bestätigt, als er der Beklagten auf Anfrage hin mitteilte, dem Kläger am 5. Oktober 2005 ein Erinnerungsschreiben versandt zu haben. Gleichwohl vermag der Umstand, dass der Kläger allenfalls bereits im Oktober 2005 über den Zeitpunkt der Dienstleistung seiner Kompanie informiert war, für sich betrachtet noch nicht dazu führen, dass er des zwingenden Kündigungsschutzes verlustig ginge. Allein der Umstand, dass er sich nicht frühzeitig um die Dienstleistung gekümmert und sie nicht umgehend nach Kenntnis des Termins der Beklagten gemeldet hat, kann für sich alleine noch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellen. Der Kläger hat weder auf konkrete Frage hin eine falsche Auskunft erteilt noch hat er in irgend einer Art vorsätzlich einen die Sperrfrist auslösenden Sachverhalt herbeigeführt. Klarzustellen ist sodann auch, dass der Marschbefehl, mit dem der Kläger definitiv auf den 20. Februar 2006 zum Wiederholungskurs aufgeboten wurde, erst am 27. Dezember 2005 ausgestellt und gemäss eigenen Angaben des Kompaniekommandanten erst am 4. Januar 2006 und damit erst nach der Kündigung versandt worden war. Somit wusste der Kläger erst nach der Kündigung mit Sicherheit, dass und wann er 2006 einen Dienst zu erbringen hatte.

Zu keinem anderen Ergebnis würde führen, sollte der Kläger zusätzlich eine Usanz im Betrieb der Beklagten verletzt haben, wonach Ferien ihrer jeweiligen

Dauer entsprechend vor dem Bezug anzukündigen gewesen seien. Diese Regelung stellt lediglich eine interne Ordnungsvorschrift dar, deren Missachtung nicht zu einem Verlust des gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Kündigungsschutzes führen könnte.

Selbst wenn auf die Sachdarstellung der Beklagten abgestellt würde, müsste sich der Kläger somit im schlimmsten Falle eine Treupflichtverletzung vorwerfen lassen, indem er die Beklagte nicht umgehend, sondern erst am 17. Januar 2006 über den anstehenden Wiederholungskurs informiert hätte. Das alleine könnte jedoch nicht zum Wegfall des Kündigungsschutzes, sondern allenfalls zu einer Schadenersatzpflicht des Klägers führen. Da die Beklagte nicht geltend gemacht hat, ihr sei ein Schaden entstanden und ein solcher auch nicht ersichtlich ist, braucht darauf jedoch nicht weiter eingegangen zu werden.

Zusammengefasst endete das Arbeitsverhältnis somit nicht am 31. Januar 2006, sondern infolge Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR i.V.m. Art. 61.1 und 63.1 GAV erst am 17. April 2006.»

(AGer., AN060391 vom 5. September 2006; das Obergericht bestätigte den Entscheid am 14. Dezember 2006; LA060030).

24. OR 336; Berechnung der Sperrfrist bei Schwangerschaft

Die Niederkunft des Kindes war am 11. August 2004. Am 2. Dezember 2004 kündigte die Beklagte auf Ende Februar 2005. Am 28. Dezember 2004 erlitt die Klägerin einen Unfall und war vom 4. Januar bis 6. Februar 2005 arbeitsunfähig geschrieben. Als sie am 7. Februar 2005 wieder zur Arbeit erschien, wurde sie nach Hause geschickt. Seit ca. 20. Februar 2005 war die Klägerin erneut schwanger; die Niederkunft erfolgte am 2. November 2005. Umstritten ist die Kündigung vom 2. Dezember 2004.

Aus den Erwägungen:

«Die Klägerin macht geltend, die Kündigung vom 2. Dezember 2004 sei nichtig, da sie am letzten Tag der Sperrfrist ausgesprochen worden sei. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die Sperrfrist am 1. Dezember 2004 abgelaufen und die Kündigung demzufolge rechtsgültig sei.

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR besteht der Kündigungsschutz der Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Geburt am 11. August 2004 war. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR bestimmt für Wochenfristen, dass das Ende der Frist auf den Tag der letzten Woche fällt, der durch seinen Namen dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht. Da der sachliche Anwendungsbereich des Art. 77 nicht auf die Erfüllung von Verträgen beschränkt ist, ist diese Vorschrift auch vorliegend anzuwenden. Bei Wochenfristen wird wie bei Tagesfristen der Tag des auslösenden Ereignisses nicht mitgezählt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass für die Berechnung des Fristendes der gleiche Wochentag des fristauslösenden Zeitpunktes beibehalten wird, unter Hinzuzählung der

Anzahl Wochen (R.H. Weber, Berner Kommentar, Art. 68-96 OR, Bern 2005 N 4 ff., und N 22 zu Art. 77 OR). Vorliegend erfolgte die Niederkunft am Mittwoch, 11. August 2005. Demzufolge endet die Sperrfrist 16 Wochen später wieder am Mittwoch, nämlich am 1. Dezember 2004. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die 16 Wochen in Tagen berechnet (=112 Tage). Beginnt man mit der Fristberechnung am Tag nach der Niederkunft (12. August 2004), endet die Frist ebenfalls am 1. Dezember 2004. Folglich fiel die Kündigung vom 2. Dezember 2004 in keine Sperrfrist und ist rechtsgültig erfolgt. ...

Der Arbeitgeber gerät in Gläubigerverzug, wenn er die korrekt angebotene Arbeit nicht annimmt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 324 OR). Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug des Arbeitgebers den Lohn zugute und muss die Arbeitsleistung nicht später nachholen. Anderweitiger bzw. unterlassener Verdienst oder Einsparungen im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR wurden von der Beklagten nicht behauptet. Die Lohnzahlungspflicht der Beklagten besteht damit zufolge Annahmeverzugs ab dem 7. Februar 2005 bis Ende der ordentlichen zweimonatigen Kündigungsfrist. Diese begann am 1. Januar 2005 zu laufen (vgl. BGE 119 II 450 = Pra 84 Nr. 36: Kündigungsfrist beginnt durch Rückrechnung vom Endtermin aus), stand aber ab 4. bis 23. Januar 2005 wegen Unfalls der Klägerin still. Darauf lief die Frist weiter bis am 20. Februar 2005 (Beginn Schwangerschaft). Aufgrund der Schwangerschaft wurde der Lauf der Kündigungsfrist erneut unterbrochen bis 16 Wochen nach der Niederkunft (2. November 2005), mithin bis 22. Februar 2006. Ab 23. Februar 2006 wurde die Kündigungsfrist um die verbleibenden rund 30 Tage fortgesetzt. Durch Verlängerung zum Monatsende war das Arbeitsverhältnis am 31. März 2006 definitiv beendet (vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Abs. 2 und 3). Die Klägerin macht Lohnzahlung bis 1. November 2005 geltend, ab 2. November bezog sie Leistungen aus der Mutterschaftsversicherung. Dementsprechend ist auf den 1. November 2005 abzurechnen.

(AGer., AN050657 vom 11. Juli 2006; siehe auch Entscheid Nr. 11)

25. OR 337; Ungenügende Überprüfung der Arbeitsbewilligung

Die Beklagte machte geltend, sie habe sich beim Vertragsabschluss in einem Grundlagenirrtum befunden, weil sie fälschlicherweise davon ausgegangen sei, die Klägerin verfüge über eine Niederlassungsbewilligung (C-Bewilligung), einen Führerschein, einen Laptop sowie ein eigenes Auto. Unter diesen Umständen sei eine Vermittlertätigkeit gemäss Agenturvertrag in selbständiger Tätigkeit von vornherein gar nicht möglich gewesen.

Aus dem Entscheid:

«Die Beklagte anerkennt jedoch selbst, beim Vertragsabschluss nicht genügend überprüft zu haben, ob die Klägerin die obenerwähnten Voraussetzungen erfüllt habe. Zudem relativiert sie die Wesentlichkeit dieser Voraussetzungen teilweise. Die Klägerin erklärte ihrerseits, sie sei dazu überhaupt nicht gefragt worden.

Im vorliegenden Fall kann nicht von einem wesentlichen Irrtum ausgegangen werden (Grundlagenirrtum). Ein solcher würde zum einen voraussetzen, dass die Beklagte das Vorliegen einer C-Bewilligung, eines Führerscheins, eines Laptops und eines privaten Autos tatsächlich als notwendige Grundlage des Vertrags betrachtete. Darüber hat die Beklagte jedoch zu wenig substantiierte Ausführungen gemacht. In Bezug auf die C-Bewilligung und den Laptop relativierte sie die Wesentlichkeit sogar selbst. Zum anderen hätte die Beklagte den vorgestellten Sachverhalt (C-Bewilligung, Führerschein, Laptop und Auto) nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrags betrachten dürfen müssen. Diese objektive Voraussetzung des Grundlagenirrtums darf aber mit Rücksicht auf das Prinzip der Vertragstreue und die Grundregel von Art. 24 Abs. 2 OR nicht leicht angenommen werden (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, a.a.O., Nr. 785). Auch in Bezug auf diese zweite Voraussetzung, dass für den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag die genannten Bedingungen bei objektiver Betrachtung notwendige Vertragsgrundlage sind, haben wir von der Beklagten wenig gehört. Es ist namentlich nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin, welche die Tätigkeit für die Beklagte nur im Nebenerwerb ausführte, die Kundenbesuche nicht auch mit öffentlichen Verkehrsmitteln hätte machen können. Der fehlende Führerausweis und der nicht vorhandene Privatwagen sind somit nicht als wesentliche Geschäftsgrundlage im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu qualifizieren. Die anderen genannten Gründe (C-Bewilligung und Laptop) wurden – wie bereits erwähnt – von der Beklagten selbst als zweitrangig eingestuft.

Fest steht zudem, dass die Beklagte die irrigen Annahmen ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat. Selbst wenn angenommen würde, dass sie sich bei Vertragsschluss tatsächlich in einem Grundlagenirrtum befand, wäre die Beklagte deshalb gemäss Art. 26 OR zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens (negatives Vertragsinteresse) zu verpflichten, wobei das Gericht auch auf Ersatz des weiteren Schadens (positives Vertragsinteresse) erkennen könnte. Die Beklagte müsste die von der Klägerin aus dem Vertrag geltend gemachten finanziellen Forderungen also dennoch erfüllen.

Die von der Beklagten genannten Auflösungsgründe gelten überdies auch nicht als wichtige Gründe im Sinne von Art. 337 OR, denn die Beklagte hat sie allein zu verantworten. Auch die fehlende Arbeitsbewilligung gilt nicht als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR. Die fristlose Kündigung ist daher ungerechtfertigt. Demzufolge hat die Klägerin Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn der Vertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Da sich die Entschädigung (Provisionen) der Klägerin nach den tatsächlich abgeschlossenen Verträgen richtet, ist hier von den in der Vergangenheit erzielten Durchschnittswerten auszugehen. Es sind daher die Provisionsansprüche (brutto) der Klägerin seit Stellenantritt am 29. Oktober 2004 bis zur fristlosen Kündigung am 11. April 2005 (rund 5 1/2 Monate) zu ermitteln und aufgrund des monatlichen Durchschnittswertes der Schadenersatzanspruch für den Zeitraum bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin, dem 30. September 2005, also für rund 5 2/3 Monate zu berechnen.»

In der Folge sprach das Gericht der Klägerin noch eine Entschädigung von zwei Bruttomonatslöhnen zu.

(AGer., AN050437 vom 2. Mai 2006)

26. OR 337; Familienbetrieb, Scheidung, Entlassung des Ehemannes

Der Kläger war seit 1981 als Geschäftsleiter und Delegierter des VR im vom Schwiegervater gegründeten Betrieb tätig. Die Eheleute befanden sich Scheidungsverfahren, und seit Mai 2003 führte die Ehefrau des Klägers den VR. Das Arbeitsverhältnis wurde im April 2003 ordentlich gekündigt und der Kläger wurde freigestellt. Im Weiteren wurde eine Vereinbarung getroffen, welche die Ansprüche für die Dauer der dreijährigen Kündigungsfrist regelte. Im Juli 2003 wurde der Kläger fristlos entlassen, vor allem mit der Begründung, er habe seine Pflichten massiv vernachlässigt und chaotische Verhältnisse hinterlassen.

Aus dem Entscheid:

«In der Regel ist berufliches Unvermögen kein Grund von genügendem Gewicht für eine fristlose Vertragsauflösung (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 337; Brühwiler, a.a.O., N 2a zu Art. 337; JAR 1989, S. 218 und 226; JAR 1988, S. 304). Eine schlechte Arbeitsleistung kann nach Lehre und Rechtsprechung höchstens bei Vorsatz oder bei vollständigem beruflichem Versagen ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung sein. Erbringt der Arbeitnehmer nicht absichtlich, aber grobfahrlässig eine sehr mangelhafte Leistung, ist eine fristlose Entlassung nur zulässig, wenn sich das Fehlverhalten trotz Abmahnung wiederholt (W. Portmann, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, Nr. 1183; Bundesgerichtsurteil 4C.329/1998 vom 23. Dezember 1998 = JAR 1999, S. 271 ff.).

Der Kläger arbeitete seit über 20 Jahren für die Beklagte. Ein vollständiges berufliches Versagen während dieser ganzen Zeitspanne kann ausgeschlossen werden. Die Beklagte stellt sich zwar auf den Standpunkt, die mangelhafte Geschäftsführung des Klägers im operativen Bereich sei in der Vergangenheit nicht offenkundig geworden, weil es der Beklagten dank grossem Wertschriftenertrag und mangels Kapitalkosten recht gut ging. Ein vollständiges berufliches Versagen, das über 20 Jahre unentdeckt blieb, ist trotzdem nicht glaubhaft. Dass sich die Arbeitsleistung in den letzten Monaten oder Jahren dramatisch verschlechtert habe, macht die Beklagte nicht geltend. Es gibt auch keine Abmahnungen betreffend mangelhafter Arbeitsleistung. Vielmehr hält die Beklagte dem Kläger, der diesen Vorwurf bestreitet, im Wesentlichen vor, das Unternehmen mit einer völlig veralteten Arbeitsweise ohne aktuelle betriebswirtschaftliche Werkzeuge geführt zu haben: Gefehlt hätten namentlich Zielsetzungen, ein Qualifikationssystem für Mitarbeiter, ein Marketingkonzept, ein Leitbild, eine Strategie, Kalkulationsunterlagen und Ausnutzungsabrechnungen über Fahrzeuge, Renditeberechnungen, ein Budget und ein Investitionsplan. Der Kläger sei nicht einmal in der Lage gewesen, einen PC zu bedienen und die EDV zu nutzen. Das Fehlen solcher Führungsinstru-

mente habe letztlich dazu geführt, dass der Kläger auch nicht auf den Umsatzeinbruch und die schlechte wirtschaftliche Lage bei der Beklagten habe reagieren können.

Der Kläger war, wie erwähnt, seit über 20 Jahren Geschäftsführer der Beklagten. Eine grundlegende Änderung in der Arbeitsweise behauptet die Beklagte nicht. Da der Kläger und seine Ehefrau, die nach eigenen Angaben für die Finanzbuchhaltung, die Administration, also das «Backoffice», zuständig war, relativ eng zusammenarbeiteten, war der Beklagten die Art und Weise, wie der Kläger seinen Aufgaben nachkam, jederzeit transparent. Weshalb seine Arbeitsleistung nun auf einmal Anlass zu einer fristlosen Entlassung geben soll, wird daher nicht klar. Die einzige dem Gericht bekannte Änderung, die sich im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ergab, waren die Eheprobleme zwischen den Eheleuten, die Auflösung des Arbeitsvertrags und die sofortige Freistellung des Klägers. Die sehr lange vertragliche Kündigungsfrist von drei Jahren auf Ende eines Kalenderjahres und die Stellung der Klägers als Geschäftsführer und Delegierter des Verwaltungsrates vermögen an dieser Einschätzung nichts mehr zu ändern.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Beklagten gegenüber dem Kläger formulierten Vorwürfe nicht genügen, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Für eine fristlose Kündigung fehlt namentlich ein konkreter Anlass. Es wurde insbesondere keine grundlegende Änderung in der Arbeitsleistung des Klägers im Verlaufe seiner über 20-jährigen Tätigkeit bei der Beklagten dargelegt. Hinzu kommt, dass die den Vorwürfen zugrundeliegenden Umstände mindestens teilweise schon im Zeitpunkt der Vereinbarung der Parteien vom 16. April 2003 bekannt gewesen sein mussten. Was in der Zeit zwischen dem 16. April 2003 und der fristlosen Entlassung vom 25. Juli 2003 genau neu war oder vorher nicht entdeckt werden konnte, substantiierte die Beklagte nicht. Auch aus diesem Grund erweist sich die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt und jedenfalls auch verspätet.»

Das Gericht sprach dem Kläger die geltend gemachten Löhne von Juni 2003 bis August 2004 und anstelle der vier geltend gemachten drei Monatslöhne als Pönalentschädigung zu.

(AGer., AN040872 vom 13. Dezember 2006; eine Berufung ist noch hängig.)

27. OR 341; Nachträgliche Saldoklausel: Verzicht auf Ferienlohn?

Die Parteien schlossen rund drei Monate nach dem Austritt eine Saldovereinbarung ab. Monate später wurde der Kläger durch einen Zeitungsartikel auf einen Bundesgerichtsentscheid aufmerksam, wonach auch ein im Stundenlohn beschäftigter Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Ferien habe.

Aus dem Entscheid:

«Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung heisst das, dass der Arbeitnehmer während der Ferien hinsichtlich seines

Lohns nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 129 III 493; BK-Rehbinder, N 1 zu Art. 329d OR; ZK-Staehelin, N 1 zu Art. 329d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 329d OR). Diese Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR).

Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen. Allerdings ist bei bestimmten Arbeitsverhältnissen ein Einschluss des Feriengeldes im Lohn gestattet. Das ist indessen nur möglich, wenn verschiedene Voraussetzungen vorliegen: Es muss sich um ein sehr unregelmässiges Teilzeitarbeitsverhältnis handeln und der Ferienlohn muss im Arbeitsvertrag in Franken oder in Prozenten ausgeschieden werden. Die blossе Vereinbarung bei Vertragsschluss, das Ferientgelt sei im Lohn inbegriffen, genügt den Anforderungen nicht. Schliesslich muss der Ferienlohn auf jeder Lohnabrechnung in Franken oder Prozenten ausgeschieden und vom Normallohn abgegrenzt werden.

Es versteht sich von selbst, dass vorliegend keine dieser Voraussetzungen zutrifft, was auch die Beklagte nicht ernsthaft behaupten will. Deshalb hat die Beklagte dem Kläger den Ferienlohn grundsätzlich nachzuzahlen.

Die von der Beklagten gegen ihre Zahlungspflicht angeführte Saldoklausel unterliegt tatsächlich nicht den Einschränkungen von Art. 341 Abs. 1 OR, da sie zeitlich nicht mehr in die Sperrfrist von einem Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällt. Der Kläger dürfte somit selbst auf den zwingenden Anspruch des Ferienlohns verzichten.

Das Bundesgericht musste sich in dem vom Kläger gegenüber seinem Arbeitgeber ins Feld geführten Entscheid 4C.72/2003 vom 25. Juni 2003 nicht nur mit der Ferienabgeltung befassen, sondern auch genau mit dem Problem einer späteren Saldoklausel. Interessanterweise sind diese höchstrichterlichen Überlegungen unter den Erwägungen in Ziff. 4 des Urteils zu finden, welche keinen Eingang in die Entscheidpublikation in BGE 129 III 493 ff. fanden. Es ist daher auf den Originalentscheid zurückzugreifen.

Das Bundesgericht hielt in dem zitierten Urteil fest, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien die mit einer Saldoklausel zum Ausdruck gebrachten Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip einschränkend auszulegen (vgl. BGE 127 III 444; 109 II 327; 102 III 40). Eine Saldoquittung befreie den Schuldner nur von Ansprüchen, von denen der Gläubiger Kenntnis hatte oder deren Erwerb er zumindest für möglich hielt (BGE 102 III 40; 100 II 42). Ein Verzicht ist somit nur auf solche Rechte zulässig, deren Entstehung der Arbeitnehmer als für möglich erachtet (BK-Rehbinder, N 1 zu Art. 341 OR).

Dem Kläger war nun am 21. Mai 2004, im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Saldoklausel, der Anspruch auf Ferienentschädigung nicht bekannt. Er war der Auffassung, Arbeitnehmer, welche im Stundenlohn beschäftigt seien, hätten keinen Anspruch auf bezahlte Ferien. Er erfuhr erst Monate später aus der Zeitung von einem entsprechenden Recht.

Bei dieser Sachlage konnte der Kläger in der von der Beklagten angerufenen Saldoklausel noch gar nicht auf seine Ferienlohnansprüche verzichten, weil er nichts von deren Existenz wusste. Die Saldoklausel erweist sich somit hinsichtlich des eingeklagten Ferienanspruchs als unbeachtlich.»

(AGer., AN051072 vom 31. Januar 2006; vom Obergericht am 10. Mai 2006 bestätigt; auf eine Nichtigkeitsbeschwerde trat das Kassationsgericht am 14. Dezember 2006 nicht ein; AA060089; eine Berufung am Bundesgericht ist noch hängig.)

28. GLG 5; Sexuelle Belästigung eines Lehrlings durch die Vorgesetzte

Nach Darstellung der Beklagten war der Klägerin – nachdem ihr sexuelle Belästigungen vorgeworfen wurden – angeboten worden, für die Dauer der Kündigungsfrist in einer anderen Filiale zu arbeiten. Da sie das ablehnte wurde sie fristlos entlassen.

Aus dem Entscheid:

«Nach Durchführung des Beweisverfahrens muss als klar erstellt betrachtet werden, dass das Verhältnis Klägerin – Lehrling weit über das hinausging, was zwischen einer Geschäftsführerin einer Verkaufsfiliale und einem Lehrling normal ist. Das ist selbst dann so, wenn berücksichtigt wird, dass der Lehrling zu jenem Zeitpunkt bereits 19 Jahre alt und mündig war. Ein Lehrling steht noch in der Ausbildung und unter dem Druck, die Lehre erfolgreich abzuschliessen. Deshalb ist er von seinem Arbeitgeber stärker abhängig als der ausgelernte Arbeitnehmer mit einem normalen Arbeitsvertrag. Das gilt auch für volljährige Lehrlinge. Es kommt dazu, dass der Lehrling trotz seines Alters von 21 Jahren an der Zeugeneinvernahme dem Gericht von seinem Äussern her einen viel jüngeren, ja geradezu knabenhaften Eindruck machte.

Das Resultat des Beweisverfahrens verbietet es anzunehmen, alle Aussagen seien ein Konstrukt, ein Komplott der übrigen, teilweise ehemaligen Mitarbeiterinnen der Filiale gegen die Klägerin. Dafür sind die verschiedenen Darstellungen der Zeugenaussagen zu unterschiedlich, zu sehr divergierend. Sie weisen keinerlei Merkmale auf, die abgesprochenen Aussagen eigen sind. Es liegen keine Hinweise vor, weshalb die Klägerin vom Lehrling und den andern Mitarbeiterinnen hätte wahrheitswidrig beschuldigt werden sollen.

Es kommt dazu, dass die Klägerin gewisse Vorfälle zugab, die ja bereits über das «Normale» in einem Verhältnis Vorgesetzte – Lehrling hinaus gehen. Zwei solche SMS, wie sie die Klägerin gesandt hat, dürfen einem Lehrling nicht geschrieben werden und sind als sexuelle Belästigung zu werten. Es trifft nicht zu, dass es sich dabei um einen von «jeglichen persönlichen Assoziationen zum Lehrling losgelösten Witz» handelt, weil er ja per SMS an diesen persönlich gesandt worden ist.

Gleichermassen geziemt es sich nicht, ein – wenn auch relativ harmloses – Bild urinierender Personen aufzuhängen und den Knaben mit dem Namen des Lehrlings zu bezeichnen. Wenn das Lehrlinge untereinander gemacht hätten, dann würde man darüber hinweg sehen. Doch für die Klägerin, immerhin als Filialeiterin und damit als Respektperson und in dem Betrieb die oberste Angestellte vor Ort, war das ein völlig unpassendes Handeln, das geeignet war, die Persönlichkeitssphäre des Lehrlings zu verletzen, selbst wenn es nicht die Qualifikation einer sexuellen Belästigung erreichen sollte. Stattdessen wirft die Klägerin dem Lehrling vor, er hätte das Bild ja wieder abhängen können, wenn es ihn gestört hätte.

Auch in der Stellungnahme zum Beweisergebnis beruft sich die Klägerin wiederum auf die «lockere» Atmosphäre. Sowohl die Mitarbeiterinnen als auch die Kundenschaft würden sich in der Altersklasse 17 bis 25 Jahre bewegen, wo man über «einen andern Wortschatz verfüge und sich anders ausdrücke». Selbst wenn am Arbeitsplatz eine andere Sprache gesprochen wird als in einer Anwaltskanzlei, ist dieser Umstand nicht geeignet, die Grenzen sexueller Belästigung zu verschieben. Das Gericht befragte alle Mitarbeiterinnen der Klägerin und erhielt überhaupt nicht den Eindruck von besonders libidinösen Frauen.

Es ist der Klägerin beizupflichten, dass bloss die von ihr zugegebenen Handlungen zwar tadelnswert und unangebracht sind, aber nicht die Intensität erreichen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen würden. Dafür hätte sie jedenfalls vorgängig verwahrt werden müssen. Gleichwohl stellen sie ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass die Darstellung des Lehrlings, welche von den übrigen Mitarbeiterinnen grosso modo, wenn auch nur in Teilen bestätigt worden ist, eben nicht frei erfunden und aus den Fingern gesogen worden ist.

Es ist der Klägerin – selbst wenn sie es in Abrede stellt – zu Gute zu halten, dass sie eine gewissen Sympathie für den Lehrling hegte und er sie vermutlich in erotischer und sexueller Hinsicht anzog. Gleichwohl hätte sie sich als Vorgesetzte eines Lehrlings viel distanzierter und reservierter verhalten müssen, insbesondere als sie merkte, dass dieser nicht die gleichen Gefühle hatte und ihm die – zurückhaltend ausgedrückt – Anhänglichkeiten der Klägerin nicht passten, sondern störten.

Somit kann vorerst festgehalten werden, dass es als erstellt betrachtet werden muss, dass die Klägerin den Lehrling in mehr als einem Fall sexuell belästigt hat.»

«Gestützt auf die ihr obliegende Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 1 und 345 OR durfte die Beklagte die Handlungsweise der Klägerin nicht einfach hinnehmen. Sie besitzt die Pflicht, ihre Mitarbeitenden, insbesondere junge Lehrlinge vor solchen Belästigungen, Angriffen und Verletzungen der Persönlichkeit zu schützen.

Der Umstand, dass die Beklagte vorerst versuchte, die Klägerin zum Wechsel in eine andere Filiale zu bewegen, spricht nicht gegen die Unzumutbarkeit, das Arbeitsverhältnis fortzuführen. Das Arbeitsverhältnis beinhaltete die Tätigkeit als Filialleiterin im X. in Y. Und als solche war die Klägerin für die Beklagte nicht mehr zumutbar. Der Einsatz in einer anderen Filiale hätte ein neues Arbeitsverhältnis bedingt. Die Beklagte konnte davon ausgehen, durch ihre Intervention und durch einen Wechsel zu einer anderen Belegschaft würde die Klägerin sich ändern und keine sexuellen Belästigungen mehr begehen. Das spricht nicht dagegen, dass die Klägerin in Y., wo sie weiterhin mit dem Lehrling hätte zusammenarbeiten müssen, nicht mehr tragbar gewesen ist. Und damit war folgerichtig auch das Weiterführen des Arbeitsverhältnisses unzumutbar.

Die sexuellen Belästigungen der Klägerin gegenüber dem Lehrling erweisen sich als wichtige Gründe im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR, welche die Beklagte zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 8. Oktober 2004 berechtigt haben.»

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

29. ZPO 129; Schulungstage sind kein genügender Verschiebungsgrund

Die Parteien wurden unter Androhung von Säumnisfolgen zur Hauptverhandlung auf den 18. September 2005 vorgeladen.

Aus dem Entscheid:

«Beide Parteien haben ihre Vorladung abgeholt. Mit Faxschreiben vom 18. September 2006, welches dem Arbeitsgericht Zürich um 10.52 Uhr übermittelt wurde, ersuchte die Beklagte mit der Begründung um Verschiebung der Hauptverhandlung, dass X., Geschäftsführer der Beklagten, einen dringenden und nicht verschiebbaren Schulungstermin in Deutschland habe. Dieses Verschiebungsgesuch wurde per Faxschreiben, welches am 18. September 2006 um 12.27 Uhr versandt wurde, aus folgenden Gründen abgewiesen: Gemäss § 195 Abs. 1 GVG wird die Verschiebung einer Verhandlung nur aus zureichenden Gründen bewilligt (vgl. auch Ziff. 1 der Wichtigen Hinweise in der Vorladung vom 8. August 2006. Berufliche Inanspruchnahme, wie das Wahrnehmen eines Schulungstermins, bildet insbesondere dort keinen zureichenden Grund für die Verschiebung einer Verhandlung (ZR 95 [1996] Nr. 71), wo die beruflich in Anspruch genommene Person nicht selbst Partei ist, sondern die Aktiengesellschaft, welche durch sie vertreten werden sollte. Selbst wenn X. die einzige Person der Beklagten mit Einzelunterschrift gewesen wäre, so hätte somit kein zureichender Grund für die Verschiebung der Hauptverhandlung vorgelegen. Nun geht aber aus dem Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich gerade hervor, dass dies nicht der Fall ist. Die Beklagte hätte zudem ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, eine adäquate Vertretung zu bestellen und zu instruieren und allenfalls einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin mit der Wahrung ihrer Interessen im Prozess zu beauftragen (ZR 100 [2001] Nr. 66). Da überdies die einmal vom Gericht erlassene Vorladung mit den darin enthaltenen Zeitangaben so lange gültig bleibt, als sie vom Gericht nicht ausdrücklich widerrufen worden ist (ZR 95 [1996] Nr. 71) und sich die Beklagte damit auch nicht darauf berufen könnte, sie hätte die Abweisung des Verschiebungsgesuchs zu spät erhalten, ist davon auszugehen, dass für die Beklagte unentschuldigt niemand zur Hauptverhandlung vom 18. September 2006 erschienen ist. Infolgedessen ist androhungsgemäss Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe sowie Verzicht auf Einreden anzunehmen, weshalb ohne Beweiserhebung von der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin auszugehen ist, soweit diese keine ernsthaften Zweifel hervorruft (§ 131 Abs. 1 ZPO).»

(AGer., AN060648 vom 29. September 2006)

30. GVG 13; Arbeitsgericht ist für Sozialversicherungsbeiträge nicht zuständig

Die Klägerin verlangte den Nachweis des Beklagten, dass die AHV- und BVG-Beiträge korrekt abgeführt wurden.

Aus dem Entscheid:

«Der Sache nach fordert die Klägerin damit zweierlei: einerseits den Nachweis, dass überhaupt Beträge abgeführt und andererseits, dass die Beträge in korrekter Höhe abgeführt worden sind.

Nachdem der Klägerin die zuständige Vorsorgeeinrichtung (Stiftung Auffangeinrichtung BVG) bekannt ist, kann sie die erbetenen Auskünfte selbst direkt bei den Sozialversicherungsinstituten einholen (Anfrage nach der Höhe der effektiv abgelieferten Sozialversicherungsbeiträge). Insoweit fehlt ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der vom Beklagten geforderten Auskunft.

Gemäss § 13 Abs. 1 GVG entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die sachliche Zuständigkeit überprüft das Arbeitsgericht von Amtes wegen (§ 108 ZPO).

Die Überprüfung, ob der Arbeitgeber die AHV- und BVG-Beiträge in korrekter Höhe abgeführt hat, obliegt vorab der Klägerin selbst. Bei der Bereinigung allfälliger Differenzen handelt es sich nicht um eine Streitigkeit im voraufgeführten Sinne. Der Klägerin stehen hierzu vielmehr besonders geregelte Verfahren zur Verfügung (AHV: Verwaltungsverfahren, BVG: Sozialversicherungsgericht). Insoweit ist das Arbeitsgericht Zürich nicht zuständig. Auf das Begehren ist daher mangels Rechtsschutzinteresse bzw. sachlicher Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes nicht einzutreten.»

(AGer., AN060708 vom 10. November 2006)

31. GVG 13; Zuständigkeit für Verletzung der Treuepflicht nach Aktienrecht?

Aus dem Entscheid:

«In den Rechtsbegehren 3 und 4 beantragte die Beklagte, es sei dem Kläger im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu verbieten, bei der X. AG tätig zu sein und dieser Informationen über Kunden und weitere Geschäftsgeheimnisse zukommen zu lassen.

Gemäss § 13 GVG entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung nicht gegeben, da Arbeitgeber des Klägers die deutsche Muttergesellschaft der Beklagten war. Die Beklagte ist allerdings hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Forderungen deren Rechtsnachfolgerin, weil letztere sämtliche arbeitsrechtlichen Forderungen an die Beklagte zediert hat. Liegt eine solche Zession vor und handelt es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, werden einerseits die arbeitsrechtlichen Verfahrensvorschriften gemäss Art. 343 OR weiter angewandt (ZK-Staehelin, N 11 zu Art. 343 OR mit weiteren Verweisen) und andererseits bleibt die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit erhalten (Hauser/Schweri, GVG, N 12 zu § 13 GVG).

Im Falle der Widerklagerechtsbegehren 3 und 4 der Beklagten handelt es sich im Unterschied zu den Forderungen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 nicht um von der Muttergesellschaft zedierete Forderungen sondern um solche der Beklagten sui

generis, denn der Kläger war bei ihr Verwaltungsrat und nicht bei der deutschen Muttergesellschaft. Da die Beklagte indessen nicht die Arbeitgeberin war, fehlt es an einer Voraussetzung der Zuständigkeit gemäss § 13 GVG.

Es handelt sich im Weiteren auch nicht um eine arbeitsrechtliche Forderung, denn der Kläger und die Muttergesellschaft haben nie ein Konkurrenzverbot vereinbart. Die Beklagte stützt den Antrag auf vorsorgliche Massnahmen auf die Verletzung der nachwirkenden Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR.

Ob eine nachwirkende Treuepflicht eines Verwaltungsrates gegeben ist und ob diese erlaubt, einem ehemaligen Verwaltungsrat eine konkurrenzierende Tätigkeit zu verbieten, ist zwischen den Parteien umstritten, braucht aber hier nicht abgeklärt zu werden. Denn es liegt dem vorsorglichen Massnahmebegehren gar keine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis zugrunde. Das Arbeitsgericht ist indessen nur zuständig für vorsorgliche Massnahmen aus dem Arbeitsverhältnis (Hauser/Schweri, N 10 zu § 13 GVG), weshalb auf diese nicht einzutreten ist.»

(AGer., AN060470 vom 30. November 2006; eine Berufung ist noch hängig; siehe auch Entscheid Nr. 1.)

32. GVG 199; Wiederherstellungsgesuch nach Säumnis

Die Vorladung mit Säumnisfolgen konnte der Beklagten zugestellt werden. Sie erschien aber nicht zur Verhandlung. Nach Zustellung des Urteils ersuchte sie das Gericht um Wiederherstellung, da sie im Zeitpunkt der Verhandlung handlungsunfähig gewesen sei, da kein Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen gewesen sei und sie daher nicht an der Verhandlung teilnehmen können

Aus den Erwägungen:

«Wie oben erwähnt, hätte es der Beklagten obliegen, einen handlungsfähigen Vertreter zu bestellen, jedenfalls aber zumindest die bevorstehende Handlungsunfähigkeit anzuzeigen, indem der ausscheidende Verwaltungsrat sein Ausscheiden auch dem Gericht anzuzeigen gehabt hätte. Es liegt damit ein Fall von Verschulden vor, wobei zwischen leichtem und groben Verschulden unterschieden wird (Hauser/Schweri, a.a.O., N 29 ff. zu § 199 GVG).

Wird eine Sorgfaltspflicht verletzt, deren Beachtung unter den angegebenen Umständen einem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten ist, dann liegt in der Regel grobes Verschulden vor (Hauser/Schweri, a.a.O., N 48 f. zu § 199 GVG).

Einer Aktiengesellschaft obliegt die Verpflichtung, ihre Organe korrekt zu bestellen. Die Beklagte muss sich vorhalten lassen, dass sie in einem Zeitpunkt, in dem der Verwaltungsrat noch existent war, eine Vorladung samt Klageformular für eine Gerichtsverhandlung erhielt, in welcher von klägerischer Seite ein Betrag von zumindest Fr. 16'000.– brutto verlangt wurde. Die Klage, die Klagehöhe wie auch die Säumnisfolgen gemäss § 129 ZPO waren der Beklagten mit der Zustellung der Gerichtsurkunde mithin bekannt. Die Beklagte musste auch wissen, dass nur ein Verwaltungs-

ratsmitglied oder eine eigens zur Handlung für die Beklagte bevollmächtigte Person sie vor Gericht vertreten konnte. Dennoch unternahm sie keine Bemühen, mindestens für diese eine Gerichtsverhandlung einen Vertreter für die Beklagte zu bestellen, auch nicht, als ihr bewusst wurde, dass eine Handlungsunfähigkeit der Beklagten wegen des fehlenden Verwaltungsrates drohe. Ebenso wurde es (von ihrem damaligen Verwaltungsrat, X.) unterlassen, dem Gericht mitzuteilen, dass eine Handlungsunfähigkeit der Beklagten drohe und deshalb eine Verschiebung der Verhandlung zu beantragen. Die Beklagte konnte nicht einfach passiv bleiben, nicht reagieren und sich im Nachhinein auf die Handlungsunfähigkeit berufen, um eine Wiederholung der Hauptverhandlung zu beantragen.

Dieses Unterlassen muss als grobes Verschulden der Beklagten qualifiziert werden, wäre es doch einem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten gewesen, für eine Verhandlung, bei welcher von klägerische Seite Fr. 16'000.– im Raum gestanden sind, einen Vertreter zu bestellen oder zumindest (noch) die Verschiebung der Gerichtsverhandlung zu beantragen.

Das Wiedererwägungsgesuch um Wiederherstellung der Tagfahrt vom 10. Oktober 2006 gemäss § 199 in Verbindung mit § 200 GVG ist aufgrund groben Verschuldens der Beklagten abzuweisen.

Die Beklagte ist demzufolge unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen, weshalb androhungsgemäss zu verfahren ist.»

(AGer., AN060703 vom 10. Oktober 2006)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2005:

Zu Nr. 5./13.:

Dieser Fall ist noch am Bundesgericht hängig.

Zu Nr. 6.:

Vor Obergericht durch Vergleich erledigt am 28. August 2006; LA050038

Zu Nr. 11./12. und 16.:

Diese Fälle sind noch beim Obergericht hängig.

Zu Nr. 18.:

Bestätigung durch das Obergericht am 19. Januar 2006; LA050017;
Kassationsgericht: Nichteintreten/Abweisung am 5. Oktober 2006; AA060027;
Bundesgericht: Abweisung der Berufung am 22. Dezember 2006; 4C.73/2006

Zu Nr. 23.:

Rückweisung am 21. September 2006; LA050025;
Gemäss OGER wurden die Kündigungen rechtzeitig ausgesprochen, da sie sich auf
in die Zukunft gerichtete Vertragsänderungen bezogen.

Zu Nr. 25.:

Bestätigung am 29. Mai 2006; LA050069; wobei die Pönalentschädigung von
Fr. 3'600.– auf Fr. 2'000.– reduziert wurde.

Zu Nr. 27.:

Bestätigung am 28. Juni 2006; LA050067; wobei das OGER festhält, die Kopien
müssten dem Kläger per Post geschickt oder überbracht werden, da es sich um eine
Bringschuld handle.

Zu Nr. 29.:

Vom Obergericht bestätigt am 21. März 2006; LA060003.

In der Publikation 2004:

Zu Nr. 26.:

Bestätigung durch das Obergericht mit Beschluss vom 22. August 2006; LA040047.

III. DIE WIDERKLAGE IM ARBEITSRECHTLICHEN VERFAHREN – PRAXIS DES ARBEITSGERICHTS ZÜRICH¹

von: juristische Sekretärin lic. iur. Louise Blanc und juristischer Sekretär
lic. iur. Stephen Ammann²

1	Allgemeines	53
2	Gerichtskosten, Prozessentschädigung und Streitwert	53
2.1	Streitwert	53
2.2	Gerichtskosten	54
2.3	Prozessentschädigung	54
3	Widerklage und sachliche Zuständigkeit	55
4	Widerklage und Rechtsmittel	57
5	Widerklage und örtliche Zuständigkeit	58
6	Anhang: Tabellarische Zusammenfassung	59

¹ Der vorliegende Aufsatz entstand im Zusammenhang mit einem Vortrag der Autorin, gehalten an der Arbeitsgerichtskonferenz vom 1. Februar 2007.

² Juristische Sekretäre am Arbeitsgericht Zürich.

1 Allgemeines

Eine Widerklage stellt im Gegensatz zu einer Verrechnungseinrede eine selbständige Klage der beklagten Partei dar. Sie wird anstelle einer eigenständigen Klage in einem bereits eingeleiteten Verfahren erhoben. Grundsätzlich ist die Widerklage gemäss § 60 ZPO nur dann zulässig, wenn das Gericht, welches die Hauptklage zu beurteilen hat, auch für den Gegenanspruch sachlich zuständig und für dessen Beurteilung die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist. Ist beispielsweise eine Hauptklage im einfachen und raschen Verfahren zu behandeln, die Widerklage hingegen im ordentlichen Verfahren, ist auf die Widerklage grundsätzlich nicht einzutreten.

Gemäss § 60 Abs. 3 ZPO kann das Gericht die Widerklage sodann abtrennen, wenn dadurch das Verfahren gefördert wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Hauptklage einfach gelagert ist und der Widerklage ein tatsächlich oder rechtlich komplizierter Sachverhalt zugrunde liegt.³ Das Gericht hat bei der Abtrennung aber dafür zu sorgen, dass dem Widerkläger das Recht zur Verrechnung mit seiner Gegenforderung gewahrt bleibt.

2 Gerichtskosten, Prozessentschädigung und Streitwert

2.1 Streitwert

Gemäss § 19 Abs. 2 ZPO ist der Streitwert von Haupt- und Widerklage zusammenzurechnen, ausser Klage- und Widerklagebegehren würden sich ausschliessen, d. h. wenn die Gutheissung der einen Klage zwangsläufig zur Abweisung der anderen führen würde. Im Arbeitsrecht ist insbesondere § 19 Abs. 3 ZPO relevant: In Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, aus der Arbeitsvermittlung und dem Personalverleih bemisst sich der Streitwert nach der eingeklagten Forderung ohne Rücksicht auf das Widerklagebegehren, sofern die eingeklagte Forderung den bundesrechtlich für das einfache und rasche Verfahren vorgeschriebenen Höchststreitwert nicht übersteigt, d. h. gemäss Art. 343 Abs. 2 OR zur Zeit Fr. 30'000.–. Sinn und Zweck ist dabei, dass die Hauptklage des Klägers, die im einfachen und raschen Verfahren zu behandeln ist, durch das Erheben einer Widerklage nicht einfach über die vom Bundesrecht für das einfache und rasche Verfahren vorgeschriebene Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– erhöht werden kann und somit ins ordentliche Verfahren rutscht⁴. Beträgt der Streitwert der Hauptklage aber mehr als Fr. 30'000.–, ist nach der allgemeinen Regelung nach § 19 Abs. 2 ZPO zu verfahren.

³ Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, N 21 zu § 60; AGer ZH, AN060470 vom 30. November 2006; AGer ZH, AN0000475 vom 8. Juni 2001, bestätigt vom OGer mit Beschluss vom 16. Juli 2002 (LS010010) und 29. August 2002 (LA010025).

⁴ Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, N 6 zu Art. 343 OR; BGE 115 II 366 S. 370; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 6 zu Art. 343 OR.

2.2 Gerichtskosten

Zunächst soll darauf eingegangen werden, wie sich die Gerichtskosten bemessen, wenn die Hauptklage im einfachen und raschen Verfahren zu behandeln ist. Gemäss Art. 343 Abs. 2 OR ist im einfachen und raschen Verfahren nur der Streitwert der Hauptklage massgebend, d. h. es erfolgt keine Zusammenrechnung mit der Widerklage. Ist eine Widerklage erhoben worden, so ist unabhängig von der Hauptklage zu entscheiden, ob Erstere unter Art. 343 OR zu subsumieren ist oder nicht. Dabei kann die Widerklage – aber nur diese – kostenpflichtig werden, wenn ihr Streitwert über Fr. 30'000.– zu liegen kommt⁵.

Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar: Wenn der Streitwert der Hauptklage mehr als Fr. 30'000.– beträgt, die Widerklage aber weniger, dann fallen nur für die Hauptklage Kosten an⁶.

2.3 Prozessentschädigung

Hier herrscht zwischen dem Arbeitsgericht Zürich wie auch der Lehre und Rechtsprechung wohl grundsätzlich Einigkeit darüber, dass für die Berechnung der Prozessentschädigung vom Gesamtstreitwert von Haupt- und Widerklage auszugehen ist⁷, und zwar auch wenn sie sich gegenseitig ausschliessen.⁸

Das Obergericht⁹ begründete, dass Art. 343 OR ein einfaches und rasches als auch kostenloses Verfahren vorsehe. Dabei bemesse sich der Streitwert nach der eingeklagten Forderung ohne Rücksicht auf das Widerklagebegehren. Da sich aber die arbeitsrechtliche Kostenlosigkeit anerkanntermassen nicht auf die Parteientschädigung beziehe, liege die Regelung der Entschädigungsfrage bei den Kantonen. Die Parteientschädigung richte sich dabei im Kanton Zürich bei anwaltlicher Vertretung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren und damit nach dem Streitwert. Wie dieser aber zu berechnen ist, ist der Verordnung nicht zu entnehmen, weshalb von den Bestimmungen der ZPO auszugehen ist.

Es stellt sich die Frage, ob § 19 Abs. 3 ZPO auch für die Berechnung der Umtriebsentschädigung massgebend ist. Aus den Begründungen zur Einführung des Abs. 3 von § 19 ZPO ergibt sich eindeutig, dass es bei diesem Absatz lediglich darum ging, Widersprüche im Bundesrecht zu beseitigen. § 19 Abs. 3 ZPO sollte also verhindern, dass ein Kläger wegen einer hohen Widerklage um das grundsätzlich kostenlose Verfahren gebracht werde. Das Bundesrecht verlangt aber nicht, dass im arbeitsrechtlichen Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden. § 19 Abs. 3 ZPO

⁵ AGer ZH, AN960167 vom 17. Dezember 1997.

⁶ AGer ZH, AN930012 vom 20. Dezember 1994; AGer ZH, AN040099 vom 22. Dezember 2006.

⁷ AGer ZH, AN040099 vom 22. Dezember 2006; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 68; Brühwiler, a.a.O. N 9 zu Art. 343 OR; BGE 115 II 30 S. 42; BGE 98 Ia 561 S. 568.

⁸ AGer ZH, AN020995 vom 26. April 2005, bestätigt vom OGer mit Beschluss vom 18. Juli 2005 (LA050032, vereinigt mit LS050005).

⁹ ZR 91/92 Nr. 85 = JAR 1994 S. 313.

schliesst die Zusprechung einer Prozessentschädigung für die Widerklage somit nicht aus.

3 Widerklage und sachliche Zuständigkeit

Ob im einfachen und raschen Verfahren zu verhandeln ist oder nicht, ergibt sich somit alleine aufgrund des Streitwerts der Hauptklage ohne Berücksichtigung der Widerklage. Die sachliche Zuständigkeit ist damit aber noch nicht geklärt. Denn auch wenn zwar klar ist, dass das einfache und rasche Verfahren zur Anwendung kommt, kann sich die Frage stellen, ob vor Einzelrichter oder Kollegialbehörde zu verhandeln ist.

3.1 Liegen Haupt- und Widerklage für sich alleine je unter Fr. 20'000.–, zusammengerechnet ergäbe sich aber ein Streitwert zwischen Fr. 20'000.– und Fr. 30'000.–, so sind verschiedene Lösungen denkbar: Einerseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, die Widerklage habe gemäss Art. 19 Abs. 3 ZPO – und wie es Art. 343 Abs. 2 OR antönt – keinen Einfluss auf den Streitwert des Verfahrens, weshalb der Einzelrichter weiterhin den Prozess führen kann.

Andererseits besteht der eigentliche Grund, weshalb man die Streitwerte nicht zusammenrechnet, darin, dass man mit Widerklagen nicht dem einfachen und raschen Verfahren ausweichen soll. Wenn beim Zusammenrechnen der Streitwert immer noch unter Fr. 30'000.– zu liegen kommt, ist das einfache und rasche Verfahren nicht gefährdet. Für die Qualifizierung, welche Gerichtsbesetzung anwesend sein soll, kann somit auf den gesamten im Streit liegenden Betrag abgestellt werden, weshalb man sich dann in der Zuständigkeit des Kollegialgerichts befindet und der Einzelrichter die Verhandlung abzubrechen hat. Der Nachteil dabei ist, dass ein zweites Mal zur Hauptverhandlung vorgeladen werden muss.

Frank/Sträuli/Messmer¹⁰ stellen sich dazu auf den Standpunkt, dass sich in dieser entsprechenden Frage die sachliche Zuständigkeit durch die Erhebung einer Widerklage zugunsten des Kollegialgerichts verschiebt. Dieser Wechsel der Zuständigkeit ändert aber nichts daran, dass auch die neue Instanz sich an die bundesrechtlichen Vorschriften – d. h. vor allem an Art 343 Abs. 2 OR – zu halten hat. Ebenso entschied das Obergericht in einem älteren Entscheid¹¹. Es führte aus, man habe Art. 343 OR nach seinem Sinn und Zweck auszulegen. Gewollt sei, dass die Kantone für die entsprechenden Fälle ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen hätten, keine Gerichtskosten auferlegt werden und der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen sowie die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen seien. Unter diesem Aspekt sei es gleichgültig, wie die Kantone die sachliche Zuständigkeit im Einzelnen

¹⁰ Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 19.

¹¹ ZR 1984 Nr. 97.

regeln würden. Es könne nach Erhebung einer Widerklage durchaus eine andere Instanz für den gesamten Prozess zuständig sein. Es müsse lediglich dafür gesorgt werden, dass auch diese Instanz die genannten Verfahrensvorschriften anwende.

3.2 Liegt hingegen die Hauptklage unter Fr. 30'000.–, die Widerklage jedoch über Fr. 30'000.–, so ist festzuhalten, dass aufgrund von Art. 343 Abs. 2 OR und auch § 19 Abs. 3 ZPO das einfache und rasche Verfahren anzuwenden ist und zwar ohne Rücksicht auf das Widerklagebegehren. In § 60 Abs. 1 der ZPO wird aber eine Widerklage an sich nur zugelassen, wenn für diese die gleiche Verfahrensart und die gleiche sachliche Zuständigkeit wie für die Hauptklage vorgesehen sind. Wenn eine Widerklage somit einen Streitwert von mehr als Fr. 30'000.– aufweist, handelt es sich nicht mehr um gleiche Verfahrensart.

Koller führt dazu in seiner Dissertation¹² aus, dass an sich durch diesen Ausschluss in Art. 343 OR alle Widerklagen in den Genuss von Art. 343 OR kommen, wenn die Hauptklage einen Streitwert von Fr. 30'000.– nicht übersteigt. Auf diese Weise habe die Einschränkung bezüglich der gleichen Verfahrensart in § 60 ZPO keine Wirkung mehr, da die Widerklage immer derjenigen Verfahrensart folgt, der die Hauptklage unterliegt. Ähnlicher Meinung sind Frank/Sträuli/Messmer¹³: Die Widerklage sei in der Regel im Einzelnen nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln wie die Hauptklage und zwar unabhängig von ihrem Streitwert. Andernfalls bestünde mit Rücksicht auf den höheren Streitwert für die Widerklage die Gefahr, dass der Prozess wiederum in das nicht gewünschte, weil bremsende ordentliche Verfahren fiele. Dies sei nur anders, wenn die Widerklage ausnahmsweise gemäss § 60 Abs. 3 ZPO abgetrennt würde. Im Interesse einer einheitlichen Beurteilung der sachlich zusammenhängenden Ansprüche, welche in Haupt- und Widerklage verkörpert sind, sollte dies aber vermieden werden.

Denkbar ist jedoch auch, dass in Anwendung von § 60 ZPO bei einer solchen Konstellation aufgrund der verschiedenen Verfahrensarten die Widerklage grundsätzlich von der Hauptklage abzutrennen sei.

3.3 Ist hingegen die Hauptklage nicht mehr im einfachen und raschen Verfahren zu beurteilen und weist die Widerklage einen Streitwert von unter Fr. 30'000.– auf, steht man wiederum vor dem Problem von § 60 ZPO. Diesmal kann man sich aber nicht an Art. 343 Abs. 2 OR halten, weil nun die Hauptklage nicht mehr im einfachen und raschen Verfahren zu behandeln ist. Es sollte daher aufgrund von § 60 ZPO auf die Widerklage nicht eingetreten werden, weil die Verfahrensart klarerweise nicht dieselbe ist¹⁴. Das Arbeitsgericht Zürich entschied aber in einem Fall, in welchem der Streitwert der Hauptklage bei Fr. 69'000.– und der Streitwert der Widerklage bei Fr. 19'500.– lag, auf beide Klagen einzutreten, wobei die Kosten folgerich-

¹² Koller Gerhard L., Art. 343 OR unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich, Diss., Zürich, 1995, S. 5.

¹³ Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N15a zu § 19.

¹⁴ AGer ZH, AN040099 vom 22. Dezember 2006; AGer ZH, AN 980016 vom 13. November 1998.

tig aber nur in Bezug auf die Hauptklage auferlegt wurden.¹⁵ Es ist jedoch festzuhalten, dass keine einheitliche Praxis vorliegt.

4 Widerklage und Rechtsmittel

Auch hier soll ein Fall des Obergerichts¹⁶ als Ausgangslage dienen: Dabei war die Hauptklage nur mit Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten, während der Streitwert der Widerklage über der Berufungsgrenze lag. Das Arbeitsgericht Zürich gab im Dispositiv als Rechtsmittel einzig die Nichtigkeitsbeschwerde an. Die Kassationsinstanz prüfte daraufhin von Amtes wegen ihre Zuständigkeit auch betreffend die Widerklage, die gemäss heute geltenden Gesetzen über Fr. 8'000.– lag. Auch hier wurde zunächst Art. 343 Abs. 2 OR herangezogen, wonach sich der Streitwert nach der eingeklagten Forderung ohne Rücksicht auf das Widerklagebegehren bemesse. Zudem solle § 19 Abs. 3 ZPO verhindern, dass ein Kläger durch Erhebung einer möglicherweise haltlosen Widerklage um das rasche, einfache und grundsätzlich kostenlose Verfahren gebracht werde. Dies werde aber nur erreicht, wenn durch die Erhebung der Widerklage sich weder das Verfahren, noch die Zuständigkeit noch das Rechtsmittel ändern. Damit erscheine es nach § 19 Abs. 3 ZPO unzulässig, für die Bestimmung des anzuwendenden Rechtsmittels den Streitwert von Haupt- und Widerklage zusammenzuzählen. Sei also der Streitwert sowohl der Haupt- als auch der Widerklage für sich je nur nichtigkeitsbeschwerdefähig, aber zusammengezählt im Bereich der Berufung, so bleibe es bei der Nichtigkeitsbeschwerde. Es müsse sich jedoch dann anders verhalten, wenn die Widerklage einen Streitwert aufweist, bei dem Berufung möglich wäre. Es könne dem Widerkläger diese Möglichkeit nicht einzig deshalb entzogen werden, weil er seine Forderung widerklageweise geltend macht. § 19 Abs. 3 ZPO bestimme also nicht, dass eine Widerklage unbekümmert um die Höhe der Forderung in Rücksicht auf den Streitwert stets unbeachtlich ist, also stets einen Streitwert Null aufweist. Das Obergericht ergänzte aber noch, dass bei diesem Vorgehen eine gewisse Verzögerung eintrete, diese habe aber der Gesetzgeber schon damit in Kauf genommen, dass er die Berufungsfähigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von heute Fr. 30'000.– nicht generell ausschloss.

Koller¹⁷ vertritt dagegen eine andere Ansicht: Wenn sich der Streitwert durch eine Widerklage nicht mehr erhöht – da keine Zusammenrechnung stattfindet – führt eine hohe Widerklage nicht zu einer Änderung der zulässigen Rechtsmittel. So könne zum Beispiel beim Vorliegen einer Hauptklage unter dem Berufungsstreitwert gegen die Widerklage, egal wie hoch diese ist, nur Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden. Die beklagte Partei müsse sich daher überlegen, ob sie Widerklage erheben und so in den Genuss der Bestimmungen von Art. 343 OR kommen wolle, dafür aber

¹⁵ AGer ZH, AN930012 vom 20. Dezember 1994.

¹⁶ ZR 92/93 Nr. 91 = JAR 1995 S. 300; so auch AGer ZH, AN940424 vom 2. Mai 1995.

¹⁷ Koller, a.a.O., S. 111.

eventuell nur eingeschränkte Rechtsmittel zur Verfügung habe, oder ob sie eine selbständige Klage einreichen wolle.

5 Widerklage und örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 GestG. Darin wird einerseits festgelegt, dass beim Gericht der Hauptklage Widerklage erhoben werden kann, wenn die Widerklage in einem sachlichen Zusammenhang mit der Hauptklage steht. Weiter bleibt der Gerichtsstand bestehen, auch wenn die Hauptklage aus irgendeinem Grund dahinfällt. Dabei ist der sachliche Zusammenhang in der Regel bereits dann zu bejahen, wenn es sich um Klagen aus demselben Arbeitsverhältnis handelt.¹⁸

¹⁸ Müller Thomas, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 6 N 1 ff.

Anhang: Tabellarische Zusammenfassung

	HK Fr. 30'000.– oder weniger		HK über Fr. 30'000.–	
	WK Fr. 30'000.– oder weniger	WK über Fr. 30'000.–	WK Fr. 30'000.– oder weniger	WK über Fr. 30'000.–
Streitwert	ZPO 19 Abs. 3, OR 343 Abs. 2		ZPO 19 Abs. 2	
Gerichtskosten	Kostenlos OR 343 Abs. 2	HK kostenlos Kosten nur für WK	Kosten nur für HK WK kostenlos ¹⁹	Kosten für HK & WK
Prozessentschädigung	ZPO 19 Abs. 3 nicht anwendbar → Streitwert = HK + WK			
Sachliche Zuständigkeit	HK + WK über Fr. 20'000.–; Kollegialbehörde ²⁰	Nur HK massgebend WK tendenziell zugelassen ²¹	Tendenziell Nichteintreten auf WK ²²	Gleiche Verfahrensart für HK und WK
Örtliche Zuständigkeit	Art. 6 GestG			

	HK < Fr. 8'000.–		HK ≥ Fr. 8'000.–	
	WK < Fr. 8'000.–	WK ≥ Fr. 8'000.–	WK < Fr. 8'000.–	WK ≥ Fr. 8'000.–
Rechtsmittel	NB	HK: NB WK: NB ²³	HK: Berufung WK: Berufung ²⁴	Berufung

¹⁹ Strittig.

²⁰ Strittig, evtl. Einzelrichter

²¹ Strittig, Abtrennung WK denkbar.

²² Falls Zulassung WK, vgl. Gerichtskosten.

²³ Strittig, OGer für Berufung.

²⁴ Konsequenterweise OGer wohl NB für WK.

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

	2005	2006
Übertrag Vorjahr	383	325
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1107	1035
Klageeingänge von Arbeitgebern	50	37
Total	1540	1397
Erledigungen im laufenden Jahr	1215	1087
Pendenzen Ende Jahr	325	310

Erledigungsarten

	2005	2006
durch Urteil	269	199
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	868	807
anderweitig	78	81

Anzahl Verhandlungen/Entscheidungsbegründung

	2005	2006
Verhandlungen	1166	952
Beweisverfahren	86	59
Entscheidbegründung	192	157

Streitwerthöhe

	2005	2006
bis Fr. 8'000.--	485	457
von Fr. 8'000.-- bis Fr. 12'000.--	156	145
von Fr. 12'000.-- bis Fr. 30'000.--	393	326
von Fr. 30'000.-- bis Fr. 100'000.--	113	96
von Fr. 100'000.-- bis Fr. 500'000.--	51	34
über Fr. 500'000.--	8	6

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2005	2006
bis 1 Monat	164	203
1 bis 2 Monate	402	393
2 bis 3 Monate	290	238
3 bis 6 Monate	184	139
6 bis 12 Monate	74	63
1 bis 2 Jahre	72	37
über 2 Jahre	29	14