

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2016



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2016

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Aus den Entscheiden	
1.	OR 319; Phantom-Arbeitgeber aus dem Internet	5
2.	OR 319, 320; Gültiger Arbeitsvertrag, wenn der Geschäftsführer nur Kollektivunterschrift hat?	6
3.	OR 321a; Teilzeitarbeit und Nebenbeschäftigung bei einer Ärztin	8
4.	OR 321c; ArG 9 und 13; Unterschied Überstunden- und Überzeitarbeit	11
5.	OR 321c; Kompensation von Mehrarbeit	13
6.	OR 321e; Haftung des Arbeitnehmers für eigenmächtiges Aufbrechen einer Türe und dem Griff in die Kasse	15
7.	OR 322; Angemessener Lohn für Probearbeitstage	16
8.	OR 322d; Fest zugesicherte Gratifikation trotz Bedingungen?	18
9.	OR 324; Arbeitgeberverzug wegen Leumundsüberprüfung	20
10.	OR 327; Vergütung für eigenes Arbeitsmaterial	22
11.	OR 330a; Arbeitszeugnis: Inhalt, Streitwert	23
12.	OR 333, OR 340 f.; Betriebsübergang und Konkurrenzverbot	25
13.	OR 335; Vorbehaltlose Freistellung und Schadenminderungspflicht?	29
14.	OR 335, OR 329c; Ferienbezug während der Freistellung	32
15.	OR 335; Gefahren einer E-Mail-Kündigung	33
16.	OR 336; Beweisbarkeit missbräuchlicher Kündigungsgründe	37
17.	OR 337; Wiederholte Missachtung von vertraglichen Vereinbarungen und Weisungen	39
18.	OR 337; Gültige Entlassung bei ungenügender Unterschriftsberechtigung?	42
19.	OR 340 f.; Konkurrenzverbot	44
20.	GIG; Berechnung der Entschädigung für Verbandstätigkeiten	46
21.	ZPO 34; Örtliche Zuständigkeit bei mehreren Arbeitsorten	48
22.	ZPO 35; Zulässige Vereinbarung eines Schiedsgerichts?	50
23.	ZPO 55; Substantiierung des Quantitativen im vereinfachten Verfahren	52
24.	ZPO 59; Sind Brutto- oder Nettobeträge einzuklagen? Auswirkungen auf die sachliche Zuständigkeit	53
25.	ZPO 177, 178; Echtheit von Urkunden; Anforderung an deren Bestreitung	56
II.	Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	59
III.	Statistischer Überblick	60

Hinweis

2016 waren einige Prozesse zu behandeln, in denen die beklagten Parteien unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen sind und daher ohne deren Anwesenheit entschieden wurde. Diese sind jeweils mit „Abwesenheitsentscheid“ gekennzeichnet.

Zum besseren Verständnis sind längere Entscheide zum Teil mit Titeln versehen, die vom Redaktor angebracht wurden.

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Wir freuen uns, Ihnen auch dieses Jahr wieder eine Auswahl unserer zahlreichen Entscheide aus dem Jahr 2016 vorlegen zu dürfen.

Wie bisher finden Sie im Anhang den üblichen statistischen Überblick.

Die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten (vor den Friedensrichterämtern) hat im Vergleich zum Vorjahr leicht abgenommen (von 1027 auf 952). Die Zahl der ausgestellten Klagebewilligungen blieb demgegenüber unverändert (404). Die Erledigungsquote der Friedensrichterämter lag 2016 bei 57,2 %. Am Arbeitsgericht gingen die Klageeinzüge erwartungsgemäss wieder zurück (von 346 auf 280), da praktisch keine neuen Datenschutzfälle mehr anfielen. Die Eingangszahlen sind allerdings grossen und manchmal unerklärlichen Schwankungen ausgesetzt. In den ersten Monaten des Jahres 2017 haben die Eingänge im Vergleich zum Vorjahr wieder deutlich zugenommen.

In personeller Hinsicht haben sich im Berichtsjahr Veränderungen vor allem in der Arbeitsgerichtskanzlei ergeben. Per Ende Juli 2016 trat unsere Kanzleimitarbeiterin Rita Schmid in den Ruhestand. Ihre Nachfolgerin ist Kelly Nicolet, die auch die Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz betreut. Per Ende Oktober 2016 wurde Susanne Signer pensioniert. Mit dem Eintritt von Tanja Meier per 1. Oktober 2016 konnte die Kanzlei wieder komplettiert werden.

Der bisherige Bereichsvertreter und Präsident der 3. Abteilung des Arbeitsgerichts, lic. iur. Hans Jucker, hat sein Arbeitspensum auf den 1. Januar 2017 auf 50% reduziert. Seit diesem Zeitpunkt ist die Bereichsvertretung zwischen ihm und dem Präsidenten der 4. Abteilung, lic. iur. Erich Kaufmann, aufgeteilt.

Abschliessend weisen wir Sie auf unsere Internetseite www.bezirksgericht-zh.ch, Themen/Arbeit, hin, wo Sie einen Überblick zu verschiedenen Fragen, die sich bei Arbeitsverhältnissen häufig stellen, finden. Dort können Sie auch Musterschreiben und Formulare herunterladen. Und – last but not least – wird den Rechtsuchenden auch weiterhin die dem Arbeitsgericht Zürich angegliederte Rechtsauskunftsstelle bei neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im Juni 2017

**lic. iur. Erich Kaufmann, Präsident der 4. Abteilung / Bereichsvertreter
Dr. iur. Gerhard L. Koller, Ersatzrichter / Leitender Gerichtsschreiber
Arbeitsgericht**

I. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

1. **OR 319; Phantom-Arbeitgeber aus dem Internet**

Der Kläger will über das Internet einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen haben. Er habe sich für die vereinbarten Arbeitsleistungen zur Verfügung gehalten und immer wieder nachgefragt. Als er dann auch keinen Lohn erhalten habe, habe er gekündigt. Die Beklagte bestreitet, dass je ein Arbeitsvertrag zwischen ihr und dem Kläger zustande gekommen sei. Sie kenne weder den Kläger, noch habe ihr Geschäftsführer A. die Unterschrift auf dem vom Kläger ins Recht gelegten Arbeitsvertrag geleistet. Die Beklagte sei sowieso nur für den Kauf der Familienwohnung von A. gegründet worden.

Da der Kläger Staatsangehöriger von Deutschland ist und auch die Tätigkeit in Deutschland erbracht hatte, kam deutsches Rechts zur Anwendung. Für das Recht über die Stellvertretung wurde daher das BGB beigezogen. Die vom Kläger als Zeugen angerufenen Personen waren nicht auffindbar.

Aus den Erwägungen:

«Die Erteilung einer Vollmacht seitens A. an die (angeblich für die Beklagte) handelnden Y. und/oder Z., für die Beklagte Rechtsgeschäfte abzuschliessen, insbesondere den streitgegenständlichen Arbeitsvertrag, lässt sich weder dem Vorbringen des Klägers noch den Akten entnehmen; die (angeblich) namens der Beklagten im Arbeitsvertrag ausgewiesene Unterschrift lässt sich weder Y. noch Z. zuordnen.

Geht man davon aus, dass Y. sowie Z. als Vertreter ohne Vollmacht gehandelt haben, hängt die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages von einer allfälligen Genehmigung durch die Beklagte ab. Die Beklagte (handelnd durch A.) hat indessen die vorgesehenen Dienstleistungen des Klägers nie beansprucht und ihm auch nie Lohn bezahlt. Sie erachtet sich auch nicht als lohnzahlungspflichtig, da sie mit dem Kläger keinen Arbeitsvertrag geschlossen habe. Eine Genehmigung des Vertragsabschlusses durch die Beklagte ist demnach nicht erfolgt.

Die Beklagte bestreitet überdies, überhaupt vom Handeln von Y. sowie Z. gewusst zu haben. Es ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, wie sie davon hätte erfahren können oder sollen. Der Kläger führte selber aus, dass er sich nicht darum bemüht habe, abzuklären, wer für die Beklagte handeln darf. Somit hatte er während der Vertragsverhandlungen nie mit der „Vertretenen“ selber Kontakt aufgenommen. Bereits in seiner E-Mail-Nachricht an Y. brachte der Kläger selber zum Ausdruck, dass die Anweisungen „immer dubioser“ würden. Ihm ist in dieser Beobachtung ohne Weiteres zuzustimmen. So wurde bereits im Vertrag eine eher atypische Arbeitstätigkeit vereinbart, war doch die einzige Aufgabe der „Empfang von Banküberweisungen von Kunden“ und die sofortige Weiterleitung dieser Gelder. Vorgesehen war zudem eine Arbeitszeit von einer Stunde täglich und ein Monatslohn von 2'400.– Euro. Sowohl für deutsche als auch für Schweizer Verhältnisse ist dies ein sehr hoher Lohn. Auch

bringt der Kläger selber vor, dass er einzig mit Y. und Z. Kontakt gehabt habe, der Vertrag in der Folge aber von einem „A.“ (Nachname abgekürzt, dafür Vorname ausgeschrieben; A.d.R.) unterzeichnet worden sei. All diese Indizien hätten dem Kläger schon während den Vertragsverhandlungen Zweifel hervorrufen sollen, weshalb er sich bei der Beklagten hätte erkundigen müssen, ob eine gültige Vollmacht an die in ihrem Namen handelnden Personen vorliege. Es wäre ihm durchaus zumutbar gewesen, nachzuprüfen, wer für die im (öffentlichen) Handelsregister eingetragene Beklagte zeichnungsberechtigt ist, sind diese Informationen doch auch im Internet abrufbar. Die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht sind deshalb nicht gegeben. Alleine der Umstand, dass irgendjemand unter der Firma der Beklagten gehandelt und dem Kläger eine Website zur Verfügung gestellt hat, lässt den Schluss auf eine Anscheinsvollmacht nicht zu. Eine gültig Stellvertretung der Beklagten durch die Personen, die vorgegeben haben, in ihrem Namen zu handeln, liegt demnach nicht vor.

Es ist demnach nicht erstellt, dass entgegen dem Aktenanschein A. den Arbeitsvertrag für die Beklagte unterzeichnet haben könnte. Ebenso wenig kann von einer Vollmachtserteilung der Beklagten (handelnd durch A.) an Y. und/oder Z. ausgegangen werden. Auch hat die Beklagte den Arbeitsvertrag mit dem Kläger nicht genehmigt. Schliesslich kann sich der Kläger auch nicht auf eine Anscheinsvollmacht berufen.

Zwischen der Beklagten und dem Kläger ist damit kein Arbeitsvertrag zustande gekommen, weshalb die Klage abzuweisen ist.»

(AH160110 vom 10. November 2016)

2. OR 319, 320; Gültiger Arbeitsvertrag, wenn der Geschäftsführer nur Kollektivunterschrift hat?

Der Kläger machte geltend, er sei bei der Beklagten im Rahmen eines sog. Abrufverhältnisses auf Baustellen eingesetzt worden. Dass dieses Arbeitsverhältnis so bestanden habe, würden unter anderem die Lohnabrechnungen für einige Monate und der Lohnausweis für das Jahr 2011 zeigen. Zudem sei er über die Beklagte vorsorgeversichert gewesen. Die Umstände würden zeigen, dass zumindest mit dem Geschäftsführer der Beklagten ein mündlicher Arbeitsvertrag zustande gekommen sei.

Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger sei nicht rechtmässig bei ihr angestellt gewesen, weshalb auch seine Forderungen keinen Bestand hätten.

Aus den Erwägungen:

«Von der Beklagten wird primär vorgebracht, der Kläger sei nicht bei ihr angestellt gewesen, weil der damalige Geschäftsführer der Beklagten, B., welcher den Arbeitsvertrag mit dem Kläger unterzeichnet habe, nur kollektivzeichnungsberechtigt gewesen und die Beschäftigung des Klägers ohne Einverständnis des Verwaltungsrates und des Geschäftsführers mit Einzelunterschrift, Herr S., erfolgt sei. Ebenfalls habe Ge-

schäftsführer B. zu Unrecht die Lohnabrechnungen und die Lohndeklarationen selbst erstellt. Darüber hinaus seien die vom Kläger ins Recht gelegten Arbeitsrapporte nicht vom Geschäftsführer B. unterschrieben und anerkannt worden.

Grundsätzlich trifft es zu, dass für die Vertretung der Gesellschaft bei Kollektivvertretern die Unterschrift beider Vertreter notwendig ist, um die Gesellschaft zu verpflichten. Von diesem Grundsatz ist jedoch abzuweichen, wenn der Vertragspartner annehmen darf, dass die Vollmacht entgegen des anderslautenden Handelsregistereintrages auf eine Einzelermächtigung erweitert wurde. Besteht mit Bezug auf diese Einzelermächtigung ein guter Glaube, ist dieser zu schützen. Der Vertrag ist rechtsgültig und die Gesellschaft wird verpflichtet. Ebenso ist der gute Glaube des Vertragspartners zu schützen, wenn die Gesellschaft bereits mehrmals Einzelhandlungen des Kollektivvertreters duldete. An die Sorgfaltspflicht des Dritten sind dabei hohe Anforderungen gestellt, weil grundsätzlich von der Richtigkeit des Handelsregistereintrages auszugehen ist (Müller, Haftung für Unterschriften im Namen einer Gesellschaft, in: Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 177 ff., S. 210).

Primär ist festzuhalten, dass es insbesondere in der vorliegenden Arbeitsbranche nicht in die Sorgfaltspflicht eines Arbeitnehmers fällt, im Handelsregister zu überprüfen, ob ein Geschäftsführer der Arbeitgeberin einzel- oder kollektivzeichnungsberechtigt ist, wenn dieser nach aussen hin als Vertreter der Gesellschaft auftritt. Indizien, welche den guten Glauben des Klägers bezüglich der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführer B. stützen, sind einerseits die Nennung der Beklagten im Vertrag als Arbeitgeberin sowie die Verwendung des Briefkopfes der Beklagten auf dem Vertragspapier. Darüber hinaus durfte der Kläger auch aufgrund der Lohnabrechnungen, der Bestätigung der Auffangeinrichtung BVG sowie des Lohnausweises für das Jahr 2011 von einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ausgehen.

Aufgrund des Verhaltens des Geschäftsführers B. und der fehlenden Sorgfaltspflichtverletzung des Klägers ist der gute Glaube des Klägers zu schützen und festzuhalten, dass der Vertrag rechtsgültig zustande gekommen ist. Es ist an dieser Stelle zudem darauf hinzuweisen, dass die Beklagte noch im März 2012 selbst das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht bestritt. Des Weiteren führt sie in der Stellungnahme zur Klage explizit aus, dass sie den Geschäftsführer vieles habe selber machen lassen.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Vertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht gültig zustande gekommen wäre, hätten beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Arbeitsvertrag zu erfüllen, sofern der Arbeitnehmer in gutem Glauben leistete (Art. 320 Abs. 3 OR). Sowohl hinsichtlich des guten Glaubens an den Kläger als auch dessen Fehler bei der Beklagten, kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.»

In der Folge prüfte das Arbeitsgericht die einzelnen Forderungen des Arbeitnehmers.

(Abwesenheitsentscheid AH150177 vom 7. März 2016)

3. OR 321a; Teilzeitarbeit und Nebenbeschäftigung bei einer Ärztin

Die Klägerin war am 1. September 2013 zu 80 % als ärztliche Leiterin für ein ärztliches Institut tätig. Sie plante, zusätzlich eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen, was zwischen den Parteien diskutiert wurde. Am 15. Dezember 2014 erfolgte die fristlose Entlassung durch die Beklagte. Zwischen der Klägerin und dem Vertreter der Beklagten, B., hatte 2013 und 2014 eine private Beziehung bestanden, über deren Ausmass jedoch Uneinigkeit besteht. Die Beklagte gab diverse Gründe für die Entlassung an. Ein Teil davon wird nachfolgend geschildert.

Aus den Erwägungen:

Konkurrenzierung:

«Dass die Klägerin im Sinne einer Nebentätigkeit Patienten ausserhalb der Arbeit bei der Beklagten betreute, ist unbestritten. Unklar ist lediglich, ob und wann B. (Vertreter der Beklagten) davon wusste und ob er der Klägerin sein Einverständnis dafür gab.

Diese Fragen können indes offen bleiben, weil ein Einverständnis der Beklagten zur Nebentätigkeit gar nicht erforderlich war.

Gemäss Arbeitsvertrag zwischen den Parteien – und dies ist unbestritten – war die Klägerin in einem 80%-Pensum bei der Beklagten angestellt („32 Stunden auf Basis von vier Arbeitstagen/Woche“). Das Arbeitsreglement, auf das im Arbeitsvertrag verwiesen wird und das unbestrittenermassen Anwendung findet, enthält in Ziffer 3.5 unter dem Titel „Nebenbeschäftigung“ folgende Bestimmung: „Nebenbeschäftigungen sind dem Arbeitgeber unaufgefordert und vor Aufnahme der Tätigkeit schriftlich anzuzeigen. Nebenbeschäftigungen bedürfen zudem der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Arbeitgebers. Dieser wird die Zustimmung erteilen, wenn durch die Ausübung der Nebentätigkeit berechnete Interessen des Arbeitgebers nicht berührt werden.“ Die Klägerin hat den Vertreter der Beklagten bereits mit Schreiben vom 30. Oktober 2013 um die Genehmigung einer Nebentätigkeit in einer Zweitpraxis ersucht, was unbestritten geblieben ist. Diese Genehmigung hat B., der Vertreter der Beklagten, schriftlich nicht erteilt. Ob er die Genehmigung mündlich oder stillschweigend erteilt hat, kann offen bleiben. B. wäre nach eigenen Ausführungen dazu bereit gewesen, eine Nebentätigkeit während dem bestehenden Arbeitsverhältnis zu akzeptieren, wenn die Klägerin die von der Beklagten verfasste Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag unterzeichnet hätte. Im Vorschlag zu einer Zusatzvereinbarung ist folgendes Konkurrenzverbot enthalten:

„(...)

3.1 Die Arbeitnehmerin ist verpflichtet, während der Dauer dieses Vertrages und während drei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf dem Gebiet der deutschsprachigen Schweiz eine Konkurrenzierung der Arbeitgeberin wie folgt zu unterlassen:

- Die Arbeitnehmerin übernimmt keine Patienten von gegenwärtigen und künftigen Zuweisern der Arbeitgeberin.

- Die Arbeitnehmerin übernimmt keinerlei Patienten mit familiärer Herkunft aus dem Balkan und/oder Osteuropa.

3.2 (...)“

Ein solches Konkurrenzverbot musste sich die Klägerin nicht gefallen lassen. Bei freien Berufen, wozu der Arztberuf gehört, sind nachvertragliche Konkurrenzverbote, wie es von der Beklagten hier gewünscht wurde, gemäss Gerichtspraxis in der Regel unstatthaft (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 340 OR mit zahlreichen Hinweisen). Im Übrigen wäre das von der Beklagten vorgeschlagene Konkurrenzverbot, selbst wenn es zulässig wäre, übermässig. Erstens wäre die Dauer von drei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses klar übermässig, zweitens wäre auch die Einschränkung, Patienten mit familiärer Herkunft aus dem Balkan und/oder Osteuropa auf dem gesamten Gebiet der deutschsprachigen Schweiz nicht annehmen zu dürfen, eindeutig übermässig. Mit andern Worten sind die Bedingungen, von denen die Beklagte die Bewilligung zur Ausübung einer Nebentätigkeit abhängig machen wollte, nicht zulässig.

Wie bereits erwähnt, hat sich die Beklagte im Arbeitsreglement, das auch nach Ansicht der Beklagten „integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages“ ist, verpflichtet, die Zustimmung zu erteilen, „wenn durch die Ausübung der Nebentätigkeit berechnigte Interessen des Arbeitgebers nicht berührt sind“. Die Beklagte führt nicht konkret aus, inwiefern berechnigte Interessen durch eine selbständige Tätigkeit der Klägerin an einem Tag in der Woche berührt sein sollen. Es genügt nicht, wenn die Beklagte ausführt, sie habe „offensichtlich kein Interesse daran“ gehabt, „der Klägerin den Markt zu öffnen, sie dafür fürstlich zu entschädigen und sich dann von der Klägerin die bestehenden und potentiellen Kunden wegnehmen zu lassen“. Das leuchtet zwar grundsätzlich ein. Es ist aber offensichtlich, dass für die Wahrung der berechnigten Interessen viel geringfügigere Einschränkungen als von der Beklagten vorgeschlagen, genügt hätten. In diesem Sinne hätte die Beklagte der Klägerin die Nebentätigkeit – allenfalls mit annehmbaren Bedingungen – bewilligen müssen. Hat sie das nicht getan, sondern im Gegenteil viel zu strenge Bedingungen vorgeschlagen, welche sich die Klägerin nicht gefallen lassen musste, kann sie sich nicht darauf berufen, die Klägerin habe ihre Treuepflichten verletzt, indem sie noch während laufendem Arbeitsverhältnis begann, eigene Patienten zu betreuen.

Die Beklagte bringt nun freilich vor, die Klägerin habe eigene Patienten sogar in den Räumlichkeiten der Beklagten betreut. Sie schliesst dies daraus, dass gemäss einem Hinweis eines Zeugen im November 2014 nachts im Institut Licht gebrannt habe. Interne Untersuchungen hätten daraufhin ergeben, dass die Klägerin sich jeweils zu späterer Stunde im Institut aufgehalten, Patienten empfangen sowie Drucker, Computer und Internet ausschweifend für ihre eigene Praxis gebraucht habe. Die Beklagte unterlässt es allerdings, konkrete Ergebnisse der „internen Untersuchung“ darzutun. Wann haben diese internen Untersuchungen stattgefunden? Wann hat die Beklagte herausgefunden, dass die Klägerin eigene Patienten betreut hat? Die Beklagte führt dazu nichts aus. Dem Gericht ist es unter diesen Umständen nicht einmal möglich zu über-

prüfen, ob die fristlose Entlassung rechtzeitig ausgesprochen wurde oder nicht. Diese fehlenden Behauptungen können nicht mehr nachgeholt werden, auch nicht mittels der Einvernahme von Parteien und Zeugen.

Es wird aber auch mit keinem Wort gesagt, was für eigene Patienten denn die Klägerin in den Räumlichkeiten der Beklagten behandelt haben soll. Es werden keine Namen genannt. Wenn man annähme, die Beklagte fühle sich auch bei Patienten der Klägerin ans ärztliche Berufsgeheimnis gebunden, hätten zumindest anonymisierte Beschreibungen der angeblichen Patienten geliefert werden können. Dies ist nicht passiert. Es wird auch nicht dargelegt, an welchen Daten genau die Klägerin eigene Patienten in den Räumlichkeiten der Beklagten betreut haben soll. Es wird nicht einmal gesagt wie oft. Die Behauptungen der Beklagten sind damit völlig ungenügend substantiiert.

Aber nicht nur das. Die Klägerin hat im Rahmen der Replik eine konkrete Erklärung dafür geliefert, warum sie am Abend gearbeitet hat. Ein Patient der Beklagten habe des Öfters Abendtermine um 21.30 oder 22.00 Uhr gehabt. Die Klägerin habe im Weiteren Therapiekonzepte erarbeitet, Fragen abgeklärt, etwas nachgelesen und Berichte verfasst. Die Beklagte hat dies duplicando nicht substantiiert bestritten. Eine allgemeine Bestreitung („Die Ausführungen in der Replik werden bestritten. Es wird auf die Ausführungen in der Klageantwort verwiesen.“) genügt nicht. Es ist also davon auszugehen, dass die Klägerin tatsächlich auch am Abend für die Beklagte im Institut gearbeitet hat. Dass eigene Patienten in den Räumlichkeiten der Beklagten behandelt wurden, ist nicht genügend substantiiert dargetan.

Nutzung der Infrastruktur der Beklagten

In ihrem Kündigungsschreiben bringt die Beklagte vor, die Klägerin habe das Internet sowie die zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel (v.a. Computer und Drucker) während der Arbeitszeit ausschweifend privat genutzt. Interne Untersuchungen hätten ergeben, dass die Klägerin sich jeweils zu später Stunde im Institut aufgehalten, Patienten empfangen sowie Drucker, Computer und Internet ausschweifend für ihre eigene Praxis gebraucht habe. Den Drucker habe sie sogar so stark beansprucht, dass gewisse Teile verbrannt seien.

Die Klägerin bringt vor, es sei ihr erlaubt gewesen, Computer und Drucker der Beklagten privat zu nutzen. Der Vertreter der Beklagten habe sie auch einmal an einem Wochenende getroffen. Die exzessive Nutzung des Kopierers habe zwei Patienten der Beklagten betroffen, für welche sie Skripte zur biologischen Krebstherapie und spezieller Ernährung ausgedruckt habe.

Auch hier hat es die Beklagte unterlassen darzulegen, wann und in welchem Ausmass die Klägerin den Drucker, den Computer und das Internet für ihre eigene Praxis verwendet haben soll. Es wäre für die Beklagte ein Leichtes gewesen, etwa durch Zählung von Papier konkrete Anhaltspunkte zu liefern, was in ihren Augen exzessiv bedeutet. Mit keinem Wort konkretisiert die Beklagte, wann und welche Teile des Druckers verbrannt worden sein sollten. Die Beklagte verliert auch kein Wort darüber, ob der Drucker ersetzt werden musste oder ob Teile, und wenn ja wel-

che Teile, ersetzt wurden. Auch dies darzulegen, wäre für die Beklagte problemlos möglich gewesen. Ihre Ausführungen sind aber völlig ungenügend substantiiert geblieben. Zudem gilt auch hier: die Beklagte verliert kein Wort darüber, wann sie herausgefunden hat, dass Teile des Druckers verbrannt sind. Wie vorne dargelegt, wäre dies aber wichtig, um überhaupt beurteilen zu können, ob die fristlose Kündigung rechtzeitig ausgesprochen worden wäre.

Und auch hier kommt Folgendes hinzu: Die Klägerin hat in der Replik eine konkrete Erklärung für die angebliche Überbeanspruchung des Druckers geliefert. Die Kopien hätten zwei Patienten der Beklagten betroffen. Für diese habe die Klägerin einige Skripte zur biologischen Krebstherapie und speziellen Ernährung ausgedruckt. Diese habe sie dann zu Hause während ihrer Freizeit studiert. Diese neue Behauptung wurde von der Beklagten im Rahmen der Duplik nicht substantiiert bestritten. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, der Drucker sei – wenn er überhaupt kaputt gegangen sein sollte – während der Arbeitstätigkeit der Klägerin für die Beklagte kaputt gegangen.»

Weitere Vorwürfe

Die Beklagte erhob gegenüber der Klägerin diverse weitere Vorwürfe, welche ebenfalls mehrheitlich als ungenügend substantiiert oder verspätet betrachtet wurden. Gestützt darauf entschied das Gericht, dass die fristlose Entlassung zu Unrecht erfolgt sei und sprach der Klägerin eine Pönalentschädigung in der Höhe von eineinhalb Monatslöhnen zu.

(AN150071 vom 30. August 2016)

4. OR 321c; ArG 9 und 13; Unterschied Überstunden- und Überzeitarbeit

Vorliegend ging es darum, den Anspruch für nicht kompensierte Überstunden und Überzeitstunden zu berechnen.

Aus dem Entscheid:

«Als Überstunden gelten die über die im Arbeits-, Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag fixierte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleisteten, aber unter den Maximalarbeitszeiten des Arbeitsgesetzes bleibenden Stunden (Streff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 4 zu Art. 321c OR). Überstunden, die nicht durch Freizeit kompensiert wurden, sind gemäss Art. 321c Abs. 3 OR mit dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens 25 % zu entschädigen, sofern die Entschädigung nicht rechtsgültig ausgeschlossen bzw. anders geregelt wurde oder zufolge leitender Tätigkeit entfällt (Streff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 10 zu Art. 321c OR).

Als Überzeit gilt die über der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 ArG geleistete Arbeitszeit. Sie ist grundsätzlich mit einem Zuschlag von mindestens 25 % zu entschädigen, wenn sie nicht innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von gleicher Dauer kompensiert wird (Art. 13 ArG; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 4 zu Art. 321c OR).

Der Arbeitnehmer hat nachzuweisen, dass er Überstunden leistete und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren. Dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden wird gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 10 zu Art. 321c OR).

Bei Überstunden zwischen der vereinbarten Arbeitszeit und der Höchstarbeitszeit gemäss ArG kann die Bezahlung eines Zuschlages und auch des Normallohns gemäss Art. 321c OR ausdrücklich wegbedungen werden. Betreffend die Überzeit gilt gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG, dass die unter Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG fallenden Arbeitnehmenden mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 45 Stunden (u.a. Büropersonal, wozu auch der Kläger zu zählen ist) von den Überzeitstunden, welche sie pro Kalenderjahr leisten, für deren 60 keinen Zuschlag beanspruchen können. Zudem kann bei den erwähnten Angestellten bei Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit neben dem Zuschlag auch der Normallohn bis zu 60 Stunden pro Jahr wegbedungen werden, wobei dafür die Schriftform einzuhalten ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 9 zu Art. 321c OR; Urteilsbesprechung zu BGE 126 III 337 von Hans-Peter Egli, AJP 2001 S. 120, S. 124).

Vorliegend wurde gestützt auf Art. 321c Abs. 3 OR gültig vereinbart, dass Überstunden durch den Lohn abgegolten seien. Davon betroffen ist die die wöchentliche Sollarbeitszeit von 42 Stunden überschreitende, die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG (45 Stunden) aber noch unterschreitende Arbeitszeit, mithin 3 Stunden pro Woche. Die Beklagte hat deshalb die ersten 3 Überstunden pro Arbeitswoche nicht zu ersetzen.

Gestützt auf Art. 13 Abs. 1 ArG wurde von den Parteien schriftlich und damit ebenfalls gültig – und wie gesehen auch zulässig – vereinbart, dass Überzeit bis 60 Stunden pro Kalenderjahr durch den Lohn abgegolten sei. Davon betroffen ist die Sollarbeitszeit, welche die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschreitet. Die über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden hinausgehende geleistete Überzeit unter Abzug von 60 Stunden pro Jahr ist folglich von der Beklagten samt einem Zuschlag von 25 % zu entschädigen.

Bezüglich der Berechnung ist vorab darauf hinzuweisen, dass – wie bereits erwähnt – die Überstunden gestützt auf Art. 321c Abs. 3 OR durch den Lohn abgegolten sind und nachfolgend nur noch auf die Überzeit eingegangen wird. Es wird deshalb mit 9 Sollstunden pro Arbeitstag, anstelle von 8 Stunden 24 Minuten gerechnet. Grundlage für die Berechnung bilden die vom Kläger eingereichten Zeittabellen. Betreffend Feiertage sind die gesetzlichen zu berücksichtigen.»

In der Folge wurde der Anspruch unter Abzug der 60 Stunden pro Kalenderjahr sowie bezogenen Feier- und Ferientagen berechnet.

(Abwesenheitsentscheid AH150176 vom 27. Januar 2016)

5. OR 321c; Kompensation von Mehrarbeit

Die Klägerin verlangte eine Entschädigung für Überstunden- und Überzeitarbeit sowie für Sonntagsarbeit in den Jahren 2012 und 2013. Die Beklagte hielt dem entgegen, spätestens ab der Mitteilung vom 30. März 2013 habe die Klägerin gewusst, dass sie die Mehrarbeit zu kompensieren habe und keine Auszahlung erfolgen würde. Die Klägerin entgegnete dem, sie habe einer Kompensation nie zugestimmt.

Zu prüfen war auch, wie die Kompensation der Überstunden- und der Überzeitarbeit erfolgen sollte.

Aus dem Entscheid:

«Grundsätzlich trifft der Standpunkt der Klägerin zu, dass eine Überstundenkompensation im Sinne von Art. 321c OR die Zustimmung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraussetzt, und zwar nicht nur über den Grundsatz, sondern auch über den Zeitpunkt und die Dauer der Kompensation. Eine abweichende vertragliche Regelung ist allerdings möglich, beispielsweise dahingehend, dass dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt wird, eine Kompensation einseitig anzuordnen. Die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Überstundenkompensation kann dabei auch konkludent erfolgen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 321c OR).

Im Arbeitsvertrag hielten die Parteien fest, „Überstunden sind in erster Linie in Absprache mit dem Arbeitgeber zu kompensieren (1:1). In Ausnahmefällen können Überstunden ohne Zuschlag und mit Einverständnis des Arbeitgebers vergütet werden.“

Während das ArG für den Überzeitbereich eine zwingende Ausgleichs- bzw. Abgeltungsvorschrift enthält (Art. 13), sind Art. 321c Abs. 2 und 3 OR für den Überstundenbereich dispositiver Natur. Dem Grundsatz nach sieht auch Art. 321c OR den Ausgleich von Überstundenarbeit durch Freizeit im Einverständnis des Arbeitnehmers vor (Abs. 2). Werden die Überstunden nicht ausgeglichen, hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit den Normallohn zuzüglich eines Zuschlages von 25 % zu bezahlen. Vorbehalten bleiben allerdings anderweitige schriftliche Vereinbarungen (Abs. 3). Art. 321c Abs. 2 erlaubt eine Pauschalabgeltung der Überstunden („im Lohn inbegriffen“), den Ausschluss des gesetzlich vorgesehenen Zuschlages auf dem Überstundenlohn, aber auch den vollständigen Ausschluss der Bezahlung nicht kompensierter Überstunden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 321c OR). Erlaubt ist damit aber auch eine Klausel, welche die Auszahlung nicht kompensierter Überstunden ins freie Ermessen des Arbeitgebers stellt („in Ausnahmefällen können

Überstunden ohne Zuschlag mit Einverständnis des Arbeitgebers vergütet werden“). Vorbehalten bleibt bei alledem die treuwidrige Verhinderung einer Kompensation durch den Arbeitgeber (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O.).

Im Lichte dieser Vertragsklausel muss es vorliegend genügen, wenn die Klägerin die blossе Möglichkeit hatte, Überstunden zu kompensieren. Hat sie diese Möglichkeit nicht genutzt, kann der Beklagten keine Vereitelung einer Überstundenkompensation angelastet werden, auslösend eine Entschädigungspflicht ungeachtet des der Beklagten vertraglich vorbehaltenen Ermessens. Das gilt umso mehr, als die Klägerin vom Geschäftsführer bereits mit Mail vom 30. März 2013 darauf hingewiesen wurde, die Überzeit werde nicht ausbezahlt.“

Die Klägerin machte geltend, eine Kompensation sei infolge einer Krankheit und wegen der Stellensuche nicht möglich gewesen. Diese Einwände wurden vom Gericht abgewiesen.

„Die Klägerin macht geltend, im Zeitpunkt deren Anordnung sei eine Kompensation der Überstunden zufolge Zeitablaufes ausgeschlossen gewesen.

Für den Überzeitbereich sieht Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 – abweichende Vereinbarungen der Arbeitsvertrags-Parteien vorbehalten – einen Ausgleich der Mehrzeit in nert 14 Wochen vor. Im Übrigen sind die Lehrmeinungen zur Anwendbarkeit von Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 auf Überstunden geteilt. Teilweise wird Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 als analog anwendbar erachtet; teilweise wird der Kompensation im Folgejahr das Wort geredet; teilweise wird die Frage als obsolet erachtet, wenn sich die Parteien über die Kompensation verständigen. In seinem Entscheid 4C.32/2005 hat sich das Bundesgericht mit dieser Doktrin (und seinem früheren Entscheid 4C.84/2002) auseinandergesetzt) und im konkreten Fall aufgrund der besonderen Verhältnisse eine Frist von 16 Monaten als tolerabel erachtet.

Vorliegend leistete die Klägerin ab Ende 2012 regelmässige Mehrarbeit, was für die Beklagte mit der Abgabe der Zeiterfassung per Ende März 2012 erkennbar geworden sein musste. Ende 2013 wies sie die Klägerin darauf hin, dass die Mehrarbeit nicht ausbezahlt würde, sondern zu kompensieren sei. Diese Möglichkeit eröffnete sich der Klägerin ab 9. Mai 2013. Gegen die spätere förmliche Anordnung einer Überstundenkompensation protestierte die Klägerin nicht. Unter diesen Umständen und im Lichte des oben erwähnten Bundesgerichtsentscheides kann die Kompensation von Überstunden ab anfangs Mai 2013 nicht als verspätet erachtet werden.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass sich die Klägerin die arbeitsfreie Zeit ab 9. Mai 2013 bis 31. August 2013 als Kompensationszeit auf die von ihr geleistete Mehrarbeit anrechnen lassen muss, nicht jedoch die Zeit bis zum 8. Mai 2013.

In die massgebende Kompensationsdauer fielen 79 Arbeitstage (unter Berücksichtigung der Feiertage). Unbestrittenermassen hatte die Klägerin vorab 19 nicht bezogene Ferientage zu kompensieren. Die verbleibenden 60 Arbeitstage entsprechen 459 Arbeitsstunden, welche der Klägerin zur Kompensation geleisteter Überstunden zur Verfügung standen.

Klarzustellen bleibt, dass sich die vorstehenden Erwägungen auf den Überstundenbereich beziehen. Für den Überzeitbereich sieht Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 einen Kompensationszeitraum von 14 Wochen vor; etwas Gegenteiliges haben die Parteien nicht vereinbart. Sodann sind nicht kompensierte Überzeitstunden zwingend mit einem Zuschlag von 25 %, Sonntagsarbeit mit einem solchen von 50 % zu vergüten (Art. 13, 19 ArG). [...]

Nicht mehr kompensierbar ab 9. Mai 2013 waren sodann die Überzeitstunden des Vorjahres (Art. 25 Abs. 2 ArGV 1). Diese und die Sonntagsarbeit sind entsprechend nachzuzahlen.»

Nachdem die Klägerin selber gekündigt hatte, kam das Gericht zum Schluss, dass mangels Vereitelung der Kompensationsmöglichkeit durch die Beklagte deren Entschädigungspflicht für weitere nicht kompensierte Überstunden entfalle.

(AN150040 vom 14. September 2016)

6. OR 321e; Haftung des Arbeitnehmers für eigenmächtiges Aufbrechen einer Türe und dem Griff in die Kasse

Am 17. Juni 2015 gab der Kläger (Inhaber einer Schlüsselfirma) dem Beklagten anlässlich der Aufbohrung eines Türschlosses telefonisch die Anweisung, dass die zur Diskussion stehende Türe nicht geöffnet werden dürfe, sofern die Auftraggeberin nicht beweisen könne, dass sie die Mieterin der Wohnung sei; gegebenenfalls müsse die Polizei beigezogen werden. Der Beklagte bohrte das Türschloss auf, wobei sich im Nachhinein herausstellte, dass es sich bei der Auftraggeberin nicht um die Mieterin der Wohnung handelte. Dem Kläger als Arbeitgeber wurden sodann von der Wohnungsvermietung die Reparaturkosten des Türschlosses von Fr. 1'104.15 in Rechnung gestellt, welche dieser beglich.

Weiter nahm der Beklagte am 23. Juli 2015 ohne Anspruch und ohne vorgängiger Absprache mit dem Kläger Fr. 264.35 aus der Kasse des Klägers und hinterliess einen Notizzettel mit dem Vermerk „Lohn nach Zahlungen X. 23.7.2015 X.Y.“.

Wegen weiterer Verfehlungen wurde der Beklagte kurz darauf fristlos entlassen. Der Kläger forderte auch diese Schadensbeträge vom Beklagten zurück.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 321e OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt. Damit ein Schadenersatzanspruch gegeben ist, muss – entsprechend den allgemeinen Schadenersatzregeln aus Vertrag – ein Schaden, eine Vertragsverletzung, ein Verschulden des Arbeitnehmers und ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden vorliegen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 2 zu Art. 321e OR).

Im Zusammenhang mit dem Vorfall betreffend die Aufbohrung des Türschlosses ist der Schaden von Fr. 1'04.15 mit der Rechnung der Wohnungsvermieterin ausgewiesen. Die Vertragsverletzung liegt ebenfalls vor, da sich der Beklagte nicht an die ausdrückliche Weisung des Klägers gehalten hat, das Türschloss nur aufzubohren, wenn der Auftrag von der hierzu berechtigten Person erfolgte. Hinsichtlich des Verschuldens ist festzuhalten, dass es sich beim Beklagten um einen erfahrenen Mitarbeiter des Klägers handelte. Ein Verschulden des Beklagten ist somit gegeben und der adäquate Kausalzusammenhang liegt auf der Hand.

Der Kläger macht weiter einen Schaden von Fr. 264.35 aufgrund der unerlaubten Geldentnahme aus der Kasse geltend, welcher durch den Notizzettel des Beklagten zudem ausgewiesen ist. Die Vertragsverletzung und das Verschulden liegen hierbei in der eigenmächtigen, ungerechtfertigten und absichtlichen Geldentnahme aus der Kasse der klägerischen Unternehmung. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung ist ohne Weiteres zu bejahen, womit auch hier der Schadenersatzanspruch des Klägers gegeben ist.

Der Beklagte ist entsprechend zu verpflichten, dem Kläger Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'368.50 zu bezahlen.»

(Abwesenheitsentscheid AG160003 vom 24. Oktober 2016)

7. OR 322; Angemessener Lohn für Probearbeitstage

Vom 6. bis 8. Oktober 2015 leistete die Klägerin bei der Beklagten drei Probearbeitstage. Im Anschluss daran vereinbarten die Parteien am 10. Oktober 2015 mündlich einen Arbeitsvertrag. In einem E-Mail hielt die Klägerin unter anderem fest, für die Probeeinsätze verlange sie keinen Lohn, sondern eine kleine Entschädigung. Hierauf antwortete die Beklagte, dass dies so tip top sei. Strittig war dann unter anderem, ob und wie viel für die Probeeinsätze zu zahlen ist.

Aus den Erwägungen:

Parteistandpunkte

«Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe in einer E-Mail an die Beklagte vorgeschlagen, die am 6., 7. und 8. Oktober 2015 geleisteten Probearbeitstage mit einer Entschädigung von 16 Stunden abzurechnen. Die Beklagte habe in diesen Vorschlag eingewilligt, die geschuldeten Stunden jedoch nie bezahlt. Als Berechnungsgrundlage für die Entschädigung dieser drei Probearbeitstage nimmt die Klägerin den für das darauf folgende Arbeitsverhältnis vereinbarten Lohn von Fr. 5'000.– bzw. einen Tageslohn von Fr. 400.–. Sie räumt bei der Berechnung einen Rabatt ein und fordert im Total Fr. 1'000.– für die geleisteten Probearbeitstage, was einem Stundenlohn von Fr. 62.50 gleich komme und damit nicht übersetzt sei.

Die Beklagte bestreitet zwar nicht, dass Probearbeitstage geleistet wurden, erachtet jedoch den geforderten Betrag als übersetzt. Es sei weder zwischen den Parteien vereinbart worden noch sei es Usanz, solche Probearbeitstage abzugelten. Als Berechnungsgrundlage einen Monatslohn von Fr. 5'000.– beizuziehen, komme ohnehin nicht in Frage. Dieser sei nämlich lediglich für das darauf folgende Verhältnis vereinbart worden. Auch sei ein Stundenlohn von Fr. 62.50 überrissen, da dieser aufgerechnet einen Monatslohn von rund Fr. 11'000.– ergeben würde. So sei die Beklagte lediglich bereit, ein branchenübliches Tageshonorar von Fr. 250.– zu bezahlen, wobei berücksichtigt werden müsse, dass die Klägerin an den entsprechenden Tagen weniger als die üblichen acht Stunden gearbeitet habe und somit ein Abschlag von 30 % angebracht sei. Insgesamt sei lediglich ein Tageshonorar von Fr. 175.– bzw. ein Total von Fr. 525.– brutto für die geleisteten Probearbeitstage geschuldet.

Rechtliches

Probearbeitstage werden häufig vor einer eventuellen Anstellung vereinbart, um die Fähigkeiten und die Eignung des Bewerbers zu prüfen. Diese sogenannte Arbeit auf Probe ist zulässig und in der Regel unentgeltlich. In diesem Fall wird angenommen, dass noch keine Anstellung erfolgt ist und deshalb auch keine der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften greift. Voraussetzung ist jedoch, dass die Unentgeltlichkeit vor dem Probeinsatz vereinbart wird. Trifft dies nicht zu, wird die Entgeltlichkeit vermutet und somit ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien angenommen. Die Lohnhöhe richtet sich dann nach der Regelung in Art. 322 OR (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 2 zu Art. 319 OR).

Art. 322 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten habe, der verabredet, üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

Würdigung

Von der Beklagten wird nicht bestritten, dass die Klägerin Probearbeitstage geleistet hat und dass hierfür eine Entschädigung zu leisten ist. Der von der Klägerin geltend gemachte Tarif für die erbrachte Leistung sei aber zu hoch.

Die Klägerin hält in ihrem E-Mail vom 10. Oktober 2015 fest, sie wolle für ihre Probearbeitstage keinen Lohn, sondern eine kleine Entschädigung. Damit hat sie selbst dargetan, dass eine Berechnung ihrer Entschädigung nicht auf der Basis des regulären Monatslohnes erfolgen solle, was einem Tagessalar von Fr. 383.15 (Fr. 5'000.– / 60 * 100 / 21.75) brutto resp. Fr. 359.30 netto (abzüglich 6.225 % für AHV/IV/ALV und EO) entsprochen hätte. Vielmehr erscheint die von der Beklagten vorgebrachte Tagespauschale von Fr. 250.– netto als angemessen. Die Parteien vereinbarten offensichtlich tageweise (nicht stundenweise) Einsätze. Damit zielt der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe jeweils weniger als die üblichen acht Stunden gearbeitet, von vornherein ins Leere. Auch dürfte bei einer journalistischen Tätigkeit nicht so sehr der zeitliche Aufwand als viel mehr das Endprodukt in quantitativer und qualitativer Hinsicht im Zentrum stehen. Hierzu offerierte die Klägerin die von ihr an den besagten Tagen verfassten Texte.

Entsprechend hat die Beklagte der Klägerin für die drei geleisteten Probearbeitstage Fr.750.– brutto (3 x Fr.250.–) resp. (abzüglich 6.225 % für AHV/IV/ALV und EO) Fr. 703.30 netto zu leisten.»

(AH160071 vom 13. Dezember 2016)

8. OR 322d; Fest zugesicherte Gratifikation trotz Bedingungen?

Dem leitenden Mitarbeiter eines Finanzinstitutes wurde am 9.März 2012 per Ende Juni 2012 gekündigt unter gleichzeitiger Freistellung. Die Kündigung wurde vom Gericht als nicht missbräuchlich betrachtet. Unter anderem verlangte der Kläger auch den Bonus für 2011 und anteilmässig für 2012. Er ging von einem Lohnbestandteil aus und behauptete auch, die Bonuszahlung sei ihm ausdrücklich zugesichert worden.

Aus den Erwägungen:

«Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass es sich nach der vorliegenden vertraglichen Regel grundsätzlich um eine Gratifikation und nicht etwa um einen variablen Lohnbestandteil handelt. Eine Formel zur Berechnung des Bonus ist nicht ersichtlich und auch nicht behauptet worden. Zudem hat sich die Beklagte ein umfassendes Ermessen bei der Festlegung des Bonus vorbehalten. War die Beklagte frei bei der Festlegung des Bonus, durfte sie nach dem Gesagten auch die Auszahlung eines Bonus von gewissen Voraussetzungen (z.B. ungekündigtes Verhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung, gestaffelte Auszahlung und dergleichen) abhängig machen.

Grant Date 8. März 2012?

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass M. vom HR der Beklagten ihm telefonisch mitgeteilt habe, dass das “grant date” für den Bonus 2011 der 8.März 2012 sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Die Beklagte bestritt das Bestehen eines “grant date” sowie eine Zusicherung von M.

Der Kläger beruft sich zudem auf den “Anhang”, worin klar und deutlich festgehalten werde, dass der Bonus ausbezahlt werde.

Aus einer Zusicherung könnte nach dem Gesagten eine Verpflichtung auf Ausrichtung des Bonus entstehen. Die klägerische Behauptung war daher näher abzuklären. Der Kläger und M. wurden als Partei befragt.”

(Hinweis d.V.: Das Gericht liess die Einreichung des “Anhangs” und des “Rückblicks 2011” im Nachgang zur Hauptverhandlung noch zu und berücksichtigte diesen auch. Das Obergericht betrachtete dieses Vorgehen als Verletzung von Art. 55 und 153 ZPO, da der “Anhang” nicht gesetzeskonform als Beweismittel erhoben wurde, weshalb nicht darauf abgestützt werden dürfe.)

“M. war zum Zeitpunkt der Parteibefragung in ungekündigter Stellung als HR-Business-Consultant bei der Beklagten. Er sagte aus, dass bei der Beklagten die Regelung in Kraft sei, wonach der Bonusanspruch dahinfalle, wenn eine Kündigung aus Gründen erfolge, welche die Beklagte als wichtig erachte. Die Bonusmitteilungen habe er jedes Jahr gemacht. Unter “grant date” sei das Datum, an welchem die Bonusmitteilung ausgefertigt und dem Mitarbeitenden ausgehändigt werde, zu verstehen, was meistens Ende Februar oder anfangs März der Fall sei. Wenn jemand in ungekündigter Stellung sei und die Bedingungen des “Plans” erfülle, würde die erste Rate von £ 2’000.– im März ausbezahlt. Das “grant date” sei somit nicht das Gleiche wie das “payment date”, an welchem unter den gegebenen Voraussetzungen der Bonus ausbezahlt werde. An eine telefonische Mitteilung an den Kläger, wonach das “grant date” für den Bonus 2011 der 8. März 2012 sei, und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre, vermochte er sich nicht erinnern.

Der Kläger nahm in der Parteibefragung auf Nachfrage zum behaupteten Gespräch mit M. bzw. dessen Aussage nicht Stellung. Er machte einzig geltend, wenn er die Firma im gegenseitigen Einverständnis verlassen hätte oder einfach selbst gekündigt hätte, dann hätte er die Bonuszahlung erhalten, denn sein letzter Tag wäre dann der 30. Juni gewesen.

Bei der Würdigung der Aussagen ist vorab darauf hinzuweisen, dass M. bei seiner Aussage im Groben mit dem Prozessstoff vertraut war. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Kläger die volle Beweislast für seine Behauptung trägt, M. habe ihm zugesichert, dass eine Kündigung nach dem “grant date” den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre.

Einerseits stützen die Aussagen von M. zwar das klägerische Vorbringen, dass das “grant date” anfangs März gewesen sei. Gestützt wird die klägerische Ansicht auch durch den “Anhang”, den der Kläger unbestrittenermassen zusammen mit “Rückblick 2011” bekam. Dort sind nämlich die Vestingdaten für aufgeschobene Bonusbestandteile in Form von Bonds und Shares aufgeführt (März 2013, 2014 und 2015).

Andererseits vermochte sich M. nicht an eine Zusicherung an den Kläger zu erinnern und legte glaubhaft dar, dass die Voraussetzung der ungekündigten Stellung für die Bonuszuteilung – auch nach einem augenfällig eingetretenen “grant date” – für die Auszahlung am massgebenden “payment date” noch relevant ist.

Dies spiegelt sich auch im “Bonus Plan”, welcher bezüglich der Regelung der Bonusberechtigung bei Kündigung keinen Bezug auf das “grant date”, sondern ausschliesslich auf das “payment date” nimmt. Dem steht auch die Ziff. 4 nicht entgegen, wonach die Gewährung eines Bonus üblicherweise im März stattfindet (“... usually be granted in March”).

Nach dem Gesagten ist dem Kläger der Beweis insofern misslungen, als jedenfalls keine Zusicherung nachgewiesen ist, dass eine Kündigung nach dem 8. März 2012

keinen Einfluss auf den ganzen Bonus haben sollte (zur Ausnahme die nachfolgenden Erwägungen).“ (£ 2'000.– wurden dem Kläger noch zugesprochen).

Aus dem Entscheid des Obergerichtes Zürich:

«Es bestehen keine Anhaltspunkte, welche die Aussagen von M. nicht als glaubhaft erscheinen liessen. Er war der Ansprechpartner des Klägers im HR und wusste betreffend Bonuszahlungen und die Umstände der Entlassung des Klägers Bescheid. Er gab auch klar an, dass das “grant date” nicht mit “payment date” identisch sei. Damit beim “payment date” der Bonus auch tatsächlich ausbezahlt werde, müssten gewisse Voraussetzungen vorliegen. Aufgrund seiner Angaben ist anzunehmen, dass das “grant date” zwar für die Höhe der Ausrichtung der Bonuszahlung relevant ist, jedoch noch keine Zusicherung für deren tatsächliche Zahlung darstellt. Diese Aussage wird auch durch die Regelung im Bonus Plan bekräftigt. Der Kläger hatte vor Vorinstanz als Grundlage für die Auszahlung des Bonus auf den Bonus Plan verwiesen. Der Kläger bestritt auch, dass der Bonus 2011 als aufgeschobene Zahlung (deferred award) in Aussicht gestellt worden sei. Die Beklagte hatte sich bezüglich des Bonus ebenfalls auf dessen Regelung im Bonus Plan berufen. Gemäss Ziff. 4 des Bonus Plan behält sich die Beklagte ausdrücklich vor, bei einem vor dem Auszahlungspunkt gekündigten Arbeitsverhältnis nach freiem Ermessen über die Ausrichtung des Bonus zu befinden. Weitere wird dort auch festgehalten, dass ein Arbeitnehmer beim vorgesehenen Auszahlungszeitpunkt noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen müsse. Im für die Ausrichtung des Bonus massgebenden Reglement ist somit nirgends von einem “grant date” die Rede, sondern es wird immer nur vom “payment date” gesprochen, welches für die Auszahlung relevant sein soll. Unter diesen Umständen erscheint es wenig plausibel, dass M. dem Kläger die behauptete Zusicherung gemacht haben soll, wonach das “grant date” für den Bonus 2011 der 8. März 2012 sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Die Regelung im Bonus Plan stützt daher die Richtigkeit der Aussagen von M.

Zusammenfassend bestehen aufgrund der vorgenommenen Beweiswürdigungen erhebliche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Klägers, weshalb der ihm diesbezüglich auferlegte Beweis als gescheitert zu qualifizieren ist. Es kann damit nicht als erstellt gelten, dass M. dem Kläger die behauptete Zusicherung betreffend der Auszahlung des Bonus gemacht hat.»

(AN120068 vom 3. August 2016; Bestätigung durch das Obergericht Zürich am 28. Februar 2017; LA160025)

9. OR 324; Arbeitgeberverzug wegen Leumundsüberprüfung

Der Kläger war seit April 2013 als Sicherheitsmitarbeiter tätig. Aufgrund einer Drucksituation durch den Auftraggeber wurde er im Januar 2015 vom Arbeitgeber aufgefordert, zwecks Leumundsprüfung diverse Unterlagen einzureichen, im März wur-

de diesbezüglich abgemahnt. Da die SCHUFA-Auskunft aus Deutschland auch nach abgelaufener Mahnfrist noch fehlte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis im Mai per Ende Juli 2015. Auf entsprechende Nachfrage hielt die Beklagte fest, er sei mitnichten freigestellt; er könne aufgrund der fehlenden Eingabe der für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zwingend erforderlichen Unterlagen zur Leumundsprüfung aber nicht mehr eingesetzt werden. Darüber sei es ihm freigestellt, diese Unterlagen nachzureichen und damit die Hinderungsgründe für die Einsatzzuteilung auszuräumen. Mit seiner Klage verlangte der Kläger den Lohn für die Kündigungsfrist.

Aus den Erwägungen:

«Vorliegend hat die Beklagte den Kläger bei Eintritt in ihr Sicherheitsunternehmen am 1. April 2013, als er erst rund fünf Monate in der Schweiz wohnhaft war, offenbar gar nicht überprüft. Die Beklagte forderte die Unterlagen zur Leumundsüberprüfung erst anfangs 2015 ein. Der Kläger war zum besagten Zeitpunkt bereits seit über zwei Jahren in der Schweiz wohnhaft und seit rund eineinhalb Jahren ohne Beanstandungen bei der Beklagten tätig. Sein Betreibungsregisterauszug war somit für seine momentane finanzielle Situation deutlich aussagekräftiger als es ein solcher eines erst kürzlich in die Schweiz Zugezogenen gewesen wäre.

Die Beklagte machte erst ab Herbst 2014 eine veränderte Situation geltend und verweist dafür auf den Druck durch die Auftraggeberin, welche der Beklagten unsorgfältiges Vorgehen bei der Mitarbeiterauswahl vorwarf, wodurch vorbestraftes Personal für den Sicherheitsdienst eingesetzt worden sei (Zusammenfassung, A.d.R.). Dies hätte ein unmittelbares Tätigwerden der Beklagten erfordert, weshalb eine Überprüfung des Leumundes insbesondere der Mitarbeiter angezeigt gewesen sei, welche von einer anderen Firma übernommen worden waren.

Aufgrund der geschilderten Drucksituation ist verständlich, dass die Beklagte, auf die herrschenden Missstände aufmerksam machte, diese beheben wollte bzw. musste. Eine erneute Leumundsprüfung erscheint zwar angezeigt, die zwingende Einforderung einer SCHUFA-Auskunft des Klägers für die Beschäftigung in der Kündigungsfrist schießt aber über das Ziel hinaus. Es ging darum, dass von der Beklagten vorbestraftes Sicherheitspersonal eingesetzt wurde. Vor diesem Hintergrund hat der Kläger seinen Strafregisterauszug aus der Schweiz und sein Führungszeugnis aus Deutschland fristgerecht eingereicht. Damit konnte er alle strafrechtlichen Bedenken ausräumen.

Bezüglich der Vermögenssituation des Klägers gilt das oben Ausgeführte auch im Rahmen der veränderten Situation im Jahre 2015. Der Kläger hat seinen Betreibungsregisterauszug, welcher Rückschlüsse auf seine finanzielle Situation seit der Begründung seines Wohnsitzes vor über zwei Jahren erlaubt, fristgerecht eingereicht. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit hätte dies der Beklagten genügen müssen, um den Kläger die verbleibenden Monate der Kündigungsfrist zu beschäftigen. Daher kann offen bleiben, ob dem Kläger der Beweis gelingt, dass er die SCHUFA-Auskunft bereits im Januar und nochmals im März 2015 bestellt hat.

Fazit

Der Kläger hat im Frühjahr 2015 mit Einreichen seines Strafregisterauszuges, des deutschen Führungszeugnisses sowie des Betriebsregisterauszuges, in Anbetracht seines zwei Jahre zuvor erfolgten Zuzugs in die Schweiz sowie seiner eineinhalbjährigen Tätigkeit für die Beklagte, alle unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit für die Abklärung des Leumundes und seiner finanziellen Lage für die Weiterbeschäftigung während der zweimonatigen Kündigungsfrist angemessenen Unterlagen eingereicht. Die Einforderung des SCHUFA-Auszuges durch die Beklagte war unter den gegebenen Umständen unverhältnismässig.

Daher kann offen gelassen werden, ob die Einforderung einer SCHUFA-Auskunft des Klägers durch die Beklagte grundsätzlich überhaupt zulässig war.

Somit befand sich die Beklagte während der Monate Juni und Juli 2015 im Arbeitgeberverzug i.S.v. Art. 324 Abs. 1 OR, da sie die vom Kläger ordnungsgemäss angebotene Arbeit nicht annahm, weshalb sie zu verpflichten ist, dem Kläger den Lohn für diese Zeit zu bezahlen.»

(AH160104 vom 10. Oktober 2016)

10. OR 327; Vergütung für eigenes Arbeitsmaterial

Die Klägerin arbeitete rund drei Monate für einen Manicure-Shop. Zu prüfen war unter anderem, welche Berufsauslagen ihr für diese Zeit zu ersetzen waren.

Aus den Erwägungen:

«Die Klägerin verlangt Fr. 2'901.– netto für Arbeitsgeräte und -material. Aus dem Arbeitsvertrag geht hervor, dass die zur Durchführung der Arbeit der Klägerin notwendigen Arbeitsgeräte und -materialien vom Shop zur Verfügung gestellt werden sollten. Die Klägerin vereinbarte jedoch aufgrund minderwertiger Qualität der ihr zur Verfügung gestellten Produkte und Arbeitsutensilien und teilweisem Nichtvorhandensein derselben mit dem Beklagten, dass sie eigene Arbeitsutensilien gegen Bezahlung zur Verfügung stelle sowie qualitativ bessere Produkte gegen Entschädigung organisiere.

Für die Besorgung von Produkten für die Nagelpflege bzw. übrigen Verbrauchsmaterial, wie z.B. Nagellack und -gels, Pinsel, Feilen, Desinfektionsmittel etc. verlangt die Klägerin Fr. 501.– netto. Für die Zurverfügungstellung der Arbeitsgeräte, wie z.B. Pedicure-Stuhl, Lavabo, UV-Lampen etc. verlangt die Klägerin eine Entschädigung von Fr. 800.– netto pro Monat.

Gemäss Art. 327 Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin angemessen zu entschädigen, wenn diese mit dessen Einverständnis selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zur Verfügung stellt, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist. Die Parteien haben hinsichtlich der Entschädigung nichts Schriftliches vereinbart. Der Kaufpreis des Pedicure-Stuhles betrug ca. Fr. 2'500.–.

Einige der Gerätschaften, welche gemäss der Klägerin insgesamt einen Anschaffungspreis von Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– hatten, besass die Klägerin bereits. Sie musste sie folglich nicht für das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten beschaffen und konnte sie nach Beendigung wieder an sich nehmen.

In Anbetracht der Umstände rechtfertigt es sich in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_483/2014 vom 25. November 2014 E. 5.1), der Klägerin für das Zurverfügungstellen von Arbeitsgeräten und -material sowie für die Ausgaben im Zusammenhang mit dessen Beschaffung pauschal Fr. 1'500.– netto zuzusprechen. Im Mehrbetrag gelingt es der Klägerin nicht, ihre Forderung nachzuweisen, weshalb das Rechtsbegehren in diesem Umfang abzuweisen ist.»

(Abwesenheitsentscheid AH160114 vom 28. September 2016)

11. OR 330a; Arbeitszeugnis: Inhalt, Streitwert

Zu prüfen waren wieder einmal einige Passagen in einem Arbeitszeugnis.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Der Zweck des Arbeitszeugnisses besteht einerseits darin, das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern und muss deshalb grundsätzlich wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat (BGE 136 III 510 E. 4.1 m.H.).

Damit das Arbeitszeugnis vollständig ist, muss es alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung sind (BSK-OR I-Portmann, N4 zu Art. 330a OR). Ist der Arbeitnehmer nach Erhalt des Vollzeugnisses der Auffassung, dessen Inhalt sei unrichtig oder unvollständig, kann er beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5a zu Art. 330a m.H.).

Adresse des Arbeitnehmers

Die Adresse des Zeugnisempfängers gehört nicht ins Arbeitszeugnis. Einerseits kann der Arbeitnehmer mit der Angabe des Vor- und Nachnamens, des Geburtsdatums und des Heimatorts genügend genau identifiziert werden, andererseits gehört die Adresse zu den veränderlichen Angaben (Janssen, Die Zeugnisspflicht des Arbeitgebers, Diss., Bern 1996, S. 124). Somit ist der Adressblock des Klägers aus dem Arbeitszeugnis zu entfernen.

Unterschriftsberechtigte Personen

Das Arbeitszeugnis ist sodann rechtsgültig zu unterschreiben. Es hat die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers, also des Arbeitgebers oder seines Vertreters zu tragen. Die Unterschrift eines nicht unterschriftsberechtigten Vorgesetzten genügt nur, wenn diesem für die Zeugnisausstellung eine Spezialvollmacht erteilt wurde (Janssen, a. a. O., S.63). Vorliegend wurde das Arbeitszeugnis durch Herrn Z. unterzeichnet, welcher weder im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragen ist noch auf der Homepage der Beklagten erscheint. Eine Spezialvollmacht zur Zeugnisausstellung durch den Arbeitgeber ist nicht aktenkundig, weshalb davon auszugehen ist, dass Herr Z. über keine entsprechende Vollmacht des Arbeitgebers verfügt. Daher ist das Arbeitszeugnis durch den Arbeitgeber und langjährigen Vorgesetzten, mithin Herr A., zu unterzeichnen.

Beendigungsgrund

Beendet der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis, sind Angaben zu seinen Beweggründen ohne entsprechenden Antrag nur in Ausnahmefällen aufzunehmen. Einerseits eignen sie sich wenig, zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers beizutragen, und andererseits könnte der Arbeitnehmer, wenn sich der Beweggrund in der Folge nicht verwirklicht, auf Dritte unglaubwürdig wirken (Janssen, a. a. O., S.121). Es liegt daher im Ermessen des Klägers, ob der Beendigungsgrund – die angebliche Selbständigkeit – im Arbeitszeugnis erwähnt wird oder nicht. Sodann kann er verlangen, dass dieser Satzteil gestrichen wird. Im Übrigen weist der Kläger darauf hin, dass er nicht selbständig, sondern bei einer juristischen Person angestellt sei. Der im Arbeitszeugnis erwähnte Beendigungsgrund hat sich folglich nicht verwirklicht, weshalb er ohnehin unwahr und zu streichen ist.»

Androhung einer Ungehorsamsstrafe

In der Folge wurde die Beklagte – antragsgemäss – unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall verpflichtet, dem Kläger ein neues Zeugnis mit den erwähnten Änderungen aus- und zuzustellen.

Entschädigungsfolgen

Als Streitwert für die Zeugnisänderungen wurde der vom klägerischen Anwalt genannte halbe Monatslohn eingesetzt, und dem Kläger wurde eine volle Prozessentschädigung (Fr. 850.– inkl. MwSt) zugesprochen.

(Abwesenheitsentscheid AH160019 vom 31. Mai 2016)

12. OR 333, OR 340 f.; Betriebsübergang und Konkurrenzverbot

Der Personalberater (Beklagter) war seit Januar 2013 bei der Z. AG angestellt, welche in der Personalberatung tätig ist. Vereinbart war u.a. ein Konkurrenzverbot. Ab Juli 2014 arbeitete er für die Klägerin. Am 26. Januar 2015 kündigte er das Arbeitsverhältnis unter Hinweis auf die Missachtung sämtlicher Informationspflichten seitens der bisherigen/neuen Arbeitgeberin hinsichtlich Grund sowie der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses der früheren Arbeitgeberin an die Klägerin. Zu prüfen war, ob das ursprünglich vereinbarte Konkurrenzverbot weiterhin Bestand hat.

Aus den Erwägungen:***Betriebsübergang***

«Der Zweck der Klägerin ist identisch mit demjenigen der Z. AG. Aus der Vereinbarung vom 30. Juni 2014 geht hervor, dass verschiedene Eigentums- und Vertragsrechte von der Z. AG auf die Klägerin übergangen. So sollte die Klägerin den bisherigen Geschäftsbetrieb Z. AG unter Verwendung der dafür notwendigen Mittel, wie der Immaterialgüterrechte und der bestehenden Betriebslokalitäten (inkl. Einrichtung und Büromaterial), weiterführen. Zudem sollte die Klägerin die übernommenen Verträge und Verpflichtungen, wie insbesondere die Arbeits- und Einsatzverträge (weiterhin) erfüllen. Die Z. AG hat der Klägerin per 1. Juli 2014 darüber hinaus sämtliche immateriellen Aktiven und Rechte zu unbeschwertem Eigentum übertragen, insbesondere auch das Know-How, den Goodwill und den Kundenstamm, den Temporärmitarbeiterstamm sowie die Domainadresse, Internetadressen etc., welche zur Fortführung des Betriebs der Z. AG durch die Klägerin notwendig seien. Sodann wurden der Klägerin treuhänderisch sämtliche mobilen Sachanlagen, wie Büromaterial etc. und alle Fahrzeuge übereignet, wobei auch die allfälligen Kaufmodalitäten vermerkt wurden. Insbesondere übernahm die Klägerin gemäss dieser Vereinbarung auch alle ungekündigten Arbeitsverhältnisse sowohl von Festangestellten als auch von Temporärmitarbeitern der Z. AG.

Aufgrund dieser Ausführungen ist von einer Weiterführung derselben Geschäftstätigkeit (Betriebszweck, Organisation etc.) auszugehen. Dies deutet auf einen Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR hin. Inwiefern diese Vereinbarung eingehalten wurde bzw. inwiefern die betrieblichen Aktiven tatsächlich nur fiduziarisch auf die Beklagte übertragen wurden, kann vorliegend offengelassen werden.

Informationspflicht

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Arbeitnehmer seien im Sommer 2014 sowohl je einzeln als auch im Rahmen einer Mitarbeiterzusammenkunft vom 4. September 2014 am Zürcher Sitz umfassend über den Betriebsübergang informiert worden. Dabei seien sie über die Gründe sowie alle relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs in Kenntnis gesetzt worden. Völlig bedeu-

tungslos sei dabei, ob damals oder irgendwann später über den späteren Konkurs der Z. AG oder über angebliche AHV-Ausstände informiert worden sei. Solche AHV-Ausstände seien durch die Übernehmerin zu bezahlen und wären sonst durch die Organe geschuldet. Tatsächlich, und das stehe auch im Übernahmevertrag, sei der Grund der Übertragung gewesen, dass die Revisionsstelle der alten Z. AG Rückstellungen für einen gegen die Z. AG geführten Prozess der Pensionskasse verlangt habe und diese Rückstellungen zu einer Überschuldung geführt hätten.

Der Beklagte führt aus, es sei ihm und den anderen Mitarbeitern mitgeteilt worden, dass sie nun bei einer anderen Gesellschaft angestellt seien. Dabei sei erklärt worden, der alten Gesellschaft drohe eine Forderung aus Prozess und deshalb habe man eine neue Gesellschaft gegründet. Da das Umfeld, die Entscheidungsträger und die Arbeitsbedingungen anfänglich dieselben geblieben seien, habe sich der Beklagte nicht grosse Gedanken darüber gemacht, weshalb nun die Klägerin seine Arbeitgeberin sei, sei er doch in erster Linie froh gewesen, einen Job zu haben. Der Beklagte habe aber keine Ahnung gehabt, dass es bereits der dritte Konkurs gewesen sei und dass die AHV-Beiträge nicht einbezahlt worden seien. Jeder Mitarbeiter, der umfassend über diesen Punkt informiert worden wäre, hätte entsprechende Fragen gestellt. Es sei seitens der Klägerin somit keine umfassende, also keine genügende Information erfolgt.

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte und seine Mitarbeiter seien über die Gründe sowie alle relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs in Kenntnis gesetzt worden. Über welche Folgen der Beklagte und die anderen Mitarbeiter dabei im Einzelnen konkret informiert wurden, führte die Klägerin nicht einmal ansatzweise aus. Beweiserhebungen sind unter diesen Umständen nicht durchführbar.

Der Beklagte wusste sodann, dass das alte Arbeitsverhältnis bei der neuen Gesellschaft "fortgesetzt" würde. Es war ihm zudem bekannt, dass auf die ehemalige Arbeitgeberin eine Forderung aus einem Prozess zukommen würde. Dass im Rahmen der von ihr geltend gemachten umfassenden Information an die Arbeitnehmer auch über die Gründe dieses Prozesses informiert worden sei, bringt die Klägerin nicht substantiiert vor. Vielmehr könne es ihrer Ansicht nach offengelassen werden, ob diese spezifische Information erfolgt sei. Den Hintergrund der genannten Forderungen gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin kannte der Beklagte nicht. Er hat unbestrittenermassen erst im Dezember 2014 vom Konkurs seiner ehemaligen Arbeitgeberin erfahren und hernach, dass es sich bei den Forderungen gegen die ehemalige Arbeitgeberin um nicht einbezahlte AHV- bzw. Pensionskassengelder handelte.

Gegen die ehemalige Arbeitgeberin des Beklagten bestand eine Forderung von Fr. 690'000.– wegen nicht einbezahlter Sozialversicherungsbeiträge. Diese seien von der Klägerin übernommen worden. Dass diese Forderung zwischenzeitlich beglichen worden sei, wurde nicht ausgeführt. Bei der obligatorisch einzubehaltenden Altersvorsorge handelt es sich mit Blick auf das Pensionsalter um existentielle Beträge. Die Feststellung, dass die (ehemalige) Arbeitgeberin es in massivem Umfang versäumt hat, die geforderten Abzüge einzubehalten, kann zu einer nachvollziehbaren Verunsiche-

rung der Arbeitnehmer und – wie auch vom Beklagten geltend gemacht – zu einer eigentlichen Bedrohungssituation führen. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass sich der Verwaltungsrat der Klägerin mit Ausnahme des Präsidenten aus den gleichen Personen wie bei der Z. AG zusammensetzt. Die Mitglieder des Verwaltungsrates zeichnen dabei jeweils mit Kollektivunterschrift zu zweien. Die Personen, die für diese Forderung gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin verantwortlich waren, stehen nun der Klägerin vor.

Unbestritten ist, dass der Beklagte von der Klägerin darüber informiert wurde, dass der ehemaligen Arbeitgeberin eine Forderung aus Prozess droht, sich der Beklagte darüber keine grossen Gedanken machte und in erster Linie froh darüber war, als Familienvater einen Job zu haben. Der Beklagte musste nicht damit rechnen, dass es sich bei der Forderung gegen die ehemalige Arbeitgeberin um eine Forderung aus Verletzung des AHV-Gesetzes handelt. Ihm kann deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, er habe sich betreffend des drohenden Prozesses gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin zu wenig informiert. Vielmehr wäre es vorliegend an der Klägerin gewesen, den Beklagten und die anderen Mitarbeiter über die Tatsache, dass die ehemalige Arbeitgeberin des Beklagten offene Forderungen gegenüber der Ausgleichskasse hatte und in den Konkurs ging – was einen massgeblichen Grund für die Ablehnung eines Betriebsübergangs darstellt – zu informieren.

Vom Konkurs erfuhr der Beklagte – wie bereits ausgeführt – erst im Dezember 2014; von der Nichtbezahlung der AHV-Beiträge danach. Die Frist zur Ablehnung des Übergangs – *ex nunc* – begann erst mit Kenntnis des Konkurses und der Verletzung der AHV-Beitragspflicht zu laufen. Daran vermag die Tatsache, dass der Beklagte seit Juli 2014 den Lohn von der Klägerin erhielt oder in deren Namen auftrat etc. nichts zu ändern. Die Kündigung des Beklagten am 26. Januar 2015 stellt – unter Beachtung der Festtage sowie seiner Ferien anfangs Januar – eine rechtzeitig erfolgte Ablehnung des Betriebsübergangs dar.

Folgen der Ablehnung des Betriebsübergangs

Wie vorab aufgezeigt, ist die berechtigte Ablehnung des Betriebsübergangs nicht in jedem Falle mit einem begründeten Anlass zur Kündigung und somit mit einem Wegfall des Konkurrenzverbotes gleichzusetzen. Um den begründeten Anlass zu bejahen, genügt bereits ein Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung bilden kann, wobei es sich nicht um eine eigentliche Vertragsverletzung handeln muss (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 3 zu Art. 340c OR m.H.). Beim vorliegenden Grund (Nichteinbezahlung von obligatorischen Sozialabgaben der Arbeitnehmer) handelt es sich gestützt auf die vorab getätigten Ausführungen um einen begründeten Anlass zur Kündigung. Die Kausalität zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung ist zu bejahen. Der Beklagte erfuhr – wie bereits ausgeführt – im Dezember 2014 vom Konkurs und hernach den ausstehenden AHV- und Pensionskassengeldern und hat im Januar 2015 nach einer angemessenen Überlegungsfrist das Arbeitsverhältnis gekündigt. Eine umgehende Reaktion ist nicht erforderlich. Gestützt auf Art. 340c OR hat das im (ursprünglichen) Arbeitsvertrag des Klägers ver-

einbarte Konkurrenzverbot somit keine Gültigkeit mehr. Ein gültiges Konkurrenzverbot muss schriftlich vereinbart sein (Art. 340 OR). Einen neuen Arbeitsvertrag mit einem Konkurrenzverbot haben die Parteien nicht schriftlich abgeschlossen. Den ihm am 19. Dezember 2014 vorgelegten Vertragsentwurf hat der Beklagte nicht unterzeichnet.

Aufgrund dieser Erwägungen kann somit letztlich offengelassen werden, ob effektiv ein Betriebsübergang stattfand. Streitentscheidend ist in diesem Fall, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten kein Konkurrenzverbot besteht; weder eines, das infolge Betriebsübergang gilt noch eines, das durch eine neue schriftliche Vereinbarung entstanden ist. Auf die weiteren Ausführungen des Beklagten betreffend schikane, herablassende Behandlung, Wegnahme eines Grosskunden, Geburtstag der Stieftochter, Überwachung der Mitarbeiter, Verschlechterung der Arbeitsbedingungen etc. ist nicht weiter einzugehen. Die Klage ist abzuweisen.»

Dieser Entscheid wurde im Berufungsverfahren vom Obergericht bestätigt. Zur Frage, wie weit die Ablehnung eines Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer einen Einfluss auf den Wegfall eines Konkurrenzverbotes Einfluss hat, äusserte sich das Obergericht wie folgt:

Aus dem Entscheid des Obergerichtes Zürich:

«Die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR ist bei der Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR einer Arbeitnehmerkündigung gleichzustellen. Die überwiegende Lehre erblickt im Betriebsübergang immer einen begründeten Anlass zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses, womit das Konkurrenzverbot dahinfällt. Gemäss Ansicht von Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 10 zu Art. 340c OR, hat die wirtschaftliche Entwicklung jedoch diese Meinung überholt: Sie halten dafür, dass keineswegs jedes Arbeitsverhältnis in dem Masse durch die persönliche Beziehung des Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber geprägt sei, dass jeder Eigentümerwechsel begründeten Anlass für eine Kündigung wäre. Ob der Betrieb im Eigentum des Konzerns A oder des Konzerns B stehe, sei für den Arbeitnehmer oftmals nicht von Belang. Es sei deshalb jeder Fall einzeln anzusehen. Der Betriebsübergang könne dem Arbeitnehmer begründeten Anlass geben, sein Recht zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auszuüben, müsse es aber nicht. Der begründete Anlass müsse mit anderen Worten materiell vorliegen und ergebe sich nicht bereits aus der formellen Tatsache eines Betriebsübergangs. Aufgrund der blossen Tatsache des Arbeitgeberwechsels sei er immerhin in persönlich geprägten Arbeitsverhältnissen, z.B. im Kleingewerbe oder im Hausdienst, auch materiell zu bejahen. Erfolge der Betriebsübergang, nachdem das Arbeitsverhältnis bereits beendet sei, so gehe ein allfällig noch laufendes Konkurrenzverbot nicht mehr auf den Erwerber über. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung müsse ein Kausalzusammenhang gegeben sein (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N3 zu Art. 340c OR). Selbst wenn man dieser Ansicht folgen wollte, wonach nicht jeder Betriebsüber-

gang begründeten Anlass zur Ablehnung desselben gebe, ist dies vorliegend jedoch klarerweise der Fall. Es geht in concreto nicht um den Übergang des Betriebes vom Konzern X zum Konzern Y, sondern um eine kleine Gesellschaft mit wenigen Mitarbeitern, die mit praktisch identischer Leitung und gleichem Zweck im Rahmen einer neuen Aktiengesellschaft weitergeführt wird. Es ist daher davon auszugehen, dass unter diesen Umständen allein schon der Betriebsübergang begründeten Anlass für die Kündigung gebildet hätte. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist vorliegend aufgrund der krassen Verletzung der Informationspflicht durch die Klägerin jedoch auf jeden Fall von einem (weiteren) begründeten Anlass zur Kündigung auszugehen und sind die Voraussetzungen – Kausalität und Kündigung innert einer angemessenen Überlegungsfrist seit Kenntnis des Grundes – als gegeben zu erachten. Das Konkurrenzverbot ist demgemäss dahingefallen (Art. 340c Abs. 2 OR). Ob der Beklagte noch andere Gründe für die Kündigung hatte, wie die Klägerin geltend machte, ist unerheblich. Die Klägerin kann somit keine Ansprüche wegen Verletzung eines Konkurrenzverbotes geltend machen. Da sich die Klage jedoch einzig auf diese Anspruchsgrundlage stützt, ist sie abzuweisen.»

(Arbeitsgericht AG150001 vom 11. April 2016 und Obergericht Zürich vom 19. Januar 2017; LA160013)

13. OR 335; Vorbehaltlose Freistellung und Schadenminderungspflicht?

Der Kläger war seit April 2006 als Anlageberater für die Beklagte tätig. Am 29. August 2014 reichte der Kläger die Kündigung (mit sechsmonatiger Kündigungsfrist) ein. Daraufhin wurde er von der Beklagten weggeschickt. In der Folge forderte die Beklagte den Kläger anlässlich eines Gesprächs am 26. September 2014 sowie mit Schreiben vom 3. bzw. 9. Oktober 2014 auf, die Arbeit wieder aufzunehmen. Dieser Aufforderung kam der Kläger nicht nach. Aus seiner Sicht war er vorbehaltlos freigestellt worden. Vor Gericht machte er die fälligen Monatslöhne geltend.

Aus den Erwägungen:

(Auszugsweise Beispiele, weshalb von einer vorbehaltlosen Freistellung auszugehen war.)

«Die Einwendung der Beklagten, Y. wäre aufgrund der Zeichnungsberechtigung der Kollektivunterschrift zu zweien ohnehin nicht befugt gewesen, den Kläger vorbehaltlos freizustellen, ist ebenfalls haltlos. Y. war direkter Vorgesetzter des Klägers. Als solcher übt er das Weisungsrecht des Arbeitgebers direkt aus (Art. 321d Abs. 1 OR). Da sich die Freistellung von der Arbeitspflicht aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers ergibt (Blesi, a. a. O., S. 79, N 215), kann der direkte Vorgesetzte seinen Untergebenen ohne weiteres freistellen und so von der Arbeitspflicht befreien. Dass es hierzu der Einholung einer zweiten zeichnungsberechtigten Person bedürft hätte, erscheint

abwegig, muss doch der Vorgesetzte nicht für jede einzelne Weisung an den Untergebenen die Zustimmung einer weiteren zeichnungsberechtigten Person einholen. Aber selbst wenn das so wäre: aus der glaubhaften Aussage der Zeugin M. ergibt sich, dass Y. dem Kläger mitgeteilt hat, "die Firma" habe "die Entscheidung getroffen", dass dies der letzte Arbeitstag des Klägers sei. Der Kläger durfte und musste aus den Worten seines direkten Vorgesetzten schliessen, dass sich dieser vor der Entscheidung, den Kläger nach Hause zu schicken, mit anderen (ebenfalls zeichnungsberechtigten) Personen beraten hatte.

Auch die am 29. August 2014 durch Y. an den Kläger per E-Mail gerichtete Bitte, die Zustimmung zur Weiterleitung der geschäftlichen E-Mails zu erteilen, deutet darauf hin, dass der Kläger von Y. vorbehaltlos freigestellt wurde. Gleiches gilt für die am 1. September 2014 an den Kläger gerichtete E-Mail, wonach dessen persönliche Gegenstände bei A. in der Personalabteilung abgeholt werden könnten. Hätte die Beklagte ernsthaft mit einer Rückkehr des Klägers gerechnet, hätten diese Formalitäten ohne weiteres auch nach dessen Rückkehr geregelt werden können. Vielmehr deutet die gesamte Verhaltensweise der Beklagten darauf hin, dass sie infolge der ausgesprochenen Wegweisung nicht ernsthaft mit einer Rückkehr des Klägers rechnete.

Schliesslich verfasste Y. am 29. August 2014 eine E-Mail an das Team, in welchem der Kläger arbeitete. Diese hatte folgenden Inhalt (übersetzt auf Deutsch): "Guten Nachmittag, "der Kläger" wird nicht mehr in unserem Büro sein, weshalb ich dankbar bin, wenn wir alle bei der Betreuung seiner Kunden zusammenarbeiten. Danke." Aus diesem Wortlaut lässt sich nur der Schluss ziehen, dass nicht einmal Y. mit einer Rückkehr des Klägers in die Firma rechnete. Wie oben gesagt, erscheint es nicht glaubhaft, dass der Kläger nach einer Rückkehr in eine andere Abteilung versetzt worden wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Y. den Kläger vorbehaltlos nach Hause geschickt hat.

Somit ist nach vorgenommener Beweiswürdigung in tatsächlicher Hinsicht erstellt, dass der Kläger anlässlich des Gesprächs vom 29. August 2014 von seinem direkten Vorgesetzten, Y., nachhause geschickt wurde. Dieser brachte keinen Vorbehalt an, dass die Entbindung von der Arbeitspflicht nur vorübergehend sei. Auch sprachen keine Sicherheitsüberlegungen für ein derartiges Vorgehen, nachdem die Behauptung, der Kläger habe in der Toilette gewütet, nicht erstellt werden konnte, zumal niemand den Kläger dabei beobachten konnte. Vielmehr spricht das gesamte Verhalten der Beklagten klarerweise für den Umstand, dass sie nicht mehr ernsthaft mit einer Rückkehr des Klägers rechnete. Dies gilt insbesondere für die unbestrittene Tatsache, dass Y. dem Kläger den Badge, das Mobiltelefon und den Laptop abgenommen hat.

Vorbehaltlose Freistellung

In rechtlicher Hinsicht ist die durch Y. vorbehaltlos ausgesprochene Wegweisung als vorbehaltlose Freistellung zu qualifizieren, wie der Kläger zu Recht geltend macht. Wenn der Arbeitnehmer nach ausgesprochener Kündigung angewiesen wird, alle Ar-

beitsutensilien und alle Schlüssel zurückzugeben, ohne die er nicht in der Lage ist, seine vertragsgemässe Arbeit auszuführen, ist von einer stillschweigenden Freistellungserklärung auszugehen (Blesi, a. a. O., S. 46, N 137).

Ist der Arbeitnehmer freigestellt, entfällt seine Pflicht zum Anbieten seiner Arbeitsleistung. In diesem Zusammenhang ist demnach irrelevant, ob der Kläger nach der vorbehaltlosen Freistellung überhaupt noch bereit gewesen war, für die Beklagte zu arbeiten oder ob er mit ihr nie wieder etwas zu tun haben wollte, wie die Beklagte behauptet, da eine vorbehaltlose Freistellung unwiderruflich ist. Mit anderen Worten kann eine einmal vorbehaltlos erklärte Freistellung nicht zurückgenommen werden. In dieser Konstellation bleibt der Arbeitgeber gestützt auf Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist.

Schadenminderungspflicht?

Gemäss Art. 324 Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Ist der Arbeitnehmer freigestellt, ist er von der Leistung seiner Arbeitspflicht befreit. Es kann daraus freilich keine Pflicht zur Suche bzw. zum Antritt einer neuen Stelle abgeleitet werden (Blesi, a. a. O., S. 146, N 392). Einzig ein absichtlich unterlassener Verdienst führt gemäss Art. 324 Abs. 2 OR zu dessen Anrechnung an die Lohnforderung. Eine Obliegenheit zum Antritt einer geeigneten Stelle besteht dann, wenn ein freigestellter Arbeitnehmer rasch nach Beginn seiner Freistellung mit einer neuen Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag abschliessen kann. In dieser Situation ist er gehalten, die Stelle bei der neuen Arbeitgeberin baldmöglichst, noch während seiner Freistellung, anzutreten. Andernfalls muss er sich ein absichtliches Unterlassen im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR vorwerfen lassen (Blesi, a. a. O., S. 146, N 393).

Der Kläger hatte – entgegen den Behauptungen der Beklagten – keine Pflicht zur umgehenden Stellensuche. Der Kläger durfte daher ohne weiteres nach Costa Rica reisen, ohne dass dies zu einer Anrechnung eines hypothetischen Einkommens führt. Im Fall einer vorbehaltlosen Freistellung hätte es für den Kläger einzig dann eine Obliegenheit zum baldmöglichsten Antritt einer geeigneten Stelle gegeben, wenn er nach Beginn seiner Freistellung mit einer neuen Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag hätte abschliessen können. Dies behauptet indes nicht einmal die Beklagte und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich. Ausserdem hat die Beklagte die Behauptung, der Kläger habe keine Ersatzstelle in Aussicht gehabt, nicht bestritten. Somit mangelt es an einem absichtlichen Unterlassen eines Stellenantritts.

Soweit sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, das Bundesgericht sei im Urteil 4C.246/2005 vom 12. Oktober 2005 von einer Schadenminderungspflicht ausgegangen, so ist dem entgegenzuhalten, dass das Bundesgericht im besagten Entscheid in E. 6.5 einzig ausführte, es könne der Berufungsschrift nicht entnommen werden, inwiefern die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum bei der Frage, ob der Arbeitnehmer seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen sei, überschritten habe. Es ist

unzutreffend, aus diesem Entscheid eine generelle Schadenminderungspflicht in dem Sinne abzuleiten, dass der Arbeitnehmer alles Zumutbare unternehmen muss, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen, wie dies Art. 17 Abs. 1 AVIG bei Leistungsbezüglern von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung vorsieht.

Somit muss sich der Kläger kein hypothetisches Einkommen an den Lohn anrechnen lassen.»

(AH140190 vom 14. Juni 2016)

14. OR 335, OR 329c; Ferienbezug während der Freistellung

Zu prüfen war, wie viele Ferientage unter Berücksichtigung der Stellensuche als während einer Freistellung kompensiert betrachtet werden können.

Aus den Erwägungen:

«Grundsätzlich ist das aufgelaufene Ferienguthaben nach dem Ende eines Arbeitsverhältnisses auszubehalten, falls ein Bezug dieser Ferien in der Freistellung nicht zumutbar war. Unter Freistellung wird die freiwillige Entbindung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht verstanden, ohne dass der Lohnanspruch dahinfällt. Durch die einseitige Freistellung verzichtet der Arbeitgeber während einer bestimmten Zeit auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Namentlich bei einer Freistellung während der Dauer der Kündigungsfrist kann der Freigestellte auch ohne ausdrückliche Aufforderung des Arbeitgebers zum Bezug von Ferien in der Freistellungszeit verpflichtet sein, wobei im Einzelfall das Verhältnis von Freistellungsdauer und Anzahl offener Ferientage zu prüfen ist (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 13 zu Art. 324 OR; vgl. auch BGE 128 III 271 E. 4).

Das Arbeitsgericht Zürich geht als Faustregel davon aus, ein Drittel der Freistellungstage könne als Ferienbezug angerechnet werden, mit Abweichungen im Einzelfall je nach den konkreten Umständen (Datum des Abschlusses des neuen Arbeitsvertrages, effektiver Ferienbezug, Intensität der Stellensuche etc.). Das bedeutet demnach, dass nach der Faustregel bei einer dreimonatigen Freistellung durchschnittlich 21,75 Tage als Ferienbezug angerechnet würden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329c OR).

Mit Kündigungsschreiben vom 10. März 2015 hat die Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie per sofort bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses Ende Juni 2015 von der Arbeitsleistung freigestellt sei. Weiter würden allfällige Überstunden sowie das aktuelle Ferienguthaben mit der Freistellungszeit als kompensiert bzw. bezogen gelten. Zwischen der Freistellung vom 10. März 2015 und dem Antritt der neuen Stelle am 1. Juni 2015 liegen 54 Arbeitstage, in denen die Klägerin die unbestritten gebliebenen 15,5 Ferientage kompensieren konnte. Nach der erwähnten Faustregel könnte ein Drittel der 54 Freistellungstage, mithin 18 Ferientage, als Ferienbezug angerechnet werden. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist davon auszugehen, dass ihre Freistellungszeit für einen Ferienbezug von 15,5 Tagen genüge.

Die Ansicht der Klägerin, dass ihre Stellensuche bzw. die behaupteten vier Termine mit der künftigen Arbeitgeberin und der Arbeitsbeginn am 1. Juni 2015 einen Ferienbezug während der Freistellungszeit verunmöglicht hätten, ist nicht zu folgen. Immerhin hatte sie nach eigenen Angaben ihren ersten Termin bei der neuen Arbeitgeberin schon am 7. April 2015, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass sie in der Folge angesichts der in Aussicht stehenden Stelle ihre anderweitigen Stellensuchbemühungen zumindest einschränken konnte. Bezeichnenderweise hat sie auch keine weiteren Belege für eine anderweitige Stellensuche offeriert. Die damalige Situation der Klägerin erscheint denn auch nicht allzu dringlich, hätte ihr doch beim eventuellen Nichterhalt ihrer jetzigen Stelle noch zusätzlich der ganze Monat Juni 2015 für die weitere Stellensuche zur Verfügung gestanden. Zusammenfassend erscheint ein Bezug von 15,5 Ferientagen in der Freistellungszeit von 54 Tagen als für die Klägerin zumutbar. Die Klage ist daher diesbezüglich abzuweisen.»

(AH160020 vom 6. Oktober 2016; vom Obergericht bestätigt am 21. November 2016; LA160037; siehe auch Entscheid Nr. 16)

15. OR 335; Gefahren einer E-Mail-Kündigung

Der Kläger war seit 2011 als Director tätig. Vom 22. Dezember 2014 bis am 5. Januar 2015 war er ferienabwesend. Die Beklagte sandte ihm am 24. Dezember 2014 eine E-Mail, in welcher die Notice of termination, datiert vom 23. Dezember 2014, als eingescanntes PDF angehängt war. Diese E-Mail wurde vom Kläger (im Geschäfts-Mail-Account) erst am 6. Januar 2015 geöffnet. Zusätzlich wurde dem Kläger am 9. Januar 2015 persönlich ein Kündigungsschreiben übergeben, in welcher auch die sofortige Freistellung erwähnt wurde. Beide Kündigungsschreiben sehen ein Vertragsende per 31. März 2015 vor.

Aus dem Entscheid:

Beginn der Kündigungsfrist bei einer Kündigung während der Ferien per E-Mail mit Anhang

«Die Kündigung erfolgte vorliegend während den bewilligten Ferien des Klägers. Als unzulässig kann eine während den Ferien zugestellte Kündigung nicht betrachtet werden, wird dieser Sachverhalt doch vom Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR nicht erfasst. Insbesondere steht der Erholungszweck der Ferien einer Kündigung während eines Ferienbezugs nicht entgegen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR).

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt die Kündigung während der Ferien in dem Moment als zugestellt, in dem vom Empfänger nach seiner Rückkehr die Kenntnisnahme erwartet werden könne, ausser er sei zu Hause geblieben, habe sich die Post effektiv nachsenden lassen oder sei ohne Wissen des Arbeitgebers in die

Ferien verreist. Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Lehre so vertreten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR). Diese Ausnahmen beziehen sich zunächst auf physische Kündigungen.

Allerdings lassen sich die Voraussetzungen des Kündigungszuganges auf eine Kündigung per E-Mail übertragen: Die Kündigung ist zugestellt, sobald sie vom Gekündigten zur Kenntnis genommen wurde oder in seinen Zugriffsbereich gelangt ist und von ihm erwartet werden darf, dass er auch auf das Kommunikationsmittel zugreift. Ob eine Abfrage von E-Mail-Nachrichten erwartet werden darf, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (Portmann/Rudolph, in: BSK OR I, 6. Aufl., Basel 2015, N 16 zu Art. 335 OR; sehr zurückhaltend: Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR; sehr viel weitgehender: JAR 2011 S. 483).

Die der E-Mail als PDF angehängte Kündigung wurde von Herrn A. am 24. Dezember 2014, 10:59 Uhr, an den geschäftlichen E-Mail-Account des Klägers versandt. Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte der Kläger, am 24. Dezember 2014 die E-Mails auf dem Geschäftsemail-Account – gemäss den Akten handelt es sich um vier von fünf E-Mails – angesehen zu haben. Dies ist auch aus der Rubrik “DateModification” in den Akten ersichtlich, wonach zunächst um 10:11 Uhr, dann um 11:04 Uhr, 13:59 Uhr und zuletzt um 14:22 Uhr eine E-Mail geöffnet wurde. Weiter bestätigt der Kläger, dass am 24. Dezember 2014 im Posteingang eine E-Mail von Herrn A. vorhanden war. Er habe jedoch mit Herrn A. nichts mehr zu tun haben wollen. Es seien viele Sachen vorgefallen, aber es habe andere Themen gegeben, um welche er sich habe kümmern müssen.

Der Kläger hat anerkannter- und nachgewiesenermassen am 24. Dezember 2014 mehrfach insoweit auf seinen Geschäftsemail-Account zugegriffen, als er geprüft hat, ob, von wem und mit welchem Betreff ihm E-Mails zugegangen sind. Damit hat er auf dieses Kommunikationsmittel zugegriffen und die Beantwortung der Frage, ob das von ihm erwartet werden durfte, ist obsolet. Der Sachverhalt ist vergleichbar mit einem ferienabwesenden Mitarbeiter, der sich die Post nachsenden lässt und die Eingänge im Briefkasten verifiziert, vier von fünf Briefen öffnet und den fünften ungeöffnet im Briefkasten liegen lässt.

Der Kläger lässt ausführen, dass er erst am 6. Januar 2015 von der der E-Mail angehängten Kündigung Kenntnis erhalten habe. Den Geschäftsemail-Account betreffend, deckt sich dies mit dem Datum in der Rubrik “DateModification” in den Akten. Auch die Beklagte geht davon aus, dass die E-Mail (und damit auch der Anhang) ungeöffnet auf dem Mail-Server verblieb. Mithin ist davon auszugehen, dass der Kläger nicht bereits am 24. Dezember 2014, sondern erst am 6. Januar 2015 via Geschäftsaccount Kenntnis von der Kündigung genommen hat.

Der Kläger hat anerkanntermassen auch während seiner Ferienabwesenheit geschäftliche Aufgaben erledigt. Er hat nachweislich mehrfach am 24. Dezember 2014 zwischen 10:11 Uhr und 14:22 Uhr auf sein Account zugegriffen und dabei alle eingegangenen E-Mails, abgesehen von der Kündigungs-E-Mail, auch geöffnet. Aber auch diese liesse er nicht bloss ungelesen, er hat sie vielmehr dahingehend bearbeitet, dass

er sie an seine private Gmailadresse weiterleitete. Den Akten ist zu entnehmen, dass von der Geschäftsadresse des Klägers (xx@yy.com) an die private Gmailadresse des Klägers (xx@gmail.com) erfolgreich (vgl. zweitunterste Zeile: SMTP session succesful, was soviel bedeutet, wie Simple Mail Transfer Protocol, bzw. zu deutsch: E-Mail-Transportprotokoll) eine E-Mail gesandt wurde, welche mit folgendem “subject” gelistet wird: “Fwd: Registered Mail”. Fwd steht für forwarded, also eine weitergeleitete Nachricht. Registered Mail entspricht genau demjenigen Titel, welchen die E-Mail von A. vom 24. Dezember 2014 mit dem angehängten Kündigungsschreiben trägt. Der Kläger bejaht, Inhaber einer Gmailadresse zu sein.

Angesichts dieser Umstände durfte vom Kläger – korrektes Verhalten vorausgesetzt – die effektive Kenntnisnahme der ihm zugegangenen E-Mail von A. und der dieser beigefügten Kündigung am 24. Dezember 2014 erwartet werden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR). Seine Rechtfertigung, er habe mit A. nichts zu tun haben wollen, überzeugt nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Kläger ausgerechnet die E-Mail eines Absenders, mit dem er nichts zu tun haben will, umgehend an sein privates Mail-Account weiterleitete. Naheliegender erscheint, dass der Kläger anhand des Betreffs “Registered Mail” erkannte, dass es sich um die Kündigung handeln könnte, die E-Mail deshalb auf sein Privataccount umleitete um sie dort (sogleich und im Geschäfts-Mail-Account nicht erkennbar) lesen zu können. Erstellt ist Letzteres allerdings nicht. Immerhin aber hat der Kläger bestätigt, die Auflösung des Büros X sei bekannt gewesen. Die ihm zugestellten E-Mails von B. vom 22. und 23. Dezember 2014 hat er denn auch trotz seiner Ferienabwesenheit noch am Versandtag geöffnet.

Im Sinne eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass die Kündigungsfrist vorbehältlich der nachfolgenden Ausführungen zum Schriftformerfordernis am 24. Dezember 2014 zu laufen begonnen hat. Dadurch endete das Arbeitsverhältnis am 31. März 2015 und es besteht mithin kein Anspruch auf einen Lohn für den Monat April 2015.

Zum Einwand des Formmangels der Kündigung

Eine Kündigung kann grundsätzlich mündlich ausgesprochen werden, da das Gesetz für die Kündigung keine besondere Form vorschreibt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 8 zu Art. 335 OR). Allerdings können die Parteien vertraglich etwas anderes vereinbaren.

Der Arbeitsvertrag sieht in Ziffer 7 Folgendes vor: “Alterations and complements to this employment contract, as well as any collateral agreements, are only valid in writing”. Änderungen und Ergänzungen des Vertrages unterliegen demnach der Schriftform, von Beendigung (“Termination” ist dagegen nicht die Rede. Zwar hätte demnach Ziffer 2 des Arbeitsvertrages (Kündigungsmodalitäten) bloss schriftlich geändert werden können, nicht dagegen die Ausübung des Kündigungsrechtes. Mit anderen Worten kann aus dem Wortlaut der Schriftformklausel nicht gefolgert werden, dass die Formvorschrift die Kündigung mitumfassen soll. Anderweitige Anhaltspunkte dafür, dass die Klausel im Sinne des Verständnisses des Klägers auszulegen

wäre, finden sich in seinem Vorbringen nicht. Die Kündigung durch das der E-Mail vom 24. Dezember 2014 als PDF angehängte Kündigungsschreiben ist demnach nicht an eine Schriftform gebunden und konnte formlos erfolgen.

Selbst wenn (entgegen obigen Ausführungen) die Kündigung als von der im Arbeitsvertrag enthaltenen Schriftformklausel in Ziffer 7 miteingefasst wäre, entspräche die der E-Mail vom 24. Dezember 2014 als PDF angehängte Kündigung diesem Formerfordernis.

In der Lehre wird davon ausgegangen, dass eine Kündigung per E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur dem Schriftformerfordernis des Art. 13 OR nicht genügt. Davon ist jedoch bei eingescannten Originaldokumenten eine Ausnahme zu machen (Schwenzer, in: BSK OR I, a. a. O., N 14d zu Art. 13 OR). Diese Ansicht muss heute aufgrund der gleichen Überlegungen gelten, welche auch bei der zulässigen Übermittlung einer unterschriebenen Originalurkunde per Telefax zum Tragen kommen.

Diese Ansicht scheint insbesondere im Lichte folgender Überlegung als gerechtfertigt: Sinn und Zweck der elektronischen Signatur ist es, die Herkunft zweifelsfrei (Authentizität) sowie allfällige Veränderungen nach der elektronischen Unterzeichnung festzustellen (Integrität) (Schwenzer, in: BSK OR I, a. a. O., N 14d zu Art. 13 OR). Gemäss der Beklagten sei das Original der Kündigung mit der Originalunterschrift des damals einzigen Verwaltungsrats der Beklagten eingescannt worden. Dies wird vom Kläger insofern bestritten, als er das PDF als blosses Abbild, als eine blosser Kopie abtut, welches keine Originalunterschrift enthält. Indem das Originaldokument mit der Originalunterschrift eingescannt und ins PDF-Format geändert der E-Mail vom 24. Dezember 2014 angehängt wurde, lässt sich diese PDF-Datei nicht in die Originaldatei zurückführen. Technische Veränderungen sind zwar heutzutage nicht gänzlich ausgeschlossen, es besteht jedoch kein entsprechender Verdacht und ausserdem wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht, dass das Kündigungsschreiben vom 23. Dezember 2014 verändert wurde. Vor diesem Hintergrund ist das Schriftformerfordernis bei dem einem E-Mail angehängten Kündigungsschreiben im PDF-Format erfüllt.

E-Mail vom 24. Dezember 2014 als Vorabkopie der Kündigung?

Auch der Einwand des Klägers, wonach es sich bei der E-Mail der Beklagten vom 24. Dezember 2014 lediglich um eine Vorabkopie der Kündigung per E-Mail und somit nicht um eine gültige Kündigung handeln soll, verfängt nicht. Der Kläger verweist hierzu auf einen Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich von 2010. Jener Sachverhalt ist jedoch mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. In jenem Fall war im Arbeitsvertrag ausdrücklich festgehalten worden, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich erfolgen soll. Zudem wurde in jener E-Mail angekündigt, dass die – wie im Arbeitsvertrag vorgesehen – schriftliche Kündigung der Gegenseite zugesandt werde. Vorliegend wurde, wie gezeigt, für die Kündigung keine Schriftform vereinbart. Ausserdem wurde in der E-Mail nicht auf eine später folgende Kündigung verwiesen, sondern auf das der E-Mail angehängte Kündigungsschreiben, für welche die Beklagte zugleich auch eine Empfangsbestätigung des Klägers per E-Mail verlangte. Mithin handelt es sich in casu nicht um eine Vorabkopie der Kündigung.

Zugang der per Post versandten Kündigung

Weil bereits die Wirksamkeit der Kündigung mittels dem der E-Mail angehängten PDF-Dokument zu bejahen ist, kann offen bleiben, ob dem Kläger die Kündigung auch per Post zugesandt wurde.

Fazit

Die Kündigung ist dem Kläger am 24. Dezember 2014 gehörig zugestellt worden und hätte damals von ihm zur Kenntnis genommen werden können und müssen.

Ferner wird die Kündigung nicht vom vertraglichen Schriftformerfordernis erfasst. Selbst wenn sich das Schriftformerfordernis auf die Kündigung erstrecken würde, hätte die E-Mail vom 24. Dezember 2014 diesem entsprochen.

Eine blosse Vorabkopie stellt die der E-Mail angehängte Kündigung nicht dar.

Die ab 24. Dezember 2014 laufende Kündigungsfrist endete am 31. März 2015; der Kläger hat keinen Anspruch auf Bezahlung eines Lohnes für den Monat April 2015; seine Klage ist in diesem Umfange abzuweisen.»

(AH150090 vom 25. Januar 2016)

16. OR 336; Beweisbarkeit missbräuchlicher Kündigungsgründe

Die Klägerin war mit einem kurzen Unterbruch seit 2009 als Bewirtschafterin für eine Immobilienfirma tätig. Im März 2015 wurde ihr ordentlich gekündigt. Die Klägerin betrachtet die Kündigung als missbräuchlich. Der wahre Kündigungsgrund liege darin, dass sie verdächtigt worden sei, in strafbare Angelegenheiten verwickelt zu sein (Geldunterschlagung und Erpressung), die ihrem Lebenspartner von dritter Seite vorgeworfen worden seien. Klärender Hinweis: Der Lebenspartner war bei der Hausbewirtschaftungsfirma Z. angestellt, welche für die Beklagte tätig war, und sollte dort entlassen werden.

Aus dem Entscheid:**Beweiswürdigung**

«Zur Glaubwürdigkeit ist festzuhalten, dass keine der befragten Personen vollkommen unabhängig erscheint. Bei allen bestehen gewisse Bindungen zu mindestens einer Partei. Frau A. sowie die Herren B. und C. waren als Organe der Beklagten als Partei zu befragen. Herr D. und Frau E. arbeiteten bereits bei der Beklagten und nunmehr erneut im Areal (Geschäftsliegenschaften) mit der Klägerin zusammen. Trotzdem erscheinen die Aussagen der meisten befragten Personen im Grossen und Ganzen glaubhaft. Insbesondere die Ausführungen der Herren C. und B. sowie von Frau A. erscheinen sowohl untereinander als auch in sich und bezüglich der Aktenlage kohärent.

Zur Klägerin ist anzumerken, dass ihre Glaubwürdigkeit eher kritisch zu sehen ist. So änderte sie während des Verfahrens mehrmals ihre Aussagen wesentlich ab. Beispielsweise sagte sie zunächst aus, die Firma Z. sei gesamtschweizerisch für alle Liegenschaften der Beklagten abgemahnt worden, um sich kurz darauf zu korrigieren, es seien nur die von der Klägerin betreuten Liegenschaften gewesen. Anlässlich der Stellung von Ergänzungsfragen an Herrn C. behauptete die Klägerin zunächst, dieser habe in einem anderen Verfahren als Zeuge etwas ausgesagt. Danach korrigierte sie ihre Aussage und räumte ein, er komme dort zu diesem Thema nur als Zeuge in Betracht. Statt dem generell guten Draht zu B., der mit ein Kündigungsgrund gewesen sein soll, soll später zum Kündigungsgrund erhoben worden sein, dass sich die Klägerin an B. gewendet und damit die Richtlinien nicht eingehalten habe. Weiter liess die Klägerin ursprünglich geltend machen, sie sei verdächtigt worden, in strafbare Angelegenheiten (Geldunterschlagung, Erpressung) verwickelt zu sein, die ihrem Lebenspartner vorgeworfen würden. Final, nach Durchführung des Beweisverfahrens, soll die Kündigung dann damit begründet worden sein, die Klägerin habe bei der Polizei eine Falschaussage gemacht.

Der beweisbelasteten Klägerin gelingt der Nachweis nicht, wonach ihr von der Beklagten aufgrund ihrer Verwicklung in das Strafverfahren ihres Lebenspartners bzw. aufgrund ihres "guten Drahtes" zum CEO (B.) und der Umgehung des Dienstweges gekündigt wurde.

Belegt ist, dass X., der Geschäftsführer der Firma Z., am 9. Februar 2015 die Beklagte orientierte, die Klägerin habe ihn aufgefordert, eine Aufhebungsvereinbarung zwischen ihrem Lebenspartner und der Firma Z. zu unterzeichnen, andernfalls die Klägerin die Firma Z. kaputt machen werde. Dazu gab es offenbar eine Aussprache zwischen der Beklagten und der Klägerin am 18. Februar 2015. Dafür, dass der Vorwurf von X. in der Folge noch Thema zwischen den Parteien gewesen wäre, liegt nichts vor. In die Kündigungsbegründung floss diese Anschuldigung von X. nur mit den Worten, insoweit stünde Aussage gegen Aussage. Ebenso wenig hat sich erhärtet, dass der Klägerin im Rahmen der mündlichen Kündigungsbegründung vorgehalten worden wäre, sie sei in die Vorwürfe strafbarer Handlungen (Drohung, Erpressung oder Geldunterschlagung) gegenüber ihrem Lebenspartner verwickelt. Allenfalls erwähnt wurde, dass der Lebenspartner der Klägerin im Zusammenhang mit der Firma Z. in strafbare Handlungen verwickelt sei. Auch die Zeugen E. und D. bestätigten lediglich – wenn auch mangels Erinnerung ziemlich verzerrt – dass eine Lüge der Klägerin bei der Polizei im Zusammenhang mit einem Strafverfahren (Falschaussage) eine Rolle gespielt habe. C. und A. gaben dagegen übereinstimmend an, die Klägerin habe beim Kündigungsgespräch erwähnt, die Polizei habe ihr gegenüber bestätigt, dass die Firma Z. bzw. X. lüge, was sich als unzutreffend heraus gestellt habe. Damit ist aber auch nicht erstellt, dass der Klägerin im Rahmen des Kündigungsgesprächs gleichsam der Vorwurf gemacht worden wäre, sie habe sich bei der Polizei zu einer Falschaussage hinreissen lassen.

Auch ein “guter Draht” der Klägerin zum CEO ausserhalb des Üblichen ist nicht erstellt. Allenfalls wurde bei der Beklagten die Umgehung von internen Instanzen nicht sonderlich begrüsst, was nachvollziehbar ist. Jedoch bestehen keine Anhaltspunkte, dass dies ausschlaggebend für ihre Kündigung gewesen wäre. Dasselbe gilt für die Involvierung in das Strafverfahren ihres Lebensgefährten. Die behauptete Lüge der Klägerin über die Aussage des Polizisten soll C.– so A.– erst nach dem eigentlichen Kündigungsgespräch mit Freistellung verifiziert haben. Erst im Verlaufe des Kündigungsgesprächs soll die Klägerin gemäss C. und A. erwähnt haben, die Polizei habe ihr bestätigt, dass die Firma Z. bzw. X. lüge. War das Kündigungsgespräch aber in diesem Zeitpunkt bereits initiiert, kann diese angebliche Fehlinformation der Klägerin nicht als erwiesenermassen kausal für die Kündigung erachtet werden.

Dagegen steht fest, dass sich die Klägerin letztmals am 4. März 2015 zu einem Mail an die Firma Z. hinreissen liess, das als höchst unprofessionell zu qualifizieren ist und durchaus geeignet war, die Objektivität der Klägerin gegenüber der Firma Z. und damit auch ihre wiederholten Bemühungen, die Verträge mit dieser Firma aufzulösen, in Frage zu stellen.

Fazit

Der beweisbelasteten Klägerin gelingt der Nachweis der von ihr behaupteten missbräuchlichen Kündigungsgründe nicht, wogegen der Vorwurf unprofessionellen Verhaltens belegt ist. Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.»

(AH160020 vom 6. Oktober 2016; vom Obergericht bestätigt am 21. November 2016; LA160037; siehe auch Entscheid Nr. 14)

17. OR 337; Wiederholte Missachtung von vertraglichen Vereinbarungen und Weisungen

Der Kläger war seit März 2014 als Consultant tätig. Am 9. April 2015 wurde er wegen verschiedener Vertragsverstösse und dem Nichteinhalten von Weisungen schriftlich abgemahnt, womit der Kläger nicht einverstanden war. Nach weiteren Verstössen wurde er am 26. Juni 2015 fristlos entlassen.

Aus den Erwägungen:

Missachtung der Spesenregelung

«Gemäss Spesenreglement werden keine Essensgeldentschädigungen bei Geschäftsreisen ohne Übernachtung abgegolten. Die Firmenkreditkarte darf ausschliesslich für geschäftliche Zwecke verwendet werden.

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, ihm sei bei Stellenantritt vom damaligen Vorgesetzten W. erklärt worden, es sei ihm erlaubt, mit dieser Kreditkarte auf Ge-

geschäftsspesen kleinere Auslagen zu belasten, die er habe, wenn er für die Firma arbeite. Wenn der Kläger im Zug von Bern nach Zürich gefahren sei, habe er regelmässig gearbeitet. Wenn er dabei etwas Kleines konsumiert habe, habe er dies mit der Kreditkarte bezahlt. Das ganze Jahr 2014 habe der Kläger seine Spesen so gehandhabt und kein Mensch habe deswegen reklamiert oder gesagt, er dürfe dies nicht machen.

Die Beklagte führte diesbezüglich aus, dass der Kläger bereits im Oktober 2014 vom Head of Finance, A., darauf hingewiesen worden sei, dass die Firmenkreditkarte nicht für private Spesen verwendet werden dürfe. Sie zitiert in diesem Zusammenhang einen E-Mail-Exchange vom 22. Oktober 2014, welcher sich jedoch nicht bei den Akten befindet. Nachdem dies weder belegt noch anerkannt wurde, kann offen bleiben, ob dem so war. Denn spätestens mit der Abmahnung vom 9. April 2015 verlangte die Beklagte, dass der Kläger die Kreditkarte nicht für private Zwecke benutzen dürfe und Spesenabrechnungen einzureichen habe. Dies war dem Kläger auch bewusst.

Verpflegungen im Zug oder am Kiosk während des Pendelns fallen gestützt auf das Spesenreglement klarerweise nicht unter Geschäftsspesen. Dies auch dann nicht, wenn man während der Fahrt arbeitet. Bei Konsumationen in Lebensmittelläden (Coop), Restaurants (Migros, Mc Donalds etc.) und Tankstellen (Coop, Agrola), handelt es sich ebenfalls nicht um Geschäftsspesen. Die klare Weisung der Beklagten im Rahmen der Abmahnung war somit wiederum berechtigt und vertraglich abgestützt. Spätestens ab April 2015 nutzte der Kläger wider besseren Wissens die Firmenkreditkarte weiterhin für private Zwecke. Wenn er erklärt, dass er sich an die ursprünglichen Weisungen von Herrn W. gehalten habe, so macht er deutlich, dass er einfach grundsätzlich nicht willens war, den berechtigten formellen Anforderungen der Beklagten nachzuleben. Wenn sich die Beklagte auf die vertraglichen Abmachungen beruft, setzt sie sich entgegen der Ansicht des Klägers nicht dem Vorwurf der Schikane aus.

Der Kläger hatte also eine klare und berechtigte Weisung missachtet. Er kann sich dabei als Rechtfertigungsgrund nicht auf Anweisungen von Herrn W. berufen, welche dieser bei seiner Einstellung erteilt hatte. Diese waren mittlerweile überholt. Ein Arbeitnehmer, der private Auslagen mit der Firmenkreditkarte bezahlt, obwohl dies ausdrücklich als unzulässig thematisiert worden war, ist für den Arbeitgeber grundsätzlich nicht tragbar. Dieses Verhalten des Klägers führte bei der Beklagten auch offensichtlich zu einem Vertrauensbruch, was sich in der Sperrung der Karte äusserte. Dass sie dem Kläger nicht bereits zu diesem Zeitpunkt – wie in der Verwarnung angedroht – (fristlos) kündigte, kann der Beklagten dabei nicht entgegengehalten werden. Mit der Sperrung sorgte sie dafür, dass der Kläger ihr diesbezügliches Vertrauen nicht weiter missbrauchen konnte. Sie hat das mildeste Mittel ergriffen und dem Kläger nochmals eine Chance gegeben.

Wie zu zeigen ist, hat dies den Kläger aber nicht davon abgehalten, in der nachfolgenden Zeit auch die weiteren Weisungen gemäss Abmahnung vom 9. April 2015 ausser Acht zu lassen.

Nichteinhalten des Absenzen-Managements

Im Personalreglement der Beklagten findet sich die folgende Regelung betreffend Krankheit: "Kann ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin infolge Krankheit oder Unfall nicht zur Arbeit erscheinen, ist er verpflichtet, unverzüglich die vorgesetzte Person zu informieren. Dauert die Absenz länger als drei Tage, ist er verpflichtet, unaufgefordert ein Arztzeugnis einzureichen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, bereits ab dem 1.Tag der Absenz ein Arztzeugnis von Arbeitnehmern einzufordern. Zudem kann die Firma auf eigene Kosten die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt verlangen." Dieses Reglement wurde durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrages zum integrierenden Vertragsbestandteil.

Ab März 2015 hatte die Beklagte vom Kläger unbestritten verlangt, ab dem 1.Arbeitstag ein Arztzeugnis einzureichen. In der schriftlichen Abmahnung vom 9.April 2015 wurde der Kläger nochmals darauf hingewiesen, dass er bei künftigen Krankheitsabwesenheiten jeweils am ersten Tag ein Arztzeugnis einreichen müsse. Der Kläger macht zwar geltend, dass er sofort nach Erhalt der Verwarnung dagegen remonstriert habe. Zum Thema Absenzenmanagement führte der Kläger aber nur aus, die Weisung, eine Krankheit ab dem ersten Tag mit einem Arztzeugnis zu belegen, sei eine reine Schikane im Zusammenhang mit dem Mobbing gewesen. Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte der Kläger erneut, ihm sei bewusst gewesen, dass die Beklagte ab dem ersten Krankheitstag von ihm ein Arztzeugnis verlangt habe. Seiner Ansicht nach habe es sich dabei aber um eine reine Schikane gehandelt, weshalb er dieser Weisung nicht nachgekommen sei. Ob das Absenzenmanagement auch bereits am Gespräch vom 30.März 2015 thematisiert worden war, kann bei dieser Sachlage offengelassen werden.

Es handelte sich bei der Anweisung, ab dem ersten Krankheitstag ein Zeugnis beizubringen, um eine klare und vertraglich vorgesehene Weisung der Beklagten, von welcher der Kläger Kenntnis hatte. Dabei kann offenbleiben, ob er der Einzige war, für den diese Regelung galt. Der Kläger bringt selber vor, dass die neue Weisung im Anschluss an seine Krankheit vom 11. bis 13. März 2015 thematisiert wurde. Sie weist also durchaus einen zeitlichen Zusammenhang zu einer Absenz des Klägers auf. Gestützt auf die vertragliche Abmachung hatte die Beklagte aber ohnehin das Recht – aus welchen Gründen auch immer –, vom Kläger ein Zeugnis ab dem 1. Tag der Absenz zu verlangen, ohne sich dem Vorwurf einer Schikane auszusetzen.

Am 23.Juni 2015 hat sich der Kläger wegen Krankheit abgemeldet. Dies, ohne ein entsprechendes Arztzeugnis einzureichen. Am 24. Juni 2015 erschien er wieder bei der Arbeit, um nur wenig später erneut massive gesundheitliche Beschwerden anzugeben. Statt sich diese sogleich ärztlich bescheinigen zu lassen, zog es der Kläger vor, die Beklagte weiterhin über seine Beschwerden im Unklaren zu lassen. Erst am nächsten Tag ging er an seinem Wohnort zum Arzt.

Auf diese Geschehnisse angesprochen, erläuterte der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung, Frau T. habe ihm (am 24.Juni 2015) "irgendetwas" geschickt, wonach er ein Arztzeugnis mitbringen müsse – das habe sie immer getan. Darauf habe er

ihr keine Antwort gegeben. Er habe nachher versucht, ein Arztzeugnis zu erhalten. Er habe jedoch erst am Donnerstag einen Arzttermin bekommen.

Vorab ist festzuhalten, dass sich der Kläger bereits am Dienstag 23. Juni 2015 krank gemeldet hatte, es aber unterliess, an diesem Tag einen Arzt aufzusuchen. Entsprechend verfügte er über kein Arztzeugnis ab dem ersten Krankheitstag. Weiter ist zu sagen, dass man heutzutage in jeder grösseren Stadt – sei dies in Zürich oder auch Bern – Ärztezentren findet, in welchen es möglich ist, einen Arzt noch gleichentags zu konsultieren. Dies hat als gerichtsnotorisch/allgemein bekannt zu gelten. Der Einwand des Klägers, er habe nicht gewusst, dass es eine solche in Zürich gebe, ist deshalb unbeachtlich. Der Kläger hätte die Möglichkeit gehabt, am Mittwochmorgen telefonisch abzuklären, ob sein Hausarzt in F. einen Termin frei hatte und andernfalls die MediX, Permanence oder ein anderes Notfallzentrum aufzusuchen. Dies tat er aber nicht, obwohl er damals schon einen Tag zu spät dran war, sondern nahm es zudem in Kauf, die ärztliche Untersuchung noch um einen weiteren Tag hinauszuschieben. Mit diesem Verhalten zeigte der Kläger, dass er gar nicht gewillt war, den Weisungen der Beklagten auch nur ansatzweise nachzukommen. Er hat folglich die von der Beklagten klar eingeforderte und berechnete Absenzenregelung während zwei Tagen, am 23. und 24. Juni 2015, ohne triftigen Grund missachtet.“

Nachdem sich der Kläger auch noch in weiteren Punkten vertragswidrig verhalten hatte, kam das Gericht zum Schluss:

“Der Kläger hielt sich vermehrt nicht an die berechtigten und gar vertraglich festgehaltenen Regeln/Anweisungen der Beklagten. Dies belastete nicht nur das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, sondern war insbesondere auch dazu geeignet, die Beklagte bei einem wichtigen Kunden in ein schlechtes Licht zu rücken. Die ständige Befürchtung, der Kläger könnte erneute Regelverstösse begehen, und dadurch allenfalls die Reputation der Beklagten bei deren wichtiger Kundin schädigen, machte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr tragbar. Vor dem Hintergrund eines bereits zerstörten Vertrauensverhältnisses muss es der Beklagten in so einer Situation möglich sein, den Kläger fristlos zu entlassen.»

(AH150165 vom 20. Mai 2016; siehe auch Entscheid Nr. 25)

18. OR 337; Gültige Entlassung bei ungenügender Unterschriftsberechtigung?

Die Klägerin war als Prokuristin in der Administration tätig und arbeitete sowohl für die Beklagte als auch für deren früheren Verwaltungsratspräsidenten. Gestützt auf eine Strafanzeige (Veruntreuung) der Beklagten wurde sie im April 2010 verhaftet. Während sie sich in Untersuchungshaft befand, kündigte die Beklagte das Arbeitsver-

hältnis im Mai 2010 fristlos. Die Klägerin machte u.a. geltend, die Kündigung sei lediglich von einem der Verwaltungsräte mit Kollektivunterschrift unterschrieben worden, wogegen sie protestiert habe.

Aus dem Entscheid:

«Die Kündigung entfaltet ihre Wirkungen erst mit dem Empfang durch den Adressaten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR). Die Kündigung ist formfrei gültig, wenn nicht etwas anderes vereinbart wurde. Auch eine mündliche oder konkludente Kündigung ist gültig, doch besteht das Risiko schwieriger Beweisbarkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 8 zu Art. 335 OR). Zur Kündigung legitimiert ist die Vertragspartei selbst oder ihr Vertreter. Die Vertretung kann sich insbesondere auf Organstellung, Prokura oder auf gewillkürte Bevollmächtigung nach Art. 32 OR stützen. Wird die Kündigung von einem bloss kollektiv Zeichnungsberechtigten ausgesprochen, so kann dieser Mangel durch spätere, auch stillschweigende Genehmigung geheilt werden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 8 zu Art. 335 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die mit dem Schwebezustand verbundene Unsicherheit nicht zumutbar und die Kündigung wird erst mit der Genehmigung wirksam. Dies solle nur dann gelten, wenn tatsächlich eine Unsicherheit besteht, weil der Arbeitnehmer den Mangel bemerkt. Diesfalls muss der Arbeitnehmer unverzüglich Klarstellung verlangen oder die Kündigung zurückweisen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 8 zu Art. 335 OR m.w.H.).

Die fristlose Kündigung datiert vom 3. Mai 2010 bzw. vom 9. Mai 2010 und trägt einzig die Unterschrift des für die Beklagte kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten A. Der Rechtsvertreter der Klägerin hat die Kündigung mit Schreiben datiert vom 20. Mai 2010 bestritten. Die Bestreitung erfolgte aber bloss vorsorglich und ohne Angabe konkreter Gründe. Die Klägerin hat sich erst mit Schreiben vom 30. Juni 2010 auf die fehlende zweite Kollektivunterschrift berufen. Angesichts der Umstände bzw. der Untersuchungshaft und des vom Rechtsvertreter angebrachten Vorbehalts kann diese Bestreitung noch nicht als verspätet gelten. Die von der Beklagten nachgereichte "Vertretungs-Vollmacht" von B. und C. datiert vom 20. April 2010 und wurde als Beweismittel zugelassen. Die Klägerin hat deren Gehalt nicht bestritten. Die Kündigung vom 3. Mai 2010 bzw. vom 9. Mai 2010 ist damit materiell ohne Weiteres von der gewillkürten Bevollmächtigung weiterer für die Beklagte Zeichnungsberechtigter gedeckt (Art. 32 OR). Die Klägerin hatte über diesen Umstand unmittelbar nach Aussprache der fristlosen Kündigung indes keine Kenntnis. Weil die fristlose Entlassung während der auf eine Strafanzeige der Beklagten zurückzuführende Untersuchungshaft der Klägerin ausgesprochen wurde, bestand dennoch keine Ungewissheit über den Bestand der Kündigungsabsicht der Beklagten. Es bestand kein Schwebezustand, welcher einer Klärung bedurft hätte. Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft zu werden, ob zudem ebenfalls bereits die von B. unterschriebene Bestätigung vom 28. Mai 2010 eine allfällige Ungewissheit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben hätte beseitigen können. Der Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschrei-

bens beim Rechtsvertreter der Klägerin ist – mangels abweichender Parteibehauptungen – auf Montag, den 10. Mai 2010 zu veranschlagen. Die fristlose Kündigung datiert vom 3. Mai 2010 bzw. 9. Mai 2010 ist damit rechtsgültig per 10. Mai 2010 erfolgt.»

(AN100890 vom 4. Oktober 2016)

19. OR 340 f.; Konkurrenzverbot

Zu prüfen war, ob das vereinbarte Konkurrenzverbot auch weitere zur Gruppe gehörende Betriebe umfasst und ob es dahinfällt, wenn der vom Arbeitnehmer (Beklagter) bearbeitete Kundenkreis nach seinem Austritt nicht mehr weiter bewirtschaftet wird.

Aus den Erwägungen:

Zum Konkurrenzverbot im Konzern

«Grundsätzlich kann eine Verpflichtung, die Konkurrenzierung zu unterlassen, nur gegenüber dem eigentlichen Arbeitgeber eingegangen werden (vgl. Wortlaut von Art. 340 OR). In einem Konzern gilt es zu differenzieren, ob die Konkurrenzverbotsklausel den Einbezug dritter Unternehmen ausdrücklich erwähnt oder sich vom Wortlaut her allein auf den eigentlichen Arbeitgeber beschränkt. Nennt die Konkurrenzklausel ausschliesslich den Arbeitgeber als geschütztes Unternehmen, so kann der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden grundsätzlich zu sämtlichen anderen Unternehmen in Wettbewerb treten. Will der Arbeitgeber einen weitergehenden Wettbewerbsschutz, so muss dies grundsätzlich vertraglich vereinbart werden. Ohne eine besondere vertragliche Vereinbarung kann sich das Konkurrenzverbot aber ausnahmsweise auch auf Konzernunternehmen erstrecken. Das ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis im Konzern gemäss Vereinbarung “konzernoffen” praktiziert wurde, wenn der Vertrag mit der Konzernobergesellschaft den Einsatz des Arbeitnehmers auch in anderen Konzerngesellschaften vorsieht und das auch so praktiziert wurde und wenn das Konkurrenzverbot mit einer Holdinggesellschaft geschlossen wurde. Der Arbeitnehmer muss während seiner Tätigkeit Einblick in die Kundenkreise bzw. Geschäftsgeheimnisse der Konzerngesellschaften erhalten haben und eine Konkurrenzierung von Schwestergesellschaften muss den direkten Arbeitgeber erheblich schädigen können (vgl. zum Ganzen: Neeracher Christoph, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 55; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 7 in fine zu Art. 340 OR).

Vertragspartner des Beklagten ist die Klägerin und nicht die Z. Gruppe.

Im Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten wurde ein Konkurrenzverbot zugunsten der Klägerin sowie deren “Schwestergesellschaft C.K. Partner AG” festgehalten. Die K. Partner AG ist nicht im Handelsregister eingetragen und existiert

so auch nicht. Unter dem Dach der Z. Gruppe wirtschaften die Klägerin, die K. AG, die K. Partner AG und (früher) die Y. AG (gelöscht).

Gegenüber den Schwestergesellschaften wurde kein Konkurrenzverbot ausdrücklich festgehalten. Tätig war der Beklagte nur für die Klägerin (die offenbar ebenfalls von K. beherrscht ist) und nicht auch für die anderen genannten Gesellschaften. Gemäss Angaben des Beklagten hat eine Datenweitergabe von der Klägerin an die anderen Gesellschaften, nicht jedoch in umgekehrter Richtung stattgefunden. Dies wird von der Gegenseite so nicht bestritten. Der Beklagte hat somit nicht vom Kundenkreis der gesamten "Gruppe", sondern nur von demjenigen der Klägerin Kenntnis erhalten. Nach Gesagtem ist klar, dass sich das Konkurrenzverbot nur auf die Klägerin und nicht auch auf andere von K. beherrschte Gesellschaften erstreckt, was wiederum bedeutet, dass er zu jenen Unternehmen in den Wettbewerb treten darf.

Wegfall eines allenfalls gültigen Konkurrenzverbotes wegen fehlenden Interesses des Arbeitgebers?

Gemäss Art. 340c Abs. 1 OR fällt ein grundsätzlich gültig vereinbartes Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber durch die Verwendung der zu schützenden Kenntnis nicht mehr erheblich schädigen könnte (BK-Rehbinder, a. a. O., N2 zu Art. 340c OR). Dies liegt z.B. bei einer vollständigen Geschäftsaufgabe des ehemaligen Arbeitgebers, einer Aufgabe eines Geschäftszweiges, in dem der Arbeitnehmer tätig war, oder beim Wegfall der Geheimnisqualität der geschützten Informationen vor. Entscheidend ist, ob das erhebliche Interesse des Arbeitgebers für die ganze rechtliche Dauer des Konkurrenzverbotes nicht mehr bestehen wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N2 zu Art. 340c OR).

Wie die Beweisabnahmen gezeigt haben, hat die Klägerin das Geschäftsfeld, das vom Beklagten gepflegt wurde, nicht mehr bearbeitet. War aber die Klägerin (nicht die Unternehmensgruppe) jedenfalls bis 2014, also so lange das zweijährige Konkurrenzverbot bestanden hätte, nicht mehr in der Bau- und Immobilienbranche tätig, war das direkte Interesse der Klägerin (und nicht etwa der Unternehmensgruppe) an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots nicht mehr erheblich. Die Klägerin bewirtschaftete faktisch den Geschäftszweig nicht mehr selber. Der Beklagte stand somit mit der Klägerin gar nicht mehr in einem Wettbewerb, sondern höchstens mit einer "Schwestergesellschaft". Das Konkurrenzverbot gilt aber, wie gezeigt wurde, nur gegenüber der Klägerin und nicht im gesamten Konzern.

Fakt ist, dass die Klägerin den fraglichen Geschäftsbereich jedenfalls bis 2014 nicht mehr bewirtschaftete, obwohl alle Kontaktdaten bei der Klägerin verblieben waren. Sie hätte einen neuen Mitarbeiter oder eine neue Mitarbeiterin anstellen können, allenfalls sogar ein "branchenfremdes Greenhorn" (Zitat des Rechtsanwalts), um diesen Geschäftsbereich zu bearbeiten. Dass dies möglich gewesen wäre, dokumentiert die Klägerin ja selber damit, dass sie auf Herbst 2015 jemanden neu einstellen wollte. Dadurch, dass die Klägerin dies nicht früher tat, nahm sie in Kauf, während

der Dauer des allfälligen Konkurrenzverbotes nicht im Wettbewerb mit dem Beklagten bzw. dessen Firma zu stehen.

Selbst wenn das Konkurrenzverbot als gültig erachtet würde, wäre es damit wegen des fehlenden erheblichen Interesse der Klägerin an dessen Aufrechterhaltung weggefallen.»

(AG130007 vom 31. August 2016; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig)

20. GIG; Berechnung der Entschädigung für Verbandstätigkeiten

Nebst ihrer Tätigkeit als Redaktorin war die Klägerin Mitglied und dann Präsidentin der Personalkommission (Peko) der Beklagten. Zu entscheiden war über ihre Entschädigung für diese Tätigkeit und wie detailliert sie über den Zeitaufwand zu rapportieren hatte.

Aus dem Entscheid:

«Zu Recht gehen beide Parteien davon aus, dass die Funktion der Klägerin als Peko-Präsidentin von der arbeitsvertraglich vereinbarten Funktion als Redaktorin unabhängig ist. Die Tätigkeit einer Arbeitnehmervertretung erfolgt zwar im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses, ist jedoch nicht Gegenstand des Arbeitsvertrages. Vielmehr wird das Mitglied der Arbeitnehmervertretung gewählt. Es handelt sich also um die vom Arbeitgeber unabhängige Ausübung eines besonderen Amtes im Interesse der Belegschaft (Roland A. Müller, a. a. O., S. 210). Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob die Beklagte überhaupt dazu verpflichtet ist, der Klägerin allfällig für die Peko-Tätigkeit aufgewendete Zeit zu entschädigen.

Dem Mitwirkungsgesetz lässt sich keine ausdrückliche Pflicht zur Lohnzahlung an die Arbeitnehmervertreter entnehmen. Jedoch lässt sich aus dem Benachteiligungsverbot gemäss Art. 12 MitwG ein Anspruch auf Lohnzahlung ableiten, soweit es sich um während der Arbeitszeit geleistete Arbeit für die Peko handelt. Dies weil es für ein Mitglied der Peko regelmässig einen Nachteil darstellen würde, wenn es für seine Tätigkeit, welche teilweise unter Umständen unabdingbar während der Arbeitszeit auszuüben ist, keinen Lohn erhalte. Dagegen lässt sich für die Tätigkeit, welche ausserhalb der Arbeitszeit verrichtet wurde, kein Anspruch auf Bezahlung ableiten. So liegt doch dem MitwG zugrunde, dass die Arbeitnehmervertretung ihr Amt in der Regel unentgeltlich als Ehrenamt führt (Roland A. Müller, a. a. O., S. 205 ff).

Das Peko-Reglement der Beklagten geht weiter als das MitwG. So hält es ausdrücklich fest, dass ausserhalb der Arbeitszeit für die Peko aufgewendete Zeit für Sitzungen und Beratungen als Überstunden gemäss den AAB kompensiert werden können. In den AAB wird sodann festgehalten, dass Überstunden nur bei ganzen geleisteten Zusatztagen und nur im Ausnahmefall, wenn diese nicht kompensiert werden konnten, ausbezahlt würden. Im Gegensatz zum MitwG statuiert das Peko-

Reglement der Beklagten also einen Anspruch auf Bezahlung der für die Peko ausserhalb der Arbeitszeit aufgewendete Zeit. Freilich nur unter den genannten Voraussetzungen. Mit Ausnahme der Voraussetzung, dass die Peko-Tätigkeit nur erfasst werden könne, wenn sie in ganzen Zusatztagen geleistet wurde.

Aufgrund obiger Erwägungen ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die Klägerin keinen Anspruch auf die von ihr geforderte Pauschalabgeltung für die Funktion als Peko-Präsidentin hat. Dies unabhängig davon, ob der Arbeitgeberverband eine solche empfiehlt oder nicht.

Rechenschaftspflicht gegenüber der Arbeitgeberin

Gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. b MitwG sind die Mitglieder der Arbeitnehmervertretung in persönlichen Angelegenheiten einzelner Arbeitnehmenden zur Verschwiegenheit gegenüber allen Personen verpflichtet. Diese Verschwiegenheitspflicht gilt selbstverständlich auch gegenüber dem Arbeitgeber. Auf die Geltendmachung der für die Peko aufgewendete Zeit im quantitativen hat sie allerdings keinerlei Einfluss. Die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter werden nicht im geringsten tangiert, wenn die Klägerin in ihrer Auflistung ausweist, ob eine Sitzung oder Beratung für die Peko während oder ausserhalb der Arbeitszeit stattgefunden hat. Der Einwand der Verschwiegenheitspflicht zielt damit zumindest betreffend die Ausweisung des quantitativen Aufwands ins Leere. Die Klägerin macht denn auch nicht geltend, sämtliche der von ihr aufgelisteten Stunden hätten ausserhalb der regulären Arbeitszeit stattgefunden. So wies sie einzig darauf hin, dass die üblichen Sitzungen der Peko im geltend gemachten Aufwand nicht enthalten seien.

Wie bereits festgestellt wurde, ist aber für den Entschädigungsanspruch von entscheidender Bedeutung, ob die für die Peko aufgewendeten "Zusatzstunden" ausserhalb oder während der Arbeitszeit geleistet wurden. So würde denn auch eine (erneute) Entschädigung von während der Arbeitszeit aufgewendeten Stunden zu einer nicht gerechtfertigten Doppelzahlung durch die Beklagte führen. Hat doch die Beklagte die während der Arbeitszeit für die Peko aufgewendeten Stunden bereits mit den Lohnzahlungen abgegolten. Selbst wenn die Beklagte einen Aufwand eines 10 % Pensums für die Funktion als Peko-Präsidentin anerkannt haben sollte, kann die Klägerin daraus nichts für ihren effektiven Entschädigungsanspruch ableiten. So wurde doch dieses Pensum nicht für aufgewendete Stunden ausserhalb der Arbeitszeit, welche nicht kompensiert werden konnte, anerkannt.

Nur weil die Beklagte den Aufwand der Klägerin für die Peko für die Jahre 2009 und 2010 aufgrund einer summarischen Auflistung ausbezahlt hat, kann die Klägerin für sich daraus noch keinen Anspruch darauf ableiten, dass dies auch in den darauf folgenden Jahren der Fall sein müsse. Auch wurde die Klägerin von der Beklagten bereits bei der Zahlung für das Jahr 2010 ausdrücklich darauf hingewiesen, diese würden nur ausnahmsweise ohne Rapportierung erfolgen, wobei inskünftig eine Auflistung u.a. mit der Angabe der Dauer erwartet werde.

Die Beklagte hat sich, obwohl sie von Gesetzes wegen nicht dazu verpflichtet gewesen wäre, mittels ihres Peko-Reglements dazu bereit erklärt, den Aufwand für

die Peko, welcher ausserhalb der Arbeitszeit erfolgte und nicht kompensiert werden konnte, zu entschädigen. Da diese "Zusatzstunden" (zumindest mehrheitlich) nicht auf Anordnung der Beklagten geleistet werden/wurden – wovon im Übrigen selbst die Parteien ausgehen –, kann die Beklagte keine Kenntnis von deren Anzahl haben. Gerade deswegen wäre die Klägerin im Rahmen einer Rechenschaftspflicht gegenüber der Arbeitgeberin dazu verpflichtet gewesen, eine für die Beklagte nachvollziehbare Auflistung dieser Stunden (wann genau ist welcher Aufwand und weshalb entstanden) zu erstellen. Eine solche Rechenschaftspflicht ergibt sich nicht zuletzt aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a OR und entspricht einem legitimen Anliegen zu wissen, wofür sie bezahlt bzw. ob überhaupt eine Tätigkeit der Klägerin im Sinne des Mitwirkungsgesetzes vorliegt oder nicht. Zudem kann die Beklagte als Arbeitgeberin nur dann eine Kompensation von solchen Stunden anordnen, wenn ihr die relevanten Stunden zeitgerecht gemeldet werden.»

Das Gericht wies die Forderung der Klägerin insbesondere auch deshalb ab, weil sie ungenügend substantiiert war.

(AH150163 vom 26. Juli 2016; siehe auch Entscheid Nr. 23)

21. ZPO 34; Örtliche Zuständigkeit bei mehreren Arbeitsorten

Die Klägerin war als Qualitätskontrolleurin bei der Beklagten angestellt. Sie machte geltend, ihr gewöhnlicher bzw. Hauptarbeitsort sei im Bezirk Zürich. Sie habe hauptsächlich von zu Hause aus gearbeitet, und rund die Hälfte der von ihr betreuten Objekte seien ebenfalls in Zürich gewesen. Die Beklagte hielt dem entgegen, zur Ausübung der administrativen Tätigkeiten habe der Klägerin ein Arbeitsplatz an der X.-Strasse (ausserhalb der Stadt Zürich) zur Verfügung gestanden. Sie habe Kontrollen bei den Objekten durchführen müssen und auch Termine am Hauptsitz in St. Gallen gehabt. Damit könne man nicht von einem Hauptarbeitsort in der Stadt Zürich sprechen. Das war u.a. zu prüfen.

Aus den Erwägungen:

«Vorweg kann festgehalten werden, dass das Beweisverfahren klar ergeben hat, dass St. Gallen nicht Arbeitsort der Klägerin war, da sie dort gemäss aller Aussagen nur ab und zu für Besprechungen war.

Gewöhnlicher Arbeitsort der Klägerin

Mit dem gewöhnlichen Arbeitsort hat der Gesetzgeber einen Gerichtsstand geschaffen, der anders als beispielsweise derjenige am Sitz des Unternehmens, nicht an einem formellen Kriterium anknüpft, sondern an der tatsächlichen Verbindung zwischen dem konkreten Arbeitsverhältnis und dem Gerichtsort (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., S. 29). Zwar haben alle Zeugen und Parteien bestätigt, die Klägerin mehr oder

weniger regelmässig an der X.-Strasse gesehen zu haben, aber dies wurde vor allem im Zusammenhang mit Materiallieferungen und -abholungen vorgebracht. Letztlich ist bezüglich des Büros an der X.-Strasse eben nicht entscheidend, dass der Klägerin dort theoretisch ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden wäre, sondern es ist darauf abzustellen, was tatsächlich gelebt wurde. A. (Gebietsleiter) selber erklärte, die Klägerin sei drei bis viermal für eine bis mehrere Stunden dort gewesen. Bei einer Arbeitnehmerin mit einem 100 %-Pensum kann unter diesen Umständen nicht davon ausgegangen werden, dass das Abholen von Material oder die sporadische Anwesenheit während einiger weniger Stunden pro Woche einen Hauptarbeitsort an der X.-Strasse begründet.

Die Klägerin erklärte, diverse Arbeiten von zuhause aus gemacht zu haben. Die Beklagte bemerkte dazu pauschal, dass die Klägerin administrative Tätigkeiten in ihrem Büro getätigt habe, bejahte aber auch, dass man der Klägerin gewisse Sachen nach Hause gesendet habe. A. sagte in der Parteibefragung, wenn der Klägerin Post zugestellt worden sei, dann immer nach Hause. Die Post wurde also sogar nach Hause geschickt, obwohl A. auch betonte, man dürfe Unterlagen mit Kundendaten nicht nach Hause nehmen. Die Beklagte bestätigte weiter, dass die Klägerin habe erreichbar sein müssen. Dies gehöre bei einer Qualitätskontrolleurin dazu. Dass die Klägerin grundsätzlich rund um die Uhr erreichbar sein musste, passte zur Behauptung der Beklagten, die Verantwortung liege von A bis Z beim Qualitätskontrolleur. Fahrten zum Büro an der X.-Strasse oder zu Kunden tätigte die Klägerin unbestrittenermassen mit dem Firmenauto von zuhause aus. Home-Base bzw. zentraler Dreh- und Angelpunkt der Arbeitstätigkeit der Klägerin war damit klar ihr Zuhause. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, welche Arbeiten die Klägerin zuhause verrichtet hat und ob dafür ein Zugriff auf den Server erforderlich war. Entscheidend ist einzig und allein, dass sie massgebend von zuhause aus gearbeitet hat (vgl. auch Urteil des Obergerichts vom 20. November 2013, LA130023 E. D. 5).

Hinzu kommt, dass sich viele der von der Klägerin betreuten Objekte in Zürich befanden. Gemäss der von der Klägerin eingereichten Objektliste, hatte sie von insgesamt 61 Objekten vier Objekte der Kategorie A (wöchentliche Qualitätskontrolle) zu betreuen, wovon drei im Bezirk Zürich lagen. Der Klägerin unterstanden in der Kategorie B (monatliche Qualitätskontrolle) 25 und in der Kategorie C (eine Qualitätskontrolle pro Quartal) 32 weitere Objekte. Davon lagen 24 im Bezirk Zürich. Die übrigen Objekte sind über die Bezirke Bülach, Uster, Winterthur, Pfäffikon verteilt und 11 lagen ausserhalb des Kantons Zürich. Die reine Anzahl Objekte im Bezirk Zürich ist dabei jedoch nicht allein entscheidend, sondern die Zeit, welche die Klägerin dort verbracht hat. Massgebend ist, dass die aufwendigen und zeitintensiven Objekte im Bezirk Zürich lagen. Die aufwendigsten Objekte waren gemäss den nachvollziehbaren Aussagen des Zeugen C. Restaurants. Namentlich gehörten zu den aufwendigen und zeitintensiven Objekte solche, die sich alle in der Stadt Zürich befinden.

Wie die Klägerin in ihrem Schlussvortrag vorbrachte – und das ergibt sich auch aus den Aussagen des Zeugen C. – war sie sehr selbständig tätig. Es ist deshalb insgesamt durchaus von einer Art – wie die Klägerin es nannte – Unternehmen im Unter-

nehmen auszugehen. Zentrale dieses Unternehmens war der Wohnort der Klägerin, wo sie rund um die Uhr, sieben Tage die Woche erreichbar war und sein musste. Damit ist der Wohnort der Klägerin als ihr Haupt- sowie gewöhnlicher Arbeitsort zu qualifizieren. Das Arbeitsgericht Zürich ist somit für die vorliegende Klage örtlich zuständig.»

Das Obergericht hielt zu dieser Frage unter anderem fest:

«In Zürich lag neben einem namhaften Teil der betreuten Objekte gleichsam eine operative Einsatzbasis (Schaltzentrale), an der die Fäden der arbeitsvertraglichen Tätigkeit der Klägerin schwerpunktmässig zusammenliefen. Dieser Schwerpunkt bestand ungeachtet dessen, dass die Tätigkeit einer Qualitätskontrolleurin viele Arbeiten umfasst, die bei den zugewiesenen Objekten selbst ausgeführt werden müssen, und somit ein beträchtlicher Teil der Arbeit nicht am Wohnort geleistet wurde; die in der Berufung als unzutreffend gerügte tatsächliche Feststellung, die Klägerin habe immer in Zürich gearbeitet, wurde im angefochtenen Entscheid ohnehin nicht getroffen. Weitgehend belanglos ist ferner, ob es dem Parteiwillen entsprochen bzw. die Idee gewesen sei, dass die Klägerin von zuhause aus Arbeit leiste. Für die Begründung des alternativen Gerichtsstands ist vielmehr massgebend, dass sie es im erstellten Umfang effektiv tat, die Beklagte davon wusste und dies zumindest konkludent billigte (vgl. ZK ZPO-Feller/Bloch, Art. 34 N 28; Senti/Wagner, DIKE-Komm-ZPO, Art. 34 N 33).

Damit ist der Beweis erbracht, dass der (oder zumindest ein) Hauptarbeitsort der Klägerin in Zürich lag. Die Vorinstanz hat ihre örtliche Zuständigkeit somit zu Recht bejaht.»

(AGer ZH AH150142 vom 19. Dezember 2016 und OGer ZH LA170005 vom 3. Mai 2017)

22. ZPO 35; Zulässige Vereinbarung eines Schiedsgerichts?

Die Beklagte machte im Verfahren geltend, einerseits liege ein Auftrags- und nicht ein Arbeitsverhältnis vor, andererseits sei gültig die ausschliessliche Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart worden.

Aus dem Entscheid:

«Die Beklagte macht geltend, dass unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses im Reglement eine korrekte und gültig abgeschlossene Schiedsvereinbarung vorliege, woraus der klare Wille hervorgehe, dass ausschliesslich das Schiedsgericht zuständig sein soll. Das Schiedsgericht sei ohne Weiteres bestimmbar und es lägen Ansprüche vor, über welche die Parteien frei verfügen können.

Demgegenüber bestreitet die Klägerin die Zulässigkeit einer Schiedsklausel bei Vorliegen eines arbeitsvertraglichen Verhältnisses.

Haben die Parteien über eine schiedsfähige Sache eine gültige Schiedsklausel abgeschlossen, so hat das staatliche Gericht seine Zuständigkeit abzulehnen (Müller-Chen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Basel 2010, N 9 zu Art. 61). Somit ist im Nachfolgenden zu prüfen, ob schiedsfähige Ansprüche vorliegen und ob eine gültige Schiedsvereinbarung abgeschlossen wurde.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob ein Schiedsgericht zur Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Einzelarbeitsverhältnis eingesetzt werden kann. Da in der Schweizerischen Zivilprozessordnung eine einschlägige Bestimmung fehlt, ist auch für diese Streitigkeiten die allgemeine Norm von Art. 354 ZPO betreffend die Schiedsfähigkeit massgebend. Die bisherige kantonale Kompetenz fällt damit dahin, arbeitsrechtliche Ansprüche der Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen (BSK ZPO-Weber-Stecher, N 24 zu Art. 354). Nach Art. 354 ZPO kann jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, über den die Parteien frei verfügen können (BSK OR I-Portmann, Vor Art. 319 ff. N 95).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind nur solche arbeitsrechtlichen Forderungen schiedsfähig, auf die die Arbeitnehmerin im Rahmen von Art. 341 Abs. 1 OR verzichten kann (BGE 136 III 467, 471 ff.; trotz Kritik in der Lehre bestätigt in BGer 4 A_515/2012, E.4.2). Dies bedeutet, dass die Ansprüche einer Arbeitnehmerin, die gemäss Art. 361 und 362 OR zwingend oder teilzwingend und nicht in der freien Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin stehen, nach dem Kriterium von Art. 354 ZPO auch nicht schiedsfähig sind.”

Das Arbeitsgericht trat in der Folge mangels sachlicher Zuständigkeit (kein Arbeitsverhältnis) auf die Klage nicht ein.

Das Obergericht Zürich hielt bezüglich der formgültig vereinbarten Schiedsabrede u.a. fest:

“Die Beklagte hält das von der Klägerin angerufene staatliche Gericht schon wegen dieser Schiedsklausel für unzuständig. Das sieht die Vorinstanz allerdings nicht so. In diesem Zusammenhang wies sie auf BGE 136 III 467 und BGer 4A_515/2012 hin. Gemäss dieser Rechtsprechung können gemäss Art. 341 Abs. 1 OR zwingende Ansprüche des Arbeitnehmers nicht durch eine Schiedsvereinbarung im Arbeitsvertrag der Beurteilung eines Schiedsgerichts unterstellt werden. Die Beklagte hält die Schiedsvereinbarung demgegenüber selbst dann für verbindlich, wenn das Vertragsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag qualifiziert werden sollte. Dem ist nicht zu folgen. Die Vorinstanz hat die Rechtslage richtig dargestellt: Sollte ein Arbeitsvertrag vorliegen, dann wäre die Schiedsabrede nicht verbindlich. Die von der Vorinstanz erwähnte Rechtsprechung liegt im Übrigen auch auf der Linie von Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO, nach welcher Bestimmung ein Arbeitnehmer weder zum Voraus noch durch Einlassung auf das vom Gesetz für arbeitsrechtliche Streitigkeiten örtlich als zuständige Gericht verzichten kann.

Liegt kein Arbeitsvertrag vor, dann ist die Schiedsvereinbarung gemäss Vertrag für die Parteien allerdings verbindlich. [...]»

Im Übrigen bestätigte es den Entscheid des Arbeitsgerichtes vollumfänglich.

(AGer AN150114 vom 10. Mai 2016 und OGer ZH LA160017 vom 5. Juli 2016)

23. ZPO 55; Substantiierung des Quantitativen im vereinfachten Verfahren

Die Klägerin stellte eine Lohnforderung für ihre Tätigkeit für die Personalkommission, ohne diese aber ausreichend zu substantiieren (siehe auch Entscheid Nr. 20).

Aus dem Entscheid:

«Zur Substantiierung von Behauptungen in einem Prozess gehört, dass eine Partei die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Es obliegt einer Partei, die Tatsachen darzulegen und die Beweismittel anzugeben, auf die sie ihre Behauptungen stützt. Eine Partei darf sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Das Beweisverfahren soll nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen (Art. 55 Abs. 1 ZPO: sog. Verhandlungsgrundsatz; BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 4; BSK ZPO-Hafner, Art. 168 N 15). Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist.

Im vereinfachten Verfahren trägt das Gericht bei der Beschaffung des Prozessstoffes zwar eine Mitverantwortung. Es nimmt diese Aufgabe primär durch die Ausübung der Fragepflicht wahr nach Art. 56 ZPO und kann die erforderlichen Beweise von Amtes wegen erheben (Dike-Komm-ZPO, Art. 55 N 33 ff.). Dies gilt jedoch nur in ungeordnetem Masse bei einer anwaltlich vertretenen Partei. Die Fragepflicht entfällt zudem, wenn schon die Gegenpartei auf die Mängel hingewiesen hat und die betroffene Partei davon ausgehen muss, dass das Gericht die gleiche Auffassung vertritt (Sutter-Somm/Grieder, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Aufl., Art. 56 N 30 und N 31).

Bereits der vorprozessualen Korrespondenz zwischen den Parteien kann entnommen werden, dass die Klägerin von der Beklagten mehrfach aufgefordert worden war, ihr eine Auflistung zukommen zu lassen, welche die für die Peko (Personalkommission) ausserhalb der Arbeitszeit aufgewendeten Stunden ausweist, welche nicht durch Freizeit kompensiert werden konnten. Sodann führte die Beklagte sowohl in der Stellungnahme zur Klage als auch in der Duplik aus, die Forderung der Klägerin sei mangels Substantiierung im Quantitativen (als im Qualitativen) abzuweisen.

Die anwaltlich vertretene Klägerin unterliess es sowohl in der Klagebegründung und – trotz des Hinweises auf die mangelnde Substantiierung im Quantitativen durch

die Beklagte in der Stellungnahme zur Klage und in der Duplik – auch in der Replik, in der Stellungnahme zu den Noven in der Duplik als auch in ihrer Eingabe vom 25. Februar 2016, die von ihr ausserhalb der Arbeitszeit geleisteten und nicht kompensierten Stunden zu quantifizieren. Stattdessen berief sie stets auf die Verschwiegenheitspflicht gem. Art. 14 Abs. 2 lit. b MitwG und wies darauf hin, die Beklagte habe in früheren Jahren eine summarische Auflistung des Aufwandes auch akzeptiert, weshalb es nicht anginge, im Nachhinein eine höhere Detaillierung zu fordern. Auch machte die Klägerin – wie bereits erwähnt – nicht geltend, sämtliche der von ihr aufgelisteten Stunden hätten ausserhalb der regulären Arbeitszeit stattgefunden.

Auch aufgrund der von der Klägerin eingereichten Aufstellungen lässt sich die notwendige Ausscheidung der Stunden nicht vornehmen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beklagte zu Recht bereits vorprozessual, in der Stellungnahme zur Klage und in der Duplik, darauf hingewiesen hat, die Forderung der Klägerin sei u.a. quantitativ unsubstantiiert. Dennoch versuchte die anwaltlich vertretene Klägerin den Mangel in keiner Weise zu beheben. Wie bereits erwähnt konnte aufgrund des mehrfachen rechtzeitigen Hinweises durch die Gegenpartei sowie des Umstandes, dass die Klägerin anwaltlich vertreten ist, auf die Ausübung der richterlichen Fragepflicht bzw. einen Substantiierungshinweis durch das Gericht verzichtet werden. Die Klage ist daher als unsubstantiiert geblieben abzuweisen.

Nachdem von der Klägerin substantiierte Behauptungen zu den ausserhalb der Arbeitszeit geleisteten “Zusatzstunden” möglich und zumutbar gewesen wären, kommt auch eine Schätzung dieser “Zusatzstunden” (Art. 42 Abs. 2 OR analog) nicht zur Anwendung.»

Damit wurde die Forderungsklage abgewiesen.

(AH150163 vom 26. Juli 2016).

24. ZPO 59; Sind Brutto- oder Nettobeträge einzuklagen? Auswirkungen auf die sachliche Zuständigkeit

Nachdem die Arbeitslosenkasse gestützt auf Art. 29 Abs. 2 AVIG in die Forderung eines Arbeitnehmers eingetreten war und selbständig Klage erhoben hatte, stellte sich die Frage, ob der Brutto- oder Nettobetrag massgebend ist. Je nachdem kommt das vereinfachte oder aber das ordentliche Verfahren zur Anwendung, was auch dafür massgebend ist, ob das Einzel- oder das Kollegialgericht sachlich zuständig ist.

Aus dem Entscheid:

«Die Beklagte bringt vor, dass sich der Streitwert im Arbeitsprozess gemäss Obergericht Zürich nach dem Bruttolohn bemesse. Die Klägerin fordere von der Beklagten die

Erstattung von erbrachter Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 29'262.25. Gemäss den Abrechnungen der Klägerin vom Februar 2016 bis Juli 2016 betrage der Bruttolohn, für welchen die Klägerin die Taggeldleistungen erbracht habe, insgesamt Fr. 31'872.–. Dieser Betrag liege somit über Fr. 30'000.–, weshalb nicht mehr das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, sondern das Kollegialgericht zuständig sei. Entsprechend sei auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. b ZPO nicht einzutreten.

Die Klägerin hält dem entgegen, dass sich der Streitwert gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimme. Werde die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme begehrt, entspreche der Streitwert diesem Betrag.

Wie die Beklagte zutreffend vorbringt, ist bei Lohnklagen zur Bemessung des Streitwerts auf den Bruttolohn abzustellen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., S. 40 f.). Dieser Auffassung ist insbesondere für den Fall, dass der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber vorgeht, zuzustimmen, weil der Arbeitgeber im Fall seines Unterliegens auch die Arbeitnehmerbeiträge an die Ausgleichskasse bzw. an die Vorsorgeeinrichtung zu bezahlen hat.

Im vorliegenden Fall trat die Klägerin aufgrund der Legalzession (Art. 29 Abs. 2 AVIG) an die Stelle des Arbeitnehmers. Die Klägerin musste – wie aus den Taggeldabrechnungen ersichtlich ist – auch die Beiträge an die Sozialversicherungen tragen. Insoweit besteht kein Anlass, von der obengenannten Praxis betreffend Streitwertberechnung abzuweichen. Mithin ist vom Brutto-Entschädigungsanspruch auszugehen. Somit beträgt der Streitwert Fr. 31'872.–.

Die Klägerin macht im vorliegenden Prozess nicht geltend, dass sie lediglich eine Teilklage habe erheben wollen. Eine solche liegt denn auch nach Treu und Glauben nicht vor. Der von der Klägerin genannte Betrag von Fr. 29'262.25 entspricht nämlich genau der dem Arbeitnehmer ausbezahlten Netto-Entschädigung. Würde diese als Teilklage zugelassen bzw. interpretiert, hätte dies zur Folge, dass auch ein Arbeitnehmer lediglich seinen Netto-Lohn einklagen könnte, was die oben genannte Praxis betreffend Streitwert (Bruttolohn) aushebeln würde.

Für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Klage mit einem Streitwert von Fr. 31'872.– ist im ordentlichen Verfahren zu behandeln (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario).

Auf die vorliegende Klage ist daher mangels richtiger Verfahrensart nicht einzutreten. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO). Die unterliegende Partei hat der obsiegenden Beklagten für die Stellungnahme betreffend Streitwert eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mehrwertsteuer wurde nicht geltend gemacht.”

Die Klägerin war mit diesem Entscheid nicht einverstanden und gelangte mit einer Berufung an das Obergericht Zürich.

Aus dem Entscheid des Obergerichtes:

«In casu gibt es keinen Grund von der vorerwähnten Methode zur Streitwertberechnung abzuweichen und es rechtfertigt sich auch vorliegend, von den Bruttobeträgen auszugehen. Aus den aktenkundigen Taggeldabrechnungen geht hervor, dass die Klägerin jeweils von der Brutto-Entschädigung die Sozialversicherungsbeiträge abgezogen und entsprechend nur die Nettobeträge an den Versicherten ausbezahlt hat. Insgesamt betragen die kumulierten Abzüge für die Monate Februar 2016 bis Juli 2016 Fr. 2'609.75. Gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG gehen alle Ansprüche des Versicherten im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigungen auf die Arbeitslosenkasse über. Die Arbeitslosenkasse subrogiert insoweit von Gesetzes wegen in die Ersatzforderung des Arbeitnehmers, als sie tatsächlich Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet hat, während ein allfälliger Restanspruch beim Versicherten verbleibt (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, 1987, Art. 29 N 17). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden von der Legalzession nicht nur die Netto-Auszahlungen erfasst. Soweit auf der Arbeitslosenentschädigung Sozialabgaben vom Versicherten zu tragen sind und die Arbeitslosenkasse diese direkt an die Sozialversicherungsträger bezahlt, subrogiert sie auch in die entsprechenden Brutto-Lohnansprüche der versicherten Person. Denn es könne, gemäss Bundesgericht, nicht darauf ankommen, wer formell zur Abrechnung verpflichtet sei. Massgebend sei allein die materielle Abgabepflicht. Soweit diese den arbeitslosen Arbeitnehmer belaste, erfolge die Zahlung der Arbeitslosenentschädigung auch insoweit für ihn, als zu seinen Gunsten – sei es direkt an die entsprechenden Sozialversicherungsträger – Sozialabgaben ausgerichtet würden. Die versicherte Person ist an den Sozialversicherungsabgaben, die für sie von der Arbeitslosenkasse abgerechnet wurden, nicht mehr aktivlegitimiert (BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002, E. 3.1). Die Legalzession im Sinne von Art. 29 Abs. 2 AVIG umfasst nach dem Gesagten somit die gesamte Brutto-Entschädigung und nicht nur die an den Versicherten ausbezahlten Nettobeträge.

Die Klägerin bringt nun erstmals im Berufungsverfahren vor, die von ihr geleisteten Sozialversicherungsbeiträge würden im Falle ihres Obsiegens von der ZAS storniert bzw. zurückgebucht. In diesem Fall wäre die Beklagte als ehemalige Arbeitgeberin verpflichtet, die Beiträge zu Gunsten des Arbeitnehmers an die entsprechenden Sozialversicherungsträger zu bezahlen. Auf diesen Umstand wurde die Beklagte in diversen Subrogationsanzeigen der Klägerin auch mehrmals hingewiesen: «Selbstverständlich steht es Ihnen [der Beklagten] frei, uns den genannten Betrag, für welchen Sie die Sozialversicherungsbeiträge abrechnen müssen, umgehend zu überweisen oder schriftlich anzuerkennen.» Somit geht die Klägerin selbst explizit davon aus, dass die Beklagte nicht nur die Netto-Arbeitslosenentschädigung zu ersetzen hat, sondern eben zusätzlich auch die Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hat. Im Falle ihres

Unterliegens hat die Beklagte demnach neben der durch die Klägerin bereits ausbezahlten Netto-Entschädigung auch noch die Arbeitnehmerbeiträge zu leisten, weshalb sich das wirtschaftliche "Streitinteresse" der Beklagten um diesen Betrag erhöht. Neben der eingeklagten Summe von Fr. 29'262.25 müsste die Beklagte diesfalls zumindest auch noch die Arbeitnehmerbeiträge von insgesamt Fr. 2'609.75 bezahlen. Für die Beklagte stehen im vorliegenden Prozess zusammenfassend eben nicht nur Fr. 29'262.25, sondern Fr. 31'872.– auf dem Spiel.

Nach dem Gesagten wäre die Streitwertberechnung der Vorinstanz auch dann nicht zu beanstanden, wenn die von der Klägerin erstmals vor Obergericht vorgebrachten Noven noch berücksichtigt werden könnten. Da der Streitwert der vorliegenden Klage somit Fr. 30'000.– übersteigt, ist in Anwendung von § 25 GOG e contrario nicht das Einzelgericht sondern das Kollegialgericht im ordentlichen Verfahren zuständig (Art. 243 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO).»

Abschliessend prüfte das Obergericht Zürich noch die Frage, ob die Vorinstanz – anstatt auf die Klage nicht einzutreten – das Verfahren intern hätte an das zuständige Kollegialgericht überweisen müssen. Es kam zum Ergebnis, dass eine Überweisung nach der (neuen) ZPO nicht (mehr) in Frage komme.

(AGer AH160121 vom 21. September 2016 und Obergericht Zürich LA160030 vom 8. Dezember 2016)

25. ZPO 177, 178; Echtheit von Urkunden; Anforderung an deren Bestreitung

Der fristlos entlassene Arbeitnehmer bestritt im Verfahren u.a. die Echtheit der von der Beklagten eingereichten E-Mails.

Aus den Erwägungen:

Rechtliches

«Als Urkunden gelten Dokumente, wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Daten und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 177 ZPO). Es handelt sich jedoch um eine exemplarische Aufzählung von Dokumenten mit Urkundenqualität. Dabei werden die elektronischen Datenträger ausdrücklich genannt. Digitalisierte Dokumente (wie z.B. E-Mails oder eingescannte Papierdokumente) sind daher gleichermassen zum Beweis zugelassen, wie herkömmliche Datenträger (Schönemann, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, N 3 zu Art. 177 ZPO).

Die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, hat deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der anderen Partei bestritten wird; die Bestreitung muss ausreichend begründet werden (Art. 178 ZPO). Die Substantiierungslast geht dabei wei-

ter als gewöhnlich; eine detaillierte Bestreitung (z.B. die Behauptung, die Unterschrift, das Datum oder der Forderungsbetrag sei gefälscht) ist noch nicht als "ausreichend begründet" im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren. Die Gegenpartei muss vielmehr konkrete Umstände dardun bzw. glaubhaft machen, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokuments wecken. Mit dieser Beweislast erleichterung für die beweisbelastete Partei sollen rein vorsorgliche, pauschale oder gar schikanöse Echtheitsbestreitungen verunmöglicht werden. Die Bedenken gegen die Urkunde können sich aus dieser selbst ergeben (Inhalt oder Unterschrift). Sie können aber auch in der Person ihres Autors bzw. dessen Umfeld begründet werden.

Wird die Echtheit der Urkunde von der Gegenpartei nicht bestritten, ist das Dokument grundsätzlich als echt hinzunehmen. Dies ist eine Folge des Dispositionsrechts der Parteien. Anders verhält es sich nur, wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes festzustellen hat oder wenn an der Echtheit der Urkunde erhebliche Zweifel bestehen (Schönemann, a. a. O., N 1 f. zu Art. 178 ZPO).

Bestreitungen des Klägers

Der Kläger bestritt im Rahmen der Hauptverhandlung die Echtheit der von der Beklagten eingereichten E-Mails. Er führte diesbezüglich aus, die E-Mails seien voller Widersprüche. Einmal sei die Adresse abgedruckt, dann wieder nicht. Dies könne einfach nicht sein. Wenn die E-Mails Beweismittel sein sollten, dann müsse man sehen, wohin und von wem diese geschickt worden seien. Es komme hinzu, dass einzelne E-Mail-Adressen des Klägers nicht stimmen würden. Es sei zudem auch möglich, dass die E-Mails in der Reihenfolge zusammengestellt oder einzelne Passagen ausgelassen worden seien. Zu den in elektronischer Form eingereichten E-Mails erklärte der Kläger sodann, dass diese teilweise nicht mit den mit der Klageantwort eingereichten, ausgedruckten E-Mails übereinstimmen würden. Im Weiteren seien die E-Mails in elektronischer Form in sich inkonsistent und nicht nachvollziehbar, weder hinsichtlich Zeit, Adressen noch Inhalt. Sollte überhaupt in Erwägung gezogen werden, die E-Mails der Beklagten zu verwenden, wäre eine fachtechnische Expertise der Echtheit und Originalität dieser E-Mails hinsichtlich Versand, Empfang und Inhalt in Auftrag zu geben.

Würdigung

In Bezug auf die unterschiedlichen E-Mail-Adressen legte die Beklagte bereits in der Hauptverhandlung schlüssig dar, weshalb sich unterschiedliche E-Mail-Adressen bzw. Anzeigeformen ausmachen lassen. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 28. April 2016 erläuterte die Beklagte erneut und detailliert, wodurch sich die verschiedenen E-Mail-Adressen bzw. die differierenden Empfänger/Sendernamen ergeben. Die Darlegung der Beklagten wurden von der Gegenseite weder anlässlich der Hauptverhandlung noch im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den in elektronischer Form eingereichten E-Mails substantiiert bestritten. Die Beklagte legte auch ausführlich und für einen durchschnittlichen Computernutzer mittleren Alters nachvollziehbar dar, wie es zu

den vom Kläger geltend gemachten Unterschieden betreffend E-Mail-Adressen, Zeitstempel und Headerinformationen kommen kann. Ohnehin notorisch sind diese Informationen für Computernutzer, die mit digitalen Technologien aufgewachsen und darin geübt sind (sog. Digital Natives). Dem Kläger gelingt es demgegenüber nicht, konkrete Umstände darzulegen, die das Gericht ernsthaft an der Echtheit der eingereichten E-Mails zweifeln lässt.»

(AH150165 vom 20. Mai 2016; siehe auch Entscheid Nr. 17)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2013

Zu Nr. 1.:

Dieser Prozess ist immer noch am Obergericht hängig.

In der Publikation 2015

Zu Nr. 10.:

Der Zeugnisanspruch wurde vor Obergericht nicht angefochten und damit rechtskräftig; OGer LA160004 vom 17. August 2016.

III. STATISTISCHER ÜBERBLICK

Seit dem 1. Januar 2011 sind auch arbeitsrechtliche Verfahren zuerst mit einem Schlichtungsgesuch von den Friedensrichterämtern (im Bezirk bzw. der Stadt Zürich deren sechs) zu behandeln. Gemäss deren Jahresbericht 2016 ist für arbeitsrechtliche Verfahren von folgenden Zahlen auszugehen:

Schlichtungsverfahren:

	2015	2016
Anzahl Schlichtungsgesuche	1027	952
Erledigung durch Verfügung	578	519
Erledigung durch Urteil	3	4
Akzeptierte Urteilsvorschläge	32	17
Abgelehnte Urteilsvorschläge	10	8
Klagebewilligungen	404	404

Verfahren vor Arbeitsgericht:

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2015	2016
Übertrag Vorjahr	177	240
Klageeingänge von Arbeitnehmern	332	271
Klageeingänge von Arbeitgebern	14	9
Total hängige Verfahren	523	520
Erledigungen im laufenden Jahr	283	314
Pendenzen Ende Jahr	240	206

Erledigungsarten

	2015	2016
durch Urteil	85	109
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	156	177
anderweitig	42	28

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2015	2016
Verhandlungen	235	267
Beweisverfahren	21	12
Entscheidbegründung	88	88

Streitwerthöhe

	2015	2016
bis Fr. 8000.–	36	53
bis Fr. 8000.– bis 12000.–	35	23
bis Fr. 12000.– bis 30000.–	128	143
bis Fr. 30000.– bis 100000.–	41	31
bis Fr. 100000.– bis 500000.–	19	22
über Fr. 500000.–	8	5

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2015	2016
bis 1 Monat	22	11
1 bis 2 Monat	48	38
2 bis 3 Monat	55	51
3 bis 6 Monat	62	81
6 bis 12 Monat	56	61
1 bis 2 Jahre	24	49
über 2 Jahre	16	23