

# Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2005



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

## **Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2005**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

## Inhaltsverzeichnis

<b>Editorial</b>	<b>3</b>
<b>I. Aus den Entscheiden</b>	<b>3</b>
1. OR 319; Umgehung der Überstunden durch zwei Arbeitsverträge	5
2. OR 321e; Schadenersatz bei Entlassung während der Probezeit?	5
3. OR 322; Rückwirkende Lohnreduktion	6
4. OR 323; Fälligkeit der Lohnforderung	7
5. OR 323b; Stellt eine Lohnabrechnung eine Schuldanerkennung dar?	8
6. OR 324a; Widersprüchliches Arztzeugnis	10
7. OR 324a; Karenzfrist bei Krankentaggeldversicherung	11
8. OR 327a; Fallen Bussen unter den Begriff Spesen?	12
9. OR 328b; Wem gehören die Bewerbungsunterlagen?	12
10. OR 330a; Erwähnung einer Arbeitsverhinderung im Zeugnis?	13
11. OR 330a; Gutes Zwischenzeugnis und schlechteres Schlusszeugnis	14
12. OR 335; Kündigung bei Abwesenheit: Empfangsfrist?	15
13. OR 335; Freistellung und Ferienkompensation	16
14. OR 335; Aufhebungsvertrag bei Schwangerschaft	18
15. OR 335b; Annahmeverzug führt zu keiner Verlängerung der Probezeit	19
16. OR 336; Missbräuchliche Kündigung wegen Rauchallergie?	20
17. OR 336; Missbräuchliche Änderungskündigung	22
18. OR 336; Ständige Opposition am Arbeitsplatz	23
19. OR 336c; Arbeitsangebot bei Verlängerung der Kündigungsfrist wegen Sperrfrist	25
20. OR 337; Car-Chauffeur ohne gültigen Führerausweis	26
21. OR 337; Falsche Angaben über die Gesundheit	27
22. OR 337; Verwertung illegal abgehörter Telefongespräche als Beweismittel?	29
23. OR 337d; Kein Schadenersatz bei beidseitigem Verschulden	30
24. OR 340c; Wegfall des Konkurrenzverbotes bei Lohnbussen	31
25. OR 346; Fristlose Auflösung des Lehrverhältnisses	32
26. GlG 5; Sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber selber	34
27. DSG 8; Einsicht in die Personalakten	35
28. AVG 12; Untersteht eine Reinigungsfirma dem AVG?	37
29. L-GAV 1; Unterstellung unter den L-GAV Gastgewerbe	38
30. GVG 179; Schuldhaftige Zustellungsverweigerung	39
<b>II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden</b>	<b>41</b>
<b>III. Der besondere Haftungsmassstab von Art. 321e Abs. 2 OR</b>	<b>45</b>
<b>IV. Statistischer Überblick</b>	<b>69</b>

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

## EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Vor Ihnen liegt die neuste Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheide aus dem Jahr 2005. 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 Urteil, dass Arztzeugnisse, die dem Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigen, nicht sakrosankt sind, sondern vom Gericht auf ihre Glaubwürdigkeit und Plausibilität nach freiem Ermessen geprüft werden dürfen (Entscheid Nr. 6). Eine ganz andere Frage ist die, ob Bussen, in die ein Arbeitnehmer bei beruflichen Fahrten mit dem Geschäftsauto verfällt, als Spesen vom Arbeitgeber bezahlt werden müssen (Entscheid Nr. 8).

Ende des Berichtsjahrs trat der vorsitzende Richter der 4. Abteilung des Arbeitsgerichts, Herr lic. iur. Martin Farner altershalber zurück. Martin Farner war seit 1986 als Vorsitzender an unserem Gericht tätig und hat die Rechtsprechung des Arbeitsgerichts massgebend beeinflusst. Seine Urteile zeichneten sich nicht nur durch juristische Sachkunde und Kreativität, sondern auch durch eine konzise und geschliffene Sprache aus. Wir wünschen unserem Kollegen Farner ein wohlverdientes otium cum dignitate.

Im Anschluss an die Entscheidsammlung enthält die Publikation einen aufschlussreichen Beitrag über die besonderen Haftungsmassstäbe, welche bei einer Arbeitnehmerhaftung zu berücksichtigen sind.

Eine der wohl wichtigsten Neuerungen im Jahre 2005 dürfte die per 1. Juli 2005 in Kraft gesetzte Mutterschaftsentschädigung sein. Unter [www.bezirksgericht-zh.ch](http://www.bezirksgericht-zh.ch) Thema Recht/Arbeit finden Sie nicht nur dazu einen Überblick sondern auch zu diversen anderen Themen. Ebenso können Sie dort verschiedene Musterschreiben und Formulare herunterladen.

Zürich, im April 2006

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

## I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

### 1. OR 319; Umgehung der Überstunden durch zwei Arbeitsverträge

Die Klägerin war zuerst als Hilfsköchin, dann als Köchin und zuletzt als Küchenchefin tätig. Neben ihrer Vollzeitanstellung arbeitete sie während rund einem Jahr an gewissen Freitagen zusätzlich im Stundenlohn.

#### Aus dem Entscheid:

«Die Klägerin war als Köchin bzw. Küchenchefin angestellt und somit ohne weiteres dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes unterstellt (Art. 1 L-GAV 98). Die wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin betrug gemäss dem seit Oktober 1998 gültigen Personalreglement der Beklagten und in Übereinstimmung mit Art. 15 Ziff. 1 sowie Art. 17 Ziff. 1 des zur fraglichen Zeit gültigen L-GAV 98 41 Stunden pro Woche. Man kann die Arbeitszeit der Klägerin nicht auf zwei Verträge aufteilen und damit dem Überstundenzuschlag entgehen. In casu ist daher von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen, wobei der Anstellungsvertrag über 100 % als massgebend gilt; d.h., dass jede über die wöchentliche Arbeitszeit von 41 Stunden hinaus geleistete Arbeitsstunde als Überstunde zu betrachten ist.»

(AGer. ZH, AN040151 vom 14. März 2005).

### 2. OR 321e; Schadenersatz bei Entlassung während der Probezeit?

Der Kläger forderte Schadenersatz in der Höhe eines Jahreslohns, weil ihm die Beklagte noch in der Probezeit gekündigt habe und ihm dadurch eine lukrative Stelle bei einer anderen Bank verunmöglicht worden sei.

#### Aus dem Entscheid:

«Auch im Arbeitsvertragsrecht sind die nämlichen Voraussetzungen an den vertraglichen Schadenersatz zu stellen wie in anderen Verträgen: Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden.

Eine Widerrechtlichkeit bzw. eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten ist weit und breit nicht ersichtlich. Das Schweizerische Arbeitsvertragsrecht ist von der Kündigungsfreiheit beherrscht. Grundsätzlich kann ein Arbeitsvertragsverhältnis von jeder Partei unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen aufgelöst werden.

Die Parteien vereinbarten eine Probezeit von drei Monaten mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen. Dies hat die Beklagte eingehalten. Die arbeitsvertragliche Regelung steht in Einklang mit der gesetzlichen Bestimmung von Art. 335b Abs. 1 und 2 OR. Die Beklagte hat weder den Vertrag noch die Bestimmungen des OR ver-

letzt. Dass der Kläger, der offenbar die Auswahl zwischen zwei Arbeitsstellen hatte, sich nicht für die Bank X sondern für die Beklagte entschieden hat, kann dieser wohl nicht zum Vorwurf gemacht werden. Er kannte den Vertrag, den er unterschrieb, und wusste als erfahrener Geschäftsmann, dass ein Arbeitsverhältnis von beiden Seiten innerhalb der Probezeit kurzfristig aufgelöst werden kann. Hätte er das vermeiden wollen, hätte er einen befristeten Vertrag auf längere Zeit abschliessen müssen, zu welchem die Beklagte aber wohl kaum ihre Zustimmung gegeben hätte. Schliesslich: Hätte der Kläger einen Arbeitsvertrag mit der Bank X abgeschlossen, wäre er vor der gleichen Situation gestanden. Auch diese hätte den Vertrag während der Probezeit wieder kurzfristig auflösen können.

Liegen weder Vertragsverletzung noch Widerrechtlichkeit der Beklagten vor, brauchen die weiteren Voraussetzungen einer Schadenersatzforderung nicht mehr geprüft zu werden. Für eine solche bleibt dem Kläger überhaupt kein Raum, weshalb die Klage in diesem Punkt abzuweisen ist.»

(AGer.; AN040293 vom 1. Februar 2005)

### 3. OR 322; Rückwirkende Lohnreduktion

Die Parteien schlossen am 9. März 2002 einen Arbeitsvertrag, wonach der Lohn Fr. 5'800.-- und ab dem 1. April 2002 Fr. 6'000.-- (jeweils zuzüglich 13. Monatslohn) betragen sollte. Am 4. März 2003 wurde ein neuer Vertrag mit Wirkung ab 25. März 2002 abgeschlossen, wonach der Lohn wieder Fr. 5'800.-- (zuzüglich 13. Monatslohn) betragen sollte. Bis zum Austritt im März 2005 erhielt der Kläger immer nur den tieferen Lohn. In der Folge forderte er die Lohndifferenzen.

#### Aus dem Entscheid:

«Damit kann zunächst festgestellt werden, dass der jeweils schriftlich vereinbarte Grundlohn des Klägers während des ganzen Arbeitsverhältnisses über den gemäss L-GAV (für das Gastgewerbe) festgelegten, zwingenden und unabdingbaren Mindestlöhnen lag. Die Mindestlohnvorschriften des L-GAV standen einem rückwirkenden Verzicht des Klägers auf Lohn somit nicht im Wege, was der Kläger zu Recht auch nicht geltend macht.

Der Kläger beruft sich dagegen auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag und macht geltend, nicht gesehen zu haben, dass der neue Vertrag vom 4. März 2003 rückwirkend habe gelten sollen. Zudem habe er im Zeitraum April 2002 bis Februar 2003 gegen die zu tiefen Lohnzahlungen opponiert und den höheren Lohn immer wieder zugesichert erhalten zu haben, wobei er ebenso darlegt, der Beklagte sei auf die Beanstandungen nicht eingegangen und habe gesagt, er wolle nicht mehr bezahlen.

Der Arbeitsvertrag vom 4. März 2003 bezeichnet als Vertragsbeginn ausdrücklich den 25. März 2002, das Datum des effektiven Stellenantritts, und legt ebenso unzweideutig fest, dass er den bisher gültigen Vertrag ersetze. Dieser Passus findet sich unter Ziff. 11 des Vertrages, unter dem fettgedruckten Titel «Besondere Vereinba-

rungen», in unmittelbarer Nähe der Unterschrift des Klägers, wobei mit dem neuen Vertrag offensichtlich auch die Kündigungsfrist (von 90 Tagen auf einen Monat) verkürzt und die Nachtarbeit ausdrücklich geregelt wurde. Der Vertrag wurde mit dem Beklagten besprochen (so der Kläger selbst) und vom Kläger schliesslich unterzeichnet.

Selbst wenn dem Kläger bei der Durchsicht und Unterzeichnung des Vertrages entgangen sein sollte, dass dieser den alten aufhob und das Vertragsverhältnis von Beginn an neu regelte, hätte er das selbst zu vertreten. Seinem Vorbringen lässt sich jedenfalls nichts entnehmen, was dafür spräche, er habe den Vertrag vor der Unterzeichnung gar nicht gelesen, dessen Tragweite nicht erkennen können, sich im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung in einem wesentlichen Irrtum gemäss Art. 24 OR befunden oder sei vom Beklagten getäuscht oder zur Unterzeichnung gezwungen worden. Die rückwirkende Reduktion des Lohnes entsprach sodann der bislang gelebten Wirklichkeit (und der zukünftigen Vereinbarung), wobei nach eigenen Angaben des Klägers der Beklagte schon während der Gültigkeit des ersten Vertrages auf Reklamation hin erklärt hatte, nicht bereit zu sein, den ursprünglich vereinbarten, höheren Lohn zu bezahlen. Die rückwirkende Reduktion des Lohnes stellte den Kläger damit auch nicht wesentlich schlechter und wurde vom Kläger für die Zeit nach der Vertragsunterzeichnung auch akzeptiert, mithin musste sie für ihn auch nicht völlig unerwartet gekommen sein. Damit sind keine Gründe ersichtlich, die gegen die rückwirkende Wirksamkeit des Arbeitsvertrages vom 4. März 2003 sprechen würden, weshalb der Kläger auf seiner Unterschrift zu behaften ist.

Es ist daher auch nicht mehr näher darauf einzugehen, ob der Kläger im Zeitraum April 2002 bis zur Unterzeichnung des neuen Vertrages am 4. März 2003 die bis anhin nicht vertragskonformen Zahlungen reklamiert hat. Selbst wenn dem so gewesen wäre, hat er durch die Unterzeichnung des neuen Vertrages rückwirkend auf den Vertragsbeginn seine Zustimmung zu einem tieferen Lohn erklärt und damit auf die Lohndifferenzen verzichtet.»

(AGer.; AN050366 vom 8. Juli 2005; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 7. Oktober 2005 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen; LA050043).

### 4. OR 323; Fälligkeit der Lohnforderung

Die Klägerin erhielt bereits den ersten Monatslohn nicht ausbezahlt. Nach zweimaliger Abmahnung im Folgenmonat kündigte sie daher fristlos.

#### Aus dem Entscheid:

«Der Lohn ist grundsätzlich am Ende des Monats auszurichten (Art. 323 Abs. 1 OR), das heisst, er wird zu diesem Zeitpunkt fällig. Die Beklagte behauptet, es sei mit der Klägerin vereinbart worden, dass der Lohn für den Monat August erst am 5. September 2004 zu bezahlen sei. Es stimmt zwar, dass die Parteien gemäss Art. 323 Abs. 1 OR «andere» Zahlungstermine vereinbaren können (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 323 OR). Art. 323 Abs. 1 OR lässt es aber nicht zu, die Zahlungsfrist über einen

Monat hinaus auszudehnen. Die Einmonatsfrist ist eine Maximalfrist. Ein «anderer Termin» kann deshalb nur ein Termin sein, der das Ende einer kürzeren Frist markiert und somit auf einen Zeitpunkt vor Monatsende fällt (J. Brühwiler, a.a.O., N 1 zu Art. 323 OR). Diese Ansicht entspricht auch der einhelligen Lehrmeinung (M. Rehbindler, BK, a.a.O., N 10 zu Art. 323 OR; Staehelin/Vischer, ZK, a.a.O., N 7 zu Art. 323 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 323 OR). Unbestritten ist in der Literatur auch, dass Art. 323 Abs. 1 OR im dargelegten Sinn relativ zwingendes Recht darstellt, also nur abweichende Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden können (Brühwiler, vor N 1 zu Art. 323 OR; Streiff/von Kaenel, N 10 zu Art. 323 OR). Dass Art. 323 OR nicht in die in Art. 361 und 362 OR aufgeführten Listen betreffend zwingende und teilzwingende Gesetzesartikel Eingang gefunden hat, steht dem nicht entgegen. Denn diese beiden Listen haben keinen abschliessenden Charakter (Streiff/von Kaenel, N 3 zu Art. 361 OR und N 6 zu Art. 362 OR). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin ihre Stelle bei der Beklagten am 2. August 2004 angetreten. Darüber sind sich die Parteien einig. Eine Abrede, wonach der Lohn für den Monat August erst am 5. September 2004 geschuldet sein soll, ist daher nicht mit Art. 323 Abs. 1 OR vereinbar. Denn mit einer solchen Abrede wird die Zahlungsfrist über einen Monat hinausgeschoben.»

(AGer., AN050360 vom 17. Oktober 2005)

##### 5. OR 323b; Stellt eine Lohnabrechnung eine Schuldanererkennung dar?

Nachdem zwei Arbeitnehmer gekündigt hatten, wurden sie von der Beklagten mit einem Schreiben freigestellt und sie erklärte darin, dass «sämtliche Bezüge, Ferien- und allfällige Überzeitguthaben» mit der Schlussabrechnung abgerechnet würden. Die Kläger sehen darin eine verbindliche Zusicherung der Beklagten, das im Zeitpunkt der Freistellung bestehende Ferienguthaben, den Bonus sowie den 13. Monatslohn auszubezahlen.

###### Aus dem Entscheid:

«Bereits der Wortlaut des Schreibens lässt grundsätzlich nur den Schluss zu, dass die (allfälligen) Guthaben der Kläger bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses *abgerechnet*, keinesfalls jedoch zwingend *ausbezahlt* würden. Mit dem Wort «abrechnen» ist im Gegenteil gerade darauf hingewiesen, dass noch nicht klar ist, wie hoch die noch offenen Ferienansprüche bzw. die übrigen Ansprüche der Kläger bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein würden. Wäre die Höhe der offenen Guthaben per Ende Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt nach Ansicht der Parteien bereits klar gewesen, so hätten die finanziellen Ansprüche der Kläger nur noch ausbezahlt, nicht aber noch abgerechnet werden müssen. Die gewählte Formulierung deutet somit im Gegenteil eher darauf hin, dass die allenfalls noch zu beziehenden Ferientage in der Schlussabrechnung berücksichtigt werden müssen. Jedenfalls kann aus dem Wortlaut nicht abgeleitet werden, es werde die Auszahlung der zum Zeitpunkt der Freistellung

vorhandenen Feriensaldi tel quel zugesichert. Sodann ist in dem Schreiben vom geforderten Bonus überhaupt nicht die Rede, sondern ausschliesslich von Ferien und allfälligen Überzeitguthaben bzw. «sonstigen» Bezügen. Für den Bonus kann aus dem Schreiben demnach von vornherein nichts abgeleitet werden.

Allein der Wortlaut einer Erklärung ist jedoch für deren Auslegung nicht massgebend. Zu fragen ist in Anwendung des Vertrauensprinzips vielmehr danach, wie der Adressat des Freistellungsschreibens die Erklärung der Beklagten verstehen bzw. ob er daraus schliessen durfte, dass die genannten Positionen im Umfang deren Bestands zum Zeitpunkt der Vereinbarung am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt würden.

Eine Erklärung gilt gemäss Vertrauensprinzip so, wie sie eine vernünftige Person nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BGE 117 II 273, 278; Schwenzer, a.a.O., N 27.41).

Die Freistellung erfolgte – für die Kläger erkennbar – mit Hinblick auf deren geplante Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit in einem ähnlich gelagerten Tätigkeitsgebiet.

Dabei hat die Beklagte die freigestellten Kläger darauf aufmerksam gemacht, dass «sämtliche Bezüge, Ferien- und allfällige Überzeitguthaben» mit der Schlussabrechnung im März 2002 abgerechnet würden. Die Beklagte hat damit hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass ihrer Auffassung nach noch verschiedene Positionen offen sind, welche allenfalls zu einer Auszahlung zugunsten der Kläger führen könnten, aber darüber zu gegebener Zeit noch abzurechnen sei.

Mit Bezug auf den Kläger 1 ist ergänzend zu berücksichtigen, dass sein Ferienguthaben per Austrittsdatum bereits am 26. November 2001 durch die Beklagte berechnet worden ist. Dieses Dokument hat der Kläger am 4. Dezember 2001 visiert, mithin nach Kenntnisnahme der fraglichen Freistellungserklärung. Sowohl die Rubriken «geplanter Bezug bis zum Austritt» als auch «Auszahlungen» blieben in dieser Ferien-Abrechnung offen; es findet sich auch kein klarstellender Vermerk des Klägers 1. Aufgrund dieser vom Kläger 1 nach der ergangenen Freistellung visierten Abrechnung musste dieser einerseits erkennen, dass sich im – allenfalls auszuzahlenden – Bestand im Hinblick auf das konkrete Austrittsdatum und einen eventuell geplanten Ferienbezug noch Veränderungen ergeben können. Umgekehrt bliebe unergründlich, weshalb die Beklagte mit der Freistellungserklärung (lediglich) die *Ferienauszahlung* auf den Monat März 2002 hätte aufschieben sollen, nachdem das sich bis dahin kumulierende Guthaben schon berechnet worden ist. Vielmehr hätte diesfalls die Auszahlung spätestens mit der letzten Lohnabrechnung per Ende Februar 2002 erwartet werden können und müssen. In Verbindung mit dem noch unvollständig ausgefüllten Ferienabrechnungsformular (offene Positionen) konnte und durfte der Kläger 1 die Mitteilung der Beklagten, die Ferien würden (im März) noch *abgerechnet*, nur dahingehend verstehen, dass die Beklagte bis zum Zeitpunkt der Schlussabrechnung noch mit Veränderungen im Bestand des Ferienguthabens und damit allfälligen Auszahlungsbetrages rechnete. ...

Legt man die Freistellungsvereinbarungen vom 3. Dezember 2001 im Sinne des Vertrauensprinzips aus, so durften die Kläger bezüglich der darin erwähnten Ferien-

und Überzeitguthaben einzig davon ausgehen, dass diese im März 2002 abgerechnet, nicht aber, dass sie in jedem Fall ausbezahlt würden. Dies muss umso mehr für den darin nicht erwähnten Bonus gelten.

Zusammenfassend kann somit einstweilen festgehalten werden, dass weder aus den Lohnabrechnungen vom 18. März 2002 (bzw. dem Lohnausweis) noch aus den an die Kläger gerichteten und von diesen bestätigten Freistellungsschreiben der Beklagten vom 3. Dezember 2001 etwas zugunsten der Kläger abgeleitet werden kann, da darin keine Schuldanerkennung zu erblicken ist. Massgebend muss vielmehr sein, ob den Klägern – unabhängig von Lohnabrechnung bzw. Freistellungserklärung – materiell Ansprüche gegen die Beklagte aus dem Arbeitsverhältnis zustehen.»

(AGer.; AN020415 vom 24. Januar 2005; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig; siehe auch unten Nr. 13)

## 6. OR 324a; Widersprüchliches Arztzeugnis

Nachdem die Beklagte sowohl die Arbeitsunfähigkeit (vom 22.12.2000 bis zum 12. Januar 2001) wie auch das Arztzeugnis bestritten hatte, wurde der zuständige Arzt als Zeuge befragt.

### Aus dem Entscheid:

«Die Aussagen des Zeugen überzeugen das Gericht aus folgenden Gründen im Gesamtzusammenhang nicht von der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin: Der Zeuge hat die Klägerin während der Dauer der von ihr geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit nie zu Gesicht bekommen. Und dies, obwohl es nach dem Zeugen am 22. Dezember 2000 eine Schmerzzunahme gegeben habe, was dem klägerischen Vorbringen widerspricht, es habe sich um ein psychisches Leiden gehandelt. Obwohl der Zeuge am 5. Januar 2001 in der Praxis war, gab er der Klägerin erst für den 23. Januar 2001 einen Termin, konnte aber das Ende der Arbeitsunfähigkeit doch auf den 12. Januar 2001 terminieren. Dies trotz dem von ihm selbst beschriebenen unstillen Krankheitsverlauf. Eine weitere Widersprüchlichkeit ergibt sich daraus, dass der Zeuge auf die Frage, wie der Zustand der Klägerin zwischen dem 12. und dem 23. Januar 2001 gewesen sei, antwortete, er müsse gut gewesen sein, was mit dem von ihm ausgestellten Arztzeugnis übereinstimmt, und nur wenige Sätze später aussagt, dass es für ihn nachvollziehbar gewesen sei, dass die Klägerin zwischen dem 11. Dezember 2000 und dem 23. Januar 2001 vermehrt Schmerzen gehabt haben müsse. Aufgrund dieser Widersprüche bestehen unüberwindbare und erhebliche Zweifel an der attestierten Arbeitsunfähigkeit der Klägerin, noch ohne weitere Unklarheiten zu berücksichtigen, die sich zum Beispiel aus dem unvollständigen und teilweise gar fehlerhaften Arztzeugnis sowie aus der doch leicht abweichenden Unterschrift ergeben.

Damit hat die Klägerin den Beweis für ihre Arbeitsunfähigkeit vom 22. Dezember 2000 bis zum 12. Januar 2001 nicht erbracht, womit das Arbeitsverhältnis Ende Januar 2001 endete und sie keinen Anspruch auf Lohn für Februar 2001 hat.»

(AGer., AN020856 vom 30. Mai 2005; eine Berufung am Obergericht ist noch hängig).

## 7. OR 324a; Karenzfrist bei Krankentaggeldversicherung

Der Kläger befand sich bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im 21. Dienstjahr, was nach Zürcher Skala einen Lohnfortzahlungsanspruch von 27 Wochen zur Folge gehabt hätte.

### Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 324a Abs. 4 OR können die Parteien durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung treffen, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. Die Beklagte schloss eine Krankentaggeldversicherung ab, welche während 730 Tagen nach einer Wartefrist von 30 Tagen 80% des Lohnes bezahlt. In den ersten 30 Tagen der Arbeitsunfähigkeit erhält der Arbeitnehmer keinen Lohn.

Die Beurteilung, ob eine solche Bestimmung gleichwertig ist, obliegt dem Ermessen des Gerichts. Die Frage ist abstrakt zu beurteilen, d.h. die Krankentaggeldleistungen müssen nicht in jedem Fall gegenüber der gesetzlichen Lohnfortzahlung gleichwertig oder besser sein, sondern erst in einer Gesamtbetrachtung (J.M. Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Zürich 1992, S. 129). Die Versicherungsleistungen sind gleichwertig, wenn sie bei der Gesamtheit aller erdenklichen Krankheitsrisiken den gesetzlichen Leistungen entsprechen oder höher sind (Brühwiler, a.a.O., N 24b zu Art. 324a OR; BK-Rehbinder, N 36 zu Art. 324a OR).

Aus sozialen Gründen sind dabei Taggeldleistungen von weniger als 80% nie gleichwertig, denn in Fällen wo diese tiefer sind, ist nicht mehr Gewähr geboten, dass dem Arbeitnehmer genügend Geld zur Verfügung steht, um seinen Unterhalt und den seiner Familie zu decken (BK-Rehbinder, N 36 zu Art. 324a OR). Bei den meisten Krankheiten handelt es sich erfahrungsgemäss um kurze Arbeitsverhinderungen. Gemäss dem Bundesamt für Statistik beträgt die durchschnittliche Abwesenheit eines Arbeitnehmers als Folge einer Krankheit 61 Stunden pro Jahr. Deshalb werden in der Lehre Karenzfristen, Tage, in denen der Arbeitnehmer überhaupt keinen Lohn bezieht, zum einen grundsätzlich abgelehnt (Brunner/Bühler/Weber, a.a.O., N 20 zu Art. 324a OR), zum Teil nur sehr eingeschränkt, nämlich bis höchstens zwei Tage gebilligt (ZK-Staehelin, N 64 zu Art. 324a OR).

Es versteht sich von selbst, dass eine Karenzfrist von 30 Tagen der gesetzlichen Regelung von Art. 324a OR krass widerspricht. Eine solche Vereinbarung kann nie gleichwertig sein, da die wenigsten Krankheiten länger als 30 Tage dauern. Ein Arbeitnehmer, der «normale» Krankheiten durchmacht, wird nie in den Genuss einer Lohnfortzahlung kommen. Die Regelung, welche die Beklagte getroffen hat, ist der gesetzlichen in keiner Art und Weise gleichwertig.

Für den Fall, dass unzulässige Karenztage abgemacht werden, die zur Folge haben, dass die nach Art. 324a Abs. 4 OR getroffene Lösung nicht gleichwertig ist, hat der Arbeitgeber für die Karenzfrist den Lohn auf 80% zu ergänzen (Zinsli, a.a.O., S. 132).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte dem Kläger ab dem 24. November 2004 bis zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit oder bis spätestens zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses 80% des Lohnes zu bezahlen.

Die Auffassung der Beklagten, es bestehe keine Pflicht der Beklagten, die Krankentaggelder zu bevorschussen, ist unrichtig. Zwar hat der Arbeitnehmer ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer. Er verliert indessen den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber nicht. Solange das Arbeitsverhältnis andauert, kann er selber entscheiden, ob er sich an den Arbeitgeber oder an den Versicherer wenden will (ZR 88 Nr. 70). Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Versicherung nach KVG oder nach VVG handelt.»

*(AGer., AN050288 vom 25. Oktober 2005; eine dagegen erhobene Berufung wurde mit Beschluss vom 6. Januar 2006 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen; LA050058)*

### 8. OR 327a; Fallen Bussen unter den Begriff Spesen?

Der Kläger verlangte Spesen, Kilometerentschädigung sowie den Ersatz weiterer Auslagen.

#### Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 327a Abs. 1 OR sind dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Dabei sind nur solche Auslagen zu ersetzen, die ein sorgfältiger Arbeitnehmer als notwendig ansehen durfte, nicht einfach die entstehenden.

Eine widerrechtliche Handlung kann von einem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht als notwendig erachtet werden. Dies gilt insbesondere für die vorliegende Geschwindigkeitsübertretung, aber auch für Kosten, welche dem Kläger im Zusammenhang mit dem Parkieren seines Autos vor der Eingangstüre des Nachbarn des Beklagten entstanden sind. Der Kläger bringt keinen Grund vor, welcher diese Handlungen als notwendig im Sinne von Art. 327a Abs. 1 OR erscheinen lassen würde. Ein Versprechen des Beklagten, diese Kosten zu begleichen, weist der Kläger ebenfalls nicht nach. Es besteht somit kein Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Auslagen.»

*(AGer., AN031067 vom 1. April 2005)*

### 9. OR 328b; Wem gehören die Bewerbungsunterlagen?

Im Verfahren ergab sich, dass der Kläger die Beklagte mit falschen Angaben im Lebenslauf getäuscht hatte, weshalb der Arbeitsvertrag nicht gültig zustande kam. Der Kläger hatte der Beklagten die deshalb entstandenen vergeblichen Kosten (Inseratekosten) zu erstatten. Strittig war zudem die Herausgabe der Bewerbungsunterlagen.

#### Aus dem Entscheid:

«Der Kläger verlangt von der Beklagten die Herausgabe seiner persönlichen Unterlagen, insbesondere der Bewerbungsunterlagen. Da der Kläger nicht weiter substantiiert, welche persönlichen Unterlagen er nebst den Bewerbungsunterlagen fordert, ist lediglich deren Herausgabeanspruch zu prüfen. Die Beklagte hat diesem Begehren nichts entgegengesetzt.

Bewerbungsunterlagen bleiben im Eigentum des Stellensuchenden und werden dem Arbeitgeber nur leihweise zur Verfügung gestellt. Die Unterlagen sind deshalb dem Bewerber spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wieder auszuhandigen (Rudolph, Stellenbewerbung und Datenschutz, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 40; Rehbinder, BK, a.a.O., OR 320 N 9; 9. Tätigkeitsbericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, Abs. 7.2.). Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger dessen Bewerbungsunterlagen herauszugeben.»

*(AGer., AN050599 vom 28. Oktober 2005; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 20. Dezember 2005 durch Rückzug erledigt; LA050062)*

### 10. OR 330a; Erwähnung einer Arbeitsverhinderung im Zeugnis?

Der Kläger war während längerer Zeit zu 50 bzw. zu 100 Prozent arbeitsunfähig. Das Arbeitszeugnis enthielt folgenden Satz: Herr X konnte aus gesundheitlichen Gründen vom 11. Mai 2001 bis Ende 2001 seine Arbeit nicht ausführen, was wir sehr bedauert haben.

#### Aus dem Entscheid:

«Im Arbeitszeugnis beurteilt die Arbeitgeberin Leistung und Verhalten des Mitarbeiters. Das Arbeitszeugnis ist aber keine Krankengeschichte. Feststellungen über krankheitsbedingte Abwesenheiten werden von zukünftigen Arbeitgebern häufig als Hinweise auf fehlende Leistungsbereitschaft oder besondere Risiken bei diesem Arbeitnehmer aufgefasst und somit im Fall des Klägers missverstanden. Man kann auch nicht sagen, dass ohne den Satz über die Krankheit ein falsches Bild vom Kläger erweckt wird. Die Beklagte umschreibt die Leistung des Klägers konkret und gibt damit Rechenschaft darüber, was er in dieser Zeit erreicht hat.

Es ist ein oft gehörtes Argument, die Arbeitgeberin werde schadenersatzpflichtig, wenn sie bestimmte Feststellungen unterlasse, wie hier jene über die Krankheit. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang auf BGE 101 II 69 ff. hingewiesen. Der dort entschiedene Fall ist vom hier zu beurteilenden aber völlig verschieden. Die Arbeitgeberin hatte dort über einen Mitarbeiter, der sich eines Vermögensdeliktes schuldig gemacht hatte, sehr positive Feststellungen getroffen. Im vorliegenden Fall geht es aber nur darum, einen persönlichen Umstand wegzulassen, der mit der Leistung des Klägers nichts zu tun hat.

Das Zeugnis wird auch nicht darum falsch, weil die tatsächliche Tätigkeitsdauer des Klägers kürzer ist als die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Die Dauer des ganzen Arbeitsverhältnisses ist relativ kurz, 25 Monate. Davon entfallen auf die

Freistellung rund 6 Monate und auf die Krankheit ebenfalls rund 6 Monate, wenn man die Phase der 50%-Arbeitsfähigkeit korrekt gewichtet. Da es nicht üblich ist, in Zeugnissen über Abwesenheiten Buch zu führen, entsteht hier ebenso wenig ein falscher Eindruck wie bei anderen Arbeitsverhältnissen mit Krankheits- oder Freistellungsperioden. Die Beklagte bescheinigt in ihrem Zeugnis keine besonders lange Beschäftigungsperiode. Wenn diese durch Abwesenheiten verkürzt wird, verändert sich das Bild nicht wesentlich. Der Zeugnisberichtigungsanspruch ist daher begründet.»

*(AGer., AN 020995 vom 26. April 2005; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 18. Juli 2005 durch Rückzug erledigt.)*

### **11. OR 330a; Gutes Zwischenzeugnis und schlechteres Schlusszeugnis**

Am 18. Juli 2003 wurde dem Kläger ein Zwischenzeugnis ausgestellt. Am 14. Oktober 2003 wurde ihm ein Schlusszeugnis ausgestellt, wobei ihm im Gegensatz zum Zwischenzeugnis kein sehr gutes Verhältnis zu den Vorgesetzten, Kunden und internen Ansprechpartnern mehr attestiert wurde. Als Schluss- und Zeugnisdatum wurde jeweils der September 2003 aufgeführt.

#### **Aus dem Entscheid:**

«Als Enddatum ist das rechtliche Ende des Arbeitsverhältnisses einzusetzen. Nachdem das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten korrekterweise erst am 30. November 2003 geendet hat, ist auch dieses massgebend. Es ist im Arbeitszeugnis als End- und Ausstelldatum einzusetzen.

Die Beklagte hat dem Kläger am 18. Juli 2003 ein Zwischenzeugnis ausgestellt, in welchem das Verhältnis des Klägers zu Vorgesetzten, Kunden und internen Mitarbeitern als sehr gut bezeichnet wurde. Diese Qualifikation im Zwischenzeugnis bindet die Beklagte. Eine Verschlechterung darf im Endzeugnis nur dann erfolgen, wenn in der Zwischenzeit derart einschneidende Änderungen eingetreten sind, die eine erheblich unterschiedliche Beurteilung rechtfertigen würden, was der Arbeitgeber zu beweisen hätte.

Die Beklagte begründet die vorerwähnte Verschlechterung gegenüber dem Zwischenzeugnis hauptsächlich damit, dass der Kläger Vertragsänderungen nicht habe akzeptieren wollen und Termine nicht eingehalten bzw. sich nicht gemeldet habe. Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass der Kläger grundsätzlich berechtigt ist, sich gegen nachträgliche Vertragsänderungen, mit denen er nicht einverstanden ist, zur Wehr zu setzen. Dass er Termine nicht eingehalten bzw. sich nicht gemeldet haben soll, ist nicht derart gravierend zu beurteilen, dass eine Verschlechterung der Qualifikation gerechtfertigt wäre.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die im Schlusszeugnis abgegebene Bewertung für die ganze Zeit des Arbeitsverhältnisses zu erfolgen hat. Das Verhalten und der Eindruck in den letzten paar Wochen dürfen ebenso wenig überbewertet

werden wie einzelne Vorkommnisse. Massgebend ist vielmehr der Gesamteindruck über die ganze Vertragsdauer hinweg. Im vorliegenden Fall kann sich die geltend gemachte Verschlechterung des Verhältnisses zwischen dem Kläger und seinen Vorgesetzten nur auf die kurze Zeit vom 19. Juli 2003 bis zum Vertragsende beziehen. Die geltend gemachte Verschlechterung darf damit nicht in das Arbeitszeugnis einfließen, da sie zum Einen nur einen Einzelfall betrifft und zudem für den massgebenden Teil des Arbeitsverhältnisses – d.h. für die Zeit von November 2001 bis Juli 2003 – ein sehr gutes Verhältnis attestiert wurde.

Ein Arbeitszeugnis endet normalerweise mit einer Schlussformel, welche den Auflösungsgrund nennt, dem Arbeitnehmer Dank für die Zusammenarbeit ausspricht sowie Wünsche für die Zukunft enthält. Bei wirklich guten Zeugnissen ist es eine Selbstverständlichkeit, eine entsprechende Formulierung anzubringen. Der Arbeitnehmer hat jedoch gemäss Praxis keinen Anspruch darauf, dass Dankesworte und Zukunftswünsche in das Zeugnis aufgenommen werden. Er hat auch keinen Anspruch auf eine bestimmte Formulierung. In diesem Punkt kann somit die Beklagte nicht zu einer Änderung des Arbeitszeugnisses verpflichtet werden.

Zusammenfassend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein geändertes Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen, welches als Zeugnis- und Schlussdatum den 30. November 2003 beinhaltet sowie dem Kläger ein sehr gutes Verhältnis zu seinen Vorgesetzten, Kunden und internen Ansprechpartnern attestiert.»

*(AGer.; AN031111 vom 14. März 2005; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig; siehe auch Entscheid Nr. 12.)*

### **12. OR 335; Kündigung bei Abwesenheit: Empfangsfrist?**

Die Beklagte hat dem Kläger am 29. August 2003 gekündigt. Sie geht von einer rechtzeitigen Kündigungszustellung aus, da der Kläger unbegründet abwesend gewesen sei und dies der Beklagten auch nicht angezeigt habe. Der Kläger hatte die Kündigung erst am 4. August 2003 in Empfang genommen. Er habe Überstunden kompensiert und ein verlängertes Wochenende gemacht.

#### **Aus dem Entscheid:**

«Der Absender trägt das Risiko einer im letzten Moment aufgegebenen Kündigung. Der Absender trägt ebenso die Verantwortung für die Folgen einer verspäteten Zustellung, wenn der Empfänger sie in guten Treuen erst nach dem letztmöglichen Zustellungstermin entgegennimmt, weil er vorher an der Abholung verhindert war. Es wird nur dann auf den ersten Tag der Abholfrist abgestellt, wenn der Empfänger grundsätzlich zuhause weilt. Eine Kündigung gilt demnach nicht als fristgerecht erfolgt, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung ferienhalber abwesend ist und der Arbeitgeber davon Kenntnis hat. Nimmt sich der Arbeitnehmer hingegen ohne jede Rücksprache mit dem Arbeitgeber Ferien, so werden die Wirkungen der Kündigung grundsätzlich auf das Datum des Zugangs und

nicht auf die effektive Kenntnisnahme nach der Rückkehr aus den Ferien gelegt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 und 6 zu Art. 335 OR).

Im vorliegenden Fall konnte die Kündigung im Juli 2003 dem Kläger nicht zugestellt werden, weil dieser in der Zeit vom 31. Juli 2003 bis 3. August 2003 abwesend war. Aufgrund des Beweisergebnisses ist der dem Kläger auferlegte Hauptbeweis, wonach er die Beklagte als seine Arbeitgeberin vorgängig über seine Abwesenheit im Einsatzbetrieb informiert haben soll, als gescheitert zu betrachten.»

(Die von den Parteien angerufenen Zeugen wussten nichts von einer Abwesenheitsmeldung des Klägers.)

«Die von der Beklagten als Gegenbeweis angerufenen Arbeitszeittabellen belegen nur, dass der Kläger in der fraglichen Zeit effektiv nicht gearbeitet hat. Ob er vorgängig jemanden über seine Abwesenheit informiert hat oder nicht, lässt sich aus diesen Dokumenten jedoch nicht schliessen.

Zwar durfte die Beklagte – aufgrund der nicht nachgewiesenen Abwesenheitsmeldung des Klägers – wohl grundsätzlich davon ausgehen, dass der Kläger am 31. Juli 2003 krank zu Hause sein würde. Es ist indessen fraglich, ob von einem kranken Arbeitnehmer erwartet werden könnte, mit der am Vortag vom Postboten im Briefkasten deponierten Abholeinladung zur Poststelle zu gehen und das dort hinterlegte Kündigungsschreiben entgegen zu nehmen. Dass unter solchen Umständen eine erst am 29. eines Monats und damit im letzten Moment abgeschickte Kündigung nicht rechtzeitig zugestellt werden kann, liegt – wie bereits gesehen – im Risikobereich des Arbeitgebers.

Im vorliegenden Fall ist jedoch ohnehin nicht auf die Fiktion des Empfangs zurückzugreifen, da der Kläger keinerlei Anhaltspunkte dafür hatte, dass ihm in diesem Zeitraum überhaupt eine Kündigung hätte zugehen können. Musste er aber nicht mit einer Kündigung rechnen, so kann ihm nicht vorgeworfen werden, dass er zufolge seiner Ortsabwesenheit von der Abholungseinladung keine Kenntnis hatte und entsprechend am 31. Juli 2003 nicht zur Post gehen und die Kündigung rechtzeitig entgegennehmen konnte.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Zugang des Kündigungsschreibens vom 29. Juli 2003 auf den Monat August 2003 zu legen ist.»

*(AGer.; AN031111 vom 14. März 2005; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig; siehe auch Entscheid Nr. 11.)*

### 13. OR 335; Freistellung und Ferienkompensation

Zu prüfen war, ob Ferienansprüche während der Freistellung auch dann untergehen, wenn die Kompensation vom Arbeitgeber nicht ausdrücklich angeordnet wurde.

#### Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen die Ferien während des Arbeitsverhältnisses in der Regel nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten wer-

den. Aus dem Abgeltungsverbot folgt, dass die dem Arbeitnehmer zustehenden Ferien wo immer möglich realiter bezogen werden müssen. Das Abgeltungsverbot gilt auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich weiter. Die Ferien sind nur dann am Ende des Arbeitsverhältnisses in Geld abzugelten, wenn deren Bezug während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht möglich oder nicht zumutbar war (BGE 106 II 152).

Sowohl die Gerichtspraxis als auch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung gehen übereinstimmend davon aus, dass das Ferienguthaben bei Freistellung des Arbeitnehmers auch dann untergeht, wenn die Kompensation der Ferien während der Freistellungszeit vom Arbeitgeber nicht ausdrücklich angeordnet wurde (BGE 128 III 271 E. 4). Die Gerichtspraxis stellt dabei grundsätzlich darauf ab, ob die Freistellungszeit das Ferienguthaben deutlich übersteigt, in welchem Falle die Ferien als in der Freistellungszeit bezogen zu gelten haben (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 329c OR). Gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht das Ferienguthaben bei Freistellung des Arbeitnehmers auch ohne explizite Anordnung durch den Arbeitgeber unter, sofern es im Einzelfall das Verhältnis zwischen Freistellungsdauer und Ferienguthaben erlaubt und der Ferienbezug nicht insbesondere wegen der Stellensuche unzumutbar erscheint (BGE 128 III 271 E. 4).

Die Freistellung des Arbeitnehmers hat zum Zweck, diesen von der Arbeit fernzuhalten. Nachdem die Freistellung jedoch nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge hat, dauern abgesehen von der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers sämtliche übrigen, nicht mit der Arbeitspflicht unmittelbar zusammenhängenden Pflichten fort, insbesondere die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Gilt sodann für den zu unrecht fristlos entlassenen Arbeitnehmer, dass er sich nicht auf Kosten des Arbeitgebers bereichern darf und sich deshalb das anderweitig erworbene anrechnen lassen muss, ihn also eine Schadenminderungspflicht trifft (Art. 337c Abs. 2 OR), muss dies umso mehr für den freigestellten Arbeitnehmer gelten, der sich nach wie vor im andauernden Arbeitsverhältnis befindet. Im Vordergrund steht beim Freigestellten anders als beim ungerechtfertigt fristlos Entlassenen nicht das Bereicherungsverbot, sondern die noch fortdauernde Treuepflicht. Er muss dem Arbeitgeber nutzlos entstandene Kosten in zumutbarem Umfang mindern und deshalb insbesondere freie Tage während der Freistellung wenn möglich als Ferientage nutzen, damit sich sein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber mindert und diesem dadurch weniger Kosten entstehen (zum Ganzen BGE 128 III 217 E. 4).

Zur Frage, ob dem Arbeitnehmer im jeweiligen konkreten Fall der Bezug des Ferienguthabens während der Freistellungszeit zuzumuten ist oder nicht, hat das Bundesgericht im zitierten Entscheid ausgeführt, dass nicht auf die Praxis betreffend der Ferienanrechnung nach ungerechtfertigter fristloser Entlassung abzustellen ist, wonach eine Kompensation nur bei Freistellung von wenigstens zwei bis drei Monaten in Frage kommt, sondern im Einzelfall nach dem Verhältnis zwischen Freistellungsdauer und Anzahl offener Ferientage zu entscheiden sei. Massgebend ist somit, ob es dem Arbeitnehmer angesichts des Verhältnisses von Freistellungsdauer und Ferienguthaben zuzumuten gewesen ist, während der Freistellungszeit die offenen Ferien zu beziehen.

Der Kläger 1 war vorliegend vom 4. Dezember 2001 bis zum 28. Februar 2002 von der Arbeitspflicht freigestellt, was einem Zeitraum von fast 3 Monaten bzw. 58 Arbeitstagen entspricht.

Nachdem das offene Ferienguthaben des Klägers 1 21,5 Tage betragen hat, stehen Ferienguthaben und Freistellungszeit ungefähr im Verhältnis 1/3 zu 2/3. Aufgrund der somit die offenen Ferientage deutlich übersteigenden Freistellungsdauer muss davon ausgegangen werden, dass dem Kläger 1 genügend Zeit zur Verfügung stand, die ihm zustehenden Ferientage zu beziehen.

Dass der Kläger 1 dagegen die gesamte Zeit der Freistellung oder auch nur einen erheblichen Teil davon für die Stellensuche hätte aufwenden müssen und aus diesem Grunde keine Ferien hätte beziehen können, wird von ihm nicht behauptet und wäre angesichts der Tatsache, dass sein Engagement in der selbst mitgegründeten Konkurrenzfirma feststand, auch nicht haltbar. Andere die Kompensation der Ferien während der Freistellung unzumutbar erscheinen lassende Umstände sind sodann nicht ersichtlich und nicht behauptet.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Kläger 1 die ihm noch zustehenden Ferientage während der Freistellung hätte beziehen können und müssen, weshalb kein Anspruch auf Auszahlung der Ferien mehr gegeben ist. Einer diesbezüglichen Anordnung des Arbeitgebers hatte es nicht bedurft, da der Kläger 1 aufgrund seiner andauernden Treupflicht gehalten war, die Ferien während der Freistellungszeit zu beziehen, was unter den gegebenen Umständen auch zumutbar war.»

Beim Kläger 2 ergab sich, dass er selber den Bezug von 54 Ferientagen in der Freistellungszeit von 58 Tagen gewünscht hatte, weshalb auch seine Forderung abgewiesen wurde.

*(AGer.; AN020415 vom 24. Januar 2005; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig; siehe auch oben Nr. 5)*

#### 14. OR 335; Aufhebungsvertrag bei Schwangerschaft

Die Klägerin geht davon aus, dass die Kündigung wegen der Schwangerschaft unterbrochen worden sei. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass sie mit der Klägerin ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen habe und das Arbeitsverhältnis schon vor der Schwangerschaft beendet gewesen sei.

##### Aus dem Entscheid:

«Grundsätzlich kann ein Arbeitsverhältnis durch Vereinbarung beendet werden. Bei einem solchen Aufhebungsvertrag ist jedoch zu prüfen, ob damit zwingende gesetzliche Vorschriften und damit Art. 341 Abs. 1 OR umgangen werden. Werden im Einzelfall zwingende Kündigungsschutzbestimmungen, beispielsweise Art. 336c OR umgangen, so ist der Aufhebungsvertrag als unzulässig zu betrachten, soweit der Rechtsverlust nicht durch entsprechende Vorteile zu Gunsten des Arbeitnehmers kompensiert wird. Ein reiner Verzichtvertrag verstösst aber gegen Art.

341 Abs. 1 OR, der bestimmt, dass die Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht auf Forderungen verzichten können, die sich aus unabdingbaren Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben. Falls durch einen Aufhebungsvertrag in unzulässiger Weise Kündigungsschutzbestimmungen umgangen werden, so bleiben die entsprechenden gesetzlichen Ansprüche dennoch erhalten (Portmann, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, N 969; Portmann, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Jusletter vom 20. Januar 2003 Rz 13 ff.).

Die Beklagte sah sich infolge der verschlechterten Arbeitslage veranlasst, der Klägerin zu kündigen. Die Klägerin erhielt dabei nicht mehr, als das Gesetz im Falle einer ordentlichen Kündigung vorsieht, nämlich den Lohn während der Kündigungsfrist. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt daher im Interesse der Beklagten. Als Aufhebungsvertrag könnte eine solche Beendigung nur Bestand haben, wenn ein Interesse der Klägerin an einem Aufhebungsvertrag ersichtlich wäre. Ein solches Interesse ist indessen nicht zu erkennen. Die Klägerin wollte das Arbeitsverhältnis überhaupt nicht beenden, hatte auch keine neue Stelle in Aussicht. Von der Freistellung der Klägerin abgesehen ist kein Vorteil, keine Leistung der Beklagten ersichtlich, die nicht auch bei Kündigung gegeben wäre.

Folglich könnte ein Aufhebungsvertrag nur den Sinn haben, die Klägerin um den Kündigungsschutz während der Schwangerschaft sowie den 16 auf die Niederkunft folgenden Wochen (Art. 336c Abs. 1 lit. c und Abs. 2 OR), um den Lohnfortzahlungsanspruch (Art. 324a Abs. 1 OR bzw. Art. 12.1 des GAV für das Innendekorations- und Sattlergewerbe sowie für den Möbelfachhandel) und die Leistungen der Krankentaggeldversicherung (Art. 12.2 des GAV) zu bringen.

Daher umginge ein Aufhebungsvertrag die zwingenden Bestimmungen über die Sperrfrist bei Schwangerschaft. Selbst wenn also – wie die Beklagte behauptet – die Parteien in vorliegendem Rechtsstreit das Arbeitsverhältnis schon vor der Kündigung durch einen Aufhebungsvertrag beendet hätten, so wäre ein solcher nicht zulässig. Dementsprechend stehen der Klägerin gleichwohl die aus Art. 336c Abs. 2 OR fliessenden Ansprüche zu.»

*(AGer., AN040844 vom 29. März 2005; in der Berufung an das Obergericht bestätigt am 23. November 2005; LA050022. Auf eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht wurde mit Beschluss vom 20. Januar 2006 nicht eingetreten; AA060001. Die Beklagte hat den Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen.)*

#### 15. OR 335b; Annahmeverzug führt zu keiner Verlängerung der Probezeit

Gemäss Vertrag vom 1. September 2004 sollte der Stellenantritt ab Eröffnung des Cafés erfolgen. Der Kläger anerkannte den 11. Oktober 2004 als Eröffnungstag. Am 8. November 2004 wurde dem Kläger gekündigt. Zu einer Arbeitsaufnahme kam es trotz mehrfacher Nachfrage nie. Gemäss L-GAV Gastgewerbe betrug die Probezeit 14 Tage. Sie endete somit am 24. Oktober 2004.

**Aus dem Entscheid:**

«Da der Kläger die Arbeit gar nie aufgenommen hat, stellt sich die Frage, ob die Probezeit überhaupt je zu laufen begonnen hat. Normalerweise fängt die Probezeit erst dann an zu laufen, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich zu arbeiten beginnt, was ihrem Sinn, nämlich der Prüfung der Arbeit entspricht. Die Fälle, bei denen die Probezeit nicht läuft, sind in Art. 335b Abs. 3 OR aufgezählt. Der Annahmeverzug fehlt. Da die genannte Aufzählung abschliessend ist (ZK Staehelin, N 6 zu Art. 335b OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 335b OR) läuft die Probezeit während eines Annahmeverzugs des Arbeitgebers gleichwohl, denn der Arbeitnehmer, der ausschliesslich wegen des Arbeitgebers nicht arbeiten kann, soll nicht schlechter gestellt werden als der arbeitende. Somit erfolgte die Kündigung vom 8. November 2004 ausserhalb der Probezeit, so dass das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist Ende Dezember 2004 endete.»

(AGer.; AN041023 vom 12. Januar 2005)

**16. OR 336; Missbräuchliche Kündigung wegen Rauchallergie**

Der Kläger behauptete, die Kündigung sei die Folge seiner ursprünglichen Klage. Damals ging es ihm um eine rauchfreie Arbeitsumgebung und er forderte ein umfassendes Rauchverbot. Die Beklagte hatte ihm einige Zeit nach Ablauf der 90-tägigen Sperrfrist mit der Begründung gekündigt, sie habe einen besseren (voll einsatzfähigen) Versuchsmechaniker gefunden, der nicht dauernd fehle.

**Aus dem Entscheid:**

«Die Berufung auf die lange Arbeitsunfähigkeit des Klägers könnte der Beklagten dann verwehrt werden, wenn sie selbst nichts unternommen hätte, um den Kläger vor Rauchimmissionen zu schützen, denn in diesem Fall hätte sie selbst den Zustand geschaffen, der den Kläger die Stelle kostete.

Der in Art. 6 des Arbeitsgesetzes verankerte Gesundheitsschutz wird durch den Nichtraucherschutz in Art. 19 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz konkretisiert, wonach der Arbeitgeber im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten dafür zu sorgen hat, dass die Nichtraucher nicht durch das Rauchen anderer Personen belästigt werden. Der Nichtraucher ist demnach nicht vor der Schädigung seiner Gesundheit geschützt, sondern bereits vor der blossen Belästigung. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass der Schutz nach den betrieblichen Möglichkeiten auch umgesetzt werden kann.

Die Beklagte hat nie bestritten, dass der Kläger unter den Rauchimmissionen litt und er aufgrund der dadurch verursachten Beschwerden verschiedentlich arbeitsunfähig war. Das wurde durch den Geschäftsführer sowie Angestellte anlässlich der Beweisverhandlung zum Teil auch bestätigt.

Gemäss übereinstimmenden Aussagen der Parteien befand sich der Arbeitsplatz des Klägers im Labor (bestehend aus zwei Werkstätten und Büroarbeitsplätzen)

im zweiten Geschoss des Gebäudes. Das Labor liegt eine Etage tiefer als die übrigen Geschäftsräume der Beklagten. Der Kläger nahm an den einmal wöchentlich stattfindenden Sitzungen im Sitzungszimmer im dritten Geschoss teil. Während seiner Probezeit wurde in der Werkstatt auf Wunsch des Klägers hin ein Rauchverbot erlassen. Zudem brachte der Kläger an der Toilettentür selbst ein Rauchverbotsschild an, welches für ihn indessen nicht den erhofften Erfolg zeitigte, nach Aussage der Beklagten jedoch grundsätzlich respektiert wurde. Im Sitzungszimmer durfte während der wöchentlichen Sitzungen nicht geraucht werden. Der Kopierraum und die Küche im dritten Geschoss waren mit Rauchverbotsklebern gekennzeichnet. X., der ehemalige direkte Vorgesetzte des Klägers, erwähnte den rauchfreien Arbeitsplatz des Klägers. Y., Geschäftsführer der Beklagten, sagte, dass der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit mit der Entwicklung zu kommunizieren hatte, wo zwar kein Rauchverbot geherrscht, jedoch niemand geraucht habe. Zudem habe man festgestellt, dass externe Mitarbeiter bei gewissen Versuchen im Labor geraucht hätten, was dann jedoch unterbunden worden sei. Die mit einem Antirauchschild gekennzeichnete Toilette sei rauchfrei gewesen. Z., Personalverantwortliche bei der Beklagten, bestätigte ebenfalls den rauchfreien Arbeitsplatz des Klägers und fügte an, dass generell nur im Treppenhaus, im Büro des Geschäftsführers und im Aufenthaltsraum geraucht worden sei. Das Sitzungszimmer sei hingegen rauchfrei gewesen. F., ein Maschinenmechaniker und ehemaliger Arbeitskollege des Klägers, führte zuerst aus, dass in der Firma der Beklagten ein freiwilliges Rauchverbot und in der Küche ein offizielles mit Kleber gekennzeichnetes Rauchverbot bestehe. Er fügte hinzu, dass in Büros von Nichtrauchern nicht geraucht werde und die Toilette mit einem Hinweisschild als rauchfreie Zone gekennzeichnet sei, sowie dass weder im Sitzungszimmer noch im Versuchslabor geraucht worden und dies auch nicht erlaubt gewesen sei.

Insgesamt bestätigten die Zeugen all jene Zonen der Geschäftsräumlichkeiten als rauchfrei, in denen tatsächlich auch nicht geraucht werden durfte und auch nicht geraucht wurde (Labor, Sitzungszimmer während der Sitzungen, Kopierraum, Küche). Umstritten ist einzig, wie genau das Rauchverbot in der Toilette eingehalten wurde. Seitens der Beklagten ist anerkannt, dass im Aufenthaltsraum geraucht wurde und nicht bestritten, dass die Gänge, das Lager und das Sitzungszimmer (wo zwar während der Sitzungen nicht geraucht werden durfte) rauchbelastet waren, da gemäss Aussage des Klägers «alles offen» war.

Die Beklagte hat als Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 ArG und Art. 19 ArGV 3 nicht verletzt, da sie dafür besorgt war, dass nicht nur am Arbeitsplatz ihres Arbeitnehmers, sondern auch in den weiteren Räumlichkeiten, die er für die Verrichtung seiner Arbeit aufzusuchen hatte, nicht geraucht werden durfte. Wenn sie auf die lange krankheitsbedingte Abwesenheit des Klägers reagierte, so nutzte sie nicht einen selbst geschaffenen Zustand aus.

Die Beklagte kündigte deswegen, weil sie einen voll einsetzbaren Mitarbeiter brauchte, was nicht missbräuchlich ist. Das lange Fehlen des Klägers am Arbeitsplatz kann nicht auf die Untätigkeit der Beklagten beim Nichtraucherschutz zurückgeführt werden, sondern ist eine Folge der Allergie. Man muss davon ausgehen, dass die Klage des Klägers auch einen Beitrag zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses leistete, denn

die Beklagte hat sich auch wegen der Klage nach anderen Kandidaten umzusehen begonnen. Die Frage ist, welcher Grund letztlich den Ausschlag für die Kündigung gegeben hat. Wäre das die Klage des Klägers gewesen, so hätte die Beklagte wohl noch im März gekündigt, da dies nach Ablauf der Sperrfrist ohne weiteres möglich gewesen wäre. Sie hat aber mit der Kündigung zugewartet, bis sie für den Kläger einen Nachfolger gefunden hatte. Somit stand für sie wohl die Aufarbeitung von Pendenzen im Labor im Vordergrund und nicht die Forderung des Klägers nach Massnahmen gegen das Rauchen.»

*(AGer., AN030167 vom 19. April 2005; das Obergericht bestätigte in der erhobenen Berufung den Entscheid des AGer. am 5. September 2005; LA050029. Das angerufene Bundesgericht hat den Fall mit Entscheid vom 8. Februar 2006 an das Obergericht zurückgewiesen um abzuklären, ob der Arbeitgeber allenfalls noch weitere Massnahmen hätte ergreifen müssen; 4C.354/2005.)*

### 17. OR 336; Missbräuchliche Änderungskündigung

Als die Klägerin eine ab sofort geltende Vertragsänderung zu ihren Ungunsten nicht akzeptierte, wurde sie entlassen. Der Klägerin betrachtete dieses Vorgehen des Beklagten als missbräuchlich.

#### Aus dem Entscheid:

«Eine Änderungskündigung kann sich nur unter bestimmten Voraussetzungen als missbräuchlich erweisen und unter die Regelung von Art. 336 OR fallen. Kündigt ein Arbeitgeber, weil sich der Arbeitnehmer weigert, einer zukünftigen, unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist vorgeschlagenen Änderung des Arbeitsvertrages beizupflichten, ist die Kündigung nicht als missbräuchlich zu betrachten (Geiser, Schutz vor missbräuchlicher Kündigung im Arbeitsvertragsrecht, in ZBJV, Bd. 129, S. 758). Demgegenüber sehen die Gerichte, die eine Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung im Allgemeinen verneinen, den Tatbestand der Missbräuchlichkeit als gegeben, wenn damit ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder gar rückwirkend eine Änderung der Arbeitsbedingungen erzwungen werden soll (Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 2. September 1989, in SJZ 87/1991 S. 304 f. E. 4; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 11. September 1989, in JAR 1992 S. 239).

Der Beklagte hat das richtige Vorgehen nicht eingehalten. Er hat nicht etwa eine Änderungskündigung ausgesprochen und die Kündigungsfristen eingehalten, sondern die Klägerin aufgefordert, entweder per sofort geltende Vertragsänderungen zu akzeptieren oder zu gehen. Nachdem sie das Angebot nicht angenommen hat, hat der Beklagte gekündigt. Der Beklagte wollte damit ohne Einhaltung der Kündigungsfrist per sofort eine Änderung der Arbeitsbedingungen erzwingen. Das Gespräch, anlässlich welchem die Kündigung ausgesprochen worden sein soll, fand unter vier Augen statt. Es sprechen aber genügend Indizien dafür, dass in besagtem Gespräch die Kün-

digung ausgesprochen wurde, weil die Klägerin nicht bereit war, einen befristeten bzw. zu ihren Ungunsten modifizierten Vertrag per sofort zu unterschreiben.

Aufgrund des abgeschlossenen Vertrages konnte die Klägerin eine Kündigungsfrist von zwei Monaten beanspruchen; es hätte ihr mithin am 11. Juni 2004 erst per Ende August 2004 gekündigt werden können. Der Beklagte selbst bestätigte, dass die Besprechung vom 11. Juni 2004 den Abschluss eines bis Ende Juli 2004 befristeten Vertrages beinhaltete, allenfalls eines Vertrages mit einer bloss einmonatigen Kündigungsfrist, womit das gleiche Ziel hätte erreicht werden können, nämlich die Klägerin per Ende Juli 2004 zu entlassen. Der Beklagte erwartete mithin die Zustimmung der Klägerin zu einem Vertrag, mit welchem sie ihrer längeren Kündigungsfrist gemäss Vertrag vom 5. Januar 2004 verlustig gegangen wäre. Der Sache nach ging es damit nicht um eine korrekte Änderungskündigung, nämlich einer Beendigung des Anstellungsverhältnisses aufgrund der zweimonatigen Kündigungsfrist gemäss dem zwischen den Parteien massgebenden Vertrag unter Offerierung neuer (ungünstiger) Vertragsbedingungen, sondern um das Erwirken einer sofortigen, für die Klägerin nachteiligen Vertragsänderung.

Wiederum der Beklagte selbst bestätigte, dass die Klägerin mit dem per Ende Juli befristeten Vertrag nicht einverstanden gewesen sei, weshalb sie dann wohl nicht mehr gearbeitet habe. Damit steht einerseits fest, dass die Klägerin das unkorrekte Vorgehen zurückwies. Andererseits stellt der Beklagte selbst die Kausalität zwischen der ablehnenden Haltung der Klägerin und ihrem späteren Nichterscheinen fest. Erwiesen ist aber nach dem Gesagten, dass der Beklagte die Klägerin von einem weiteren Erscheinen dispensierte. Es muss daraus der Schluss gezogen werden, dass die Weigerung der Klägerin, den ihre vertragliche Kündigungsfrist verletzenden, befristeten Vertrag zu unterzeichnen, zur Kündigung des Beklagten führte.

Die Arbeitgeberkündigung erweist sich daher im Lichte von Art. 336 Abs. 1 lit. d insofern als rechtsmissbräuchlich, weil sie erfolgte, da die Klägerin eine ihre vertraglichen Ansprüche verletzende umgehende Änderung der Vertragsbedingungen nicht akzeptiert hat.»

Das Gericht sprach der Klägerin in der Folge einen Monatslohn als Entschädigung zu.

*(AGer., AN040900 vom 17. November 2005)*

### 18. OR 336; Ständige Opposition am Arbeitsplatz

Der Kläger war von 1983 bis 2002 in der Speditionsabteilung, zuletzt als Teamchef, für die Beklagte tätig. Die Kündigung wurde mit fehlender Akzeptanz gegenüber den Vorgesetzten, nicht Folge leisten von Anweisungen sowie herablassende und beleidigende Äusserungen über die Beklagte begründet. Der Kläger betrachtete diese Kündigung als missbräuchlich.

#### Aus dem Entscheid:

Das Arbeitsgericht prüfte die verschiedenen Vorwürfe der Beklagten (auszugsweise):

## 1. Intrigen

## a. Mitarbeiter A.

Im Frühjahr 2002 wollte die Beklagte im Bereich des Klägers Kosten senken. Eine Mitarbeiterin aus dem Rechnungswesen sollte auch in der Spedition ein Teilpensum übernehmen, wogegen sich der Kläger sträubte. Im weiteren Verlauf entliess die Beklagte zwei Mitarbeiter, was der Kläger in seinem Memo vom 23. Juli 2002 einer harten Kritik unterzog. Der Kläger wollte, dass die beiden Kündigungen rückgängig gemacht werden und dass man, wenn schon Personal reduziert werden musste, Herrn A. entlässt. Am 28. August 2002 bekam der Kläger eine Antwort auf sein Memo. Er wurde aufgefordert, A. zu qualifizieren, damit man ihn wegen mangelnder Teamfähigkeit mahnen könne.

Darauf hat der Kläger am 30. August 2002 den Mitarbeiter A. vernichtend qualifiziert. Die Qualifikation enthält keine einzige positive Feststellung. Dass A. damit überhaupt nicht einverstanden war, verwundert daher nicht. Der Kläger meint, die Beklagte habe A. eine fertige Erklärung vorgelegt und diese unterzeichnen lassen. Ob dem so war, kann dahingestellt bleiben, denn A. hat bereits auf der Qualifikation selbst seinen Widerspruch vermerkt und sie auch nicht unterzeichnet. An seinem Widerspruch ist daher nicht zu zweifeln.

A. wurde bereits früher, am 6. Februar 2002 für 2001 qualifiziert und zwar von B., dem Vorgesetzten des Klägers. Diese Qualifikation ist etwas freundlicher gehalten. A. sagte anlässlich dieses Gesprächs, er sehe Verbesserungspotential im Arbeitsbereich des Klägers. Diese Qualifikation und die Stellungnahme A.'s wurden dem Kläger am 5. September 2002 gezeigt. Der Kläger beanstandet in seiner Antwort, dass B. die Qualifikation vornahm. Zur Stellungnahme A.'s sagt er nur, er komme sich vor wie in einem Kindergarten. Eine Stellungnahme hätte sich umso mehr aufgedrängt, als A. dem Kläger zum Vorwurf macht, er habe auf seine Religionszugehörigkeit nicht genügend Rücksicht genommen.

Klar ist aber in jedem Fall, dass der Kläger A. opfern wollte, um die beiden entlassenen Mitarbeiter vor dem ihnen zugedachten Schicksal zu retten.

## b. Frau S.

Frau S. ist die Mitarbeiterin aus dem Rechnungswesen, welche das Teilpensum in der Spedition hätte übernehmen sollen. Der Kläger war, wie gesagt, dagegen. Statt dessen reduzierte er das Pensum seines Mitarbeiters E. Es fällt auf, dass der Kläger nirgends einen Grund für seinen Widerstand gegen Frau S. nennt. Auch in seinem Memo vom 23. Juli 2002 stellte er die Sache so dar, wie wenn die Entscheidung, Frau S. nicht in der Spedition zu beschäftigen, allein bei ihm läge.

## 2. Überstunden

Hier geht es um eine Bagatelle. Der Kläger hat am 9. März 2001 einen Ausschluss der Überstundenvergütung unterzeichnet und offenbar trotzdem für den April 2001 Überstunden geltend gemacht. Die naheliegende Reaktion der Beklagten war eine

Ablehnung dieses Anspruchs. Es fällt schwer, zwischen diesem Vorgang und der Kündigung eineinhalb Jahre später einen Bezug herzustellen.

## 3. Mitsprache bei Personalentscheiden

Der Kläger geht davon aus, er habe ein Mitsprache- und Mitbestimmungsrecht bei Personalentscheiden. Das ist so nicht richtig. Die Beklagte darf ihre Personalentscheidungen auch im Bereich des Klägers ohne ihn treffen. Ein partizipativer Führungsstil ist zwar gerade in grösseren Betrieben von Vorteil; eine Verpflichtung dazu besteht aber nicht. Der Kläger ist nicht in der Lage, seine Behauptung, ein Mitspracherecht sei ihm vertraglich eingeräumt worden, mit einer Vertragsbestimmung zu belegen. Die Beklagte begeht daher keine Rechtsverletzung, wenn sie z.B. den Mitarbeitern X. und Y. kündigt, ohne vorher das Placet des Klägers einzuholen. Sie hätte ihre Entscheidung, Frau S. auch in der Spedition zu beschäftigen, durchsetzen können, zumal keine Gründe ersichtlich sind, die gegen diesen Einsatz sprechen.

Es ist auch falsch, dass man den Kläger bei A. ins offene Messer habe laufen lassen. Es war der Kläger, der in seinem Memo vom 23. Juli 2002 A. als nicht teamfähig und nicht weiter tragbar bezeichnete. Dass die Beklagte unter diesen Umständen eine Qualifikation verlangte, ist nachvollziehbar. Die Qualifikation vom Februar 2002 hat mit diesem Vorgang überhaupt nichts zu tun, denn diese betrifft das Jahr 2001.

## 4. Der Auslöser der Kündigung

Aufgrund der Zeitfolge ist in der Tat anzunehmen, dass die Beklagte nach der Qualifikation von A. genug vom Kläger hatte. Das ist aber auch nicht zu beanstanden, denn in den rund 6 Monaten vor der Kündigung hat sich der Kläger bei mehreren Personalentscheiden quergestellt. Statt Frau S. zu akzeptieren, reduzierte er das Pensum von E. Die Entlassung von X. und Y. wollte er mit jener von A. verhindern. Dass die Beklagte da nicht mehr mitmachen wollte, ist nachvollziehbar.»

Das Arbeitsgericht wies die Klage in der Folge ab.

*(AGer.; AN031129 vom 10. Februar 2005; das Obergericht bestätigte den Entscheid am 19. Januar 2006; LA050017. Eine Berufung ist noch am Bundesgericht hängig.)*

**19. OR 336c; Arbeitsangebot bei Verlängerung der Kündigungsfrist wegen Sperrfrist**

Im Beweisverfahren ergab sich, dass die Kündigung dem Kläger am 27. oder 28. Februar 2004 zugestellt wurde und somit auch gestützt auf das Arztszeugnis gültig war.

**Aus dem Entscheid:**

«Da die Beklagte die krankheits- bzw. unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers

vom 1. bis 22. März 2004 anzweifelt, muss der Kläger diese beweisen. Der Kläger reichte als Beweismittel die bereits oben erwähnte ärztliche Bestätigung seines Hausarztes ein. Ob diese Bestätigung alleine genügt, um den Beweis der Arbeitsunfähigkeit zu erbringen kann – wie sich später zeigen wird – offen bleiben. Angenommen, der Kläger könnte die Abwesenheit vom 1. bis 22. März 2004 beweisen, würde sich die Kündigungsfrist um diese 22 Tage vom 31. Mai 2004 auf das Ende des folgenden Monats, also den 30. Juni 2004 verlängern.

Wird ein Arbeitsverhältnis aufgrund von Art. 336c Abs. 2 OR erstreckt, so bestehen die bisherigen vertraglichen und gesetzlichen Rechte und Pflichten der Parteien unverändert fort. Der Arbeitnehmer ist nach wiedererlangter Arbeitsfähigkeit zur Leistung von Arbeit und der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohns verpflichtet. Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug (Art. 102 ff. OR). Der Arbeitgeber kann diesfalls für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn nach Art. 82 OR verweigern (BGE 115 V 437 E. 5; Brühwiler, a.a.O., Art. 324, N 3).

Der Kläger macht geltend, er habe bis am 30. Mai 2004 für die Beklagte gearbeitet und für den Monat Juni 2004 der Beklagten kein Arbeitsangebot gemacht; es habe ihn auch niemand danach gefragt. Er habe ihr nie mitgeteilt, dass er im Juni hätte arbeiten wollen. Bei den Akten liegt zudem ein Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 4. Mai 2004, in dem jener auf dem 31. Mai 2004 als letzten Arbeitstag beharren will.

Damit ist erstellt, dass der Kläger im Juni 2004 die Arbeit bei der Beklagten nicht mehr angetreten hat und der Beklagten auch seine Dienste nicht angeboten hat. Der Kläger ist deshalb mit der Arbeitsleistung in Verzug geraten. Der sinngemässe Einwand des Klägers, dass er nicht zur Arbeit aufgefordert wurde, ist unbehelflich. Ein Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug, wenn er es unterlässt den Arbeitnehmer aufzufordern, seine Arbeit während des nach Art. 336c Abs. 2 verlängerten Arbeitsverhältnisses weiterzuführen (BGE 115 V 437 E. 6).

Demzufolge schuldet die Beklagte dem Kläger trotz Verlängerung der Kündigungsfrist bis zum 30. Juni 2004 für den Juni 2004 mangels Arbeitsangebots keinen Lohn.»

*(AGer., AN040963 vom 8. Dezember 2005; der Entscheid wurde im Berufungsverfahren am 30. Januar 2006 bestätigt; LA050066).*

## 20. OR 337; Car-Chauffeur ohne gültigen Führerausweis

Der Kläger bewarb sich für eine Stelle als Car-Chauffeur der Kategorie D. Nach einer ersten Fahrt gab es seitens der Gäste viele Reklamationen und es stellte sich heraus, dass der Kläger über keinen entsprechenden Führerausweis verfügte.

### Aus dem Entscheid:

«Falsche Angaben bei der Stellensuche über Fähigkeiten, Examen und Ausbildungsgänge stellen einen wichtigen Grund dar, sofern die zugewiesene Stelle auf die behaupteten Fähigkeiten Bezug nahm.

Fraglich ist vorliegend zunächst, ob der Kläger durch das Verschweigen der Tatsache, dass er nicht über einen schweizerischen Führerausweis der Kategorie D verfügte, eine solche falsche Angabe machte. Dies konnte er durch Schweigen nur, wenn ihn eine entsprechende Mitteilungs- oder Auskunftspflicht traf und er diese verletzte.

Bei einem Einstellungsgespräch muss der Arbeitnehmer alles von sich aus offenbaren, was ihn zur Übernahme der Stelle als ungeeignet erscheinen lässt. Falls der Arbeitnehmer dies unterlässt, verletzt er seine im Rahmen der Bewerbung bestehende Mitteilungspflicht. Bereits vor Vertragsschluss, d.h. im Stadium der Vertragsverhandlungen, trifft den Arbeitnehmer eine vorvertragliche Treuepflicht (Rehbinder, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, in: Mängel des Arbeitsvertrages, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Hrsg: Rehbinder, Heft 20, S. 82 f.). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass ein Bewerber nur das Fehlen verkehrswesentlicher Eigenschaften und Fähigkeiten von sich aus dem Arbeitgeber mitteilen muss. In der Regel besteht somit nur dann eine Mitteilungspflicht für den Bewerber, wenn dieser für die betreffende Stelle absolut ungeeignet ist. Das ist der Fall, wenn er die fragliche Arbeitsleistung mangels entsprechender Fähigkeiten überhaupt nicht erbringen kann.

Anlässlich der Hauptverhandlung wurde festgestellt, dass der Kläger über keinen gültigen Fahrausweis für gewerbliche Fahrten in der Schweiz verfügt. Dies bestätigte er auch anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung. Aus Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. b der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr ergibt sich, dass in der Schweiz das berufsmässige Führen eines in der Schweiz immatrikulierten Motorfahrzeuges der Kategorie D einen schweizerischen Führerausweis der Kategorie D erfordert. Über einen solchen verfügte der Kläger jedoch nicht. Der Erwerb eines solchen Ausweises wäre dem Kläger auch nicht ohne weiteres möglich gewesen, setzt dieser doch zumindest eine theoretische Prüfung voraus, welche auch eine gewisse Vorbereitung erfordert (Art. 44 Abs. 3 der Verordnung; In der Regel ist zusätzlich eine Kontrollfahrt erforderlich. Von dieser sind Personen mit einem gültigen kanadischen Führerausweis jedoch befreit). Beim Führerausweis handelt es sich um eine verkehrswesentliche Eigenschaft, da ohne einen solchen kein Fahrzeug geführt werden darf (Art. 10 SVG).

Der Kläger verletzte somit seine Mitteilungspflicht, weshalb sein Schweigen einer falschen Angabe gleichzustellen ist und somit einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung darstellt (Richtigerweise wäre in einem solchen Fall der Vertrag zwar unter Berufung auf einen Willensmangel sofort aufzulösen).»

*(AGer.; AN050378 vom 8. Dezember 2005)*

## 21. OR 337; Falsche Angaben über die Gesundheit

Der Kläger war als Sicherheitsagent für die Beklagte tätig. Als sich die Reklamationen häuften und die Beklagte aufgrund eines Arztszeugnisses Kenntnis erhielt, dass er in psychischer Behandlung war, konsultierte sie den bei Vertragsschluss auszufüllenden Gesundheitsfragebogen. Dabei stellte sich heraus, dass er wahrheitswidrig weder ange-

geben hatte, dass er regelmässig Medikamente zu sich nimmt, noch, dass er vor (während und nach) der Anstellung regelmässig in ambulanter und stationärer Behandlung in einem Psychiatrie-Zentrum gewesen war. Hierauf wurde der Kläger fristlos entlassen.

#### Aus dem Entscheid:

«Schliesslich kann auch ein Einfluss der psychischen Probleme des Klägers auf die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben nicht ausgeschlossen werden, sei es auch nur indirekt und im Zusammenhang mit der deswegen nötigen medikamentösen Behandlung. Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang zu Recht geltend, dass der Kläger sich um eine Stelle in der Sicherheitsbranche beworben hat und in diesem Bereich andere Anforderungen an die Angestellten zu stellen sind, als beispielsweise an einen Lagermitarbeiter. Der Kläger musste auf seinen Touren abends bis zu 200 Kilometer mit einem Fahrzeug zurücklegen und war eigenverantwortlich für das Schliessen der Lokalitäten des Kunden und damit für dessen Sicherheit zuständig. Das alleine berechtigt schon zur Frage, ob ein Arbeitnehmer, der an psychotischen Erkrankung leidet, seit rund drei Jahren regelmässig betreut wird und regelmässig mit einem Medikament behandelt werden muss, dessen Einnahme zu einer eingeschränkten Fahrtüchtigkeit führen kann, die geeignete Person für die Stelle bei der Beklagten ist.

Das muss umso mehr gelten, wenn in Betracht gezogen wird, dass der Kläger offenbar entgegen der ärztlichen Anweisung, Solian täglich zu nehmen, mehr oder weniger selbständig entscheidet, wann und wie oft er das Medikament einnimmt. Es liegt auf der Hand, dass diese Selbstmedikation gesundheitsbedingte Ausfälle des Klägers fördert und sie sehr wahrscheinlich macht. Der Kläger selbst führte wiederholt aus, er nehme das Medikament um arbeitsfähig zu sein, was umgekehrt aber nur bedeuten kann, dass bei der Nichteinnahme oder Einnahme in anderen, als den vorgeschriebenen Dosen über kurz oder lang mit der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit gerechnet werden muss. Das wird auch dadurch verdeutlicht, dass er im Oktober 2004 offenbar an Muskelkrämpfen litt, die die Wiederaufnahme der Therapie nötig machten, mithin lässt sich auch seine Fahrunfähigkeit im Februar 2005 in den Zusammenhang zu seinen psychischen Problemen stellen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger an vorbestehenden, langjährigen und nach wie vor aktuellen psychischen Problemen leidet, die eine anhaltende therapeutische und medikamentöse Behandlung notwendig machen. Insbesondere auch im Zusammenhang mit der dadurch indizierten Einnahme des Neuroleptikas Solian, stellen sie die Eignung des Klägers, eine Stelle als Sicherheitsmitarbeiter auszuführen in Frage und machen eine damit einhergehende Beeinträchtigung der zu erfüllenden Aufgaben mehr als wahrscheinlich.

Somit traf den Kläger nicht nur eine Auskunftspflicht, die verlangt hätte, dass er die konkrete Frage nach der regelmässigen Einnahme von Medikamenten auf dem Fragebogen mit ja beantwortet. Vielmehr bestand die Pflicht, die Beklagte von sich aus auf seine gesundheitlichen Probleme aufmerksam zu machen. Indem er das unterliess, verschwieg er der Beklagten bei Vertragsabschluss Umstände, die ihn für die Stelle ungeeignet erscheinen lassen und die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben mit grosser Wahrscheinlichkeit in Frage stellen.

Damit durfte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 9. März 2005 fristlos auflösen, weshalb weder der Kläger noch die Klägerin (Arbeitslosenkasse) Ansprüche nach dem 9. März 2005 gegen die Beklagte geltend machen können und die Klagen vollständig abzuweisen sind.

Auf die Frage, ob der Arbeitsvertrag für die Beklagte wegen absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 OR unverbindlich ist, muss somit nicht mehr eingegangen werden.»

(AGer.; AN050402 vom 21. Juli 2005)

## 22. OR 337; Verwertung illegal abgehörter Telefongespräche als Beweismittel?

Der Kläger wurde nach der Kündigung freigestellt und während der Freistellung fristlos entlassen. Zum Beweis der behaupteten Treuepflichtverletzungen (Verleumdungen) durch den Kläger reichte die Beklagte u.a. Aufzeichnungen von privaten Telefongesprächen des Klägers ein, da bei der Beklagten alle Telefongespräche aufgezeichnet werden.

#### Aus dem Entscheid:

«Grundsätzlich dürfen Telefongespräche mit geschäftlichem Inhalt im Rahmen von Art. 328 b Satz 1 OR, also soweit sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind, aufgezeichnet werden. In diesem Sinne ist es zulässig, den Gesprächsinhalt zu Beweiszwecken, z. B. wenn der Arbeitnehmer telefonisch Aufträge von Kunden entgegennimmt, aufzuzeichnen. Die neue Fassung von Art. 179quinquies StGB stellt dies klar. Die Aufzeichnung der geschäftlichen Telefongespräche der Mitarbeiter der Beklagten ist demnach, da sie zwecks genauer Erfassung der Kundeninstruktionen und damit zu Beweiszwecken erfolgten, als zulässig zu betrachten.

Die Aufzeichnung privater Telefongespräche ist hinsichtlich Art. 328 b Satz 1 OR grundsätzlich unzulässig (Riesselmann, R., Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich 2001, S. 114). Sie ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn es den Mitarbeitern ausdrücklich untersagt ist, vom geschäftlichen Telefon aus private Gespräche zu führen, oder wenn technisch oder organisatorisch in unmissverständlicher Weise zwischen privaten und geschäftlichen Telefongesprächen unterschieden werden kann. Wenn eine Unterscheidung der geschäftlichen von den privaten Gesprächen nicht möglich ist, kann die Gefahr einer Abhörung oder Aufzeichnung privater Gespräche im Rahmen einer Leistungs- oder Sicherheitskontrolle des geschäftlichen Telefonverkehrs dadurch verhindert werden, dass die betroffenen Mitarbeitenden und Gesprächsteilnehmenden vorgängig über die genaue Kontrollperiode und ihre Dauer informiert werden. Die Dauer der Kontrollperiode hat sich dabei auf das Notwendige zu beschränken (Baumann, Die Aufzeichnung geschäftlicher Telefongespräche von Mitarbeitenden, in: AJP 2002, S. 911 ff. mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf die Merkblätter der Arbeitsgruppe der Datenschutzbeauftragten der Kantone/Eidg. Datenschutzbeauftragter, abgedruckt in JAR 2001, S. 105 ff.).

In casu war es dem Kläger weder verboten, vom geschäftlichen Telefon aus private Gespräche zu führen, noch konnte technisch oder organisatorisch in unmissverständlicher Weise zwischen privaten und geschäftlichen Telefongesprächen unterschieden werden. Die Aufzeichnung der privaten Telefongespräche des Klägers durch die Beklagte ist daher als widerrechtlich zu betrachten, weil sie eine unzulässige Verhaltensausforschung darstellt.

Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit diese widerrechtlich erlangten Aufzeichnungen als Beweismittel zugelassen werden können. Grundsätzlich gibt es kein Verbot der Verwertung illegal erlangter Beweise im Zivilprozess. Vielmehr ist im Einzelfall die Schwere der Beschaffungshandlung gegen das Beweisführungsinteresse abzuwägen (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, a.a.O. N 6 zu vor § 133 ff.).

In casu gibt es keine Argumente dafür, dass das Beweisführungsinteresse der Beklagten die Schwere der Beschaffungshandlung überwiegen würde. Der Umstand allein, dass die Aufzeichnungen bereits vorhanden sind, rechtfertigt deren Zulassung als Beweismittel nicht. Man kann sich im Gegenteil sogar fragen, ob die Beklagte nicht das Gespräch vom 15. April 2003 mitverursacht hat, weil sie am Tag davor den Kläger darum gebeten hat, seine Schuld aus dem Optionskaufvertrag sicherzustellen. Der Kläger sollte demnach in gekündigtem Arbeitsverhältnis etwa einen dreifachen Jahreslohn sicherstellen und dies für den Kauf von Optionen, deren Werthaltigkeit nicht gesichert ist. Dass der Kläger unter diesen Umständen die Contenance verliert, ist nachvollziehbar.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass Aussagen in privaten Unterhaltungen relativ schwache Indizien für eine Tat sind, die Monate später angeblich begangen worden sein soll. Auch aus diesem Grund überwiegt das Interesse des Klägers an seiner Privatsphäre das Beweisführungsinteresse der Beklagten. Die Aufzeichnungen der Telefongespräche des Klägers sind daher als Beweismittel nicht zuzulassen.»

(AGer., AN031076 vom 27. Juni 2005; aus einem Zwischenentscheid)

### 23. OR 337d; Kein Schadenersatz bei beidseitigem Verschulden

Bei der Arbeitgeberin gab es durch Firmenkäufe, Umstrukturierungen usw. erhebliche Änderungen, welche zu Veränderungen in den Aufgabengebieten, Kompetenzen und Einflussnahme der Geschäftsführung der Kläger führten. Nachdem sie sich mit der Geschäftsleitung nicht über entsprechende Anpassungen einigen konnten, kündigten sie die während fünf Jahren unkündbaren Verträge fristlos auf. Das Gericht stellte allerdings fest, dass diese Auflösungen verspätet erfolgten.

#### Aus dem Entscheid:

«Die Beklagte verlangt als sog. entgangenen Gewinn den für sie nicht erzielten Gewinn wegen des Wegfallens der Arbeitskraft der Kläger. Sie stützt sich dabei auf Art. 337d OR. Die Kläger werden grundsätzlich nach dieser Bestimmung schadenersatzpflichtig, wobei bezüglich der Schadensberechnung analog auf Art. 337b OR abgestellt werden kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 337d OR). Art. 337b

Abs. 2 OR ermöglicht dem Richter, die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen zu regeln, wenn keine der Parteien die fristlose Auflösung schuldhaft herbeigeführt hat oder wenn beide Parteien gleicherweise ein Verschulden trifft. Von diesem Ermessen ist vorliegend Gebrauch zu machen. Die Parteien und ihr vorerst fünfjähriges Vertragsverhältnis sind von den Ereignissen um die Firmenzukäufe und die Neustrukturierung überrollt worden. Die getroffene Regelung in den Arbeitsverträgen hätte einer Änderung oder einer einvernehmlichen vorzeitigen Auflösung dieser Verträge bedurft. Die Kläger hätten gerechtfertigte Gründe zur fristlosen Auflösung gehabt, haben diese jedoch zu spät ausgesprochen. Indem die Kläger wegen der fehlenden Rechtzeitigkeit der fristlosen Kündigung keinen Anspruch für Lohnforderungen ab 28. Oktober 1998 mehr haben, übernehmen sie bereits einen Teil des allfälligen Schadens. Umgekehrt ist auch die Beklagte zur Schadenstragung heranzuziehen, hat sie sich doch mit ihrem unnachgiebigen und vertragswidrigen Verhalten der notwendigen Problemlösung verschlossen. Es erscheint daher als angemessen, die Schadenersatzklage der Beklagten auch aus materiellen Gründen abzulehnen, während die Kläger ihre Ansprüche ab 28. Oktober 1998 selber zu übernehmen haben.»

(AGer., AN000975 vom 31. März 2005; eine Berufung ist noch hängig.)

### 24. OR 340c; Wegfall des Konkurrenzverbotes bei Lohneinbussen

Die Arbeitnehmerin (Beklagte) kündigte das Arbeitsverhältnis u.a. wegen massiven Lohneinbussen, weshalb zu prüfen war, ob deshalb das Konkurrenzverbot dahingefallen ist.

#### Aus dem Entscheid:

«Ein gültiges Konkurrenzverbot fällt ferner dahin, wenn der Arbeitnehmer aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass das Arbeitsverhältnis auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Dabei ist der begründete Anlass nicht mit dem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR gleichzusetzen; vielmehr genügt schon das Bestehen eines erheblichen Kündigungsmotivs. Als Beispiele genannt werden unter anderem eine massive Lohneinbusse sowie ein generell schlechtes Betriebsklima (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 340c; BGE 130 353, E. 2.2.1, S. 359, mit weiteren Verweisen). Auch vom Arbeitgeber unverschuldete Umstände, die gemäss Art. 324 OR zum Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers gehören, können grundsätzlich im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ein vom Arbeitgeber zu verantwortender und für den Arbeitnehmer begründeter Anlass zur Kündigung sein (Brühwiler, a.a.O., N 3 zu Art. 340c OR; Staehelin/Vischer, ZK, N 7 zu Art. 340c OR).

Der Rechtsvertreter der Beklagten führte anlässlich der Hauptverhandlung aus, die massive Lohneinbusse der Beklagten in den letzten neun Monaten vor der Kündigung stelle ein begründeter Anlass für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR dar. Als weitere begründete Anlässe zur Kündigung

zu qualifizieren seien die durch die unsichere Situation bezüglich der Einkommenssituation verursachten psychischen Gesundheitsstörungen der Beklagten, das schlechte Betriebsklima, die Spannungen in der Geschäftsleitung und der massive Abbau von Arbeitsplätzen sowie die finanziell immer bedrohlicher werdende Situation der Klägerin. Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines begründeten Anlasses zur Kündigung, insbesondere eines solchen, den die Klägerin zu verantworten habe.

Die Beklagte erzielte 2002 einen Bruttolohn von Fr. 111'058.--, d.h. durchschnittlich Fr. 9'254.85 pro Monat. 2003 betrug ihr Bruttolohn Fr. 65'841.--, d.h. durchschnittlich Fr. 5'486.75 pro Monat. Sie erlitt somit eine Lohneinbusse von 40,7 Prozent. Berücksichtigt man nur die Monate Januar 2003 bis September 2003, d.h. die Zeit vor der Kündigung, betrug der Bruttolohn der Beklagten durchschnittlich Fr. 4'467.50, d.h. sogar 51,7 Prozent weniger als der durchschnittliche Monatslohn im Jahr 2002. Diese massive Lohneinbusse war die Folge des Marktzusammenbruchs, welcher die Klägerin unter anderem dazu veranlasste, den garantierten Lohn der Beklagten zu reduzieren. Obwohl die Klägerin dafür kein Verschulden trifft, gehört eine Krise in der Branche zum Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers. Die Beklagte hatte damit im Zeitpunkt der Kündigung einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR, um den Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu kündigen. Es wäre geradezu unbillig, hier bei dieser erheblichen Lohndifferenz eine andere Interessenabwägung vorzunehmen (Brühwiler, a.a.O., N 3 zu Art. 340c OR). Nicht massgeblich ist, ob der niedrigere Lohn bereits existenzsichernd ist.

Die Frage, ob auch das Betriebsklima und die daraus folgende Wirkung auf den psychischen Zustand der Beklagten einen begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR darstellen, kann im vorliegenden Fall offengelassen werden, weil ein begründeter Anlass zur Kündigung durch die Beklagte bereits bejaht worden ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien zwar ein gültiges Konkurrenzverbot abgeschlossen haben, dieses aber in Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR weggefallen ist. Demzufolge schuldet die Beklagte der Klägerin trotz der Aufnahme einer konkurrenzierenden Tätigkeit keine Konventionalstrafe und die Klage ist abzuweisen.»

(AGer.; AG040015 vom 18. Januar 2005)

## 25. OR 346; Fristlose Auflösung des Lehrverhältnisses

Der Kläger wurde im Laufe des vierten Lehrjahres fristlos entlassen. Der Arbeitgeber machte geltend, es habe schon lange Differenzen gegeben und schliesslich eine tätliche Auseinandersetzung mit dem Mitarbeiter X.

### Aus dem Entscheid:

«Ein Lehrverhältnis kann gemäss Art. 346 Abs. 2 OR nur aus wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden. Bei diesem Artikel handelt es sich um eine gesetzliche Konkretisierung von Art. 337 OR. Die Aufzählung ist nicht abschliessend (vgl. «namentlich»).

Da Verhaltensschwierigkeiten für das Lehrlingsalter kennzeichnend sind, ist eine Auflösung wegen «schwierigen» Verhaltens ungerechtfertigt (Basler Kommentar, a.a.O., N 3 zu Art. 346). Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Aus dem Umstand, dass der Arbeitgeber nach Kenntnis eines wichtigen Grundes nicht sofort die fristlose Entlassung erklärt, wird auf die Zumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses geschlossen. Der Entlassungsgrund und der Anspruch der fristlosen Kündigung müssen somit in einem engen zeitlichen Zusammenhang stehen. Vorliegend kann der Vorfall vom 12. August 2003 weder klar dem Kläger zugeordnet werden, noch liegt die erforderliche zeitliche Nähe zum Entlassungszeitpunkt vor. Dasselbe gilt auch für den vorgebrachten Haschischkonsum, welcher laut beiden Parteien im dritten Lehrjahr, vor Mai 2003, vorgefallen ist. Auch die von der Beklagten geltend gemachten Verhaltensmängel über die Jahre hinweg stellen keinen Grund für eine fristlose Entlassung dar, da sie über lange Zeit hinweg geduldet wurden, was für eine Zumutbarkeit der Weiterführung des Lehrverhältnisses spricht. Als einziger möglicher Entlassungsgrund kommt in diesem Fall die tätliche Auseinandersetzung in Betracht. Auch diese stellt nur dann einen Grund für eine fristlose Entlassung dar, wenn das Verhalten des Klägers dabei von dem Verhalten abwich, welches die Beklagte dauerhaft duldete. Der Kläger müsste den Mitarbeiter X. also selbst tätlich angegriffen haben, eine verbale Provokation würde nicht ausreichen.»

In der Folge wurde darüber ein Beweisverfahren durchgeführt.

«Die Aussagen der Zeugen sind allesamt glaubhaft und widersprechen sich nicht wirklich. Es gibt somit keinen Anlass daran zu zweifeln, dass der Kläger mit einem Schraubenzieher in der Hand auf X. zu ist. X. fühlte sich bedroht und wich zurück. Da es nach Aussage der Zeugin Y. mehrheitlich der Kläger war, der während der Auseinandersetzung zurückwich und sich verbal zu verteidigen suchte, ist fraglich, ob es sich dabei um einen tätlichen Angriff handelte. Ein Angriff mit hochgehaltenem Schraubenzieher kann aufgrund der Zeugenaussage von Y. ausgeschlossen werden. Es besteht lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger mit dem Schraubenzieher unten haltend eine kurze Drohgebärde machte. Mit hoher Wahrscheinlichkeit tat er dies jedoch aufgrund der übrigen Zeugenaussagen nicht mit Angriffs-, sondern mit Verteidigungsabsicht.

Zufolge dessen ist das Gericht überzeugt, dass zwischen dem Kläger und X. eine Auseinandersetzung stattfand, welche eskalierte und bei welcher nur durch Dritteingriff die Eskalation in eine physische Dimension verhindert werden konnte. Aufgrund der Zeugenaussagen ergibt sich eindeutig, dass von beiden Seiten verbale und wohl auch körpersprachliche Drohungen ausgestossen wurden. Das Gericht hegt jedoch erhebliche Zweifel daran, dass es tatsächlich zu einem tätlichen Angriff seitens des Klägers kam. Der Beweis für einen solchen ist somit nicht erbracht.

Die fristlose Entlassung war deshalb nicht gerechtfertigt.»

Da der Kläger im vierten Lehrjahr keine Lehrstelle mehr fand und die Lehre nicht abschliessen konnte, sprach ihm das Gericht den Lohn für die Dauer von zehn Monaten sowie eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zu.

(AGer.; AN04898 vom 14. Dezember 2005; eine Berufung ist noch hängig.)

**26. GIG 5; Sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber selber**

Das Beweisverfahren ergab, dass der Beklagte die Servicemitarbeiterin während der zweiwöchigen Anstellungsdauer mehrmals, höchstens zehnmal am Hintern betatschte und einmal auf den Hals küsste. Ob die Klägerin fristlos entlassen wurde oder selber die Arbeit niederlegte, konnte nicht nachgewiesen werden.

**Aus dem Entscheid:**

«Art. 5 Abs. 3 GIG dagegen sieht vor, dass bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung das Gericht der betroffenen Person eine Entschädigung zusprechen kann, wenn der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können.

Die Klägerin verlangt neben einer Entschädigung wegen fristloser Entlassung, welche gestützt auf die vorstehenden Erwägungen wegfällt, eine solche und behauptet auch implizit, der Arbeitgeber könne nicht beweisen, dass er die erforderlichen und angemessenen Schritte gegen sexuelle Belästigungen unternommen habe. Der Beklagte seinerseits nimmt dazu keine Stellung.

Unter diesen Umständen darf ohne Weiteres angenommen werden, der Beklagte habe nichts gegen sexuelle Belästigungen in seinem Betrieb unternommen. Indessen wird diese Voraussetzung obsolet, wenn es der Arbeitgeber selber ist, welcher die sexuelle Belästigung gegenüber seiner Arbeitnehmerin verübt hat. Belästigt der Arbeitgeber selber sexuell, kann es keine Rolle spielen, ob er irgendwelche Massnahmen, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen notwendig und angemessen sind, in seinem Betrieb getroffen hat. Würde diese Bestimmung anders ausgelegt, könnte ein Arbeitgeber, der solche Massnahmen wie Verteilen von Merkblätter, Instruieren des Personals etc. vorgenommen hat, selber seine Angestellten sexuell belästigen, ohne Sanktionen nach Art. 5 Abs. 3 GIG befürchten zu müssen. Dies kann wohl nicht der Sinn dieser Rechtsnorm sein.

Aus diesem Grund ist der Beklagte zur Bezahlung einer Entschädigung zu verpflichten. Diese ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des Schweizerischen Durchschnittslohnes berechnet (Art. 5 Abs. 3 GIG). Dieser beträgt, letztmals ermittelt im Jahre 2002, Fr. 5'417.-- (Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2002). Die Klägerin selber beziffert den Durchschnittslohn mit lediglich Fr. 4'200.-- und verlangt insgesamt Fr. 16'800.--. Unabhängig davon, dass die Klägerin von einem tieferen als dem durchschnittlichen Monatslohn ausgeht, steht somit ohnehin nur eine Entschädigung zwischen Fr. 0.-- und Fr. 16'800.-- zur Diskussion.»

(Verweis auf das richterliche Ermessen analog zu Art. 336a Abs. 2 OR)

«Hiezu ist festzuhalten, dass es sich bei den dem Beklagten nachgewiesenen sexuellen Belästigungen – innerhalb des Rahmens möglicher sexueller Belästigungen – nicht um einen schweren Fall handelt. Der Beklagte räumte ein, es sei möglich gewesen, dass er der Klägerin einen flüchtigen Kuss auf den Hals gegeben habe, dies sei aber als Anerkennung für eine gute Leistung gewesen. An und für sich ist es unüb-

lich, dass man einer Mitarbeiterin als Belohnung für eine gute Leistung einen Kuss auf den Hals gibt. Auf der anderen Seite kann der sexuell belästigende Anteil eines solchen Kusses tatsächlich gering sein. Anders verhält es sich mit dem Betatschen des Hinters der Klägerin. Solche Übergriffe haben einen klar sexuellen Charakter und sind nicht tolerierbar. Allerdings steht nicht genau fest, wie oft der Beklagte solche Betatschungen vorgenommen hat. Bewiesen sind lediglich mehrere, höchstens zehn Mal. Bei solchen Klapsen handelt es sich zwar wie erwähnt um nicht tolerierbare Übergriffe, indessen sind sie eher unter den leichteren sexuellen Belästigungen einzustufen.

Es kommt dazu, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien lediglich einen halben Monat gedauert hat. Über die Wirkung des Verhaltens des Beklagten auf die Klägerin ist es schwer, Gültiges zu sagen. Eine Kollegin der Klägerin betrachtete es so, dass die Klägerin von diesen Vorfällen ziemlich betroffen gewesen sei. Die Freundinnen haben sie als gestresst und nervös erlebt. Das gleiche gilt auch für ihren Lebenspartner. Allerdings schätzte er die Vorfälle nicht als derart schwerwiegend ein, um irgendetwas sinnvolles dagegen zu unternehmen. Das bloss Abholen der Klägerin nach erledigter Arbeit kann ja im Ernst nicht als geeignete Massnahme angesehen werden, um solchen sexuellen Belästigungen zu begegnen. Somit darf der psychische Schaden, welche diese sexuellen Belästigungen bei der Klägerin bewirkten, nicht als gravierend eingestuft werden.

In Würdigung aller Umstände erscheint eine Entschädigung von etwas weniger als zwei Durchschnittslöhnen, nämlich von Fr. 10'000.-- dem Verschulden des Beklagten und den anderen Umständen als angemessen.»

(AGer., AN050087 vom 3. August 2005; vom Obergericht am 12. Dezember 2005 bestätigt; LA050045.)

**Hinweis des Redaktors:**

In der Praxis wird oft geltend gemacht, die Entschädigungen nach GIG sowie bei fristloser Entlassung oder missbräuchlicher Kündigung würden vom Gericht festgesetzt, weshalb die Reduktion der eingeklagten Entschädigung nicht als Unterliegen gewertet werden dürfe. Es sei darauf hingewiesen, dass auch in diesem Fall, wo die Hälfte der eingeklagten Entschädigung zugesprochen wurde, beide Instanzen die Entschädigung strikte nach Obsiegen und Unterliegen zugesprochen haben (§ 68 i.V.m. § 64 ZPO).

**27. DSG 8; Einsicht in die Personalakten**

Der Kläger verlangte Einsicht in seine Personalakten, wobei sich die Parteien über die Kostenlosigkeit stritten sowie darüber, ob die kopierten Unterlagen beim Arbeitgeber abzuholen seien.

**Aus dem Entscheid:**

«Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Die Auskunft ist in der

Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie sowie kostenlos zu erteilen (Abs. 5). Art. 1 der Verordnung zum Datenschutzgesetz (VDSG) regelt die Modalitäten des Auskunftsrechts. Art. 1 Abs. 2 VDSG bestimmt, dass der Inhaber einer Datensammlung die Auskunft in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie erteile. Weiter regelt Abs. 3 derselben Bestimmung, dass (lediglich) im Einvernehmen mit dem Inhaber der Datensammlung oder auf dessen Vorschlag hin die betroffene Person ihre Daten auch an Ort und Stelle einsehen kann. Art. 2 VDSG nennt die Ausnahmen der Kostenlosigkeit der Auskunft. Einerseits kann eine angemessene Beteiligung an den Kosten verlangt werden, wenn der antragsstellenden Person in den zwölf Monaten vor dem Gesuch die gewünschten Auskünfte bereits mitgeteilt wurden und kein schutzwürdiges Interesse an einer neuen Auskunftserteilung nachgewiesen werden kann (lit. a), andererseits dann, wenn die Auskunftserteilung mit einem besonders grossen Arbeitsaufwand verbunden ist (lit. b).

Vorliegend wurde von der Beklagten lediglich geltend gemacht, aufgrund des sehr umfangreichen Dossiers könne nicht mehr von Kostenlosigkeit ausgegangen werden; überdies handle es sich um eine Holschuld. Umstritten ist dagegen, dass der Kläger Auskunft gefordert, diese aber noch nicht erhalten hat.

Die Beklagte hat auch nicht nur ansatzweise den Umfang des Dossiers substantiiert, sodass eine Kostenbeteiligung des Klägers für die angebehrte Auskunft nicht vorgesetzt werden kann, zumal eine derartige Kostenbeteiligung gerade im Arbeitsverhältnis höchst zurückhaltend anzunehmen ist (R. Riesselmann-Saxer, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, S. 83).

Selbst wenn die Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 1 VDSG vorliegen würden, müsste gemäss Art. 2 Abs. 2 VDSG der Gesuchsteller über die Höhe der Beteiligung vor der Auskunftserteilung in Kenntnis gesetzt werden, worauf der Gesuchsteller sein Gesuch innert zehn Tagen zurückziehen kann. Die Auskunft oder der begründete Entscheid über die Beschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts muss wieder innert 30 Tagen seit dem Eingang des Auskunftsbegehrens erteilt werden (Art. 1 Abs. 4 VDSG). Daraus folgt, dass der Inhaber der Datensammlung jedenfalls bis zum Ablauf der vorgesehenen Frist für die Auskunftserteilung dem Auskunftersuchenden seine Kostenbeteiligung anzuzeigen hat. Spätestens mit Brief vom 6. Dezember 2004 forderte der Kläger (nochmals) die Zustellung einer Kopie des Personaldossiers. In der Folge berief sich die Beklagte lediglich auf die Holschuld des Klägers, unterliess es aber, dem Kläger seine Kostenbeteiligung anzuzeigen, weshalb sie nunmehr eine solche nicht beanspruchen kann.

Zurecht beruft sich die Beklagte indessen auf Art. 74 OR und qualifiziert die Auskunftspflicht als Holschuld. Zum einen hält das Datenschutzgesetz nur fest, dass die angebehrte Auskunft zu erteilen ist, nicht aber wo die Auskunftserteilung zu erfolgen hat. Zum Anderen wird der Grundsatz der Kostenlosigkeit der Auskunftserteilung nicht verletzt, da das Gesetz damit nur die mit der Auskunftserteilung anfallenden Kosten seitens des Inhabers der Datenbank anspricht, was Art. 2 VDSG klarstellt, indem ausnahmsweise eine Beteiligung des Auskunftsberechtigten an diesen Kosten gefordert werden kann.

Die von der Beklagten im Sinne von Art. 8 DSGVO zu erteilende Auskunft ist damit vom Kläger am Sitz der Beklagten «abzuholen», da die Beklagte den Erfüllungsort nicht an den Geschäftsort des von ihr beigezogenen Vertreters verlegen kann.»

(AGer., AN050055 vom 6. Dezember 2005; eine Berufung ist noch hängig.)

## 28. AVG 12; Untersteht eine Reinigungsfirma dem AVG?

Die Klägerin arbeitete für die Beklagte, eine Reinigungsfirma, und war über längere Zeit mit einem 100% Pensum als Reinigerin in einem Hotel tätig. Sie machte geltend, da das Hotel dem allgemeinverbindlichen L-GAV für das Gastgewerbe unterstehe, müsse die Beklagte gestützt auf das Arbeitsvermittlungsgesetz dessen Bestimmungen ebenfalls anwenden.

### Aus dem Entscheid:

«Dem L-GAV unterstehen sämtliche Arbeitgeber und Mitarbeiter in gastgewerblichen Betrieben. Darunter fallen alle Anbieter von gastgewerblichen Leistungen, die allgemein zugänglich sind und üblicherweise gegen Entgelt angeboten werden (Art. 1 L-GAV). Die Parteien sind sich einig, dass die Beklagte als Arbeitgeberin keinen gastgewerblichen Betrieb führt und keine gastgewerblichen Leistungen anbietet. Somit fällt der Betrieb der Beklagten nicht in den Geltungsbereich des L-GAV (Art. 1 L-GAV).

Es besteht indessen die Möglichkeit, dass der L-GAV unter Verweis auf Art. 20 AVG trotzdem Anwendung findet. Art. 20 AVG besagt nämlich, dass der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten muss, sofern der Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen GAV untersteht. Damit soll verhindert werden, dass die durch Gesamtarbeitsverträge geregelten Lohn- und Arbeitszeitbedingungen im Personalverleih umgangen werden können. Das Hotel X würde als Einsatzbetrieb zweifellos in den Geltungsbereich des L-GAV fallen (Art. 1 L-GAV). Noch unklar ist jedoch, ob überhaupt ein Arbeitsvermittlungsverhältnis vorliegt und das Arbeitsvermittlungsgesetz anwendbar ist.

Aus den eingereichten Verträgen, welche im Übrigen alle praktisch identisch lauten, geht eindeutig hervor, dass die von der Beklagten mit ihren Kunden bzw. mit den Verwaltungen ihrer Kunden abgeschlossenen Verträge als Aufträge zu qualifizieren sind (Art. 394 OR). Die Beklagte als Beauftragte und selbständige Unternehmerin verpflichtet sich, die jeweiligen Liegenschaften durch ihre Mitarbeiter nach bestem Wissen und Gewissen zu reinigen und stellt ihre Tätigkeiten der Auftraggeberin in monatlichen Raten in Rechnung.

Für das Bestehen eines Verleihvertrages sind gestützt auf die eingereichten Verträge keinerlei Hinweise vorhanden. Wesentliches Merkmal eines Verleihvertrages ist nämlich, dass ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer gewerbsmässig, d.h. regelmässig und gegen Entgelt, anderen Arbeitgebern überlässt, wobei zwischen der Verleihfirma und dem Einsatzbetrieb ein Arbeitsüberlassungsvertrag besteht und der Personalverleiher wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitgeber abtritt (G. Koller, Kurz-

kommentar zum AVG, S. 18). Vorliegend blieb unbestritten, dass die Beklagte keine Weisungsrechte an die jeweiligen Kunden abgetreten hat. Selbst die Einsatzpläne der Klägerin wurden von der Beklagten selber und nicht vom Hotel (wo sie eingesetzt war, A.d.R.) erstellt. Der Zweck der Beklagten besteht im Anbieten von Reinigungsdienstleistungen bei Liegenschaften, wozu sie der Arbeitnehmer als Hilfspersonen bedarf, welche den Auftrag für die Beklagte erfüllen. Diese Arbeitnehmer stehen allein mit der Beklagten in einem Vertragsverhältnis, unterstehen deren Arbeitsplänen und haben deren Weisungen zu befolgen. Somit bestehen zwischen der Beklagten und ihren Kunden gar keine Verleihverträge, welche das Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe regeln. Demzufolge kommt das AVG nicht zur Anwendung, und die quantitativen Voraussetzungen nach Art. 29 Abs. 2 AVV bedürfen keiner weiteren Prüfung.

Entscheidend ist einzig, dass zwischen der Beklagten und ihren Kunden keine Verleihverträge, sondern Aufträge bestehen, durch die sich die Beklagte verpflichtet, Reinigungen bei ihren Kunden auszuführen. Für die Führung der Arbeitskräfte und die Erteilung von Weisungen war alleine die Beklagte zuständig, mithin bestand zwischen den Arbeitnehmern und den Kunden kein Vertragsverhältnis. Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass es branchenüblich ist, dass Reinigungsangestellte ihre Arbeit ausserhalb der Betriebsortes in anderen Liegenschaften ausführen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das AVG und damit auch der L-GAV nicht zur Anwendung kommen.»

*(AGer. ZH, AN040828 vom 3. Mai 2005; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 17. Juni 2005 durch Rückzug erledigt; LA050033).*

## 29. L-GAV 1; Unterstellung unter den L-GAV Gastgewerbe

Zu prüfen war, ob ein sog. Aparthotel unter den L-GAV fällt oder nicht.

### Aus dem Entscheid:

«Dem L-GAV unterstehen alle Arbeitgeber und Mitarbeiter in gastgewerblichen Betrieben (Art. 1 Abs. 1 L-GAV). Darunter fallen alle Anbieter von gastgewerblichen Leistungen, die allgemein zugänglich sind und die üblicherweise gegen Entgelt angeboten werden. Ob ein Betrieb dem L-GAV untersteht, ist vom Gericht zu beurteilen (ZR 81 [1982] Nr. 53, S. 130. ff.). Ebenso ist die Auslegung der Bestimmung über den persönlichen Geltungsbereich Sache des Gerichts. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beklagte einen gastgewerblichen Betrieb ausübt.

Einen gastgewerblichen Betrieb führt, wer gastgewerbliche Leistungen entgeltlich anbietet, wobei der Betrieb nicht notwendigerweise in den Geltungsbereich des kantonalen Gastgewerbesetzes fallen muss (Kommentar zu Art. 1 L-GAV). Unter gastgewerblichen Leistungen wird einerseits die Abgabe von Speisen und Getränken verstanden, andererseits die Beherbergung. Da die Beherbergung an sich bereits eine gastgewerbliche Leistung darstellt, ist ein Betrieb grundsätzlich bereits dem L-GAV zu unterstellen, wenn er bloss Gäste beherbergt, sofern das Beherbergen die haupt-

sächliche Tätigkeit des Betriebes darstellt. Zum Beherbergen gehört – im Unterschied zum Vermieten von Wohnmöglichkeiten – ein gewisser minimaler Gästeservice.

Hotels bieten typischerweise Beherbergungen und meistens auch Verpflegungsmöglichkeiten an, weshalb ausser Frage steht, dass Hotels unter den Geltungsbereich des L-GAV fallen. Die Beklagte bringt vor, sie betreibe kein Hotel, sondern könne mit einem Vermieter von Ferienwohnungen verglichen werden, der nicht dem L-GAV unterstehe.

Die Beklagte bietet zwar im Vergleich mit herkömmlichen Hotels einen eingeschränkten Service an, doch beschränkt sie sich nicht bloss auf das Bereitstellen von Wohnräumen. So werden die Appartements und Wohnungen von der Beklagten gereinigt, und es wird ein Bettwäschewechsel angeboten. Auch beinhaltet das Angebot der Beklagten ein Terrassen-Gartenrestaurant, und es besteht die Möglichkeit, Bankette durchzuführen. Darüber hinaus ist ein Frühstückservice erhältlich. Es ergibt sich damit zweifelsfrei, dass die Beklagte Beherbergungen anbietet, welche als gastgewerbliche Leistungen zu qualifizieren sind. Das wird durch den Internet-Auftritt der Beklagten zusätzlich verdeutlicht. Auch hier wird mit Restaurant, Bar, eigenem Shop, Room- und möglichem Frühstücksservice geworben. Der Umstand, dass diese Möglichkeiten nach Meinung der Beklagten kaum genutzt werden, kann nicht entscheidend sein. Es kommt darauf an, welche Leistungen dem Gast theoretisch zur Verfügung stehen. Dagegen wird beim Vermieten von Ferienwohnungen blosser Wohnraum zur Verfügung gestellt ohne weitere Dienstleistungen. Folglich ist die Beklagte als gastgewerblicher Betrieb dem L-GAV zu unterstellen.

Dass Hotelangestellte meist im Schichtbetrieb arbeiten, liegt auf der Hand. Dieses Kriterium ist allerdings – entgegen der Auffassung der Beklagten – für die Beurteilung, ob der L-GAV angewendet wird oder nicht, nicht entscheidend.»

*(AGer., AN050309 vom 20. Dezember 2005; eine Berufung ist noch hängig.)*

## 30. GVG 179; Schuldhaftige Zustellungsverweigerung

Nach der Sühnverhandlung wurde der Klägerin Frist zur Einreichung einer schriftlichen Klagebegründung angesetzt. Der Beschluss wurde trotz zweimaliger Zustellung nicht abgeholt, weshalb androhungsgemäss auf die Klage nicht eingetreten wurde und der Klägerin die Kosten auferlegt wurden. Dagegen erhob die Klägerin Rekurs.

### Aus dem Entscheid des Obergerichts:

«Gemäss § 179 Abs. 2 GVG gilt eine Vorladung bzw. ein Entscheid als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert. Von einer solchen Verhinderung ist auch auszugehen, wenn der Versuch einer Zustellung aus vom Adressaten zu vertretenden Gründen ergebnislos blieb. In einem solchen Fall ist die gescheiterte Zustellung mit einer erfolgten gleichzusetzen, hätte sonst doch der Zustellungsempfänger in der Hand, die Zustellung willkürlich zu verzögern oder zu verhindern.

Eine solche Zustellungsverweigerung liegt insbesondere dann vor, wenn der Adressat der Zustellung ausweicht oder ein Verhalten an den Tag legt, aus dem auf eine Verweigerung der Annahme geschlossen werden kann (ZR 76 Nr. 9).

Im vorliegenden Fall muss von einer schuldhaften Zustellungsverweigerung ausgegangen werden: Die Klägerin hat ihre Klage selber erhoben und damit von der Beklagten die Bezahlung von rund Fr. 746'000.-- sowie die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung verlangt. Überdies wurde ihr anlässlich der Verhandlung vom 20. Dezember 2004 vom vorinstanzlichen Vorsitzenden eröffnet, dass sie nun eine schriftliche Begründung ihrer Klage einreichen müsse. Auch hat die Klägerin mit Schreiben vom 25. Januar 2005 zum Ausdruck gebracht, dass sie an ihrer Klage vollumfänglich festhalten möchte. Sie musste folglich damit rechnen, dass in der folgenden Zeit gerichtliche Zustellungen auf sie zukommen würden. Eine Partei, welche in einem gerichtlichen Verfahren steht, hat denn auch dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Sendungen zugestellt werden können. So hat sie neben Adressänderungen auch längere Abwesenheiten dem Gericht mitzuteilen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1 zu § 181 GVG).

Dies hat die Klägerin indes unterlassen. Sie macht einzig geltend, es sei «schon vielmals vorgekommen, dass ich auch die Paketpost und Zeitungen, wie z.B. Betty Bossi reklamieren musste». Diese völlig unsubstantiierte Behauptung reicht nicht aus, um zu belegen, dass sie nicht die Möglichkeit gehabt hätte, die Gerichtsurkunden innert der Abholfrist bei der Post abzuholen. Insbesondere macht die Klägerin nicht geltend, keine entsprechenden Abholungseinladungen in ihrem Briefkasten vorgefunden zu haben. Angesichts des Umstandes, dass ihr zuvor bereits der Beschluss vom 2. Februar 2005 zweimal nicht zugestellt werden konnte und auch die Zustellung des Erledigungsbeschlusses vom 1. März 2005 zweimal scheiterte, mithin vier Abholungseinladungen verschwunden wären, erscheint dies auch als unwahrscheinlich und damit als völlig unglaubhaft.

Vor diesem Hintergrund hat der Beschluss vom 1. März 2005 am letzten Tag der Abholungsfrist, d.h. am 18. März 2005 als zugestellt zu gelten. Nicht entscheiden ist demgegenüber, dass der Klägerin der Beschluss auf ihr Verlangen hin am 5. Juli 2005 noch formlos zur Kenntnis gebracht worden ist. Die zehntägige Rekursfrist lief damit ab dem 18. März 2005 und ist daher längst abgelaufen. Auf den von der Klägerin mit Eingabe vom 13. Juli 2005 erhobenen Rekurs ist daher nicht einzutreten.»

*(AGer., AN040978 vom 1. März 2005; OGer., LS050007 vom 18. August 2005. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht am 27. Oktober 2005 abgewiesen, soweit darauf überhaupt eingetreten wurde; AA050148.)*

## II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

### In der Publikation 2004:

#### **Zu Nr. 2; OR 320; Vorgetäuschter Lehrvertrag**

Die Parteien haben vor Obergericht einen Vergleich geschlossen.  
LA040044 vom 10. Mai 2005

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

Dieser Fall ist immer noch am Obergericht hängig

### In der Publikation 2003:

#### **Zu Nr. 11; OR 327a; Ungenügende Spesenentschädigung**

Die Frage der Spesenentschädigung war vor den oberen Instanzen kein Thema mehr.  
OGer., LA030023 vom 26. August 2004  
BGer., 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005

### In der Publikation 2002:

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

Bestätigung durch das OGer. am 15. Januar 2004; LA020030  
Vor Bundesgericht war diese Frage kein Thema mehr.  
BGer., 4C.95/2004 vom 28. Juni 2004

### III. DER BESONDERE HAFTUNGSMASSTAB VON Art. 321e Abs. 2 OR

von Dr. Hans-Peter Egli, Vorsitzender des Arbeitsgerichts Zürich

<b>1</b>	<b>Allgemeines</b>	<b>44</b>
<b>2</b>	<b>Absichtliche Schadenszufügung</b>	<b>45</b>
<b>3</b>	<b>Fahrlässigkeit</b>	<b>45</b>
3.1	Im Allgemeinen	45
3.2	Leichte Fahrlässigkeit	46
3.3	Grobe Fahrlässigkeit	48
3.4	Mittlere Fahrlässigkeit	49
<b>4</b>	<b>Berufsrisiko</b>	<b>50</b>
4.1	Bedeutung des Berufsrisikos	50
4.2	Folgen des Berufsrisikos	52
<b>5</b>	<b>Mitverschulden des Arbeitgebers</b>	<b>53</b>
5.1	Allgemeines	53
5.2	Mögliche Pflichtverletzungen des Arbeitgebers	54
5.3	Folgen des Mitverschuldens	57
5.4	Besonderes beim Gleichstellungsgesetz	57
<b>6</b>	<b>Geringe Entlohnung oder Notlage des Arbeitnehmers</b>	<b>58</b>
6.1	Allgemeines	58
6.2	Neuere bundesgerichtliche Praxis	58
<b>7</b>	<b>Sehr günstige finanzielle Verhältnisse des Arbeitgebers</b>	<b>59</b>
<b>8</b>	<b>Bildungsgrad und Fachkenntnisse</b>	<b>60</b>
<b>9</b>	<b>Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers</b>	<b>61</b>
<b>10</b>	<b>Besonderheiten der Arbeitnehmerhaftung</b>	<b>62</b>
10.1	Haftung des Leiharbeitnehmers	62
10.2	Gefälligkeitshandlung	63
<b>11</b>	<b>Fazit</b>	<b>63</b>
<b>12</b>	<b>Anhang: Übersicht über die Haftungsreduktionen</b>	<b>65</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>67</b>

## 1 Allgemeines<sup>1</sup>

a) Die Kriterien gemäss Art. 321e Abs. 2 OR haben vornehmlich Geltung für den Bereich der Schlechterfüllung. Demgegenüber ist beispielsweise der Kündigungsschaden speziell geregelt<sup>2</sup> und Art. 321e Abs. 2 OR ist nicht anwendbar.

Der im Zivilrecht geltende Fahrlässigkeitsbegriff und die landläufige Unterscheidung in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit gilt selbstverständlich auch bei der Arbeitnehmerhaftung. Er wird allerdings in Art. 321e Abs. 2 OR durch verschiedene Kriterien konkretisiert und zwar nicht nur für das Arbeitsvertragsrecht, sondern für alle gegenseitigen entgeltlichen Arbeitsleistungsverträge<sup>3</sup>:

- Natur des Arbeitsverhältnisses,
- Berufsrisiko,
- Bildungsgrad,
- Fachkenntnisse,
- Fähigkeiten und Eigenschaften.

Die Abschwächung der Haftung greift freilich nur dann Platz, wenn die Arbeitgeberin die Fähigkeiten und Eigenschaften ihres Arbeitnehmers kannte oder hätte kennen müssen. Die Arbeitgeberin haftet selber für die Anstellung von Arbeitnehmern, die zu wenig qualifiziert sind bzw. über deren Eignung sie nur ungenügende Erkundigungen eingezogen hat<sup>4</sup>. Entsteht ein Schaden, welcher auf einen solchen Mangel zurückzuführen ist, kann der Arbeitgeber ihn nicht ersetzt verlangen. Umgekehrt liegt ein Übernahmeverschulden vor, wenn einem Arbeitnehmer die Eignung für eine Stelle abgeht und er das dem Arbeitgeber verschweigt bzw. für diesen die mangelnde Eignung nicht ersichtlich war bzw. nicht ersichtlich sein musste.

Die Reduktionsgründe gemäss Art. 321e Abs. 2 OR sind nicht abschliessend aufgezählt. So kann zum Beispiel auch bei besonders guter Leistungsfähigkeit und überdurchschnittlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers eine Verschärfung der Haftung eintreten<sup>5</sup>.

b) Bei Schädigungshandlungen gegenüber Dritten kann sich der Arbeitnehmer nicht auf Art. 321e Abs. 2 OR berufen, da sonst im Ergebnis das Betriebsrisiko auf den geschädigten Dritten abgewälzt würde<sup>6</sup>. Eine unterschiedliche Behandlung des Arbeitnehmers je nachdem, ob er seine Arbeitgeberin oder eine Dritte schädigt, wäre indessen stossend, insbesondere weil es dem geschädigten Dritten frei steht, ob er die Arbeit-

<sup>1</sup> Der vorliegende Aufsatz ist ein Auszug eines Vortrags des Autors, gehalten in «Recht aktuell», einer Weiterbildungsveranstaltung der Juristischen Fakultät an der Universität Basel vom 3. Feb. 2006.

<sup>2</sup> Art. 337b Abs. 1 OR für die gerechtfertigte fristlose Kündigung; Art. 337d OR für die ungerechtfertigte fristlose Kündigung; Portmann Rz 251.

<sup>3</sup> Gautschi, 30/31.

<sup>4</sup> Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 4.

<sup>5</sup> BK-Rehbinder, N 19.

<sup>6</sup> BK-Rehbinder, N 27.

geberin oder den Arbeitnehmer belangen will<sup>7</sup>. Um diese Schwierigkeiten zu umschiffen, ist es notwendig und anerkannt, dass der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin einen Freistellungsanspruch besitzt. Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer, der einem Dritten zu Schadenersatz verpflichtet wird, von der Arbeitgeberin Ersatz des Teils des Schadens verlangen darf, den er gegenüber der Dritten mehr bezahlen musste, als wenn er die Arbeitgeberin direkt geschädigt hätte, weil der Schadenersatz nicht gemäss Art. 321e OR reduziert werden konnte<sup>8</sup>.

Hingegen gelten die besonderen Schadensbemessungsgründe auch dann, wenn die Arbeitgeberin einen geschädigten Dritten grosszügig entschädigt hat und dann den Schaden vollumfänglich auf den Arbeitnehmer abwälzen möchte<sup>9</sup>.

Schliesslich ist Art. 321e Abs. 2 OR sowohl bei vertraglicher wie bei ausservertraglicher Haftung anwendbar<sup>10</sup>.

## 2 Absichtliche Schadenszufügung

Von absichtlicher Schadenszufügung spricht man, wenn der Arbeitnehmer seine Schuldpflicht missachten will. Der Arbeitnehmer will eine Vertragsverletzung begehen und weiss, dass ein Schaden eintreten wird. Das ist regelmässig bei vorsätzlich begangenen Straftaten zum Nachteil der Arbeitgeberin der Fall.

Bei absichtlicher Schädigung ist der Arbeitnehmer voll haftbar und hat den gesamten Schaden zu ersetzen. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit und den Erfolg nicht will, aber beides in Kauf nimmt, d.h. eventualvorsätzlich handelt<sup>11</sup>.

## 3 Fahrlässigkeit

### 3.1 Im Allgemeinen

a) Fahrlässigkeit ist dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit und Sorgfalt missachtet. «Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt ausser Acht lässt, die mit Rücksicht auf die Erfordernisse eines geordneten Zusammenlebens auf dem Lebensgebiet, auf dem er tätig wird, unter den gegebenen Umständen von den Angehörigen der Berufs- oder Altersgruppe, denen er zugehört, erwartet werden muss<sup>12</sup>.» Das Verschulden ist objektiviert. Es ist nicht entscheidend, ob der Schädigende selber in concreto anders hätte handeln können,

<sup>7</sup> Meyer, 66; dazu ausführlich Roberto, 31 ff.

<sup>8</sup> Gautschi, 30/31.

<sup>9</sup> Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 4.

<sup>10</sup> BK-Rehbinder, N 19.

<sup>11</sup> BK-Rehbinder, N 27.

<sup>12</sup> Meyer, 66; dazu ausführlich Roberto, 31 ff.

sondern ob ein durchschnittlicher Mensch in der gleichen Situation anders gehandelt hätte.

Fahrlässigkeit ist nicht gleich Unsorgfalt. Eine Arbeit kann objektiv mangelhaft sein; schuldhaft, d.h. fahrlässig ausgeführt ist sie nur, wenn ein subjektiver Mangel des Könnens oder des Willens hinzutritt<sup>13</sup>.

b) Man unterscheidet zwischen unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit. Bei letzterer erkennt der Arbeitnehmer, dass sein Verhalten zu einem Schaden führt. Er nimmt diesen aber nicht in Kauf, sondern vertraut darauf, sein Handeln werde vertragskonform bleiben und nicht zum verpönten Erfolg führen. Dass dem nicht so ist, hätte er bei genügender Aufmerksamkeit jedoch erkennen müssen. Unbewusste Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer gar nicht erkennt, dass sein Verhalten vertragswidrig ist und zu einem Schaden führt. Bei der Aufwendung der gehörigen Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte er aber beides erkennen müssen<sup>14</sup>. Diese Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit hat keine direkte Auswirkung auf die Schadenersatzbemessung. Sie kann indessen ein Indiz dafür sein, ob eine grobe oder leichte Fahrlässigkeit vorliegt, was im Arbeitsvertragsrecht sehr entscheidend sein kann.

c) In der Regel wird zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit unterschieden. Dazu kommt als dritte Kategorie auch mittlere oder mittelschwere Fahrlässigkeit<sup>15</sup>. *Rehbinder* seinerseits unterscheidet zwischen grober, leichter und leichtester Fahrlässigkeit<sup>16</sup>. Diese terminologischen Unterschiede relativieren sich insofern, als die Unterscheidungen ohnehin nicht scharf durchgeführt werden können und in der Rechtsprechung erhebliche Differenzen festzustellen sind.

### 3.2 Leichte Fahrlässigkeit

a) Leicht fahrlässiges Handeln bedeutet, etwas nicht zu beachten, was man eigentlich bei genauerem Überlegen hätte beachten müssen. Die Abweichung vom Normalverhalten ist lediglich geringfügig. Die vorgeworfene Nachlässigkeit ist nicht schwerwiegend<sup>17</sup>.

Bei leichter Fahrlässigkeit ist stets eine Reduktion des Schadenersatzes vorzunehmen, unabhängig davon, ob weitere der arbeitsvertragspezifischen Reduktionsgründe gemäss Art. 321e Abs. 2 OR vorliegen. Jedoch führt sie nicht automatisch zu einem Wegfall der Haftung, was mit der gesetzlichen Regelung über die Ersatzbemessung unvereinbar wäre<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> ZK-Staehelin, N 15.

<sup>14</sup> Gauch/Schluep, N 2737 ff.

<sup>15</sup> Gauch/Schluep, N 2742; OR-Wiegand, N 6 zu Art. 99 OR; BGE 100 II 337.

<sup>16</sup> BK-Rehbinder, N 25.

<sup>17</sup> ZK-Staehelin, N 19; Gauch/Schluep, N 2742: «Das hätte er besser nicht getan!».

<sup>18</sup> BK-Rehbinder, N 25; Brühwiler, N 5.

Die Beschränkung auf eine obere Grenze, beispielsweise von einem Monatslohn, ist nicht zulässig<sup>19</sup>. Als Richtschnur kann indessen diese Grösse durchaus dienen, zumal es ohne weiteres denkbar ist, dass auch bei leichter Fahrlässigkeit ein hoher Schaden entstehen kann. Zuweilen wird der Schaden bei leichter Fahrlässigkeit auf mindestens ein Viertel reduziert<sup>20</sup>.

Die Parteien des Arbeitsvertrages dürfen vereinbaren, dass die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen wird<sup>21</sup>.

b) Bei sogenannter schadensgeneigter Arbeit wird die Haftung reduziert. Leichte Fahrlässigkeit in Kombination mit Berufsrisiko lässt die Haftung für den Arbeitnehmer ganz wegfallen. In einem solchen Fall bedeutet zweimal Reduktion gleich Wegfall, da die Arbeitgeberin für überdurchschnittliche Betriebsgefahr aufkommen muss<sup>22</sup>. Daraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, bei Vorliegen zweier (oder mehrerer) Reduktionsgründe entfalle die Haftung des Arbeitnehmers zwangsläufig ganz. Eine solche Lösung ist zwar ohne weiteres möglich, aber nicht zwingend. Mehrere Reduktionsgründe werden jedenfalls die Haftung immer stark mindern.

*Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez* sehen den Wegfall der Haftung oder eine starke Reduktion des Schadenersatzes bei leichter Fahrlässigkeit in Kombination sowohl mit schadensgeneigter Arbeit wie auch niedrigem Lohn oder mangelhafter Betriebsorganisation vor<sup>23</sup>.

Verursacht der Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner Arbeit einen Autounfall auf leicht fahrlässige Weise, fällt seine Haftung dafür völlig weg, da Autofahren eine schadensgeneigte Tätigkeit ist. Das gilt selbst dann, wenn er nur ausnahmsweise im Zusammenhang mit der Arbeit Auto fährt und die normale Arbeit überhaupt nicht schadensgeneigt ist<sup>24</sup>. Von leichter Fahrlässigkeit darf im Strassenverkehr gesprochen werden, wenn keine grobe Verkehrsregelverletzung vorliegt.

c) Anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechtes von 1967 wurde der Abschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit von Arbeitnehmerseite gefordert, jedoch mit der Begründung abgelehnt, der vermehrte Einsatz von kostspieligen Maschinen, Geräten und Apparaten verlange zum Schutz der Interessen der Arbeitgeberin eine gesteigerte Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers, da die geringste Nachlässigkeit bei Verwendung, Bedienung und Kontrolle zu sehr grossen Schäden Anlass geben könne<sup>25</sup>. Diese Argumentation überzeugt nicht völlig, da sie sich auf die mögliche Höhe des Schadens stützt. Mit der gleichen Begründung könnte auch eine Reduktion der Haftung für leichte Fahrlässigkeit gegenüber grober abgelehnt werden.

<sup>19</sup> Brand et al., N 10.

<sup>20</sup> Urteil ArGer ZH vom 13.12.1995, i.S. R.K. c. G.E. AG (AN940305).

<sup>21</sup> Art 100 Abs. 1 OR.

<sup>22</sup> BK-Rehbinder, N 27: Auch einen symbolischen Schadenersatz erachtet Rehbinder als systemwidrig.

<sup>23</sup> Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 7.

<sup>24</sup> Streiff/von Kaenel, N 7.

<sup>25</sup> Botschaft, 72.

Im Übrigen ist mit dem Berufsrisiko bzw. der Berücksichtigung der schadensgeneigten Arbeit gerade das Risiko, mit wertvollen Maschinen und Apparaten arbeiten zu müssen, mit denen leicht Schäden verursacht werden können, der Arbeitgeberin überbunden worden. Somit wäre es nicht inkonsequent gewesen, auch die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich wegzubedingen.

### 3.3 Grobe Fahrlässigkeit

a) Grobe Fahrlässigkeit wird als Verletzung elementarster Sorgfaltsregeln definiert<sup>26</sup>. Grobfahrlässig handelt, wer gegen elementare Vorsichtsgebote verstösst oder grundlegende Vorsichtspflichten verletzt, welche unter gleichen Umständen von allen verständigen Arbeitnehmern hätten befolgt werden oder sich jedem vernünftigen Menschen hätten aufdrängen müssen. Wenn ein Arbeitnehmer etwas nicht beachtet, was jeder andere vernünftige Arbeitnehmer in der gleichen Situation beachtet hätte, so handelt er grobfahrlässig<sup>27</sup>.

Die Praxis zur groben Fahrlässigkeit ist uneinheitlich. So musste z.B. ein stellvertretender Filialleiter, der einem ihm unbekanntem Kunden Waren für ca. Fr. 500.– auf Kredit gegeben hatte, für diesen Schaden voll aufkommen, nachdem sich der Kunde als zahlungsunfähig erwiesen hatte, da sein Verhalten als grobe Fahrlässigkeit eingestuft worden war<sup>28</sup>. Auf der andern Seite wurde das Verhalten einer Hotelempfangsdame nicht als grobfahrlässig beurteilt. Diese war auf die Toilette gegangen und hatte die Kasse offengelassen, obwohl sich ein "nicht geheurer" Mann im Raum aufhielt. Nach ihrer Rückkehr war die Kasse leer<sup>29</sup>.

b) Der Haftungsmassstab bei grobfahrlässigem Handeln wird gleichermassen einheitlich behandelt. *Rehbinder* und *Brühwiler* sind klar der Auffassung, eine Reduktion komme nicht in Frage und der Arbeitnehmer hafte voll. Dieser solle in normalen berufstypischen Situationen entlastet werden, nicht aber in Schadensfällen, die seinem krassen Fehlverhalten zuzuschreiben seien<sup>30</sup>. Demgegenüber plädieren *Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez* dafür, den Schadenersatz auch in solchen Fällen nach dem Mass der Sorgfalt und der Höhe des Lohnes zuzumessen<sup>31</sup>. Auch *Stahelin* plädiert für eine

<sup>26</sup> Gauch/Schluep, N 2742: «Wie konnte er nur!»

<sup>27</sup> Brühwiler N 5; Streiff/von Kaenel, N 2; BGE 111 II 424; 107 II 167.

<sup>28</sup> BJM 1981; 295;

Urteil ArGer ZH vom 18.12.1996, i.S. B AG c. R.S. (AG950048): Ein Bankdirektor gewährte einen Kredit von Fr. 200'000 ohne Beachtung der elementarsten Sicherheitsvorschriften. Als Sicherheit für den Kredit nahm er ein Bild mit gefälschtem Zertifikat entgegen.

Der Arbeitnehmer wurde zu vollem Schadenersatz verpflichtet. Eine Reduktion wegen eines Berufsrisikos wurde ihm nicht zugestanden.

Urteil ArGer ZH vom 20.12.1993, i.S. 1. M.H. c. W.L. AG (AN920817): Ein Börsenhändler, der unautorisierte Geschäfte getätigt hatte, musste den vollen Schaden von Fr. 30'000.– tragen.

<sup>29</sup> Kuhn/Koller, 13/2.A.7.; sie wurde lediglich zur Bezahlung eines Drittels des Schadens verpflichtet.

<sup>30</sup> Rehbinder, 63; Brühwiler, N 5.

<sup>31</sup> Bruner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 7.

Reduktion bei grober Fahrlässigkeit, allerdings offensichtlich nur bei Vorliegen eines Berufsrisikos<sup>32</sup>.

c) Da die Unterscheidung der verschiedenen Fahrlässigkeitsarten unscharf ist, ist ein kategorischer Ausschluss der Haftungsreduktion bei grober Fahrlässigkeit in Anbetracht möglicher Grenzfälle m.E. zu verneinen. Wenn insbesondere bei grober Fahrlässigkeit ein weiterer Reduktionsgrund nach Art. 321e Abs. 2 OR dazu kommt, wird regelmässig der Schadenersatz reduziert werden müssen. Zu vollem Schadenersatz ist derjenige Arbeitnehmer zu verpflichten, der in einem schweren Fall von grober Fahrlässigkeit handelt, ohne irgendeinen Reduktionsgrund in Anspruch nehmen zu können.

### 3.4 Mittlere Fahrlässigkeit

a) Mittlere Fahrlässigkeit liegt vor, wenn man den Durchschnittsanforderungen nicht gerecht wird. Nicht jede nicht grobe Fahrlässigkeit ist einer leichten gleichzusetzen und umgekehrt ist bei Verneinung einer leichten nicht immer eine grobe Fahrlässigkeit anzunehmen. Es gibt nach der Lebenserfahrung oft Verschuldensarten von mittlerer Schwere, die weder leicht noch schwer sind.

Mittlere Fahrlässigkeit ist hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der leichten gleichzusetzen. Das bedeutet, dass eine Reduktion des Schadenersatzes ohne weiteres möglich ist<sup>33</sup>. Dem Umstand, dass sich mittlere Fahrlässigkeit von leichter im Ausmass der Vorwerfbarkeit unterscheidet, ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Haftungsreduktion entsprechend weniger hoch auszufallen hat.

b) In der Lehre wird oft von Schadensteilung gesprochen. Arbeitgeberin und Arbeitnehmer hätten bei mittlerer Fahrlässigkeit den Schaden zu halbieren<sup>34</sup>. Eine solche Lösung scheint ebenso zu schematisch zu sein wie die schon erwähnte Höchstgrenze von einem Monatslohn bei leichter Fahrlässigkeit und dürfte insbesondere bei sehr hohen Schäden und Vorliegen weiterer Reduktionsgründe nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen. Bei einem jungen Hubschrauberpiloten, der eine Pflichtwidrigkeit von einem mittleren Verschulden beging, wurde die Schadenersatzforderung auf einen Monatslohn unter der Berücksichtigung des Berufsrisikos des Helikopterfliegens und eines Mitverschuldens des Arbeitgebers reduziert<sup>35</sup>.

Zu kategorisch scheint m.E. auch die Auffassung zu sein, ein völliger Wegfall des Schadenersatzes sei bei mittlerer Fahrlässigkeit ausgeschlossen<sup>36</sup>. Liegt ein mittlerer Fahrlässigkeitsfall bei schadensgeneigter Arbeit und weiteren Reduktionsgründen vor, sind durchaus Fälle vorstellbar, wo auf einen Schadenersatz verzichtet wird.

<sup>32</sup> ZK-Stahelin, N 23.

<sup>33</sup> Rehbinder, 63.

<sup>34</sup> Brühwiler, N 5, Rehbinder, S. 64; vgl. BJM 1981, 294/95, wo allerdings auch noch ein Berufsrisiko zu berücksichtigen war; Schadenhalbierung auch im BJM 1983, 67/68.

<sup>35</sup> JAR 1995 S. 84.

<sup>36</sup> Wie Brühwiler, N 5.

## 4 Berufsrisiko

### 4.1 Bedeutung des Berufsrisiko

a) Ein Berufsrisiko besteht grundsätzlich bei jeder Arbeitstätigkeit. Mit dem Ausdruck in Art. 321e Abs. 2 OR ist deshalb nicht das allgemeine Risiko jeder Tätigkeit gemeint, sondern ein besonderes Berufsrisiko, das als Betriebsrisiko der Arbeitgeberin zuzuschreiben ist und das nicht etwa die Sorgfaltspflicht einschränkt<sup>37</sup>.

b) Eine allgemeine Definition des Berufsrisikos gibt es nicht. Ebenso ist es unmöglich, eine Liste von Berufen aufzustellen, die mit einem solchen verbunden sind. Generell lässt sich sagen, dass Berufe und Tätigkeiten davon umfasst werden, deren Eigenart es mit sich bringt, dass dem Arbeitnehmer Fehler unterlaufen können, die zwar an sich jedes Mal vermeidbar sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit erfahrungsgemäss zu rechnen ist<sup>38</sup>. Solche Tätigkeiten nennt man schadens- oder gefahrengeneigt.

Die besondere Gefährdung kann sich in unterschiedlichen Bereichen manifestieren<sup>39</sup>:

- Natur der Tätigkeit: Die Gefahr liegt in der Arbeit an und für sich (z. B. Pilot, Chauffeur<sup>40</sup>, Bergführer, Holzfäller).
- Verwendetes Material: In diesen Fällen geht die Gefahr von den Dingen oder dem Material aus, mit welchem der Arbeitnehmer zu tun hat (z. B. Tellerwäscher, Radiologe, chemischer Industriearbeiter).
- Arbeitstechnik und Arbeitsmethode: Die besondere Schadensneigung rührt von der Komplexität der Arbeitsvorgänge und dem Umgang mit gefährlichen Maschinen her<sup>41</sup> (z. B. medizinische Berufe wie Chirurgen).
- Arbeitsanforderungen und Art des Arbeitsablaufs: Die Gefährdung liegt in der Beanspruchung oder Überforderung der körperlichen und geistigen Fähigkeiten des Arbeitnehmers (z. B. Börsenhändler, Berufssportler, Wachmann).

c) Die Frage stellt sich, ob der Beruf an und für sich als schadensgeneigt einzustufen ist und damit a priori eine Reduktion der Haftung bei Schadensfällen zur Folge hat, oder ob es auf den konkreten Anlass, der zum Schaden führt, ankommt, d.h. ob dieser eine schadensgeneigte Tätigkeit darstellt. Im Allgemeinen befürwortet die Lehre einhellig und zu Recht, es komme nicht auf die allgemeine Gefährlichkeit, sondern auf die konkrete Gefahrenlage an<sup>42</sup>. Für *Staehelin* scheint sowohl die allge-

<sup>37</sup> Geiser, Haftung, 789.

<sup>38</sup> Meier, 43, Roberto, 40.

<sup>39</sup> BK-Rehbinder, N 27; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 5, Brand et al., N 11; Brühwiler, N 9.

<sup>40</sup> Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 1985/1986, Nr. 9, 14/15.

<sup>41</sup> JAR 1993, 131 (BG Arbon).

<sup>42</sup> Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 5; Brühwiler, N 9; Meier, 45; Streiff, 801; volle Haftung bei einem Autoschaden in Entscheide des ArGer ZH 1977/1978, Nr. 9, S. 14/15.

meine Gefährlichkeit als auch die konkrete Gefahrenlage, unter welchen die schadensstiftende Handlung stattfindet, massgebend<sup>43</sup>.

Die Unterscheidung kann nicht immer so klar ausfallen. Berufliches Autofahren ist als schadensgeneigte Arbeit ohne weiteres anerkannt<sup>44</sup>, so dass beispielsweise ein Taxichauffeur für geringfügige Schäden am PKW nicht aufzukommen hat<sup>45</sup>. Fährt nun der Taxifahrer auf einer verkehrsarmen Überlandstrasse unvermittelt in einen einsamen Baum am Strassenrand, müsste die Gefahrenneigung unter den konkreten Umständen verneint werden<sup>46</sup>. Hat indessen der Taxifahrer schon sieben Stunden Arbeit im hektischen, städtischen Strassenverkehr hinter sich und kann deswegen seine Aufmerksamkeit nicht mehr dieselbe sein wie bei einem ausgeruhten, privaten Autolenker, wirkt sich das Betriebsrisiko indirekt auch bei dem erwähnten Unfall aus.

Einem Chauffeur, der beim Manövrieren im Hof des Betriebes einen Blechschaden verursachte, wurde das Betriebsrisiko des Autolenkers im Strassenverkehr nicht mehr zugestanden und er musste mit 20 % am Schaden partizipieren<sup>43</sup>.

Das Berufsrisiko wurde bei einer von einem Chauffeur verursachten Streifkollision nicht berücksichtigt, weil dieser genügend Zeit hatte, die Situation zu bedenken<sup>48</sup>. Das gleiche galt für einen Chauffeur, der den Wagen auf dem Betriebsareal parkierte und die Handbremse nicht anzog<sup>49</sup>. Benutzt der Chauffeur das Firmenfahrzeug für private Fahrten, kann er sich nicht auf das Berufsrisiko berufen<sup>50</sup>. Macht er hingegen bei einer Berufsfahrt einen kleinen (unnötigen) Umweg, gilt das Betriebsrisiko gleichwohl<sup>51</sup>.

d) Setzt der Chauffeur seinen privaten PW für berufliche Zwecke ein, stellt sich die Frage, ob er das im ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnis der Arbeitgeberin, d.h. im Sinne von Art. 327b Abs. 1 OR macht. Liegt dieses vor, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz der Unterhaltskosten seines privaten Fahrzeuges, wozu auch die Reparaturkosten gehören<sup>52</sup>. Mutatis mutandis muss die Arbeitgeberin auch das Berufsrisiko von Geschäftsfahrten mit dem privaten Wagen tragen. Die allfällige Haftung des Arbeitnehmers richtet sich folglich nach den Grundsätzen von Art. 321e Abs. 2 OR. Unabhängig davon, ob es sich um sein eigenes oder um das Fahrzeug

<sup>43</sup> ZK-Staehelin, N 26.

<sup>44</sup> Streiff/ von Kaenel, N 8.

BJM 1974, 216, wo dem Arbeitgeber auch noch der Umstand, keine Kaskoversicherung abgeschlossen und von der forschenden Fahrweise des Arbeitnehmers gewusst zu haben, als Mitverschulden zur Last gelegt worden ist.

<sup>45</sup> JAR 1988, 155 (ArGer See).

<sup>46</sup> Beispiel bei Meier, 44.

<sup>47</sup> ZR 79 (1980) Nr. 48.

<sup>48</sup> JAR 1987, 125 ff. (KG Zug).

<sup>49</sup> ZR 79 (1980) Nr. 48.

<sup>50</sup> JAR 1993, 131 (BG Arbon).

<sup>51</sup> Kuhn/Koller, 13/2.A.9. S. 1 - 4.

<sup>52</sup> BK-Rehbinder, N 4 zu Art. 327b OR.

der Arbeitgeberin handelt, hat er Anspruch auf Ersatz des Schadens durch diese, soweit er (oder ein Dritter) nicht als Verursacher haftbar ist.

Auf der anderen Seite sind auch Beispiele von Berufen denkbar, bei denen kein eigentliches Berufsrisiko vorhanden ist, wo aber dennoch im konkreten Fall eine schadensgeneigte Arbeit auszuführen ist<sup>53</sup>.

e) Die Lösung wird darin zu finden sein, dass bei grundsätzlich schadensgeneigter Tätigkeit auch im konkreten Fall die Vermutung dafür spricht, das Berufsrisiko habe bei der Schadensverursachung mitgespielt. Behauptet die Arbeitgeberin, bei schadensgeneigter Arbeit habe sich das Berufsrisiko nicht verwirklicht, hat sie dies zu beweisen<sup>54</sup>.

## 4.2 Folgen des Berufsrisikos

a) Die Berücksichtigung des Berufsrisikos mindert weder die Sorgfaltspflicht noch wird das Handeln des Arbeitnehmers rechtmässig noch wird der Vorwurf der Fahrlässigkeit beeinflusst. Das Berufsrisiko ist vielmehr als eigenständiger Schadenszumessungsgrund zu behandeln, weil das betriebstypische Schadensrisiko vom Unternehmer getragen werden muss<sup>55</sup>.

b) Die Berücksichtigung eines Betriebsrisikos führt dazu, dass bei leichter Fahrlässigkeit die Haftung wegfällt<sup>56</sup>. Diese Auffassung wird vom grössten Teil der Doktrin und der Rechtsprechung geteilt<sup>57</sup>. Das bedeutet konkret, dass bei Fahrzeugunfällen mit leichter Verkehrsregelverletzung den Chauffeur keine Haftung trifft, da Auto fahren eine schadensgeneigte Tätigkeit darstellt<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Beispiel: Der Buchhalter wird beauftragt, eine neue Buchhaltungssoftware zu installieren, wobei er das zu wenig fachgerecht durchführt und wichtige Daten zerstört.

<sup>54</sup> Meier, 45.

<sup>55</sup> Brühwiler, N 9; ZK-Staehelin, N 24.

<sup>56</sup> BK-Rehbinder, N 26; Brand et al., N 11; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 5; Schweingruber, 72; ZK-Staehelin, N 24; Schürer, I/10. 1, 4; Portmann, Rz 268; JAR 2001, 182 (OG LU); JAR 1987, 129 ff. (KG SG).

<sup>57</sup> Vgl. dazu Semjud 1995, 778 ff. Inkonsequent das Gewerbliche Schiedsgericht Basel in BJM 1993 S. 290/91 = JAR 1993, 129, das einen Automechaniker zur Bezahlung eines Schadenersatzes von Fr. 500.-- (bei einem Gesamtschaden von Fr. 8'300.--) verpflichtete, obwohl es sowohl leichtes Verschulden wie Berufsrisiko klar bejahte. Auch das Arbeitsgericht Val de Travers verpflichtete einen Chauffeur zu Fr. 692.-- Schadenersatz (von Fr. 2'450.-- Gesamtschaden und Fr. 950.-- eingeklagtem Schaden), obschon sowohl Berufsrisiko und leichtes Verschulden klar bejaht worden waren (SAE 1986, 10/11). Dasselbe gilt für das Kantonsgericht Jura, das den Haftungsanteil einer Arbeitnehmerin auf 15% festlegte, die mit einem Lieferwagen einen Selbstunfall verursachte. Das Gericht hatte Berufsrisiko und eine Fahrlässigkeit geringerer Art bejaht (SAZ 21/1997, 996 ff.).

<sup>58</sup> Streiff/von Kaenel, N 7; unklar Streiff, 801, ob das für einen Chauffeur auch gilt, wenn in der konkreten Situation kein Berufsrisiko vorliegt. Nicht ganz klar Staehelin, der den Wegfall der Haftung oder eine erhebliche Reduktion bei leichter Fahrlässigkeit befürwortet (N 23 und 24). A.M. Brühwiler, N 5, der den Wegfall der Haftung mit den gesetzlichen Regeln über die Schadenersatzbemessung als unvereinbar erklärt und diese auf 10 - 20% des Gesamtschadens beschränkt wissen will.

Bei mittlerer Fahrlässigkeit ist das Berufsrisiko bei der Ersatzbemessung reduzierend zu berücksichtigen<sup>59</sup>. Massgebend ist der Anteil des Berufsrisikos, aber auch der nach den konkreten Umständen ermittelte Verschuldensgrad. Der Vorschlag einer hälftigen Schadensteilung scheint zu schematisch sein<sup>60</sup>.

Bei schwerem Verschulden, also bei grober Fahrlässigkeit ist ein Teil der Lehre der Auffassung, dass keine Schadensreduktion bei Vorliegen eines Berufsrisikos stattfinden dürfe<sup>61</sup>. Ein anderer Teil schliesst nicht aus, dass es möglich sei, die Haftung gleichwohl zu reduzieren<sup>62</sup>.

Die Rechtsprechung hat sich eher dem arbeitnehmerfreundlicheren Teil der Lehre angeschlossen und in den meisten Fällen auf eine volle Haftung des Arbeitnehmers verzichtet<sup>63</sup>. Dies dürfte sachgerecht sein, weil einerseits das Berufsrisiko unabhängig vom Verschulden ist und andererseits bei schadensgeneigter Arbeit auf das konkrete schadenstiftende Ereignis abgestellt werden soll, so dass durchaus Fälle denkbar sind, wo sich das Berufsrisiko auch bei grober Fahrlässigkeit noch reduzierend auswirken kann.

c) Keinerlei weiterer Begründung bedarf, dass sich das Berufsrisiko bei absichtlicher Schadenszufügung nicht auswirkt.

## 5 Mitverschulden des Arbeitgebers

### 5.1 Allgemeines

Das Mitverschulden der Arbeitgeberin führt in analoger Anwendung der Art. 99 Abs. 3 OR bzw. Art. 44 Abs. 1 OR zu einer Reduktion der Haftung<sup>64</sup>. Es wäre treuwidrig, würde dem Arbeitnehmer der volle Ersatz verlangt, wenn die Arbeitgeberin selbst etwas zu diesem Schaden beigetragen hat. Denn im Prinzip muss jeder die Folgen einer Nachlässigkeit selber tragen<sup>65</sup>. Das Mitverschulden der Arbeitgeberin ist auch zu berücksichtigen, wenn ihr Verhalten bloss zu einer Vergrößerung des Schadensumfanges geführt hat.

<sup>59</sup> OR-Rehbinder, N 5.

<sup>60</sup> Hälftige Schadensteilung in Entscheide des ArGer ZH 2003, Nr. 4, 6/7, wo der Chauffeur die Hälfte des Selbstbehalts von Fr. 1'000.-- übernehmen musste.

<sup>61</sup> Brühwiler, N 5; Brand et al., N 11 (e contrario); OR-Rehbinder, N 5; sich einer Meinung enthaltend, Streiff, 800; vgl. auch Aubert Nr. 94.

<sup>62</sup> Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, N 7; Meier, 33; Roberto, 46; auch JAR 2004, 509 (KG GR); mehrheitlich JAR 1995, 120 (OG BL).

<sup>63</sup> Aubert Nr. 93: Ein Chauffeur, dem zwei grobe Fehler vorgeworfen worden waren, wurde verpflichtet, den gesamten Selbstbehalt der Kaskoversicherung zu bezahlen, nicht aber die Chômage des Fr. 300'000.-- teuren Lastwagens für die Dauer eines Monats; Aubert Nr. 92: Reduktion auf ca. 20% des Schadens bei Bejahung des Berufsrisikos und Vorliegen grober Fahrlässigkeit; dagegen voller Schaden JAR 2000, 124/125 (OG LU).

<sup>64</sup> ZK-Staehelin, N 23.

<sup>65</sup> Honsell, § 9 N 10.

Die Arbeitgeberin haftet beispielsweise wegen Mitverschuldens, wenn das zur Verfügung gestellte Material mangelhaft oder ungeeignet ist<sup>66</sup>.

Überwiegt das Mitverschulden der Arbeitgeberin krass, kann der Richter den Arbeitnehmer von der Ersatzpflicht vollständig befreien<sup>67</sup>. Immer wird jedoch eine Reduktion zu erfolgen haben, selbst wenn dem Arbeitnehmer grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden muss<sup>68</sup>.

Ein gewisses Mitverschulden seitens der Arbeitgeberin liegt in vielen Fällen vor und ist immer dann gegeben, wenn die Arbeitgeberin ihrerseits ihre Pflichten verletzt.

## 5.2 Mögliche Pflichtverletzungen des Arbeitgebers

Die Pflichten, deren Verletzung ein Mitverschulden begründet, können wie nachgenannt unterschieden werden.

### 5.2.1 cura in eligendo<sup>69</sup>

Wenn die Arbeitgeberin wissentlich oder aus Nachlässigkeit unfähige, unqualifizierte oder ungeeignete Leute einstellt und unter anderem deswegen ein Schaden mitverursacht wird<sup>70</sup>.

### 5.2.2 cura in instruendo

Die Arbeitgeberin hat die Arbeitnehmer richtig zu instruieren, sie in ihre Arbeit einzuführen und mit den Gegebenheiten des Arbeitsplatzes vertraut zu machen<sup>71</sup>. Das Mass der Instruktion kann nicht abstrakt festgestellt werden, sondern ist von der Erfahrung des Arbeitnehmers abhängig.

Das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt wies eine Schadenersatzforderung eines Arbeitgebers gegen eine Heimarbeiterin ab. Diese hatte Herrenkleidungsstücke zu nähen und dabei verschiedene Fehler verursacht, die zu Wiederherstellungs- und zusätzlichen Materialkosten führten. Das Gericht entschied, die Arbeitnehmerin sei einerseits keine ausgebildete Schneiderin gewesen und andererseits von der Arbeitgeberin nicht genügend instruiert worden, weshalb eine Haftung entfalle<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, N 4.

<sup>67</sup> Brühwiler, N 2; Streiff, 800; Portmann, Rz 267.

<sup>68</sup> BJM 1979, 290: Eine Buchhalterin, die verschiedene Pflichtwidrigkeiten begangen hatte, wurde von der Haftung für einen Schaden von Fr. 15'000.-- ganz befreit, da die Mängel nicht unwesentlich auf eine gewisse Unordnung im Betrieb zurückzuführen waren. Die Arbeitgeberin hätte die Buchhalterin besser überwachen und auf Fehler aufmerksam machen müssen.

<sup>69</sup> BK-Rehbinder, N 28; PKG 1977 Nr. 10, 54/55: Volle Haftungsbefreiung bei grober Fahrlässigkeit.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 328 OR. Vgl. zur Trilogie der curae: HONSELL, § 13 N 24 ff.; Anton K. Schnyder in Honsell/Vogt/Wiegand, N 15 ff. zu Art. 55 OR.

<sup>71</sup> Brühwiler, N 13; ZK-Staehelin, N 29.

<sup>72</sup> Brand et al., N 9; Brühwiler, N 13.

<sup>73</sup> JAR 2004, 442 ff. (GSG BS).

Je berufserfahrener ein Arbeitnehmer ist, desto weniger wirkt sich eine mangelnde Instruktion aus<sup>73</sup>. Umgekehrt kann ganz fehlende Instruktion bei einem unerfahrenen Arbeitnehmer zu einem völligen Wegfall der Haftung führen, wenn dieser zum Beispiel an einer ihm unbekanntem Maschine zu arbeiten hat. Je unqualifizierter ein Arbeitnehmer ist, desto höhere Anforderungen werden an die Instruktion gestellt<sup>74</sup>.

### 5.2.3 cura in custodiendo

a) Die Arbeitgeberin hat die Tätigkeit des Arbeitnehmers und die Einhaltung der Weisungen zu überwachen. Der Umfang der Überwachungspflicht hängt einerseits von der Erfahrung des Arbeitnehmers<sup>75</sup> und andererseits von der Natur des Arbeitsverhältnisses ab<sup>76</sup>. Toleriert die Arbeitgeberin das Nichteinhalten der Weisungen, kann sie den Arbeitnehmer nicht haftbar machen, wenn deswegen ein Schaden entsteht<sup>77</sup>. Wesentlich zu den Überwachungsaufgaben gehört die Kontrolle darüber, dass Schutzvorschriften eingehalten werden.

b) Ein Mitverschulden ist selbstverständlich auch dann gegeben, wenn die Arbeitgeberin um die schadenstiftende Handlung weiss und nichts dagegen tut, d.h. sie ausdrücklich duldet oder darin einwilligt<sup>78</sup>. Dasselbe gilt auch, wenn es die Arbeitgeberin unterlässt, für zureichende Arbeitsbedingungen zu sorgen<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> ZK-Staehelin, N 30.

<sup>74</sup> BJM 1996 S. 327/28: Einen eher heiteren Fall hatte das Gewerbliche Schiedsgericht Basel zu Basel zu beurteilen, wo eine Schülerin in einer Bilderrahmen-Fabrik mit dem Säubern der Bilder beschäftigt war. Dabei sah sie auf einem Holzschnitt eines bekannten Künstlers dessen Signatur als Verunreinigung an und radierte sie aus. Sie war wenig qualifiziert und über die Bedeutung von Signaturen auf Bildern nie aufgeklärt worden. Deshalb konnte sie für den entstandenen Schaden nicht haftbar gemacht werden.

<sup>75</sup> JAR 1986, 135 (KG Zug): Eine Arbeitnehmerin, die Wappenschilder zu bearbeiten hatte, musste für einen verursachten Schaden nicht aufkommen, weil die mit Mängeln behafteten Arbeiten ohne vorherige Kontrolle an die Kundschaft gingen. Diese Kontrolle wäre um so eher angezeigt gewesen, weil der Arbeitgeber Kenntnis von den Leistungsschwankungen der Arbeitnehmerin und vom Umstand hatte, dass sie seit mehreren Jahren nicht mehr auf ihrem Beruf gearbeitet hatte.

<sup>76</sup> BJM 1974, 254.

<sup>77</sup> Kuhn/Koller, 13/2.A.5.

<sup>78</sup> Brühwiler, N 28; JAR 1993, 131 (BG Arbon); Urteil ArGer ZH vom 16.12.1997 i.S. B. AG c. R.C. (AG960016): Ein Arbeitnehmer setzt Material und andere Mitarbeiter für Arbeiten in eigenem Interesse ein. Der Arbeitgeber wusste davon und tolerierte es. Ein Schaden kann deshalb nicht geltend gemacht werden. Urteil ArGer ZH vom 15.1.1997, i.S. R.C.B c. S. AG (AN960388): Ein Arbeitnehmer versteckte einen Betrag von Fr. 70'000 über Mittag unter seinem Pult und unter fünf Telefonbüchern. Am Nachmittag war das Geld weg. Den Schaden hatte die Arbeitgeberin alleine zu tragen, da angeordnet worden war, dass der Chef am Nachmittag allfälliges Geld zum Hauptsitz zu bringen hatte und das nicht der Arbeitnehmer tun durfte. Der Vorwurf, das Geld während dieser kurzen Zeit nicht adäquat aufbewahrt zu haben, wog das Mitverschulden der Arbeitgeberin nicht auf.

<sup>79</sup> Brand et al., N 9.

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung dazu in jüngerer Zeit nicht geändert, aber konkretisiert<sup>80</sup>:

«In der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 321e OR ist das Bundesgericht stets davon ausgegangen, dass nicht nur für den Grundsatz, sondern auch für den Umfang der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 321e OR sämtliche Umstände, insbesondere Betriebsrisiko, Entlohnung und Verschulden des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind (BGE 123 III 257 E. 5a S. 258f.; 110 II 344 E. 6b S. 349; vgl. auch BGE 127 III 357 E. 1b und 1c S. 359f.).

In der arbeitsrechtlichen Literatur ist allgemein anerkannt, dass der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers herabgesetzt oder gar ausgeschlossen werden kann, wenn dieser den fehlbaren Arbeitnehmer ungenügend kontrolliert ... Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers stets entfällt, wenn dessen geeignete Überwachung durch den Arbeitgeber den Eintritt des Schadens hätte verhindern können.

Ausgegeben ist vom Grundsatz, dass kein Anspruch des Schuldners besteht, in der Vertragserfüllung vom Gläubiger überwacht zu werden. Dieser aus dem Werkvertragsrecht (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., N 1346f. und 2057f.) bekannte Grundsatz gilt auch für den Arbeitsvertrag. Wer schlecht erfüllt, kann sich daher nicht mit dem Einwand entlasten, die Erfüllung sei nicht hinreichend überwacht worden. Die im Aussenverhältnis haftungsbegründende Verletzung der cura in custodiendo (BGE 110 II 456 E. 2b S. 461) wirkt sich im Innenverhältnis nicht unbesehen in die gleiche Richtung aus.

Die über die blosse Betriebsüberwachung hinausgehende Kontrolle der Arbeitsleistung wird rechtlich erst relevant, wenn Anzeichen bestehen, dass das Risiko einer Schlechterfüllung sich verwirklicht. Nach der Rechtsprechung gereicht die fehlende Überwachung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber nur dann zum Selbstverschulden, wenn aufgrund der Qualifikationen, der bisherigen Leistungen des Arbeitnehmers oder wegen anderer Umstände im besonderen Fall Grund zur Annahme besteht, der Arbeitnehmer könne seine vertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäss erfüllen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 29.7.1992, publ. in: JAR 1994 S. 135f.; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26.2.1987, E. 7, publ. in: JAR 1988 S. 304ff.; Urteil der Chambre d'appel des prud' hommes de Genève vom 24.7.1986, E. 6, publ. in: JAR 1987 S. 167ff.).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und in Übereinstimmung mit Lehre und Praxis hebt ein das Verschulden des Arbeitnehmers aufwiegendes Verschulden des Arbeitgebers dessen Schadenersatzanspruch aber nicht gänzlich auf, sondern schmälert ihn nur (statt vieler Brehm, Berner Kommentar, N 20 zu Art. 44 OR). Auch bei

<sup>80</sup> BGer 4C16/2003, Urteil vom 24. Juni 2003, in ARV 2003, 223--225.

Hilfskräften, welche zu wenig ausgebildet und nur unzureichend instruiert worden waren, wurde jeweils nur eine – wenn auch unter Umständen massive – Reduktion, nicht aber eine vollständige Haftungsbefreiung gewährt (Urteil des Bundesgerichts 4C.207/1988 vom 16. November 1988).

Indessen entfällt die Haftung gänzlich, wenn der Arbeitgeber die schadensstiftende Handlung anordnet, genehmigt oder widerspruchslos duldet ... In einem solchen Fall liegt eine Einwilligung des Arbeitgebers in die schädigende Handlung des Arbeitnehmers vor.»

### 5.3 Folgen des Mitverschuldens

Die Haftung fällt in der Regel weg, wenn die Arbeitgeberin zu der Handlung auffordert, welche schliesslich zum Schaden führt, sei es durch allgemeine Anordnung oder sei es durch spezielle Weisung<sup>81</sup>. Die Arbeitgeberin fordert beispielsweise den Handelsreisenden auf, schneller zu fahren und sich nicht an die Geschwindigkeitsbeschränkungen oder andere Verkehrsvorschriften zu halten. Kommt es dabei zur Schädigung der Arbeitgeberin, haftet der Arbeitnehmer auch bei mittlerer Fahrlässigkeit nicht und bei Drittschaden entstehen dementsprechende Freistellungsansprüche. Dasselbe gilt, wenn die Arbeitgeberin zu so schnellem Arbeiten auffordert, dass eine sorgfältige Arbeitsweise nicht mehr gewährleistet ist und die Schädigungsmöglichkeit sich erheblich vergrössert.

Ein Mitverschulden der Arbeitgeberin bei absichtlicher Schädigung des Arbeitnehmers ist praktisch nicht denkbar. Allenfalls ist eine absichtliche Schädigung Dritter durch Arbeitnehmer und Arbeitgeberin gemeinsam möglich, was dann zu einer Solidarhaftung gemäss Art. 50 f. OR führen würde.

### 5.4 Besonderes beim Gleichstellungsgesetz

Seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes ist ausdrücklich die Pflicht der Arbeitgeberin verankert, dafür zu sorgen, dass keine sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz stattfinden. Das bedingt eine strenge Kontrolle beispielsweise dort, wo beide Geschlechter eng zusammenarbeiten müssen. In solchen Fällen hat die Arbeitgeberin nicht nur eine Kontrollfunktion, sondern sie muss zudem präventiv wirken<sup>82</sup>. Auch hier müssen Massnahmen und Kontrollen billigerweise zumutbar sein<sup>83</sup>.

Verursacht ein Arbeitnehmer durch sexuelle Belästigung einen Schaden, haftet er dafür. Den Arbeitgeber trifft indessen immer ein Mitverschulden, wenn er die in Art. 5 Abs. 3 GlG geforderten Massnahmen nicht getroffen hat.

<sup>81</sup> BK-Rehbinder, N 28; ZK-Staehelin, N 28.

<sup>82</sup> Vgl. dazu ausführlich Nicole Vögeli, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Chur/Zürich, 1996, 67 ff.

<sup>83</sup> Claudia Kaufmann, Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, in Schwander/Schaffhauser (Hsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, St.Gallen, 1996, S. 71.

## 6 Geringe Entlöhnung als Notlage des Arbeitnehmers

### 6.1 Allgemeines

Gemäss Art. 99 Abs. 3 OR bzw. Art. 44 Abs. 2 OR kann der Richter die Haftung reduzieren, wenn der Arbeitnehmer gering entlohnt wird. Die Auslegung hat restriktiv zu erfolgen<sup>84</sup>. Der Lohn des Arbeitnehmers muss im Verhältnis zum Schadenersatz wirklich gering sein<sup>85</sup>. Es darf sich nicht um blossе, vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten oder nur um eine leichte Senkung des Lebensstandards handeln.

Zum Teil trifft man auf den Schadensminderungsgrund, dass der zu leistende Schadenersatz in einer billigen Relation zum Verdienst des Arbeitnehmers zu stehen habe, d.h. dass die Höhe des Lohnes bei der Schadenersatzbemessung generell zu berücksichtigen sei<sup>86</sup>.

### 6.2 Neuere bundesgerichtliche Praxis

a) Dieser Auffassung scheint auch das Bundesgericht in einem neusten Entscheid zu folgen<sup>87</sup>:

*«Das Verschulden liegt vielmehr im Bereich mittlerer Fahrlässigkeit. Davon ging auch das vom Beklagten anerkannte erstinstanzliche Urteil aus, worin demgemäss mit Recht auf die prekären finanziellen Verhältnisse des Beklagten hingewiesen wurde. Die Vorinstanz hat zwar diesbezüglich keine explizite Feststellung getroffen, aber immerhin angenommen, der Beklagte sei derart bedürftig, dass er die Prozesskosten zu tragen nicht in der Lage ist. Daraus ergibt sich klar, dass der Beklagte in eine Notlage geriete, sollte er Schadenersatz im verlangten Umfang von Fr. 35'000.-- bezahlen müssen. Dass die Klägerin durch eine weitere Kürzung der Ersatzleistung des Beklagten besonders hart getroffen würde, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor. Einer Reduktion der Ersatzpflicht nach Art. 44 Abs. 2 OR steht daher nichts im Wege (Schnyder, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 17 zu Art. 44 OR, mit Hinweisen). In Abwägung sämtlicher Umstände erweist sich eine Reduktion der Haftung des Beklagten auf Fr. 14'000.--, entsprechend zwei Monatslöhnen oder gut 15% des Schadens, als gerechtfertigt.»*

b) Es fragt sich, ob die Überlegungen des Bundesgerichts in Zusammenhang mit der Haftung eines Arbeitnehmers nach Art. 54 Abs. 1 OR für Art. 321e OR nicht analog angewandt werden können. In diesem Fall<sup>88</sup> bemächtigte sich ein Flugassistent eines Hubschraubers, unternahm einen Flug und verursachte bei der Landung einen

<sup>84</sup> BK-Rehbinder, N 29.

<sup>85</sup> Brühwiler, N 8.

<sup>86</sup> Aubert Nr. 84.; JAR 1993, 131 (BG Arbon); JAR 1987, 123 (Chapp GE); BJM 1991, 139.

<sup>87</sup> BGer 4C. 103/2005, Urteil vom 1. Juni 2005.

<sup>88</sup> BGer 4C. 195/2004, Urteil vom 7. September 2004, zit. in dt. Übersetzung in ARV 2005, 21--23.

Totalschaden. Die Arbeitgeberin verlangte von ihm Schadenersatz in der Höhe von Fr. 194'083.--. Die Vorinstanzen hiessen den Schadenersatzanspruch grundsätzlich gut und setzten diesen aber auf bloss Fr. 31'352.-- fest. Weil der Flugassistent vorübergehend urteilsunfähig war, gelangte nicht Art. 321e OR, sondern Art. 54 Abs. 1 OR zur Anwendung. Hinsichtlich der Schadenersatzbemessung führte das Bundesgericht aus:

*«Chiamato a pronunciarsi sull'opportunità di imporre all'inabile un risarcimento pecuniario e sulla sua entità, il giudice si trova confrontato con l'esigenza di riparare il pregiudizio subito dalla parte danneggiata, da un lato, e, dall'altro, con quella di non penalizzare eccessivamente l'autore, il quale - pur essendo all'origine del danno - è lui stesso vittima del proprio stato. In questo senso si può affermare che nel diritto della responsabilità l'equità ha una funzione sociale (cfr. Werro, op. cit., n. 577 e 579). Il giudice procede allora ad una valutazione comparativa delle condizioni economiche delle parti (Werro, op. cit., n. 586) al momento della sentenza (Schnyder, op. cit., n. 8 ad art. 54 CO) per poi decretare una ripartizione equa del danno tra la vittima e l'autore incapace (cfr. anche DTF 122 III 262 consid. 2a/aa pag. 266 seg.).»*

*Contrariamente a quanto sostiene il convenuto, la condanna della persona incapace non presuppone ch'essa si trovi in una situazione finanziariamente migliore di quella del danneggiato; è per contro indispensabile che l'autore del danno disponga dei mezzi finanziari necessari al risarcimento (Werro, op. cit., n. 600). L'obbligo di pagamento non deve infatti condurre alla sua rovina (Schnyder, op. cit., n. 8 ad art. 54 CO).»*

Wenn das Bundesgericht feststellt, dass bei dieser Konstellation im Rahmen des Haftpflichtrechts der Billigkeit eine soziale Funktion zukommt, darf man sich füglich fragen, ob das nicht bei der Anwendung von Art. 321e Abs. 2 OR generell der Fall ist.

c) In dieselbe Richtung tendiert auch die Auffassung, eine gewisse Obergrenze der Schadensbemessung anzunehmen, wie das Gewerbliche Schiedsgericht Basel einst mit einem Monatslohn angenommen hat. Eine solche Grenze erscheint freilich zu starr<sup>89</sup> und wird auch vom Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden nicht angewandt<sup>90</sup>. Hingegen sollte die Lohnhöhe des haftpflichtigen Arbeitnehmers generell berücksichtigt werden, nicht nur wenn er zufolge der Schadenersatzpflicht in eine Notlage gerät.

Bei absichtlicher oder grobfahrlässiger Schadenszufügung kann dieser Reduktionsgrund nicht angewendet werden.

## 7 Sehr günstige finanzielle verhältnisse des Arbeitgebers

Dieser Reduktionsgrund ist das Korrelat zum vorgenannten, der Notlage des Arbeitnehmers. Er findet sich in Spezialgesetzen<sup>91</sup> und lässt sich für die arbeitsvertrag-

<sup>89</sup> BK-Rehbinder, N 28; ZK-Staehelin, N 28.

<sup>90</sup> Vgl. dazu ausführlich Nicole Vögeli, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Chur/Zürich, 1996, 67 ff.

<sup>91</sup> Art. 7 Kernenergiehaftpflichtgesetz; Art. 5 Abs. 3 AtomG; Art. 62 Abs. 2 SVG; Art. 4 EIG.

liche Haftung aus Art. 99 Abs. 3 OR und Art. 43 Abs. 1 OR herleiten. Im Rahmen seiner Billigkeitserwägungen darf der Richter die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien grundsätzlich berücksichtigen. Wenn die geschädigte Arbeitgeberin einen Teil des Schadens mühelos verkraften kann, soll eine unverhältnismässige Belastung des Schädigenden vermieden werden.

In der Praxis ist hier vor allem an schädigende Handlungen von Bankangestellten und bankmässigen Vermögensverwaltern zu denken, wo schnell Schäden in erklecklichen Grössenordnungen entstehen und die geschädigten Arbeitgeberinnen in der Regel finanziell sehr potent sind.

Dieser Reduktionsgrund kommt nicht zur Anwendung, wenn der Schaden absichtlich oder grobfahrlässig verursacht worden ist<sup>92</sup>.

## 8 Bildungsgrad und Fachkenntnisse

Bildungsgrad und Fachkenntnisse sind als Massstab der Sorgfaltspflicht gewissermassen eigenständige Reduktions- bzw. Schadenszumessungsgründe.

Dabei wird von durchschnittlichen Fachkenntnissen ausgegangen. Der Bildungsgrad hat den Erfordernissen der Stelle zu entsprechen. Es darf vorausgesetzt werden, der Arbeitnehmer kenne die Regeln seines Berufes und seines Faches und befinde sich auch (u.a. durch Weiterbildung) auf dem neuesten Stand von Technik und Wissenschaft. Dabei sind die entsprechenden Anforderungen desto höher zu schrauben, je anspruchsvoller die Tätigkeit ist.

Bei ungelernten Arbeitnehmern dürfen ausser dem gesunden Menschenverstand und der Erfahrung im Arbeitsleben keine weiteren Voraussetzungen verlangt werden. Hingegen hat ein Akademiker nicht nur die Kenntnisse gemäss seinem Fähigkeitsausweis vorzuweisen, sondern auch, dass er sich auf dem neuesten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis befindet. In staatlichen Fähigkeitsausweisen ist eine Bestätigung dafür zu erblicken, dass der Inhaber über die zur Ausübung des Berufes erforderlichen Fachkenntnisse und Fähigkeiten tatsächlich verfügt<sup>93</sup>.

Von einem älteren Arbeitnehmer darf gestützt auf seine reichere Erfahrung auch mehr Sorgfalt verlangt werden, von einem jungen, unerfahrenen entsprechend weniger. Hat der Arbeitnehmer einen unterdurchschnittlichen Bildungsgrad oder Fachkenntnisse, wirkt sich das bei der Ersatzbemessung reduzierend aus<sup>94</sup>.

Kannte die Arbeitgeberin diese Mängel, sind sie bereits unter dem Titel Mitverschulden der Arbeitgeberin reduzierend zu berücksichtigen<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> A.a.O., analog der Notlage des Haftpflichtigen.

<sup>93</sup> Gautschi, 34.

<sup>94</sup> BJM 1975, 231: Ein junger Schlosser mit relativ tiefem Lohn hatte anderthalb Jahre nach seiner mit mässigem Erfolg abgeschlossenen Lehre ein Treppengeländer zu konstruieren und dieses falsch berechnet, weswegen ein Schaden entstand. Da die selbständige Anfertigung von Treppengeländern heikel ist und nur erfahrenen Schlossern mit entsprechendem Gehalt übertragen wird, musste der Arbeitnehmer nur einen Drittel des Schadens bezahlen.

<sup>95</sup> JAR 1983, 85 ff. (ArGer BE).

Gewisse Gesamtarbeitsverträge machen berufsspezifische Unterscheidungen und legen gewisse Mindestanforderungen an einzelne Berufsarten fest, meistens im Hinblick auf die Einteilung in Lohnklassen<sup>96</sup>.

## 9 Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers

a) Besondere Fähigkeiten und Eigenschaften, beruhend auf der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, können ebenfalls haftungsreduzierend wirken. Gewisse Mindestanforderungen auch im persönlichen und charakterlichen Bereich müssen an einen Arbeitnehmer gestellt werden können<sup>97</sup>. Dass die Fähigkeiten und Eigenschaften zu berücksichtigen sind, bedeutet, dass derselbe Vorfall bei unterschiedlich fähigen Personen unterschiedlich zu gewichten ist<sup>98</sup>.

Besitzt der Arbeitnehmer Eigenschaften, die geeignet sind, allenfalls einer Schadenstiftung Vorschub zu leisten, ist er gehalten, die Arbeitgeberin darüber zu informieren. Unterlässt er das, ist ihm das als Übernahmeverschulden anzulasten. Leidet ein Chauffeur an einer Tunnelangst, muss er die Arbeitgeberin darüber ins Bild setzen. Stellt ihn diese dennoch an, lässt ihn fahren und der Arbeitnehmer verursacht deswegen in einem Tunnel einen Unfall, kann das schadenersatzreduzierend ins Gewicht fallen. Die Reduktion lässt sich jedoch auch wegen Mitverschuldens des Arbeitgebers durch Verletzung der cura in eligendo begründen. So musste ein Lastwagenchauffeur, der grobfahrlässig elementare Regeln verletzte (Nachkontrolle des Ölstandes, Nichtanziehen der Handbremse), nur für die Hälfte des Schadens aufkommen, weil es sich um einen während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses unzuverlässigen Angestellten gehandelt hatte. Diese Eigenschaften des Arbeitnehmers wurden als Mitverschulden der Arbeitgeberin berücksichtigt<sup>99</sup>.

b) Allerdings dürfen an die Informationspflicht des Arbeitnehmers nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Er ist nicht gehalten, bei Stellenantritt seine sämtlichen Charaktereigenschaften offen zu legen. Ist er grundsätzlich besonders ängstlich, braucht er das nicht zu erwähnen. Hingegen ist ein Bewerber, der sich um eine Stelle als Dachdecker bemüht, gehalten, darüber Auskunft zu geben, wenn er nicht schwindelfrei ist, d. h. an Acrophobie leidet.

Auf der anderen Seite trifft die Arbeitgeberin die Pflicht, sich soweit wie möglich bei der Anstellung zu versichern, dass der Arbeitnehmer die zur Ausübung der Tätigkeit notwendigen subjektiven Fähigkeiten und Eigenschaften besitzt. Da das im

<sup>96</sup> Z. B. Art. 42 LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe; Art. 6 Ziff. 2 GAV für das Autogewerbe im Kt. Zürich; Art. 2 und 3 GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confitiergewerbe und entsprechende Lohnregulative.

<sup>97</sup> Brühwiler, N 11; Aubert Nr. 90.

<sup>98</sup> Gautschi, 33: Begeht ein Ingenieur einen Rechenfehler, ist dies ein bedeutenderes Versehen als derselbe Fehler bei einem einfachen Bauhandwerker.

<sup>99</sup> JAR 1994, 135 (OG AR).

Vornherein nicht immer in genügendem Masse möglich ist, ist im Normalfall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses eine Probezeit vorgesehen. Das Mitverschulden der Arbeitgeberin ist demzufolge in der Probezeit milder zu beurteilen, als während eines festen, definitiven und schon einige Zeit andauernden Arbeitsverhältnisses. der anderen Seite trifft die Arbeitgeberin die Pflicht, sich soweit wie möglich bei der Anstellung zu versichern, dass der Arbeitnehmer die zur Ausübung der Tätigkeit notwendigen subjektiven Fähigkeiten und Eigenschaften besitzt. Da das im Vornherein nicht immer in genügendem Masse möglich ist, ist im Normalfall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses eine Probezeit vorgesehen. Das Mitverschulden der Arbeitgeberin ist demzufolge in der Probezeit milder zu beurteilen, als während eines festen, definitiven und schon einige Zeit andauernden Arbeitsverhältnisses.

## 10 Besonderheiten der Arbeitnehmerhaftung

### 10.1 Haftung des Leiharbeitnehmers

Verursacht ein temporär Beschäftigter Arbeitnehmer in seinem Einsatzbetrieb einen Schaden kann nicht ohne weiteres Art. 321e OR angewandt werden, weil zwischen Arbeitnehmer und Einsatzbetrieb kein Arbeitsverhältnis besteht. Das Arbeitsvermittlungsgesetz regelt das Haftungsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer nicht.

Dieses wird von der Lehre unterschiedlich beurteilt. Einerseits wird der Schluss gezogen, mangels Vertragsverhältnis hafte der Arbeitnehmer zwangsläufig aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 ff. OR<sup>100</sup>. Damit würde er nicht in den Genuss der Haftungserleichterungen von Art. 321e Abs. 2 OR kommen und es hätte zur Folge, dass der Leiharbeitnehmer eine verschärfte Haftung trifft als den Festangestellten. Dieses Resultat ist unter Berücksichtigung, dass den Leiharbeiter damit eine verschärfte Haftung trifft als den Festangestellten, stossend<sup>101</sup>, weil dem Leiharbeiter ohnehin eine schwächere soziale Stellung zukommt.

Andererseits wird die Ansicht vertreten, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Einsatzbetrieb stütze sich im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter gemäss Art. 112 OR auf Art. 321e OR<sup>102</sup>. Dieser Auffassung ist der Vorzug zu geben und die Rechtsprechung hat sich soweit ersichtlich dieser Meinung mehrheitlich angeschlossen<sup>103</sup>.

• Sollte der Arbeitnehmer vom Einsatzbetrieb gestützt auf ausservertragliche Haftung im Sinne von Art. 41 ff. OR in Anspruch genommen werden, besitzt er hinsichtlich der über Art. 321e Abs. 2 OR hinausgehenden Haftung einen Regressan-

<sup>100</sup> Streiff/von Kaenel, N 5.

<sup>101</sup> Geiser, Haftung, 796.

<sup>102</sup> Vischer, 57 und 196; Geiser, Haftung, 796.

<sup>103</sup> So das KG St. Gallen in SJZ 91 (1995), 455 und neustens das KG Graubünden in JAR 2004, 509, das von einem mittelbaren Arbeitsverhältnis ausgeht (510).

spruch gegenüber seinem Arbeitgeber, der Temporärfirma, was sich aus dem zwingenden Charakter der Haftungsnorm und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergibt<sup>104</sup>.

### 10.2 Gefälligkeitshandlung

Schliesslich sieht einzig *Rehbinder* als weiteren Reduktionsgrund bei jeder Art von Fahrlässigkeit die Gefälligkeitshandlung des Arbeitnehmers vor. Falls dieser gewisse Verrichtungen unentgeltlich ausübt und dabei einen Schaden verursacht, soll die Haftung reduziert werden<sup>105</sup>.

Da grundsätzlich Arbeit entgeltlich geleistet wird – auch nicht angeordnete Überstunden im Interesse des Arbeitgebers – dürften solche Gefälligkeitshandlungen Seltenheitswert haben. Unentgeltliche Arbeit wird im Normalfall nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet<sup>106</sup>.

## 11 Fazit

a) Die bestehende Regelung der Arbeitnehmerhaftung ist insgesamt nicht unerfreulich<sup>107</sup>. Allerdings wäre eine detailliertere gesetzliche Ausgestaltung dem derzeitigen, sehr grossen Ermessensspielraum des Richters vorzuziehen. Es besteht für einen schadenstiftenden Arbeitnehmer eine grosse Rechtsunsicherheit, wie viel er tatsächlich an den Schaden beizutragen hat. Gerade weil der Schadenersatz praktisch ausnahmslos – absichtliches Handeln selbstverständlich ausgenommen – kräftig reduziert wird, ist es für den Arbeitnehmer gerade bei quantitativ hohen Schadensbeträgen ein Ding der Unmöglichkeit, einigermaßen abzuschätzen, ob der von der Arbeitgeberin von ihm verlangte Schadenersatz angemessen ist oder nicht. Die Praxis ist wenig aufschlussreich und “extrem zufällig”<sup>108</sup>. Sie variiert von wenigen Prozenten des Schadens bis zur Hälfte und darüber. Bei grober Fahrlässigkeit wird meistens ebenfalls reduziert, wenn auch in geringerem Masse als bei mittlerer und leichter Fahrlässigkeit.

b) De lege ferenda wäre es m.E. wünschenswert, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auszuschliessen<sup>109</sup>. Freilich sind die Bedenken der Arbeitgeberschaft hierzu gross und beinahe unüberwindlich<sup>110</sup>. Es kann auch nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, dass die Gefahr bestünde, ein leichtes Nachlassen der Arbeitsmoral

<sup>104</sup> Geiser, Haftung, 796.

<sup>105</sup> BK-Rehbinder, N 24; Gautschi, 18/19.

<sup>106</sup> BK-Rehbinder, N 12 zu Art. 319 OR.

<sup>107</sup> A.M. Rehbinder, Haftung, 76.

<sup>108</sup> Streiff, 802.

<sup>109</sup> Gl. M. Rehbinder, Haftung, 77, der diese Regelung allerdings eher auf gesamtarbeitsvertraglicher Ebene verwirklicht haben möchte.

<sup>110</sup> Meier, 72.

würde damit einhergehen, wenn mir auch die Bedenken nicht sehr gross erscheinen. Denn die Haftung für mittlere und grobe Fahrlässigkeit bliebe bestehen. Wenn es schon Juristen manchmal Schwierigkeiten bereitet, sich zu entscheiden, ob ein fahrlässiges Handeln als leicht oder mittel einzustufen ist, wird sich ein Arbeitnehmer kaum je – während er seiner Tätigkeit mehr oder weniger sorgfältig nachgeht – Gedanken darüber machen, ob ein allfälliger Sorgfaltsmangel nun leicht oder mittel fahrlässig ist, wenn er einen Schaden verursachen würde. Mit andern Worten, er muss gleichwohl in fast jedem Fall damit rechnen, zur Verantwortung gezogen zu werden und wird deshalb kaum gross in Versuchung geraten, unsorgfältiger zu arbeiten.

c) Für mittlere oder grobe Fahrlässigkeit wäre eine Haftungsbeschränkung im Sinne eines Rahmens in Monatslöhnen einzuführen, innerhalb dessen der Arbeitnehmer haften würde, je nachdem welche und wie viele Reduktionsgründe zu berücksichtigen wären. Ein solcher Rahmen müsste jedenfalls gesetzlich verankert werden, wie die durch die Lehre einhellig vertretene Unvereinbarkeit der Basler Praxis der Beschränkung auf einen Monatslohn mit der geltenden gesetzlichen Regelung zeigt.

d) Dass die Gerichte geneigt sind, den Arbeitnehmer eher zu schonen<sup>111</sup>, mag zutreffen, ändert aber nichts daran, dass dieser gezwungen wird, den Richter anzurufen, wenn von ihm ein hoher Schadenersatz verlangt wird, um sicher zu sein, dass dessen Höhe auch gerechtfertigt ist. Dass dies der Arbeitnehmer während des laufenden Arbeitsverhältnisses wegen des mangelnden sachlichen Kündigungsschutzes tunlichst unterlässt, wird durch die Tatsache untermauert, dass zum Beispiel am Arbeitsgericht Zürich weniger als fünf Promille aller Prozesse noch während des laufenden, ungekündigten Arbeitsverhältnisses eingeleitet werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000 im kostenlosen Verfahren prozessieren kann.

<sup>111</sup> Nach Meinung von Streiff, 803.

## 12 Anhang: Übersicht über die Haftungsreduktionen

	Absicht und Dolus event.	Grobe Fahrlässigkeit	Mittlere Fahrlässigkeit	Leichte Fahrlässigkeit
<b>Gefälligkeits-handlung</b>	Volle Haftung	Reduktion der Haftung <sup>112</sup>	Reduktion der Haftung	Keine Haftung
<b>Berufsrisiko</b>	Volle Haftung	Reduktion der Haftung <sup>112</sup>	Reduktion der Haftung	Keine Haftung
<b>Mitverschulden des Arbeitgebers</b>		Reduktion oder Wegfall der Haftung <sup>112</sup>	Reduktion oder Wegfall der Haftung	Reduktion oder Wegfall der Haftung
<b>Gute finanzielle Lage des Arbeitgebers</b>	Volle Haftung	Volle Haftung	Reduktion der Haftung	Reduktion der Haftung
<b>Geringes Einkommen/Notlage des AN</b>	Volle Haftung	Volle Haftung	Reduktion der Haftung	Reduktion der Haftung

<sup>112</sup> Strittig!

### Literaturverzeichnis

- Altherr** Richard, Die Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, Zürich 1980 (Altherr)
- Aubert** Gabriel, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984 (Aubert)
- Brand** Daniel/**Dürr** Lucius/**Gutknecht** Bruno/**Platzer** Peter/**Schnyder** Adrian/**Stampfli** Conrad/**Wanner** Ulrich, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Hsg.: Schweizerischer Gewerbeverband, Bern 1991 (Brand et al.)
- Brühwiler**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Hsg.: Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, 2. A., Bern 1996 (Brühwyler)
- Brunner** Christiane/**Bühler** Jean-Michel/**Waeber** Jean-Bernard/**Brucchez** Christian, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, dt. Fassung der 3. A., Basel 2005 (Brunner/Bühler/Waeber/Brucchez)
- Gautschi** Georg, Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in FS für Karl Otfinger, Zürich 1969, S. 7 ff. (Gautschi)
- Geiser** Thomas, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983 (Geiser)
- Geiser** Thomas, Haftung bei neuen Arbeitsformen, AJP/PJA 7/97, S. 787 ff. (Geiser, Haftung)
- Honsell** Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2005 (Honsell)
- Kuhn** René/**Koller** Gerhard, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Loseblattwerk (Kuhn/Koller)
- Meier** Kurt, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 4, Bern 1978 (Meier)
- Miescher** Beat, Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht und nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, Zürich 1968 (Miescher)
- Portmann** Wolfgang, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000 (Portmann)
- Portmann** Wolfgang, Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht, Besondere Bestimmungen im Spannungsfeld allgemeiner Grundsätze, in ArbR 2003, 9 ff. (Portmann, Schadenersatzbemessung)
- Rehbinder** Manfred, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VI, 2.Abt., 2. Teilbd., Der Arbeitsvertrag (BK-Rehbinder)
- Rehbinder** Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 11. A., Bern 1993 (Rehbinder)
- Rehbinder** Manfred, Der Arbeitsvertrag, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Hsg.: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand, Basel/Frankfurt, 1996 (OR-Rehbinder)
- Roberto** Vito, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers (insbesondere für Schädigungen Dritter), in ArbR 2003, 29--47 (Roberto)
- Schumacher** Jost, Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht, Bern/Frankfurt 1975 (Schumacher)
- Schürer** Hans Ueli, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis, Bd. I, Der Arbeitsvertrag, Loseblattwerk, Hsg. SKV (Schürer)

**Schweingruber** Edwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. A., Bern 1976 (Schweingruber)

**Stahelin** Adrian, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. V 2 c, Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1984, (ZK-Stahelin)

**Streiff** Ullin/von Kaenel Adrian, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6. A., Zürich 2006 (Streiff/von Kaenel)

**Streiff** Ullin, Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers: Manko, Schäden am Geschäftsauto, Kalkulationsirrtümer, AJP/PJA 7/97, S. 797 ff. (Streiff)

**Vischer** Frank, Der Arbeitsvertrag, in Schweizerisches Privatrecht Bd. 7/1, Teilbd. 3, 3. A., Basel 2005 (Vischer)

**Wiegand** Wolfgang, Die Folgen der Nichterfüllung (Art. 97 - 109 OR), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Hsg. H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand, Basel/Frankfurt, 1996 (OR-Wiegand)

(Die zitierten Kommentarstellen beziehen sich immer auf Art. 321e OR, sofern nichts anderes vermerkt ist.)

## IV. STATISTISCHER ÜBERBLICK

## Anzahl Klagen und Erledigungen

	2004	2005
Übertrag Vorjahr	404	383
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1155	1107
Klageeingänge von Arbeitgebern	50	50
Total	1609	1540
Erledigungen im laufenden Jahr	1226	1215
Pendenzen Ende Jahr	383	325

## Erledigungsarten

	2004	2005
durch Urteil	221	269
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	915	868
anderweitig	90	78

## Anzahl Verhandlungen/Entscheidungsbegründung

	2004	2005
Verhandlungen	1069	1166
Beweisverfahren	75	86
Entscheidbegründung	131	192

## Streitwerthöhe

	2004	2005
bis Fr. 8'000.--	507	485
von Fr. 8'000.-- bis Fr. 12'000.--	155	156
von Fr. 12'000.-- bis Fr. 30'000.--	370	393
von Fr. 30'000.-- bis Fr. 100'000.--	127	113
von Fr. 100'000.-- bis Fr. 500'000.--	35	51
über Fr. 500'000.--	13	8

**Prozessdauer der erledigten Fälle**

	<b>2004</b>	<b>2005</b>
bis 1 Monat	127	164
1 bis 2 Monate	373	402
2 bis 3 Monate	352	290
3 bis 6 Monate	199	184
6 bis 12 Monate	80	74
1 bis 2 Jahre	67	72
über 2 Jahre	28	29



ARBEITSGERICHT ZÜRICH