

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2011



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2011

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Das Arbeitsgericht und die neue ZPO	5
II.	Aus den Entscheiden	7
1.	OR 319; Anscheinsvollmacht – wer ist Arbeitgeber?	7
2.	OR 320; Arbeitsleistung mit oder ohne Lohn?	8
3.	OR 322; Graphologisches Gutachten über einen Zahlungsbeleg	10
4.	OR 322; Stillschweigend akzeptierte Lohnkürzung?	11
5.	OR 322b; «akonto Provision»	13
6.	OR 322d; Bonus: Gratifikation oder Lohnbestandteil?	15
7.	OR 324 OR; Beweisprobleme mit Arbeitsangebot nach Arbeitsverhinderung	17
8.	OR 324a; Unglaubliche ärztliche Angaben	19
9.	OR 329d; Ferienbezug während der Kündigungsfrist	21
10.	OR 330a; Austrittsgrund im Arbeitszeugnis?	24
11.	OR 335; Kündigung und Freistellung	25
12.	OR 336; Missbräuchliche Kündigung nach Bezug der Gewerkschaft	26
13.	OR 336; Missbräuchliche Änderungskündigung?	28
14.	OR 336; Verhalten des Arbeitgebers vor einer Kündigung	30
15.	OR 336; Fehlende Teamfähigkeit als Kündigungsgrund?	33
16.	OR 337; Tätlichkeiten am Arbeitsplatz	35
17.	OR 337; Beschimpfungen am Arbeitsplatz	36
18.	OR 337; Diebstahlsverdacht; Verspätete Reaktion	38
19.	OR 340; Beschränkung des Konkurrenzverbots	39
20.	OR 340c; Begründeter Anlass für Wegfall des Konkurrenzverbots?	40
21.	OR 349a; Mindestlohn beim Handelsreisenden	42
22.	ArG 20a; Bezahlte Feiertage beim Stundenlohn?	43
23.	L-GAV 10 und 29; Lohneinstufung gemäss L-GAV; Getränkepauschale	45
24.	L-GAV 15; Vom Arbeitnehmer gewollte Mehrarbeit	47
III.	Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	50
IV.	Datenschutz am Arbeitsplatz	51
V.	Statistischer Überblick	71

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

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

Wie wir bereits in den Ausgaben 2009 und 2010 erwähnt haben, trat am 1. Januar 2011 die eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft, die verschiedene Änderungen und Neuerungen mit sich brachte. Wir informieren Sie nachstehend über die Umgestaltungen am Arbeitsgericht und unsere ersten Erfahrungen.

Ende 2010 beschloss das Obergericht kurzfristig die Einführung einer komplett neuen Geschäftsverwaltung und diese ebenfalls auf den 1. Januar 2011 aufzuschalten. Wie auch der Presse zu entnehmen war, führte das zu einem länger dauernden grösseren Chaos an den Gerichten und damit verbunden zu erheblicher Mehrarbeit. Dieses legte sich langsam gegen Mitte des Jahres. Dass ab 2011 alte Fälle nach altem Recht und neue Prozesse nach der ZPO zu behandeln waren und sind, vereinfachte die Handhabung auch nicht.

Seit Mitte 2011 bildet das Team des Arbeitsgerichts (selbstverständlich ohne die Arbeitsrichterinnen und -richter) zusätzlich die 6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich. In dieser Funktion werden uns zusätzlich nicht arbeitsrechtliche Zivilprozesse zugeteilt, die wir als Einzelgericht oder als Kollegialgericht, bestehend aus drei Vorsitzenden des Arbeitsgerichts behandeln und erledigen.

Zudem sind wir ab 1. Januar 2012 auch personell verkleinert, weil nur noch dreieinhalb Abteilungen bestehen. Einer der Vorsitzenden erklärte auf dieses Datum hin einen 50 %-Teiltrücktritt.

Gerne weisen wir Sie auf den Aufsatz «Datenschutz im Arbeitsrecht» hin, ein Thema, das immer wieder zu Diskussionen Anlass gibt und wegen der zunehmenden Datenflut auch an Aktualität zunimmt.

Im Anhang findet sich schliesslich wie üblich ein statistischer Überblick. Wir weisen Sie im Übrigen auf unsere Internetseite www.bezirksgericht-zh.ch Thema Recht/Arbeit hin, wo Sie einen Überblick zu verschiedenen Fragen, die sich im Arbeitsverhältnis 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 Rechtsauskunftstelle bei den neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im Mai 2012

**Dr. Hans-Peter Egli, Präsident der 2. Abteilung/Bereichsvertreter
Dr. Gerhard Koller, Leitender Gerichtsschreiber Arbeitsgericht**

I. DAS ARBEITSGERICHT UND DIE NEUE ZIVILPROZESS- ORDNUNG

von Dr. Hans-Peter Egli, Präsident der 2. Abteilung/Bereichsvertreter, und
Dr. Gerhard L. Koller, Ersatzrichter/Leitender Gerichtsschreiber Arbeitsgericht

1. Gesetzliche Änderungen

Die wesentlichste Änderung, welche die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung für das Arbeitsgericht Zürich mit sich brachte, ist, dass der Prozess nicht mehr beim Arbeitsgericht eingeleitet wird, sondern beim Friedensrichteramt. Die Friedensrichter/innen sind in der Stadt Zürich (= Bezirk Zürich) vollzeitlich arbeitende städtische Beamte und zwar – bis auf eine Ausnahme – Nichtjuristen. Auf dem Land sind es Nebenämter. Das hat der Kantonsrat so bestimmt, denn die eidgenössische ZPO schreibt bloss vor, dass jedem Prozess ein Schlichtungsverfahren voranzugehen hat, nicht aber wie diese Behörde zusammengesetzt ist. Im Kanton Bern beispielsweise sind es selbständige, mit Juristen/innen besetzte Behörden. Das Arbeitsgericht Zürich vertrat im Gesetzgebungsverfahren die dezidierte Meinung, diese Schlichtungsbehörde selbst organisieren zu wollen und der Regierungsrat stimmte dem auch zu. Gleichwohl teilte der Kantonsrat diese Aufgabe für den ganzen Kanton den Friedensrichterämtern zu.

Als zweitwichtigste Neuerung wird das paritätisch besetzte Arbeitsgericht erst ab einem Streitwert von Fr. 30'000.– tätig. Bei tieferen Streitwerten handelt der Präsident des Arbeitsgericht als Einzelrichter, d. h. bei uns eine/r der vier Vorsitzenden.

Ferner ist zu betonen, dass die Schriftlichkeit gegenüber dem mündlichen Verfahren mehr Platz erhalten hat. Wenn ein Kläger, z. B. durch einen Anwalt vertreten, eine Klage begründet einreicht, müssen wir der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme ansetzen, selbst bei ganz geringen Streitwerten und unbesehen davon, ob diese sich von einem Anwalt vertreten lässt oder nicht, und ob sie der deutschen Sprache mächtig ist (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Bei einem Streitwert über Fr. 30'000.– ist das Verfahren ohnehin vorerst schriftlich (Art. 221 Abs. 1 und Art. 222 Abs. 1, allenfalls Art. 225 ZPO). Das alles führt zu einer erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer.

2. Auswirkungen im Jahr 2011

Das markanteste ist der eigentliche Zusammenbruch der Zahl arbeitsrechtlicher Prozesse. Am Arbeitsgericht gingen wir davon aus, die meisten Klagen würden das Schlichtungsverfahren (wie z. B. früher die Scheidungsverfahren) einfach durchlaufen und wieder bei uns landen. Doch weit gefehlt! Die Friedensrichterämter erledigten über 50 % aller Klagen, die 2011 bei ihnen eingingen. Das war nicht unbedingt zu erwarten, weil das Rechtsgebiet Arbeitsrecht für die Friedensrichter Neuland war.

Was ist der Grund? Zum einen arbeiten die Friedensrichter/innen seriös und zum andern gibt es viele Parteien, die sich von Anfang an keinen langwierigen Prozess wünschen, sondern einfach mal – und zwar nur einmal – vor Gericht gehen wollen, um eine Dritmeinung zu hören und darauf basierend dann einen Vergleich abzuschliessen. Da spielt es keine grosse Rolle, ob der Vergleichsvorschlag von einem Friedensrichter oder von einem Richter am Arbeitsgericht kommt. Solche Prozesse fehlen heute bei uns.

Somit stellen wir als erstes Fazit fest, dass uns die Friedensrichter die Hälfte aller Fälle weggenommen haben. Wohlgemerkt, dass ist die Hälfte an Zahl der Fälle, nicht aber die Hälfte an Arbeit. Denn die komplizierten, die sehr arbeitsaufwändigen und juristisch anspruchsvollen Prozesse landen zum grössten Teil nach wie vor am Arbeitsgericht.

Weit erstaunlicher ist, dass im vergangenen Jahr bereits bei den Friedensrichterämtern viel weniger arbeitsrechtliche Klagen eingingen. Im Vergleich zu den Vorjahren am Arbeitsgericht sind es 20 bis 30 Prozent weniger. Dieses Phänomen ist nun weit schwieriger zu erklären. Wieso gibt es unter der neuen ZPO grundsätzlich weniger Klagen? Sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer einfach braver und rücksichtsvoller geworden? Wohl kaum!

Der Umstand, dass ein Kläger nach der neuen ZPO beim Gericht einen Kostenvorschuss bezahlen muss, damit sein Begehren überhaupt erst an Hand genommen wird, könnte ihn vom Prozessieren abschrecken, wäre eine plausible Erklärung. Das kann allerdings nur den Rückgang der Klagen bei den andern Zivilprozessen erklären, weil dort immer Kosten erhoben werden. Bei uns sind indessen die Prozesse bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– nach wie vor kostenfrei, weshalb das Kostenargument für den grössten Teil arbeitsgerichtlicher Prozesse untauglich ist. Es kommt dazu, dass auch die Zahl der Verfahren mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.– genau gleich abgenommen hat.

Eine der Hauptauswirkungen dieser Resultate ist, dass die Arbeitsrichterinnen und -richter, die Beisitzer, viel weniger zum Einsatz kommen. Das ist eine eher ungünstige Entwicklung, denn nur mit regelmässigen Einsätzen kann man sich auch eine gewisse Praxis erwerben. Allenfalls wird sich der Gesetzgeber mit einer erneuten Reduktion der Zahl der Arbeitsrichterinnen und -richter befassen müssen, sollte dieser Trend anhalten oder sich noch verstärken.

II. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

1. **OR 319; Anscheinsvollmacht – wer ist Arbeitgeber?**

Der Kläger stützte sich für seine Forderungen auf einen Arbeitsvertrag. Auf die Arbeitsstelle sei er über sein regionales Arbeitsvermittlungszentrum gestossen. Die Arbeitsausschreibung sei über die Z. GmbH gelaufen, nicht über die Beklagte. Er habe sich schriftlich beworben. Von Herrn I. habe er dann einen Telefonanruf bekommen. Die Vertragsbedingungen seien mit den Herren I. und B. im Büro der Z. GmbH ausgehandelt worden. Der Vertrag sei ihm von B. übergeben worden. B. sei sozusagen der Vorarbeiter gewesen und habe ihm die Arbeit zugewiesen. Anfangs des folgenden Monats habe er, der Kläger, gekündigt, da er den Lohn nicht wie versprochen erhalten und ihm B. gesagt habe, er müsse nicht mehr kommen, da es keine Arbeit habe.

S. machte als Vertreter der Beklagten geltend, die Unterschrift auf dem Vertrag stamme nicht von ihm und I. bzw. B. seien nicht berechtigt gewesen, für ihn zu handeln.

Aus den Erwägungen:

«Der Kläger räumt ein, dass die Unterschrift auf dem Arbeitsvertrag allenfalls nicht von S. stammen könnte. Nicht einmal die Beklagte behauptet aber, der Kläger habe gewusst, dass jemand ohne Berechtigung den Arbeitsvertrag unterzeichnet hat. Die Beklagte bestreitet nicht, dass der Kläger mit den Herren I. und B. über die Vertragsbedingungen verhandelt hat. Die Beklagte stellt sich allerdings auf den Standpunkt, die beiden Herren seien nicht ermächtigt gewesen, für sie einen Vertrag auszuhandeln und abzuschliessen.

Offensichtlich sind die Herren I. und B. als Vertreter der Beklagten aufgetreten.

Gemäss Art. 32 Abs. 1 OR wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet, wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst. Ist die Ermächtigung durch Rechtsgeschäft eingeräumt, so beurteilt sich ihr Umfang nach dessen Inhalt (Art. 33 Abs. 2 OR). Eine Bevollmächtigung kann auch stillschweigend erfolgen, etwa dann, wenn der Vertretene vom Vertreterhandeln keine Kenntnis hat, es aber bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können, so dass der Vertreter dieses Verhalten als Bevollmächtigung verstehen darf (Anscheinsvollmacht). In diesem Fall ist denkbar, dass im Aussenverhältnis eine Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes entsteht (BSK-OR I, Watter/Schneller, 4. Aufl. 2007, N. 16 zu Art. 33 OR, mit weiteren Hinweisen).

Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt, so beurteilt sich ihr Umfang diesem gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung (Art. 33 Abs. 3 OR). Die Mitteilung der Vollmacht durch den Vertretenen kann auch stillschweigend erfolgen, sogar ohne Erklärungsbewusstsein. So kann auch die Ein-

räumung einer Stellung, mit der nach der Verkehrsübung eine Ermächtigung verbunden zu sein pflegt, als Vollmachtsgundgabe gelten (BSK-OR I, Watter/Schneller, N. 31 zu Art. 33 OR mit Hinweisen.)

Unbestritten ist, dass I. dem Vertreter der Beklagten, S., in der ebenfalls S. gehörenden und an der gleichen Adresse wie die Beklagte domizilierten Z. GmbH half. I. hatte auch einen Schlüssel zu den Büroräumlichkeiten und Zugang zum EDV-System der Beklagten und damit Zugriff zu den Logos und Briefköpfen der Beklagten. S. räumte anlässlich der Hauptverhandlung ein, wahrscheinlich habe sich B. schon wie der Chef der Beklagten verhalten. Unbestritten ist, dass B. und I. bei den Vertragsverhandlungen im Büro waren. B. sei schon früher gekommen, er, S., sei nicht die Polizei. B. sei schon früher mit ihm, S., im Büro, gewesen. Er habe kein Verbot gehabt, ins Büro zu kommen.

S., der allein Zeichnungsberechtigte der Beklagten, hat sich offenbar nicht darum gekümmert, was I. und B. im Büro der Beklagten tun. Er hat die beiden offensichtlich nach deren Belieben schalten und walten lassen. Die beiden hatten, wie der Arbeitsvertrag zeigt, Zugriff zum EDV-System. Der (angeblich ohne Wissen von S.) geschlossene Arbeitsvertrag fand Eingang ins Ablagesystem der Beklagten, wurde also dort versorgt, wo er hingehörte. Unter diesen Umständen durfte der Kläger ohne weiteres davon ausgehen, die beiden Herren I. und B. seien von der Beklagten ermächtigt, einen Arbeitsvertrag mit ihm auszuhandeln. Und diesen Eindruck, den der Kläger haben durfte, hat S. von der Beklagten dadurch zu vertreten, dass er I. und B. in seinem Büro schalten und walten liess, ihnen also eine Stellung einräumte, aufgrund der ein Dritter von einer Ermächtigung zu Vertragsverhandlungen und einem Vertragsabschluss ausgehen durfte.

Dass der Vertrag dann schliesslich die (vermeintliche) Unterschrift des allein zeichnungsberechtigten S. trug, musste den Kläger nicht misstrauisch machen. Und schon gar nicht musste der Kläger ahnen, dass die Unterschrift von S. nicht echt sein könnte. Der Kläger durfte davon ausgehen, der Vertrag sei gültig zustande gekommen. Ob der Vertrag also mit einer falschen oder richtigen Unterschrift versehen ist, spielt keine Rolle. Der Kläger ist in seinem guten Glauben zu schützen. Er kann sich deshalb der Beklagten gegenüber auf diesen Vertrag berufen.

Der Beklagten steht allenfalls ein Rückgriff auf die unberechtigterweise handelnden Herren I. und B. offen.»

(AGer., AN100844 vom 28. März 2011)

2. OR 320; Arbeitsleistung mit oder ohne Lohn?

Die Klägerin machte geltend, es sei ihr eine Stelle als Sekretärin bei einem Verein angeboten worden und es sei möglich, dass sie Deutschunterricht an Immigranten erteilen könne. Bezüglich der Entlohnung habe man ihr erklärt, dass zur Zeit noch keine finanziellen Mittel vorhanden seien, aber dass das Geld vom Sozialamt noch kommen werde. Es sei ihr erklärt worden, dass sie mit ca. Fr. 40.– pro Stunde rech-

nen könne und die Klägerin solle die Stunden aufschreiben. Demgegenüber liess der Beklagte bestreiten, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin bestanden habe. Es sei damals um den Projektaufbau gegangen und in dieser Zeit sei kein Geld für Angestellte vorhanden gewesen. Sie hätten jedoch gehofft, dass sie an finanzielle Mittel gelangen würden.

Das Gericht prüfte in der Folge, ob ein entgeltliches Arbeitsverhältnis vorgelegen habe und befragte diverse Zeugen. Es kam zu folgenden Schlüssen:

Aus dem Entscheid:

«Zwischenfazit:

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine ausdrückliche Vereinbarung der Unentgeltlichkeit vom Beklagten nicht bewiesen werden konnte.

Wenn die Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart wurde, so greift Art. 320 Abs. 2 OR, welcher besagt, dass der Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen gilt, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Ob eine Entgeltlichkeit aufgrund der Umstände vorliegt, wird nachfolgend geprüft.

Zwischenfazit:

Insgesamt lässt sich aus den Zeugenaussagen nicht rechtsgenügend schliessen, dass R. bei einem Vorstellungsgespräch der Klägerin erklärte, es gehe lediglich darum, dass sie B. beim Deutschunterricht unterstütze, weshalb der Beweis der Beklagten diesbezüglich gescheitert ist. Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Klägerin (auch) andere Aufgaben zu erledigen hatte.

Fazit:

Da der Beklagte von der Klägerin Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegengenommen hat, deren Leistung nur gegen Lohn zu erwarten ist und die Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, liegt ein Arbeitsverhältnis gemäss Art. 320 Abs. 2 OR vor.»

Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass die Klägerin Anspruch auf die Bezahlung der von ihr notierten Arbeitsstunden hat. Zur Höhe des Lohnes hielt es fest:

«Bezüglich der Höhe des Lohnes besteht keine Vereinbarung. Während die Klägerin von einem Stundenlohn von Fr. 40.– ausging, liess der Beklagte geltend machen, bei Annahme eines Arbeitsverhältnisses hätte man der Klägerin den ortsüblichen Lohn gewährt, welcher nach Qualifikation und Leistung der Arbeitnehmerin zu bemessen sei. Dabei wurde ein Lohn von Fr. 5'000.– bei einem Arbeitspensum von 100 Prozent von Herrn R. als zu hoch eingeschätzt.

Wenn die Parteien die Lohnhöhe nicht vereinbart haben, ist der übliche Lohn geschuldet (Art. 322 Abs. 1 OR). Gemäss Salärempfehlungen des Kaufmännischen Verbandes Schweiz ist eine Arbeitnehmerin im Alter von 52 – das Alter der Klägerin zum Zeitpunkt ihrer Tätigkeit beim Beklagten – für die unterste Funktionsstufe (Stufe B) mit einem Jahressalär (inkl. 13. Monatslohn) von mindestens Fr. 57'100.– brutto bzw. von

maximal Fr. 77'250.– brutto zu entlöhen (Kaufmännischer Verband Schweiz (Hrsg.), Salärempfehlungen 2010, Zürich 2010). Ausgehend von einer 40-Stunden-Woche ergibt dies einen Stundenlohn von mindestens Fr. 25.25 bzw. maximal Fr. 34.15. Ginge man von einer 42-Stunden-Woche aus, betrüge der Stundenlohn mindestens Fr. 24.15 bzw. maximal Fr. 32.65. Da keine Vereinbarung betreffend der wöchentlichen Arbeitszeit besteht, ist es angemessen, von einem Durchschnittslohn von Fr. 29.– brutto pro Stunde auszugehen.»

(AGer., AN100118 vom 31. März 2011; eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht Zürich am 1. September 2011 abgewiesen; RA110007)

3. OR 321; Graphologisches Gutachten über einen Zahlungsbeleg

Im Verfahren konnten sich die Parteien auf die dem Kläger zustehenden Ansprüche einigen. Der Kläger bestritt aber, den Betrag von Fr. 2'400.– bereits in bar erhalten zu haben. Er erläuterte, die Schrift auf dem Handzettel mit Angaben der Zahlungsbeiträge sei nicht seine eigene Handschrift. Demgegenüber machte der Beklagte geltend, er könne das zwar nicht mit Quittungen belegen. Auf diesem Handzettel (Empfangsbestätigung) sei aber in türkischer Sprache festgehalten, dass ein Betrag von Fr. 2'400.– (in den Summen von Fr. 200.–, Fr. 400.–, Fr. 200.–, Fr. 200.– und Fr. 1'400.–) an den Kläger ausbezahlt worden sei.

Aus dem Entscheid:

«Das hiesige Gericht erteilte dem Urkundenlabor der Kriminaltechnischen Abteilung der Kantonspolizei Zürich, Sicherheitsdirektion Kantonspolizei, einen Abklärungsauftrag, mittels welchem festgestellt werden sollte, ob es sich bei der Handschrift in der Urkunde um jene des Klägers handelt. Da die vorgenannte Urkunde hauptsächlich aus Datums- und Stundeneinträgen besteht, sprich keinen repräsentativen Überblick über die Schriftvariationsbreite des Urhebers verschafft, wurde der Kläger für eine Schriftprobenabnahme im Urkundenlabor auf den 14. April 2011 und 27. April 2011 vorgeladen. Der Kläger leistete diesen Aufforderungen keine Folge und liess sich lediglich durch seinen Bruder telefonisch entschuldigen; der Kläger sei zur Zeit der Vorladungen – aufgrund eines erlittenen Herzinfarktes – hospitalisiert gewesen. In der Folge wurde das fragliche Dokument gemäss dem Kurzbericht des Forensischen Institut Zürich mit zerstörungsfreien optischen Methoden (Stereomikroskope, Untersuchung im infraroten und ultravioletten Spektralbereich) sowie unter Anwendung des elektronischen Abbildungsverfahrens ESDA einer physikalisch-technischen Prüfung unterzogen. Dadurch sei überprüft worden, ob neben den mit blossen Auge erkennbaren Schriftspuren weitere Merkmale vorhanden seien, die Hinweise auf die Herstellungstechnik und gegebenenfalls erfolgte Manipulationen geben könnten. Aus dem Kurzbericht geht hervor, dass einige Zahlen mehrfach überschrieben worden seien, bei der ESDA keine sachrelevanten Spuren haben festgestellt werden können, sich beim internen Vergleich die

fraglichen Schreibleistungen untereinander nicht haben differenzieren lassen und somit vom selben Urheber stammen dürften. Ferner seien bei der Gegenüberstellung der fraglichen Schrift mit dem Material des Klägers in den beurteilbaren Schriftmerkmalen ausschliesslich Übereinstimmungen und keine klaren Abweichungen erkennbar. Die festgestellten Abweichungen seien ferner durch Variationsbreite erklärbar oder auf nicht optimales Vergleichsmaterial zurückzuführen, was somit nicht gegen die Urheberidentität sprechen würde. Infolgedessen würden sich Anhaltspunkte ergeben, dass die fraglichen Text- und Zahleneinträge vom Kläger stammen. [...]

Gestützt auf dem Vorgenannten im Allgemeinen und dem Kurzbericht des Forensischen Instituts Zürich im Besonderen ist zu vermuten, dass es sich bei der Schrift auf dem Beleg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit um die Handschrift des Klägers handelt. In dieser Schrift sind u.a. die oben genannten Summen aufgelistet, neben welchen jeweils das türkische Wort „aldim“ (= ich habe erhalten) steht. Insofern decken sich die Aussagen des Beklagten mit dem Ergebnis des graphologischen Gutachtens des Forensischen Instituts Zürich. Demgegenüber erscheinen die Aussagen des Klägers wenig glaubhaft, denn er konnte weder durch Vorlegung eines Beweises, noch durch plausible Aussagen erklären, die Fr. 2'400.– vom Beklagten nie erhalten zu haben. Zweifel an seinen Ausführungen ergeben sich insbesondere, da der Kläger sowohl keine Stellungnahme zum Kurzbericht des Forensischen Instituts Zürich einreichte als auch unentschuldig den Vorladungen betreffend Schriftprobenabnahme im Urkundenlabor fern blieb. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die Sachverhaltsdarstellung des Klägers in diesem Punkt nicht der Wahrheit entspricht, sondern als blosser Schutzbehauptung erscheint. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der Kläger – entgegen seiner eigenen Darstellung – den Betrag von Fr. 2'400.– erhielt.»

(AGer., AN100647 vom 30. November 2011)

4. OR 322; Stillschweigend akzeptierte Lohnkürzung?

Die Beklagte anerkannte zwar, dass der Arbeitsvertrag mit einem Jahressalär von Fr. 270'000.– gültig geschlossen wurde. Der Lohn sei aber kurze Zeit später mündlich auf Fr. 210'000.– festgesetzt worden, da er auf dem Vorsalär basiert habe. Dieses sei im Sommer 2009 vom Kläger mit Fr. 220'000.– beziffert worden. Im August 2009 habe er dann aber im Personalfragebogen angegeben, dass der Grundlohn nur Fr. 180'000.– betragen habe. Man habe das mit dem Kläger besprochen und er sei mit der Reduktion einverstanden gewesen. Im Übrigen zeige sich das Akzept des Klägers auch dadurch, dass er monatelang nicht gegen die Salärzahlung von Fr. 17'500.– opponiert habe. Erst im Juli 2010, nach neunmonatiger Auszahlung des Monatslohnes, habe der Kläger gegenüber dem «Director of Humans Resources» erklärt, dass er mit der Lohn- und Bonushöhe nicht einverstanden sei und dass er auf einem Monatslohn von Fr. 22'500.– beharren würde.

Aus dem Entscheid:

«Die Aussagen des Zeugen G. (der Vorgesetzte des Klägers) erscheinen damit für sich alleine betrachtet nicht stimmig. In diesem Eindruck wird man bestärkt, wenn man die Aussagen der anderen Zeugen anschaut.

Sämtliche übrigen Zeugen bestätigten mit hoher Bestimmtheit, dass der Kläger sich im Betrieb explizit über unrichtige Lohnzahlungen beschwert habe. Das kann deshalb ohne weiteres als bewiesen gelten. Dass er seine Beschwerde ebenfalls gegenüber dem Vorgesetzten, dem Zeugen G., erhob, ergibt sich – und darin ist der Beklagten beizupflichten – zwar aus ihren Aussagen nicht direkt. Die bewiesenen Umstände lassen aber kaum einen anderen Schluss zu: So erscheint es als allzu realitätsfremd, wenn der Kläger den anderen Zeugen seine Lohnbeanstandungen so deutlich schilderte, dass sie sich rund eineinhalb Jahre später noch mühelos daran erinnern, der Vorgesetzte selber aber davon nichts gewusst haben will. Dies muss umso mehr gelten, als davon auszugehen ist, im Betrieb der Beklagten sei ganz allgemein ein offenes Verhältnis gepflegt worden, und die Probleme seien diskutiert worden.

Selbst der Zeuge G. betonte, mit dem Kläger in einem freundschaftlichen Verhältnis gestanden und daher transparente Gespräche geführt zu haben. Und der Zeuge G. anerkannte auch, dass der Kläger ihm seinen Unmut über die gesamte Situation in einer Untergruppe und über das reduzierte Salär durchaus kundtun habe. Einzig am Hinweis, dass die Lohnzahlung nicht stimme, soll es gefehlt haben.

Unter diesen Umständen muss es als schlichtweg unglaubhaft gelten, wenn der Zeuge G. beteuert, der Kläger habe sich nicht bei ihm über die Lohndiskrepanz beschwert. Immerhin fassten alle anderen einvernommenen Teammitglieder die Beschwerde des Klägers einheitlich so auf, dass der Lohn entgegen der schriftlichen Vereinbarung – und nach Meinung des Klägers – zu Unrecht im niedrigeren Umfang ausbezahlt werde. Wieso der Kläger seinem Vorgesetzten zwar seinen „Unmut“ über die Situation hätte kundtun, nicht aber gleichzeitig die Auszahlung des zu tiefen Lohnes hätte monieren sollen, ist angesichts der Umstände nicht plausibel erklärbar.

Als Fazit aus dem Gesagten ergibt sich dreierlei:

Erstens sind die Aussagen des Zeugen G. nicht geeignet, den Beweis dafür zu erbringen, dass die Parteien mündlich vereinbarten, den Lohn des Klägers zu reduzieren.

Ein Beweis gilt nur dann als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist, sodass keine ernsthaften Zweifel mehr daran verbleiben. Die Parteien haben einen schriftlichen Vertrag abgeschlossen, der von R. (Direktor HR) von der Beklagten am 14. September 2009 unterzeichnet wurde, nota bene einen Monat nachdem der Kläger auf dem Personalfragebogen das richtige Vorsalär angegeben hatte. Der Vertrag wurde nie schriftlich angepasst, obwohl dies naheliegend gewesen wäre, wenn das Vertrauen der Beklagten in den Kläger wegen der angeblich falschen Lohnangaben angeschlagen war. Vor diesem Hintergrund verbleiben aufgrund der wenig überzeugenden Aussagen des Zeugen G. ernsthafte Zweifel, ob die Parteien wirklich und einvernehmlich den Lohn des Klägers reduzierten.

Der Beweis, dass der schriftlich vereinbarte Lohn von Fr. 270'000.– pro Jahr nachträglich einvernehmlich reduziert wurde, ist daher gescheitert, und die Beklagte hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

Zweitens verbleiben angesichts der Aussagen der übrigen Zeugen keine wesentlichen Zweifel daran, dass der Kläger seinen Vorgesetzten, den Zeugen G., wissen liess, dass er die reduzierte Lohnzahlung nicht akzeptiere.

Es greift auch die Argumentation der Beklagten, dass der Kläger sich wegen der Lohndiskrepanz erst nach mehreren Monaten und damit zu spät an die Beklagte gewandt habe, nicht. Nachdem die Lohnzahlung erstmals Ende Oktober 2009 erfolgte, wäre nach der zitierten Lehre und Rechtsprechung ein Protest auf den dritten bis sechsten Monat hin, d.h. zwischen Januar und April 2010 zu erwarten gewesen. Gemäss der Angaben der Zeugen („Januar 2010“, „Dezember 2009“, „anfangs 2010“), hat der Kläger die erforderliche kurze Reaktionszeit also eingehalten.

Von einer konkludenten Vertragsänderung kann daher keine Rede sein.

Drittens kann bei dieser Sachlage auf die Beweisaussage des Klägers ohne weiteres verzichtet werden.»
Dem Kläger war ein Bonus in der Höhe eines Monatslohnes zugesichert worden, der entsprechend anzupassen war.

(AGer., AN100821 vom 6. Dezember 2011)

5. OR 322b; «akonto Provision»

Der Arbeitsvertrag verwies in Bezug auf den Lohn auf ein Reglement, welches für die Funktion des Klägers neben dem Fixlohn von Fr. 5'000.– eine Provision vorsah. Die Beklagte richtete dem Kläger in der Zeit von März 2008 bis April 2010 neben dem Basissalär von Fr. 5'000.– unter dem Titel „akonto Provision“ monatlich Fr. 2'500.– aus. Diesen Betrag kürzte die Beklagte ab Mai 2010 rückwirkend auf den 1. Januar 2010 auf Fr. 1'097.95. Dementsprechend wurde der über diese Summe hinausgehende Differenzbetrag, der für die Monate Januar und Februar 2010 ausbezahlt worden war (Fr. 2'804.10), vom Julisalär in Abzug gebracht. Analoges erfolgte für die Monate März und April 2010 mit dem Augustsalär. Vor Gericht verlangte der Kläger u.a. die Nachzahlung der gekürzten Provisionen.

Aus den Erwägungen:**«Höhe der Akontozahlungen»**

Das Lohn- und Bonusreglement der Beklagten sieht vor, dass dem Kläger in seiner Funktion als Partner Agent nebst dem Fixlohn „die Hälfte der Provision des Vorjahres in 12 gleich grossen Monatsraten akonto über die Lohnabrechnung gutgeschrieben“ wird. Zur Bestimmung der (fixen, aber provisorischen) monatlichen Akontozahlungen ist also auf die Vorjahreszahlen abzustellen. Nach Erstellung der Jahresabrechnung soll sodann „die resultierende Differenz [...] der der Schlussabrechnung

folgenden Lohnabrechnung gutgeschrieben oder belastet“ werden. Damit ist hinreichend klar, dass den Provisionsakontozahlungen kein „Grundlohn“-Charakter zukommt und es sich auch nicht um „Mindestprovisionen“ handelt, sondern diese in der Höhe eines allfälligen Negativsaldos vom Kläger an die Beklagte zurückerstattet werden müssen bzw. mit folgenden Lohnabrechnungen verrechnet werden (gerade anders verhielt sich der Sachverhalt in BGE 129 III 118).

Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass die Beklagte als Arbeitgeberin den akonto auszubehandelnden Betrag entsprechend dem für das Vorjahr berechneten Provisionsanspruch anpassen können muss, wie es vertraglich vorgesehen ist. Dies zum Vorteil des Arbeitnehmers, wenn die Summe infolge verbesserter Umsätze bzw. Margen erhöht wird. Aber auch die Herabsetzung der Provisionsakontozahlungen liegt im wohlverstandenen Interesse des Arbeitnehmers, kann doch so verhindert werden, dass sich für den Arbeitnehmer Ende Jahr – ebenfalls unerwartet – ein zurückzuzahlender Negativsaldo ergibt. Es gehört gerade zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (Art. 328 OR), einer solchen Verschuldung des Arbeitnehmers vorzubeugen.

Der Kläger macht geltend, dass ihm während zweieinhalb Jahren eine Akontoprovision von Fr. 2'500.– ausbezahlt worden sei. In analoger Anwendung der Praxis zu Lohnänderungen sei damit von einer vertraglich vereinbarten Akontoprovision in der Höhe von Fr. 2'500.– auszugehen, die die Beklagte nicht einseitig habe reduzieren können.

Dieser Betrachtungsweise ist nicht zu folgen. Die zitierte Praxis hat sich im Zusammenhang mit vom Arbeitgeber fix geschuldeten Beträgen herausgebildet, über welche später nicht erst noch näher abzurechnen war (Höhe einer Gratifikation oder eines Bonus, konkludente Lohnanpassungen). Auch der vom Kläger aus Streiff/von Kaenel (N. 11 S. 197 zu Art. 322 OR) zitierte Entscheid beschlägt nicht Provisionsakontozahlungen, sondern eine Provisionspauschale.

Vorliegend geht es dagegen um Akontozahlungen, über welche erst noch abzurechnen war. Es wurde bereits ausgeführt, dass es gerade zu den Fürsorgepflichten der Arbeitgeberin gehört, zu vermeiden, dass mit überhöhten Akontozahlungen eine schleichende Überschuldung des Arbeitnehmers einhergeht. Schon unter diesem Aspekt rechtfertigt sich eine analoge Anwendung der Praxis hinsichtlich konkludent vereinbarter Löhne und Lohnzulagen nicht. Zudem haben die Parteien im Vertrag (bzw. dem Bonusreglement, auf welches der Vertrag verweist) explizit eine jährliche Neuregelung der Akontozahlungen vereinbart. Erstmals hatte die Beklagte die Akontozahlung über Fr. 2'500.– im März 2008 erbracht. Wenn auch nicht bereits im Januar 2010, so doch immerhin im April 2010 hat die Beklagte von der Möglichkeit der Neuregelung der Akontozahlungen Gebrauch gemacht. Dagegen hat sie auf eine Neufestlegung dieser Zahlungen für das Jahr 2009 verzichtet. Dieser einmalige Verzicht vermag aber noch nicht zu einer Verwirkung des vertraglich zugesicherten Rechtes auf eine Neufestsetzung führen. [...]

Verrechnung der bereits ausbezahlten Vorschüsse

Für die Monate Mai und Juni 2010 beschränkte sich die Beklagte darauf, dem Kläger lediglich noch die reduzierten Akontozahlungen auszurichten. In den Monaten Juli

und August zog sie ihm darüber hinaus je Fr. 2'804.10 für die von Januar bis April 2010 geleisteten zu hohen Akontozahlungen ab (Fr. 2'500.– ./ Fr. 1'097.95 = Abzug von Fr. 1'402.05 für jeden der vier Monate).

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang vorab, dass die Beklagte explizit die Akontozahlungen der ersten Monate 2010 korrigiert hat und nicht anderweitige Forderungen zur Verrechnung stellt. Bei diesen Akontozahlungen handelt es sich aber weder um Lohnvorschüsse noch zu viel bezahlten Lohn. In welcher Höhe der Kläger in den Monaten Januar bis April 2010 (oder bis Ende Juni 2010) tatsächlich Provisionen erzielt hat, lässt sich dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Es liegt damit aber auch nichts dafür vor, dass die Beklagte dem Kläger mit den ehemals noch höheren Akontobeträgen in den fraglichen vier Monaten gleichsam Vorschüsse entrichtet oder gar zu viel Lohn bezahlt haben könnte.

Irrtümlicherweise zu viel bezahlten Lohn kann der Arbeitgeber nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) vom Arbeitnehmer zurückfordern oder mit Forderungen des Arbeitnehmers verrechnen (ZK, a.a.O., N. 43 zu Art. 322 OR; BK, a.a.O., N. 44 zu Art. 322 OR; a.M. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 322 OR, die sich für einen Rückforderungsanspruch vertraglicher Natur aussprechen). Entsprechendes hat – ausserhalb der Schluss- bzw. Jahresrechnung – für geleistete Akontozahlungen zu gelten.

Vorliegend hat sich die Beklagte indessen nicht über die Höhe der dem Kläger für das Jahr 2010 zustehenden Akontozahlungen bzw. deren Grundlagen (Provisionsergebnis 2009) geirrt, sondern sie hat sich überhaupt erst im März/April 2010 darüber Rechenschaft abgelegt. Sie hat sich demnach überhaupt keinen bestimmten Sachverhalt vorgestellt, als sie anfangs 2010 dem Kläger weiterhin Akontozahlungen von Fr. 2'500.– ausrichtete.

Hinzu kommt, dass die vertragliche Regelung keine Handhabung für eine rückwirkende Anpassung der Akontozahlungen bietet. Zum einen ist es Sache der Beklagten, die Zahlen aufzuarbeiten und den Mitarbeitenden den Akontoanspruch für das neue Kalenderjahr mitzuteilen. Solange sie das unterlässt und weiterhin die früheren Akontozahlungen leistet, dürfen die Mitarbeiter von einem Anspruch in entsprechender Höhe ausgehen. Die Beklagte selbst weist zum anderen darauf hin, in der Praxis würden erst nach Abschluss des (kalendrischen) Geschäftsjahres und nach Aufarbeitung der Zahlen des Vorjahres (ca. Februar/März) Gespräche mit den Mitarbeitenden geführt und dann die Akontoprovision festgelegt. Entsprechend seien auch mit dem Kläger 2008 (zunächst) Gespräche geführt worden. Erst ab März 2008 gelangten die Akontobeträge an den Kläger zur Auszahlung, d.h. nicht – nach deren Festlegung – rückwirkend. Schliesslich lud die Beklagte den Kläger in ihrem Begleit-E-Mail zur neuen Akontoprovision vom 20. April 2010 ein: „Da die neue Akontoprovision bereits ab April 2010 ausbezahlt werden sollte, bitte ich dich, das Schreiben spätestens am Donnerstag 15.04.2010 [!?] per A-Post abzuschicken. Wir werden dies gegenzeichnen und dir eine Kopie per E-Mail zukommen lassen“. Mit anderen Worten verstand die Beklagte selbst die vertragliche Regelung dahingehend, dass die (Neu-)Festlegung der Akontoprovision erst für die Zukunft Wirkung entfalten soll und kommunizierte das dem Kläger auch.

Zusammenfassend erweist sich die rückwirkende Anpassung der Akontoprovision nicht als gerechtfertigt und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger den entsprechenden Lohnabzug nachzuzahlen.»

(AGer., AN100661 vom 12. Juli 2011)

6. OR 322d; Bonus: Gratifikation oder Lohnbestandteil?

Der Kläger war bei einer Bank in leitender Stellung. Er erhielt einen jährlichen Fixlohn von Fr. 280'000.– sowie einen Bonus (siehe dazu unten). Nach Gesprächen wurde er freigestellt. Die Beklagte ging in der Folge von einer einvernehmlichen Auflösung aus. Als der Kläger dagegen protestierte, kündigte sie ihm darauf per Ende September 2009. Der Kläger forderte u.a. weiteren Bonus für das Jahr 2008 in der Höhe von Fr. 140'000.– und Fr. 427'500.– für das Jahr 2009. Er geht davon aus, der Bonus habe über drei Jahre hinweg ca. 200 % des Basissalärs betragen, weshalb der Bonus gemäss Rechtsprechung zum Lohnbestandteil geworden und somit auch für die Jahre 2008 und 2009 geschuldet sei.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Reglement sind die persönliche Leistung und der Beitrag zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg des Unternehmens zu berücksichtigen. Diese Regelung überlässt der Beklagten zwar nicht nur in Bezug auf die Entscheidungsgrundlage zur Bezahlung eines Bonus einen erheblichen Ermessensspielraum, sondern auch in Bezug auf die Bestimmung der Höhe. Trotzdem hat der Kläger im Jahr 2005 einen Bonus von Fr. 560'000.–, im Jahr 2006 von Fr. 600'000.–, im Jahr 2007 von Fr. 550'000.– und im Jahr 2008 von Fr. 183'000.– erhalten. Dies zeigt, dass die Bonuszahlungen über drei Jahre hinweg beinahe gleich hoch waren. Sogar im Jahr 2008, in dem die Beklagte – unbestrittenermassen – unter der Finanzkrise leidete, wurde ein Bonus, wenn auch ein tieferer, ausbezahlt. In diesem Jahr hätte die Beklagte durchaus einen Grund gehabt, einen Bonus zu verweigern, dennoch bezahlte sie einen. Ob der Freiwilligkeitsvorbehalt unter diesen Umständen als nicht ernst gemeinte Floskel verstanden werden müsste oder ob die Überprüfung der anderen Komponenten zur Bestimmung des Bonus, neben dem Geschäftsergebnis, welches offensichtlich ein Ermessenskriterium für den Bonus war, zum Ergebnis führen würde, dass doch ein erheblicher Ermessensspielraum der Beklagten vorhanden war, kann dahingestellt bleiben. Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist ohnehin aufgrund der fehlenden Akzessorietät als nicht beachtlich zu qualifizieren.

Fehlende Akzessorietät

In BGE 129 III 276 ff. hielt das Bundesgericht fest, dass sich eine Gratifikation, welche sich wegen ihrer Höhe trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit erweise, welche somit nicht bloss akzessorisch sei, zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinne werde. Dies könne nicht einfach in einer festen

Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung zum Lohn sei, hänge überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Der blosser akzessorische Charakter erscheine kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreiche als der Lohn. In BGE 131 III 615 führte das Bundesgericht sodann aus: „Somit ist ein im Vergleich zum Lohn sehr hoher Betrag, ein gleich hoher oder den Lohn übersteigender Betrag, der regelmässig bezahlt wurde, als variabler Lohnbestandteil zu betrachten, selbst wenn der Arbeitgeber die Freiwilligkeit vermerkt hat. Dies betrifft die höheren Einkommen.“ Dies hätte zur Folge, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt nicht zu beachten wäre und ein solcher Bonus nach dreimaligem Ausrichten zum Lohnbestandteil würde.

Im Entscheid AN080738 begrenzte das Arbeitsgericht Zürich diese Rechtsprechung jedoch dahingehend, dass es nicht sein könne, dass Arbeitnehmende mit hohen, zum Teil exorbitant hohen Boni einen mindestens umfangmässig weit besseren Schutz geniessen sollen als solche mit einem kleinen Bonus, vor allem wenn – wie vorliegend – der Fixlohn schon auf einem sehr hohen Level sei. Es sei zudem fraglich, ob Boni von mehreren hunderttausend oder Millionen Franken bei einem höheren Fixlohn überhaupt noch in voller Höhe als Entgelt für eine Arbeitsleistung bezeichnet werden können (wie das der Lohn im Rechtssinne ja eigentlich sei). Solche Vergütungen hätten mit Leistung oft nicht mehr viel zu tun, sondern seien eher Markt- und Gewinnmechanismen mit oft volatilem Charakter unterworfen (vgl. Urteil vom 18. Dezember 2009 des Arbeitsgerichtes Zürich, Prozess Nr. AN080738; vgl. auch Obergericht mit Urteil vom 14. September 2011, Prozess LA100002).

Es darf daher angenommen werden, dass im Bereich des nochmaligen, schon hohen Fixlohnes ein eigentliches Leistungsentgelt vorliegt, somit im Bereich von Fr. 280'000.– brutto. Darüber hinaus ist jedoch bloss von einer Zusatzvergütung auszugehen, auf welche der Kläger für das Jahr 2008 keinen Anspruch hat. Es ist gerichtsnotorisch, dass sich die Finanz- und Wirtschaftslage, auch für die Beklagte, im Jahr 2008 dramatisch verschlechtert hat, weshalb es nicht angeht, lediglich von einer Reduktion von 25 % des Bonus vom Jahr 2007 auszugehen, wie das der Kläger macht.

Für den Bonus des Jahres 2009 gilt dasselbe. Die Beklagte kann sich beim Betrag von vorliegend über Fr. 280'000.– auf ihr Reglement stützen, welches nur einen Bonus ausbezahlt, wenn weder der Arbeitnehmer noch das Unternehmen zum Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung das Arbeitsverhältnis gekündigt haben. Für den Betrag unter Fr. 280'000.– gilt, dass eine Bedingung wie die ungekündigte Stellung im Zeitpunkt der schriftlichen Bonusmitteilung ungültig ist, wenn der Bonus – wie vorliegend – als Lohnbestandteil angesehen wird (BGE 4C.426/2005 E. 5.2.1; BGE 4C.395/2005 E. 5.3). Für 2009 steht dem Kläger pro rata bis 30. September 2009 somit ein Bonus von Fr. 210'000.– brutto zu (Fr. 280'000.–/. 12 x 9).»

In der Folge wurden dem Kläger die Differenzen für die Jahre 2008 und 2009 zugesprochen.

(AGer., AN100077 vom 13. Dezember 2011; eine Berufung ist noch hängig.)

7. OR 324 OR; Beweisprobleme mit Arbeitsangebot nach Arbeitsverhinderung

Da die Klägerin während der Kündigungsfrist krank war, verlängerte sich diese. Nach ihrer Genesung bezog sie ein paar Tage Ferien, danach arbeitete sie im Monat Oktober nicht mehr. Umstritten war, ob sie für diese Zeit ihre Arbeit angeboten hat.

Aus dem Entscheid:

«Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Um den Annahmeverzug des Arbeitgebers herbeizuführen, muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung anbieten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 9 zu Art. 324 OR, mit Verweisen).

Im Anschluss an die Hauptverhandlung vom 14. April 2011 erfolgte die direkte Beweisabnahme. Der Klägerin wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass, wann und ab wann sie selber oder durch ihren Vertreter der Gewerkschaft für den Monat Oktober 2009 ihre Arbeit angeboten hat. Als Beweismittel nannte sie Herrn G. als Zeugen, Auszüge der Telefonverbindungen sowie die bereits zu den Akten gereichten Beilagen. Die Beklagte offerierte keine Gegenbeweismittel.

Die zwei erwähnten Telefongespräche vom 9. Oktober und 29. Oktober 2009 führte X. (stellvertretende Heimleiterin) mit der Klägerin, dasjenige vom 20. Oktober 2009 mit Herrn G. In Bezug auf die behaupteten Arbeitsangebote anlässlich dieser drei telefonischen Gespräche steht Aussage gegen Aussage. Die Hauptbeweislaster trägt die Klägerin. Das von ihr offerierte Beweismittel der Telefonverbindungsauszüge ist von vornherein untauglich, da damit zwar der jeweilige Verbindungsaufbau – der grundsätzlich nicht bestritten ist – nachgewiesen werden kann, nicht aber der massgebliche Inhalt der Gespräche. Ebenso wenig lässt sich aus den klägerischen Beilagen ein Arbeitsangebot erstellen, insbesondere nicht aus dem Brief der Gewerkschaft vom 20. Oktober 2009. Mit diesem an die Klägerin gerichteten Schreiben wird sie von der Gewerkschaft aufgefordert, mit ihrem Arbeitgeber Kontakt aufzunehmen und ihre Arbeitskraft anzubieten, sobald sie wieder arbeitsfähig sei. Andernfalls müsse die Gewerkschaft die Leistungen der Arbeitslosenversicherung kürzen. Ein ausdrückliches Arbeitsangebot namens der Klägerin an die Beklagte ist daraus nicht zu entnehmen. Zu Recht verstand die Beklagte es auch nicht als ein solches. Vielmehr handelt es sich bei diesem Schreiben um eine Anweisung an die Klägerin, wie sie vorzugehen habe, damit sie ihren Anspruch auf Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung nicht verliert. Auch der von der Klägerin angerufene Zeuge G., welcher als ihr Vertreter und in ihrem Namen am 20. Oktober 2009 die Arbeit telefonisch angeboten haben soll, wird den Beweis nicht erbringen können. Ein Arbeitsangebot ist alleine durch dessen Zeugenaussage als Quasi-Partei wegen des Vertretungsverhältnisses zur Klägerin nicht beweistauglich zu erstellen. Daher kann aufgrund einer antizipierten Beweis-

würdigung auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet werden. Ein Arbeitsangebot für Oktober 2009 kann die Klägerin mit den angerufenen Beweismitteln nicht beweisen.

Im Oktober 2009 war die Klägerin bis 11. Oktober arbeitsunfähig, danach hatte sie bis 16. Oktober Ferien. Somit hat die Beklagte der Klägerin den Krankenlohn vom 1. Oktober bis 11. Oktober 2009 zu bezahlen sowie vom 12. Oktober bis 16. Oktober 2009 den Ferienlohn. Jedoch schuldet sie der Klägerin mangels eines Arbeitsangebots keinen Lohn für die Zeit vom 17. Oktober bis am 31. Oktober 2009.»

(AGer., AN100974 vom 26. Mai 2011)

8. OR 324a; Unglaubliche ärztliche Angaben

Die Arbeitgeberin kündigte der Klägerin Mitte Mai 2009 per Ende August 2009 und stellte sie frei. In der Folge wurde die Klägerin von ihrem Hausarzt zuerst vom 27. August bis 7. September und anschliessend vom 8. September bis 13. September krank geschrieben. Nachdem die Klägerin eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hatte, verlangte die Arbeitgeberin den Untersuch beim Vertrauensarzt. Dieser stellte am 15. September 2009 fest, es liege keine Arbeitsverhinderung vor. Für die Zeit vorher konnte er keine Angaben machen. In der Folge wurden u.a. die Ärzte als Zeugen befragt. Der Hausarzt nahm zu seinem Arztbericht zu Handen des Vertrauensarztes als Zeuge Stellung.

Aus dem Entscheid:

«Zu diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass sie sich grundsätzlich mit dem Arztbericht decken. Daraus lässt sich schliessen, dass der Arzt auch zum Zeitpunkt der Beweisverhandlung – mit an sich (in dieser Hinsicht) glaubhaften, wenn auch äusserst knapp gehaltenen Schilderungen – an seiner ursprünglichen Diagnose festhält.

Dennoch ergeben sich dem Gericht gerade aus den Zeugenaussagen des Arztes nicht unerhebliche Zweifel am tatsächlichen Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin.

Zunächst fällt auf, dass sich der Arzt selber widerspricht, wenn er nach seiner anfänglichen Angabe, er habe die Klägerin am 28. August erstmals und dann wöchentlich untersucht, anlässlich der Zeugeneinvernahme angibt, nach dem 8. September, also dem zweiten Untersuch, habe es keine Untersuchung mehr gegeben. Dies ist nicht nur ein Widerspruch in sich, sondern lässt auch die Aussage der Klägerin, wonach diese den Arzt nach dem ersten Arztbesuch 28. August noch drei weitere Male aufgesucht haben will, völlig unglaubhaft erscheinen.

Sodann machte der Arzt zur Krankschreibung an sich und deren Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit sehr ausweichende und unglaubhafte Aussagen. So hielt er fest, dass bei einem Beschwerdebild, wie es bei der Klägerin vorgelegen habe, konzentriertes Arbeiten im Büro seiner Meinung nach nicht möglich wäre und eine

Arbeit auf dem Bau sowieso nicht. Es sei eine Arbeitsunfähigkeit gewesen für das, was die Klägerin machte. Dabei deute vielleicht die Rachenentzündung alleine noch nicht auf eine Arbeitsunfähigkeit hin, der Schwindel aber schon, vor allem, wenn er akut auftrete. Später hielt der Arzt dann fest, vor allem die Tätigkeit wäre ein Problem gewesen. Die Klägerin habe ihm am 28. August gesagt, dass sie im Büro arbeite und Sekretariatsarbeiten mache. Dass sie damals seit ein paar Monaten freigestellt war und nicht mehr arbeitete, habe er nicht gewusst. Auch habe er keine Kenntnis davon gehabt, dass zwei Tage nach dem Untersuchen bei ihm das Arbeitsverhältnis geendet hätte. Er attestiere jedoch auch eine Arbeitsunfähigkeit, wenn jemand nicht arbeite, für die Arbeitslosenkasse. Dies mag zutreffend sein, doch mutet es schon sehr seltsam an, wenn der Arzt die Klägerin als arbeitsunfähig „für das, was sie machte“ bezeichnet, aber gleichzeitig keine Ahnung hatte, dass sie gar nicht mehr arbeitete.

Weiter sagte er aus, dass er den Grund, also den Auslöser für die Beschwerden der Klägerin, nicht kenne. Er mutmasste, dass es vielleicht Stress gewesen sei. Aber wenn es eine Infektion gewesen sei, habe dies ja nichts mit Stress zu tun. Auf zweimaliges Wiederholen der Frage, ob er die Patientin nicht nach dem konkreten Auslöser für den Schwindel und den Kollaps gefragt habe, meinte der Arzt lediglich, er verstehe die Frage nicht. Nicht nur grundsätzlich die Tatsache, dass der behandelnde Arzt, ohne wenigstens nach den Umständen am Tag des Krankheitsausbruches zu fragen, einfach auf die Schilderungen der Patientin abstellt, sondern gerade dieses ausweichende Aussageverhalten lässt die Aussagen des Zeugen als äusserst unglaubhaft erscheinen. Wenn er dann noch zu Protokoll gibt, die Klägerin habe erzählt, sie sei am Arbeitsplatz kollabiert und anfügt, dies habe er angenommen, so ist abgesehen vom – aufgrund der Freistellung der Klägerin und deren Aussage anlässlich der persönlichen Befragung, wonach sie bei ihrem Freund zu Hause kollabiert sei, – offensichtlich nicht zutreffenden Inhalt dieser Aussage erstellt, dass der Zeuge lediglich eigene Vermutungen aufstellte, ohne diese bei der Klägerin zu verifizieren. Dass der untersuchende Arzt vor allem auf die Schilderung der Klägerin abstellte, zeigt sich auch in seiner Aussage, dass er nicht den Eindruck gehabt habe, die Klägerin täusche etwas vor, und dass ihm die Schilderung der Patientin plausibel erschienen sei. Die Begründung, weshalb er diesen Eindruck gehabt habe, nämlich dass er auch schon Fälle gehabt habe, welche deswegen hatten hospitalisiert werden müssen, ist jedoch keine, auf jeden Fall keine aussagekräftige in Bezug auf die Klägerin. Dies ist ein weiterer Grund, die Glaubhaftigkeit der Aussagen in Frage zu stellen.

Was der Glaubhaftigkeit jedoch endgültig einen Abbruch tut, ist die Tatsache, dass der Zeuge, welcher wohlgemerkt schon seit zehn Jahren der Hausarzt der Klägerin ist, zwar ohne Weiteres auf die Schilderungen der Klägerin abstellt, von deren Krankengeschichte, so wie sie die Klägerin selber schilderte, jedoch nichts weiss. Er meinte zwar, die Klägerin habe ihm gesagt, dass es auch schon vorgekommen sei, dass sie kollabiert habe, aber nicht so extrem. Er selber konnte sich jedoch nicht daran erinnern, ob die Leiden auch schon vorgekommen sind und es war ihm auch nicht bekannt, dass die Klägerin seit vielen Jahren Probleme mit gewissen Wetterlagen hatte, wie diese anlässlich der persönlichen Befragung geltend machte. Nachdem er sodann zweimal gefragt wurde, ob die Klägerin allgemein unter zu tiefem Blutdruck leide,

worauf er zunächst ausweichend angab, ein tiefer Blutdruck sei normal und beim zweiten Mal die Frage verneinte, meinte er später, er habe zwar gewusst, dass sie einen tiefen Blutdruck habe, aber nicht, dass dieser so stark sei. Es kann zwar schon sein, dass die Klägerin nicht nur vom Zeugen betreut worden ist, wie er selber geltend macht, allerdings ist es schwer vorstellbar, dass ein seit zehn Jahren eine Patientin betreuender Hausarzt, welcher zudem die Klägerin alle halben Jahre wegen kleinen Sachen gesehen haben will, keine klare Antwort auf allfällige, immer wiederkehrende Beschwerden aufgrund eines tiefen Blutdrucks geben kann.

Aufgrund des sehr widersprüchlichen und unglaublichen Aussageverhaltens des Zeugen bleiben dem Gericht nicht unerhebliche Zweifel am tatsächlichen Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für die Zeit vom 27. August bis 13. September 2009.»

Auch aufgrund weiterer Zeugen kam das Gericht zu keinem anderen Schluss. Die Kündigung war daher gültig und es gab keine Verlängerung der Kündigungsfrist.

(AGer., AN100009 vom 25. Mai 2011; das OGer. geht hingegen davon aus, die Aussagen des Arztes seien genug glaubwürdig; LA110033 vom 22. März 2012.)

9. OR 329d; Ferienbezug während der Kündigungsfrist

Der Geschäftsführer wurde am 16. Januar 2009 mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist per Ende Juli 2009 entlassen. Die Beklagte habe einen Ferienbezugsplan erstellt, welchen sie eingehalten habe und die verbleibenden Tage seien am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt worden.

Der Kläger machte u.a. geltend, es sei ihm ein Feriensaldo von 101,5 nicht bezogenen Ferientagen zu vergüten. Er habe im Zeitpunkt der Kündigung einen Anspruch von 119,5 Tagen per Ende Juli 2009 gehabt. Er habe ab Februar 2009 einerseits diverse weiterbestehende Aufgaben und Verpflichtungen bei und für die Beklagte wahrgenommen und habe sich andererseits umgehend um seine berufliche Zukunft ab August 2009 kümmern müssen, weshalb er nur eine geringe Anzahl Ferientage habe beziehen können. Der Saldo sei ihm ausbezahlt. Dieser Anspruch wurde von der Beklagten bestritten.

Aus den Erwägungen:

«Den Ferienplan hat die Beklagte anfangs Februar 2009 erstellt. Wenn sie dabei sogleich auch für Februar 2009 einen Ferienbezug von 20 Tagen anordnete, hatte das zur Konsequenz, dass der Kläger – soweit er nicht noch zu arbeiten hatte – sich umgehend in die Ferien zu begeben gehabt hätte. Damit missachtete die Beklagte das Gebot einer recht- bzw. frühzeitigen Ferienanordnung. Für den Februar ist dem Kläger deshalb kein Ferienbezug anzurechnen.

Eine Kündigungsfrist von sechs Monaten ist überdurchschnittlich lange. Je länger die Kündigungsfrist dauert, um so länger darf auch die Feriendauer sein, die der Arbeitgeber anordnet. Die – für den Ferienbezug bei Freistellung – anzutreffende

Faustregel, wonach etwa ein Drittel der Freistellungszeit als Ferien zu gelten habe, gebietet eine entsprechend modifizierte Betrachtungsweise: Je länger die Freistellung dauert, umso eher kann besagtes Drittel auf die Hälfte oder auch mehr erhöht werden. Analoges gilt für die Zuweisung von Ferien während der Kündigungsfrist: Je länger diese dauert, umso länger kann – proportional – die angeordnete Feriendauer sein.

Der Kläger macht geltend, er sei aufgrund seiner vielseitigen Engagements ausserstande gewesen, die Ferien zu beziehen und untermauerte seine Sachdarstellung mit einer Auflistung seiner Tätigkeiten.

Als der Ferienanordnung entgegenstehend anerkennt die Beklagte total 12 Arbeitstage. Wie lange diese Verrichtungen im Einzelnen dauerten, braucht dabei nicht geklärt zu werden, da der Kläger sich einen Ferienbezug in Stunden (restliche Tages-Arbeitszeit) nicht entgehen lassen hat.

Im Übrigen aber war die Anordnung der Beklagten – ungeachtet der anschließenden Korrespondenz – klar: Der Kläger hatte, soweit seine Arbeitsleistung nicht mehr beansprucht wurde, während der Kündigungsfrist Ferien zu beziehen, was gleichzeitig bedeutete, dass der Kläger für diese Zeit von seinen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten vollständig entbunden war. Dieser Weisung hatte er sich im Rahmen ihrer Zulässigkeit zu unterziehen und er kann ihr nicht unbesenen Engagements entgegenhalten. Nur soweit aufgrund arbeitsvertraglicher Nebenpflichten diese Engagements des Klägers trotz klarer Ferienanweisung weiterhin geboten waren, können sie nunmehr der Beklagten entgegen gehalten werden. Darüber lassen sie sich allenfalls berücksichtigen, soweit die Beklagte mit Hinblick auf Art. 329 Abs. 3 OR verpflichtet gewesen wäre, dem Kläger für die Engagements die nötige freie Zeit zu gewähren. Dagegen ist es nicht angängig, die Einführung eines Kurses in italienischer Sprache gleichsam vorzuziehen, weil sich dem Kläger aufgrund der Ferienanordnung der Beklagten die Möglichkeit bot, diesen Kurs im Frühjahr 2009 zu betreuen (mindestens 35 Tage ab März 2009). Ebenso wenig kann sich der Kläger vom Ferienbezug dispensieren, weil er nach Anordnung des Ferienbezuges als Referent für einen Vortrag in Berlin angefragt worden ist, selbst wenn das Referat auch den Interessen der Beklagten gedient haben sollte (8 Tage), oder weil er ebenfalls nach Anordnung des Ferienbezuges eine Einladung zu einer Fachausstellung erhalten hat. Der Kläger musste sich bewusst sein, dass er per Ende Juli 2009 entlassen ist und die Parteien während der Kündigungsfrist gegenseitig nicht mehr die gleichen Pflichten haben. Für den Kläger gilt das umso mehr, als seitens der Arbeitgeberin die klare Weisung erging, das Ferienguthaben zu beziehen. Die sich derart ergebende freie Zeit zu nutzen, um eine Ausbildung in italienischer Sprache vorzubereiten und zu begleiten, die eigentlich für einen späteren Zeitpunkt geplant war, die aber wegen der „Verfügbarkeit“ des Klägers vorgezogen wurde, und diese Verrichtung dann einem Ferienbezug entgegen zu halten, ist nicht angängig. Entsprechendes gilt für die Veranstaltung in Berlin und in Italien, aber auch für die Leitung eines Feuerwehrkurses (27. März 2009), „langjährige Verbandstätigkeiten“ (26., 28., 31. März, 1., 2. April, 7. Mai, 26. Juni 2009), Schulungen, Workshops, Vorträge (8., 20. Mai, 25. Juni 2009). Für keine dieser Engagements des Klägers ist ein hinreichender Rechtfertigungsgrund dargetan, der es dem Kläger erlaubt hätte, sich über die Ferienanordnung der Beklagten hinwegzusetzen.

Dies führt zum Ergebnis, dass der Kläger während der sechsmonatigen Kün-

digungsfrist während der von der Beklagten anerkannten 12 Tage für die Beklagte tätig war. Zudem ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass der Kläger am 31. Juli 2009 sein Dienstfahrzeug sowie seinen Laptop im Büro abgegeben hat, womit es auch diesen Tag anzurechnen gilt.

Exklusive Februar fallen in die Kündigungsfrist insgesamt 104,5 Arbeitstage. In Anbetracht der langen Kündigungsfrist einerseits, der mit dem Alter des Klägers erschwerten Arbeitssuche und der wenigen, einem Ferienbezug entgegenstehenden Verrichtungen andererseits (Arztbesuche, Sühnverhandlung), rechtfertigt sich, dem Kläger gut die Hälfte dieser Tage als Ferienbezug anzurechnen, mithin 53 Tage. Ausgehend von einem Guthaben von 119,5 Tagen verbleiben damit 66,5 vergütungspflichtige Tage, von denen die Beklagte 4 Tage allerdings bereits entschädigt hat.»

Das Obergericht hatte diesen Fall ebenfalls zu prüfen. In Abweichung zum Entscheid des Arbeitsgerichts kam es zu folgendem Ergebnis:

«Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien, wobei er auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht zu nehmen hat, als dies mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist. Die Beklagte hat angesichts des aussergewöhnlich hohen Ferienguthabens des Klägers von 119,5 Tagen am 2. Februar 2009 einen Ferienplan ausgearbeitet und mit dem Kläger besprochen, wonach dieser bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende Juli 2009 117,5 Ferientage hätte beziehen sollen. Danach wären ihm im Februar nur noch fünf und im März 2009 noch zwei Tage als Arbeitstage angerechnet worden. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Vorinstanz jedoch zu Recht für den Monat Februar 2009 keinen Ferienbezug angerechnet. Als Ausfluss der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme hat der Arbeitnehmer Anrecht auf frühzeitige Zuteilung der Ferien. Die Anordnung von Ferien anfangs eines Monats für den laufenden Monat wird dieser Anforderung nicht gerecht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 7 zu Art. 329c OR). Für den Monat Februar ist daher kein Ferienbezug anzurechnen.

Für die Anordnung zum Ferienbezug in der Zeit von März 2009 bis Juli 2009 ist dagegen im Sinne der Beklagten zu berücksichtigen, dass es der Kläger als Geschäftsführer erheblich mitzuvertreten hat, dass sein Feriensaldo auf 119,5 Tage angewachsen war. Zudem ist zu beachten, dass auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich das Abgeltungsverbot gilt. Die Ferien sind nach Lehre und Rechtsprechung nur in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 128 III 271 E. 4.a.aa mit zahlreichen Hinweisen). Der Kläger war mit der Anordnung der Beklagten zum Ferienbezug von seinen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten grundsätzlich entbunden. Es war daher grundsätzlich Aufgabe des Klägers darzutun, weshalb er entgegen der Anordnung der Beklagten keine Ferien bzw. Freitage beziehen konnte, um so den ausserordentlich hohen Feriensaldo abzubauen. Vor Vorinstanz hat er hiezu eine Aufstellung seiner Tätigkeiten eingereicht, die er weiterhin im Interesse der Beklagten ausgeübt habe und damit geltend gemacht, er habe in den Monaten März bis Juni 2009 keine Ferien beziehen können. Lediglich vom 7. Juli bis 24. Juli 2009 habe er Ferien bezogen, weshalb 14 Tage Ferien zu berücksichtigen seien. Zu seinen Tätigkeiten bis Ende Juli 2009 hielt der Kläger ergänzend fest, dass er diese

auch ausgeübt habe, um „im Markt zu verbleiben“. Konkrete Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle führte er indes nicht an.

Die Vorinstanz hat zu den vom Kläger im Einzelnen geltend gemachten Bemühungen ausführlich Stellung genommen und ist zum Schluss gekommen, dass für die vom Kläger geltend gemachten Engagements nicht dargetan worden sei, dass ein Grund vorgelegen habe, sich über die Ferienanordnung der Beklagten hinwegzusetzen. Diese (zu Recht ergangene) Schlussfolgerung blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Andererseits blieben die Erwägungen der Vorinstanz ebenso unbestritten, dass der Kläger in der Kündigungszeit während 12 Tagen für die Beklagte tätig war und dass der 31. Juli 2009, an welchem Tag der Kläger sein Dienstfahrzeug und den Laptop abgab, als Arbeitstag anzurechnen sei. Von den 12 anerkannten Tagen – die in vollem Umfang zu berücksichtigen sind, da auch bei bloss teilweisem Zeitaufwand wie bei einem Arztbesuch kein Ferienbezug möglich war – fallen indes nur die Daten vom 9. März 2009, 25. März 2009, 12. Juni 2009 (Sühnverhandlung) und die beiden Arztbesuche im Juli in die Zeit von März 2009 bis Juli 2009. Damit sind von den unbestrittenen 104,5 Arbeitstagen im fraglichen Zeitraum unter Berücksichtigung auch des 31. Juli 2009 lediglich 6 Arbeitstage anzurechnen. 98,5 Tage sind dagegen als angeordneter Ferienbezug zu berücksichtigen.

Damit sind lediglich 21 nicht bezogene Ferientage auszuzahlen. Davon hat die Beklagte bereits vier Tage vergütet. Über den Tagesansatz waren sich die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren einig. Die entsprechende Berechnung wird auch im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt.»

(AGer., AN090311 vom 25. Januar 2011 und Obergericht Zürich, LA1100013 vom 22. Februar 2012)

10. OR 330a; Austrittsgrund im Arbeitszeugnis?

Der Kläger verlangte unter anderem, das Arbeitszeugnis sei wie folgt abzuändern:

- dass der Kläger die Beklagte per 31. August 2008 in gegenseitigem Einvernehmen verliess,
- dass ihm die Beklagte für seine wertvollen Dienste dankt und ihm für seine berufliche Zukunft alles Gute und viel Erfolg wünscht.

Die Beklagte lehnte diese Begehren ab.

Aus den Erwägungen:

«Zum Beendigungsgrund im engeren Sinne ist zu sagen, dass die beantragte Änderung des Klägers nicht der Wahrheit entspricht. Das Arbeitsverhältnis wurde nicht im gegenseitigen Einverständnis aufgelöst, sondern dem Kläger wurde von der Beklagten gekündigt, wobei der Kläger die Kündigung nicht akzeptierte und mit diesem Prozess als missbräuchlich anfocht. Von gegenseitigem Einverständnis kann keine Rede sein.

Beim Vollzeugnis müssen Angaben zum Beendigungsgrund im engeren Sinne ohne Rücksichtnahme auf den diesbezüglichen Willen des Arbeitnehmers gemacht werden, wenn er zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers beiträgt. Trägt

der Beendigungsgrund nicht zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers bei, kann dieser verlangen, dass diesbezügliche Angaben gestrichen werden, selbst wenn sie für ihn ausschliesslich positiv wären (Janssen, a.a.O., S. 119).

Der Kläger verlangt aber nicht die Streichung des Beendigungsgrundes, sondern eine Korrektur des Beendigungsgrundes, die nicht der Realität entspricht. Deshalb ist die im Arbeitszeugnis enthaltene Formulierung „der Kläger hat uns per 31. August 2008 verlassen“ beizubehalten.

Was das letzte Begehren des Klägers anbelangt, worin er geltend macht, es seien noch die Dankesworte und ausführlichere Zukunftswünsche im Arbeitszeugnis anzuführen, so hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein rechtlicher Anspruch auf Dankesworte und Zukunftswünsche bestehe (Bundesgericht vom 8. April 2004, 4C.36/2004). Dass in einem Zwischenzeugnis vom 10. Juni 2008 Dankesworte enthalten sind, ändert daran nichts. Das Begehren ist deshalb abzuweisen, und es hat bei der ursprünglichen Formulierung zu bleiben.»

(AGer., AN090188 vom 3. März 2011)

11. OR 335; Kündigung und Freistellung

Am 14. März 2008 wurde der Börsenhändler freigestellt. Am 25. März 2008 wurde ihm von der Beklagten auf den 15. Mai 2008 gekündigt und ihm mitgeteilt, mit der Freistellung würden allfällige Ferienansprüche als bezogen gelten. Weiter wurde dem Kläger im Kündigungsschreiben aufgegeben, sich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung der Beklagten zu halten. Aus diesem Grund forderte der Kläger von der Beklagten die Auszahlung des restlichen Ferienanspruchs von 13,5 Tagen (reduziert von ursprünglich 14,5 Tagen).

Aus den Erwägungen:

«Die Freistellung bedeutet in der Regel eine vollständige Befreiung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht. Verpflichtet aber die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer, sich während der Freistellung auf Abruf bereit zu halten, stellt dies keine bedingungslose Freistellung dar. Wird er verpflichtet, einem Abruf Folge zu leisten und ist es ihm nicht möglich, den Zeitpunkt des Abrufs vorausszusehen, ist er in seinen Möglichkeiten, sich anderweitig zu beschäftigen, eingeschränkt. Erst recht gilt das für einen Ferienbezug, denn in den Ferien muss der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, beispielsweise in die Ferne zu reisen.

Der Kläger wurde bereits am 14. März 2008 freigestellt. Im Kündigungsschreiben vom 25. März 2008 wurden die Modalitäten der Freistellung näher dargelegt. Insbesondere wurde in Ziffer 4 dem Kläger angeordnet, er habe sich zur Verfügung zu halten. Ferner wurde vorgesehen, er könne wieder an seinen Arbeitsplatz abgerufen und zur Ausführung seiner bisherigen Aufgaben bis Ende der Kündigungsfrist aufgefordert werden. Damit wurde eine teilweise Freistellung angeordnet.

Demgegenüber wurde in Ziffer 5 des Kündigungsschreibens angeordnet, der Kläger habe während der Freistellung seine Ferien zu beziehen und allfällige Ferienansprüche gälten mit der Freistellung als abgegolten.

Die Anordnungen in Ziffer 4 und Ziffer 5 des Kündigungsschreibens widersprechen sich und können nicht gleichzeitig befolgt werden. Diese Unklarheit hat die Beklagte zu vertreten. Hätte sie der Ziffer 5 den Vorrang gegeben, hätte sie dies dem Kläger gegenüber klar kundtun und die Unsicherheit beseitigen oder besser konkret einen Ferienbezug anordnen müssen. Da dies nicht geschah, war ein Ferienbezug während der Freistellung nicht zumutbar, weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, die Ferien dem Kläger auszubezahlen.

Bei der Frage nach dem Ferienbezug während der Freistellung stossen unterschiedliche Zielsetzungen aufeinander. Einerseits steht die Zielsetzung des Gesetzgebers, dass Ferienansprüche real bezogen werden sollen und nicht ausbezahlt werden dürfen, andererseits müssen die Ferien der Erholung dienen können. Ist eine Erholung nicht möglich, können keine Ferien bezogen werden. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer eine neue Stelle suchen muss (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR). Als Kriterien für die Zumutbarkeit des Ferienbezuges während der Freistellung müssen die Dauer der zu beziehenden Ferien, die Dauer der Freistellung und eine allfällige Stellensuche in Betracht gezogen werden. Weiter ist der Umfang der Freistellung zu berücksichtigen. In Lehre und Rechtssprechung ist anerkannt, dass eine bloss teilweise Freistellung den Bezug von Ferientagen ausschliesst. Eine Anweisung an den Arbeitnehmer, während der Freistellung ständig auf Abruf bereit zu stehen, ist nämlich mit dem Ferienbezug nicht vereinbar (A. Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. A., 2010, Rz. 459 m. w. H.; BGer 4A_117/2007 vom 3. September 2007, E. 6.3; CA GE in JAR 1987, S. 167 ff.).

Ein Ferienbezug ist ausgeschlossen.»

(AGer., AH110045 vom 24. Mai 2011)

12. OR 336; Missbräuchliche Kündigung nach Beizug der Gewerkschaft

Nachdem neue Vertragsverhandlungen gescheitert waren, verlangte der Kläger anfangs April 2010 ein Zwischenzeugnis, welches ihm am 29. April 2010 zugestellt wurde. Da er damit nicht einverstanden war, liess er durch eine Gewerkschaftsvertreterin am 6. Mai 2010 bei der Beklagten eine überarbeitete Fassung einreichen. Ebenfalls am 6. Mai 2010 fand ein Gespräch statt, aufgrund dessen die Vertreter der Beklagten dem Kläger nahelegten, eine Austrittsvereinbarung zu unterzeichnen. Da sich der Kläger weigerte, wurde ihm am selben Tag die Kündigung ausgehändigt. Der Kläger betrachtet die Kündigung als missbräuchlich, weil sie wegen der verlangten Zeugnisänderung ausgesprochen worden sei. Die Beklagte ihrerseits hielt fest, die Zusammenarbeit sei von Beginn weg schwierig gewesen und es gebe daher noch andere Gründe für die Kündigung.

Aus den Erwägungen:

«Wie bereits erwogen, rückt der Umstand, dass die Beklagte bis zur Besprechung vom 6. Mai 2010 noch nicht die Intention gehabt hat, zu kündigen, die Ereignisse dieses Tages in ein besonderes Licht. Zwar wiederholten A. und B. (die Geschäftsführer) die bereits an der Hauptverhandlung erhobene Behauptung, dass man dem Kläger schon Ende April 2009 habe kündigen wollen. Unter dem Gesichtswinkel aber, dass man am 6. Mai 2010 die Situation eigentlich habe „retten“ wollen, erscheinen sämtliche genannten Kündigungsgründe, welche aus der Zeit vor dem 6. Mai 2010 stammen, als nicht – oder jedenfalls nicht alleine – für einen Kündigungsentscheid ausreichend.

Entsprechend den rechtlichen Ausführungen zur Mehrheit von Kündigungsgründen hat der Gekündigte zunächst zu beweisen, dass ein missbräuchliches Kündigungsmotiv vorlag, welches mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Kündigung geführt hat. Dies ist zwar nicht in Bezug auf die im Februar diskutierte Vertragsänderung, wohl aber durch die unmittelbare Vorgeschichte zum Kündigungsgespräch (Intervention der Gewerkschaft per E-Mail) vom 6. Mai 2010 gelungen. In der Folge dreht sich die Beweislast dergestalt um, dass die Beklagte zu beweisen hat, dass dem Kläger auch ohne das missbräuchliche Motiv, nämlich den Gewerkschaftsbeizug zur Durchsetzung seiner Zeugnisbereinigung, gekündigt worden wäre.

In den Hintergrund gerückt sind dabei das teilweise zu späte oder knappe Antreten der Arbeit durch den Kläger und die – für die beklagten Bedürfnisse – mangelhafte Eingliederung in die Betriebsabläufe. Schwerer ins Gewicht fällt die misslungene CD-Produktion Ende April 2010. Zu prüfen bleibt, ob dieser Umstand und der Gesprächsverlauf vom 6. Mai 2010 für den Kündigungsentscheid als ausschlaggebend erachtet werden können, ohne dass die Intervention der Gewerkschaftssekretärin hinsichtlich des Zwischenzeugnisses in die Entscheidung der Beklagten miteingeflossen wäre.

Angesichts des Umstandes aber, dass der Inhalt des Gesprächs vom 6. Mai 2010 auch nach Einvernahme der (interessengebundenen) Zeugen mehrheitlich im Dunkeln blieb, ist dieser Entlastungsbeweis durch die Beklagte gescheitert. Die Zeugnisdiskussion erscheint als zu gewichtig und die zeitliche Abfolge zwischen Einschaltung der Gewerkschaft und Kündigung als zu zwingend, dass man sie als für die Kündigung nebensächlich abtun könnte. Immerhin soll – so der Zeuge B. – die Absicht gewesen sein, mit dem Kläger über den Zustand im Team zu sprechen. Der Zeuge A. hat dann allerdings die Besprechung mit dem Mail der Gewerkschafterin beschlagend den Inhalt des Zwischenzeugnisses eröffnet. Der Kläger seinerseits hat A. an die Gewerkschaftsvertreterin verwiesen, was nachvollziehbar ist, nachdem die Beklagte zuvor auf sein Ersuchen, das Zwischenzeugnis zu verbessern, nicht eingegangen ist. Dass in der Folge überhaupt noch über die Position des Klägers im Team, über seine bisherigen Leistungen gesprochen worden wäre, lässt sich den Aussagen der Zeugen A. und B. nicht entnehmen. Die Stimmung – zu welcher der Zeuge B. zunächst wertneutral festhalten liess, es war sehr laut – muss sich daher um das vom Zeugen A. thematisierte Mail der Gewerkschaftsvertreterin hochgeschaukelt haben bis hin zur Frage des Zeugen B., weshalb der Kläger denn nicht einfach kündige, auf welche der Kläger mit der entsprechenden Gegenfrage, allenfalls mit einem „scheiss-

egal“, reagiert haben mag. Damit aber rückt der Missmut der Beklagten über die Intervention der Gewerkschaftsvertreterin deutlich in den Vordergrund und es ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis am 6. Mai 2010 nicht gekündigt worden wäre, wäre das Mail der Gewerkschaftsvertreterin nicht eingegangen bzw. es kann umgekehrt nicht davon ausgegangen werden, dass dem Kläger auch gekündigt worden wäre, wenn das Mail der Gewerkschaftsvertreterin nicht vorgelegen hätte. Die Kündigung erweist sich damit als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR.»

Als Folge der missbräuchlichen Kündigung wurde dem Kläger ein Monatslohn als Entschädigung zugesprochen.

(AGer., AN101041 vom 5. Dezember 2011)

13. OR 336; Missbräuchliche Änderungskündigung?

Der Kläger war seit Januar 1989 Geschäftsführer der X. AG, welche dann in den Konzern Z. eingliedert und unter dem Namen Y. AG weitergeführt wurde. Im November 2008 wurden dem Kläger zwei Änderungsofferten (Änderung seiner Funktion und des Lohnes) unterbreitet. Nachdem er beide nicht akzeptierte, wurde ihm im Januar 2009 eine weiterer Vorschlag (nur noch Lohnreduktion) gemacht. Als er auch diesen nicht annahm, wurde ihm gleichentags unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten gekündigt. Der Kläger erachtet diese Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

«Es ist im Folgenden deshalb zu prüfen, ob betriebliche Gründe die Entlassung des Klägers als plausibel erscheinen lassen, weil er sich mit der Lohnreduktion nicht einverstanden erklären konnte. Dabei bleibt allerdings im Auge zu behalten, dass die Beklagte auch im Rahmen ihrer Änderungskündigung mit Hinblick auf die Biographie des Klägers an erhöhte Fürsorgepflichten gebunden war.

Dargetan, belegt und auch unbestritten ist, dass sich der Gewinn der Beklagten unter der Verantwortung des Klägers von 25 % (2002) auf 3,2 % (2008) reduziert hat. Die Beklagte hat des weiteren 2006 und 2007 die für den Kläger bonusrelevanten Ziele nicht erreicht. Der ihm ausbezahlte Bonus ist einzig auf den Geschäftserfolg des Konzerns zurückzuführen.

In diesem Zusammenhang macht der Kläger allerdings geltend, es sei gegen seinen Willen 2007 eine Verkaufsabteilung ins Leben gerufen worden, die 2008 wieder geschlossen worden sei. Das habe ein Loch gerissen. Dieser Sachdarstellung hat die Beklagte nicht substantiiert widersprochen. Es ist damit davon auszugehen, dass der Gewinneinbruch per 2008 teilweise (in unbekannter Höhe) auf diese vorübergehend installierte Verkaufs- oder Marketingabteilung zurückzuführen ist, ohne dass sich aus den Vorbringen der Beklagten konkrete Hinweise entnehmen liessen, inwiefern der Kläger für das Scheitern dieser Abteilung verantwortlich gemacht werden könnte.

Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass sich seit 2002 die Ertragslage der Beklagten Jahr für Jahr sukzessive verschlechtert hat, von 25 % im Jahre 2002 auf 12,7 %

(= Gewinnhalbierung) per 2006, ohne dass dafür die erfolglose Marketingabteilung verantwortlich gemacht werden könnte. Umgekehrt bleibt festzuhalten, dass die Beklagte erst Ende 2008 mit ihren Änderungsvorschlägen die Geschäftsführung durch den Kläger und seinen Lohn in Frage stellte – in einem Zeitpunkt also, als sich der markante Gewinneinbruch gegenüber 2007 abgezeichnet haben muss. Noch per Ende 2005 – als sich die Gewinnmarge bereits um rund 8 % reduziert hatte – hat sie ihm das auszugsweise bereits zitierte „Grosse Dankeschön“ ausgesprochen.

Wenig gewinnen lässt sich aus dem Hinweis der Beklagten, der Kläger habe den höchsten Lohn im Konzern gehabt; auch aus Fairness gegenüber anderen Geschäftsführern im Konzern, die wesentlich weniger verdient hätten, sei die Lohnreduktion des Klägers geboten gewesen.

Der Kläger war im Zeitpunkt der Änderungsdiskussion bereits 62-jährig. 1989 trat er in die Dienste der X. AG ein und war ab 1992 deren leitender Direktor. Mit der Eingliederung in den Z. Konzern hat die X. AG einzig in Y. AG umfirmiert, das Rechtssubjekt blieb dagegen das nämliche. Entgegen der Betrachtungsweise der Beklagten war der Kläger durchaus seit rund 20 Jahren ihr Mitarbeiter bzw. Geschäftsführer. Um den Lohn eines derart langjährigen geschäftsführenden Mitarbeitenden in Relation zu anderen Geschäftsführern zu setzen, bedürfte es näherer Hinweise zur beruflichen Biographie dieser anderen Geschäftsführer.

An der Sache vorbei zielt auch der Hinweis der Beklagten, die Kündigung sei in ein grosszügiges Auflösungs paket eingebunden worden. Der Kläger hat die letzte Änderungsofferte nicht unterzeichnet, worauf er entlassen wurde. Sein Austritt ist damit keineswegs auf eine Auflösungsvereinbarung zurückzuführen. Erst nach erfolgter Kündigung mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen unterbreitete die Beklagte dem Kläger eine Austrittsvereinbarung, die seinen sofortigen Austritt vorgesehen hätte. Alleine aufgrund des anschliessenden Briefwechsels lässt sich die von der Beklagten beanspruchte Grosszügigkeit in Frage stellen. Im Zeitpunkt der Offerte standen sodann die mit der Kündigungsfrist verbundenen sechs Monatslöhne des Klägers oder Fr. 101'520.– und ein Ferienguthaben von 102 Tagen (exklusive Ferienzuzuwachs während der Kündigungsfrist) oder Fr. 90'606.– zur Disposition. Auch über die Grosszügigkeit der offerierten „Abfindung“ lässt sich damit durchaus diskutieren, zumal das vom Kläger erzielbare Honorar als Berater mitunter vom Goodwill der Beklagten abhängig gewesen wäre und der Kläger mit der Austrittsvereinbarung noch anderweitige Risiken übernommen hätte (vgl. etwa Art. 336c OR).

Zusammenfassend bleiben einzig die nackten Geschäftszahlen, die die Beklagte veranlassen konnten, den Lohn des Klägers zu modifizieren. Dabei ging es um eine Lohnreduktion von Fr. 1'920.– brutto/Monat (oder gut 10 %). Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der vorgesehenen Lohnanpassung (1. August 2009) war der Kläger 63-jährig und er hätte bis zu seiner ordentlichen Pensionierung noch ziemlich genau zwei Jahre zu arbeiten gehabt. Das gesamte Einsparpotential lag damit bei rund Fr. 48'000.–.

Dem stand ein geschäftsführender Mitarbeiter gegenüber, der 20 Jahre seines Berufslebens in den Diensten derselben Arbeitgeberin und nur noch zwei Jahre vor dem ordentlichen Altersrücktritt stand, in dessen Geschäftsführung nichts Konkretes

zu beanstanden war, ausser dass er den Turnaround nicht geschafft hatte, der aber gleichwohl in seiner Funktion belassen werden sollte.

In Würdigung dieser Kriterien lässt sich die Änderungskündigung der Beklagten nicht als betrieblich oder marktbedingt sachlich gerechtfertigt qualifizieren. Vielmehr hätte die Beklagte mit Hinblick auf ihre erhöhten Fürsorgepflichten ungeachtet der Zurückweisung der letzten Änderungsangebote das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (zu veränderten Konditionen) höher zu gewichten gehabt. Dem eminenten Interesse des Klägers, dem es nur mit erheblichen Schwierigkeiten gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, steht angesichts des bescheidenen Sparpotentials der vorgeschlagenen Lohnmodifikationen kein hinreichend schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber.

Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich gekündigt hat, hat der anderen Partei gemäss Art. 336a OR eine Entschädigung auszurichten. Der Richter hat bei deren Bemessung alle Umstände zu berücksichtigen, wobei ihm ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Es gilt vorliegend die lange Dauer der Anstellung des Klägers zu berücksichtigen, sein Alter und der Umstand, dass es ihm ausgesprochen schwer fallen dürfte, kurz vor der Pensionierung nochmals eine Anstellung zu finden. Immerhin hat sich die Beklagte keine „Denkzettelmentalität“ vorwerfen zu lassen. Weiter ist zu beachten, dass die Geschäftszahlen der Beklagten sich tatsächlich erheblich verschlechtert hatten, sodass es nicht grundsätzlich abwegig erscheint, dass die Beklagte nach einer neuen Lösung gesucht hat. Letztlich hat sich die Beklagte nur vorwerfen zu lassen, die beidseitige Interessenslage nicht sorgfältig genug gegeneinander abgewogen zu haben.

In Anbetracht aller Umstände rechtfertigt sich eine Entschädigung in der Höhe von drei (Basis-)Monatslöhnen oder Fr. 50'760.–. Der beanspruchte Verzugszins ab Klaganhebung ist ausgewiesen.»

(AGer., AN09311 vom 25. Januar 2011; vom Obergericht in diesem Punkt bestätigt am 22. Februar 2012; LA110013; zu den Ferien siehe oben Entscheid Nr. 9.)

14. OR 336; Verhalten des Arbeitgebers vor einer Kündigung

Der Kläger war ab Oktober 2005 bei einer Bank in leitender Funktion und als Mitglied der Direktion tätig. 2006 wurde der Kläger zum Mitglied der Geschäftsleitung befördert. 2006 und 2007 erhielt er ausserordentliche Entschädigungen und 2007 wurde der Lohn im Rahmen einer ausserordentlichen Gehaltsanpassung erhöht. Im Dezember 2008 teilte der Vorgesetzte und CEO dem Kläger mit, der Verwaltungsratspräsident der Beklagten habe entschieden, den Kläger aus der Geschäftsleitung auszuschliessen und ihn zu entlassen. Für 2008 erhielt der Kläger weder einen Bonus noch eine ausserordentliche Entschädigung. Am 1. April 2009 wurde ein Nachtrag zum Arbeitsvertrag mit einer anderen Tätigkeit vereinbart. Im November 2009 wurde dem Kläger gekündigt. Gegen diese erhob der Kläger schriftlich Einsprache.

Aus den Erwägungen:

«Der Kläger macht geltend, er habe weder vom CEO noch vom Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten erfahren, weshalb er in Ungnade gefallen und entlassen worden sei. Daher habe der Kläger eine Verschwörung oder üble Nachrede vermutet, dies umso mehr, als sein Geschäftserfolg in seinen Regionen auch 2008 sehr gut gewesen sei. Aufgrund dieser Situation sei der Kläger psychisch schwer erkrankt. Der Kläger sei immer noch arbeitsunfähig. Er sei an der Ungewissheit über die effektiven Kündigungsgründe psychisch zerbrochen. Eine Kündigung, die derart massiv die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verletze und zur Invalidität eines Arbeitnehmers führe, sei rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, das Gegenstück zur Treupflicht des Arbeitnehmers, ist im Gesetz zwar nicht umfassend, aber zumindest teilweise in Art. 328 OR geregelt: Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Was unter gebührender Rücksichtnahme auf die Gesundheit des Arbeitnehmers zu verstehen ist, präzisiert Art. 328 Abs. 2 OR: Der Arbeitgeber hat zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers alle Massnahmen zu treffen, die ihm nach der Natur des in Frage stehenden Arbeitsverhältnisses billigerweise zuzumuten sind. Der Arbeitgeber hat namentlich die Arbeitsgeräte, die der Arbeitnehmer für seine Arbeit benützt, derart bereit zu stellen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit möglichst gefahrlos verrichten kann (ZK-Schönenberger/Staehelin, a.a.O., N. 17 zu Art. 328 OR).

Nach der allgemeinen Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber verpflichtet, im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und dessen berechtigte Interessen in guten Treuen zu wahren. Der Umfang dieser Pflicht im Einzelfall ist nach Treu und Glauben festzustellen (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Wie ihr Gegenstück, die Treupflicht des Arbeitnehmers, ist die Fürsorgepflicht in erster Linie eine Unterlassungspflicht. Der Arbeitgeber hat alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte. Bei der Annahme von Handlungspflichten, die nicht gesetzlich festgelegt oder verabredet sind, ist hingegen Vorsicht geboten. Neben der allgemeinen Fürsorgepflicht als generalklauselartigem Rechtsgrundsatz haben sich besonders gestaltete Fürsorgepflichten herausgebildet, die zum Teil gesetzlich geregelt sind, zum Teil aber mit der allgemeinen Fürsorgepflicht begründet werden und sich grob unter die Gesichtspunkte: Schutz der Persönlichkeit, Schutz des Vermögens und Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens einreihen lassen (BK, a.a.O., N. 2 zu Art. 328 OR).

In BGE 4C.174/2004 hielt das Bundesgericht fest, dass keine Rechtsmissbräuchlichkeit darin liege, dass die Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen habe, ohne vorgängig mit dem Arbeitnehmer das Gespräch zu suchen. Zwar entspreche dies nicht dem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr, rechtswidrig sei aber dieses Verhalten nicht. Da die Kündigung den Arbeitnehmer in einer mit Blick auf seinen Gesundheitszustand schwierigen Situation getroffen habe, sei dessen Verletzung und damit auch dessen Verärgerung über das Vorgehen der Beklagten

verständlich. Dies reiche aber mit Blick auf das in der Schweiz geltende Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen.

Es kann daher offen gelassen werden, ob die Beklagte dem Kläger die Kündigungsgründe darlegte, wie sie behauptet.

Denn unbestrittenermassen fanden zwischen dem CEO und dem Kläger Gespräche statt, worin der CEO dem Kläger erklärte, der VR-Präsident habe ihn, den CEO, aufgefordert, den Kläger wegen Führungsproblemen seiner Funktion als Leiter des Private Banking zu entheben, ihn aus der Geschäftsleitung auszuschliessen und das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger so rasch als möglich zu beenden. Die Gespräche verliefen offenbar nicht nach den Vorstellungen des Klägers. Mit Verweis auf den oben zitierten Bundesgerichtsentscheid macht dies die Kündigung aber keineswegs missbräuchlich. Indem die Beklagte mit dem Kläger kein Gespräch führte in der Ausgestaltung und Intensität, wie es der Kläger wünschte, und angeblich nicht die wahren Kündigungsgründe bekannt gab, ist keine Verletzung der Fürsorgepflicht zu erkennen.

Zwar entspricht es einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Es ist aber zwischen einem unanständigen und einem rechtswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers zu sanktionieren. Nur Verstösse gegen gesellschaftliche Verhaltensnormen, die so krass sind, dass sie von der Gesellschaft nicht toleriert werden können, muss die Rechtsordnung durch geeignete Massnahmen unterbinden. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht auch keine Anhörungspflicht vor der Kündigung vor (Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 E.2.4 vom 5. August 2004).

Die unwahre Begründung einer Kündigung lässt diese nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als solche missbräuchlich werden. Eine unwahre, unvollständige oder fehlende Begründung begründet noch keine Vermutung, die Kündigung sei (aus einem anderen Grund) missbräuchlich, kann dafür aber ein Indiz darstellen (BGE 121 III 60 E. 3d).

Vorliegend muss aber nicht einmal untersucht werden, ob die behaupteten Gründe tatsächlich wahr sind, denn der Kläger versäumte, die angeblichen wahren Gründe zu behaupten. Spätestens an der Hauptverhandlung begründete die Beklagte ausführlich die Kündigung, sodass der Kläger nunmehr hätte die wahren Kündigungsgründe angeben können. Dies tat er nicht. Der Kläger kann sich aber nicht mit der Aussage begnügen, alle angegebenen Gründe seien unzutreffend und die Kündigung sei daher missbräuchlich.

Keine Fürsorgepflichtverletzung kann der Beklagten ferner vorgeworfen werden dadurch, dass X., Verwaltungsratspräsident einer anderen Niederlassung der Beklagten, den Brief des Klägers nicht beantwortete oder dass Y., dem Personalberater und Headhunter, welcher den Kläger bei der Beklagten vermittelte, keine Auskunft über die Kündigungsgründe erteilt wurde. Gegenüber letzterem durfte die Be-

klagte aus datenschutzrechtlichen Überlegungen keine Aussage tätigen. Sodann gehörte es nicht zur Aufgabe von X. Stellung zu nehmen zu einer Kündigung, die von der Beklagten ausgesprochen wurde.

Schadenersatz

Der Kläger fordert eventualiter für den Fall, dass die Kündigung nicht rechtsmissbräuchlich sei, dass die Beklagte aufgrund der massiven Verletzung der Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit der Kündigung zu Schadenersatz zu verurteilen sei. Der Kläger sei über die Kündigungsgründe vollständig im Unklaren gelassen worden, was zu einer tiefen Verunsicherung und zu einem Absturz geführt habe. Er sei daran psychisch zerbrochen, wie aus dem Arzzeugnis hervorgehe. Der Kläger sei heute invalid und werde seinen Beruf nicht mehr ausüben können, weshalb der Schaden immens sei, sodass die geltend gemachten Fr. 133'755.– ein angemessener Schadenersatz darstellen.

Es kann offen bleiben, ob die Beklagte die Kündigungsgründe dem Kläger bekannt gab, da weder das Verweigern eines Kündigungsgesprächs noch die Nichtbekanntgabe der effektiven Kündigungsgründe rechtswidrig ist oder gar eine Fürsorgepflichtverletzung darstellt.

Die schuldhafte Verletzung der – die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers umfassenden – Fürsorgepflicht würde den Arbeitgeber nach Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig werden lassen (vgl. BK-Rehbinder, a.a.O., N. 25 zu Art. 328 OR). Dabei hat der Arbeitnehmer den Schaden, die Vertragswidrigkeit (Sorgfaltspflichtverletzung) und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen beiden zu beweisen.

Vorliegend substantiiert der Kläger den Schadenersatz keineswegs, sondern behauptet lediglich, der Schaden sei immens, da er heute invalid sei und seinen Beruf nicht ausüben könne. Daher seien die geltend gemachten Fr. 133'755.– ein angemessener Schadenersatz. Betreffend Ausführungen zum Kausalzusammenhang wird auf das Arzzeugnis verwiesen. Eine Sorgfaltspflichtverletzung besteht, wie aufgezeigt wurde, nicht, wobei der Kläger nicht wirklich begründet, inwiefern diese verletzt wurde.

Daher ist die Klage in Bezug auf den Schadenersatzanspruch infolge Verletzung der Fürsorgepflicht abzuweisen.»

(AGer., AN100607 vom 24. August 2011)

15. OR 336; Fehlende Teamfähigkeit als Kündigungsgrund?

Kurz vor Ablauf der Probezeit gab es ein Gespräch zwischen dem Kläger (einem Softwareentwickler) und den Geschäftsführern der Beklagten. Zwei Tage später wurde dem Kläger gekündigt. Gleichzeitig verlängerte die Beklagte unter Hinweis auf die schwierige Wirtschaftslage die Kündigungsfrist um drei Monate und dann nochmals um drei Monate. Der Kläger geht davon aus, er sei entlassen worden, weil er sich mehrfach auf die gleitende Arbeitszeit sowie auf die Anrechnung von Reisezeit berufen habe. Erst nach mehrmaligem Insistieren sei ihm die Reisezeit vergütet worden

und die Beklagte habe den Vertrag dahingehend abändern wollen, dass keine Arbeitszeit mehr erfasst werden müsse.

Aus den Erwägungen:

«Missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR

Aufgrund der Zeugenaussagen ist erstellt, dass es zwar zu Diskussionen wegen der Arbeitszeitregelung kam, das Insistieren des Klägers auf dieselbe jedoch nicht kausal für die Kündigung war. Vielmehr haben die Zeugen übereinstimmend ausgesagt, dass dem Kläger hauptsächlich gekündigt wurde, weil seine Leistungen den Anforderungen der Beklagten nicht genügten und die Mitarbeiter der Ansicht waren, der Kläger passe nicht ins Team. Er wurde als pingelig, träge und als Bremsklotz beschrieben. Offenbar hat der Kläger aber ein anderes Selbstbild. So zeigte er sich erstaunt darüber, dass nun seine ehemaligen Arbeitskollegen derart ausgesagt haben. Es besteht aber kein Anhaltspunkt dafür, dass die Zeugen ihren subjektiven Eindruck nicht wahrheitsgemäss wiedergegeben hätten. Das Verhalten des Klägers entsprach einfach nicht der Firmen- und Teamkultur bei der Beklagten, er passte mit seiner Persönlichkeit nicht ins Team. Die Beklagte durfte zu Recht entscheiden, unter diesen Umständen nicht mehr mit dem Kläger zusammenarbeiten zu wollen. Der Kläger führte in seiner Einsprache selber an, als offizieller Kündigungsgrund sei ihm mitgeteilt worden, er passe nicht zur „Kultur der Firma“. Damit gibt er zu, dass dieser Punkt thematisiert wurde. Eine Racheekündigung liegt somit nicht vor. Die Kündigung erweist sich nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

Missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

In seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis bringt der Kläger vor, alle Zeugenaussagen hätten gezeigt, dass er unter anderem auch wegen seiner Persönlichkeit entlassen worden sei. So sei mehrfach ausgesagt worden, er habe nicht ins Team gepasst, er sei pingelig und ein Bremsklotz gewesen. Die Mitarbeiter hätten sich am Erscheinungsbild und am trägen Verhalten des Klägers gestört. Die Beklagte habe es indessen nicht für nötig erachtet, die Persönlichkeit und das Erscheinungsbild weder im Probezeitgespräch noch in anderen Gesprächen anzusprechen oder gar Massnahmen betreffend das Erscheinungsbild des Klägers zu unternehmen. Es seien auch nirgends Massnahmen getroffen worden, um ihn vermehrt ins Team zu integrieren. Der Arbeitgeber sei aber aufgrund seiner Fürsorgepflicht verpflichtet gewesen, vor der Kündigung zumutbare Massnahmen zur Entschärfung eines Konflikts zu ergreifen. Insbesondere hätten Aussprachen, Teamsitzungen oder Mediationen durchgeführt oder externe Coaches beigezogen werden müssen. [...]

Dem Kläger wurde noch in der Probezeit gekündigt. Zweck der Probezeit ist es, den Parteien die Möglichkeit zu bieten, einander kennenzulernen und die Chancen für eine langfristig positive Arbeitsbeziehung abzuschätzen. In der Probezeit wirkt die Abschlussfreiheit der Parteien nach, indem sie den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnen Erkenntnisse frei treffen können. Im Lichte des Zwecks der Probezeit ist auch der Tatbestand der missbräuchlichen Kündi-

gung auszulegen. Insbesondere kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, dass er das Arbeitsverhältnis fortsetzt, wenn bereits in der Probezeit Differenzen in der Zusammenarbeit mit dem Mitarbeiter erkennbar werden (Streiff/von Kaenel. a.a.O., N. 9 zu Art. 335b OR; BGE 4A_432/2009 E. 2.1 und E. 2.4).

Vorliegend hat sich noch in der Probezeit gezeigt, dass sich der Kläger – aus Sicht des Teams und seiner Vorgesetzten – nicht richtig in das Team einfügen konnte bzw. nicht ins Team passte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Teammitgliedern und den Vorgesetzten um langjährige Mitarbeiter handelt, die sich offenbar zu einem dynamischen Ganzen und eingefleischten Team entwickelt haben. Die Zeugen schildern das Arbeitsklima bei der Beklagten als sehr positiv. Mit dem Kläger konnte offenbar keine fruchtbare Zusammenarbeit zustande kommen. Es ist auch kein Widerspruch darin zu sehen, dass die Beklagte die Kündigungsfrist total um sechs Monate verlängerte. Dies geschah in gegenseitigem Einvernehmen und zugunsten des Klägers, der sich in einer wirtschaftlich schwierigen Zeit auf Stellensuche begeben musste. Unter diesen Umständen war die Beklagte nicht verpflichtet, zunächst zumutbare Massnahmen zu ergreifen, um die Lage zu entspannen. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Kündigung nicht als missbräuchlich.»

(AN100146 vom 15. September 2011)

16. OR 337; Tätlichkeiten am Arbeitsplatz

Der Kläger war in einem Hotel als Casserolier tätig. Mit Schreiben vom 27. Juli 2010 entliess ihn die Beklagte wegen eines angeblichen körperlichen Angriffs auf einen Mitarbeiter fristlos. Gegen den Kläger wurde ein Strafverfahren eröffnet.

Aus den Erwägungen:

«Eine fristlose Kündigung ist gerechtfertigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 337 Abs. 1 OR). Sehr schwere Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers berechtigen den Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis sofort und ohne vorgängige Verwarnung aufzulösen. Darunter fallen insbesondere die Begehung eines Vergehens oder Verbrechens während der Anstellung, soweit die Vertrauenswürdigkeit dahingefallen ist. Ist der Arbeitgeber selber oder ein anderer Mitarbeiter Opfer der strafbaren Tat, genügen schon recht geringfügige Taten, wie etwa Tätlichkeiten. Ob es zur Strafanzeige kommt und ob ihr die Strafverfolgungsbehörde Folge leistet, ist unerheblich (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 337 mit Verweisen; BGE 4C.114/2005 E. 2.1 vom 4. August 2005).

Zum Vorfall wurde I. von Amtes wegen als Zeugin befragt. Sie ist eine ehemalige Arbeitskollegin der Klägers, welche bis im November 2010 für die Beklagte tätig war. Als Augenzeugin der Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und S. bestätigte sie ihren schriftlichen Bericht vom 25. Juli 2010. In ihrer Einvernahme führte sie aus, sie sei am besagten Tag im Frühstücksraum gewesen und habe sauber gemacht. Dann habe sie einen Schrei aus der Küche gehört. Sie sei dann zur Küche gelaufen.

Dort habe sie niemanden angetroffen und sei weiter Richtung Personalraum gegangen. Sie habe den Kläger und S. kämpfen gesehen. Sie habe gesehen, dass der Kläger vor S. gestanden sei und auf ihn eingeschlagen habe. S. sei zu Boden gegangen. Dieser habe sich gewehrt und geschrien. Dann sei sie – die Zeugin – weg gelaufen. Der Kläger habe S. im Bereich des Oberkörpers geschlagen. Ob es mehrere Schläge gewesen seien, könne sie nicht mehr sagen. Sie habe gesehen, dass S. in gekrümmter Haltung gesessen sei oder gekniet habe und versucht habe, sich zu wehren. S. habe nicht geschlagen. Es sei nicht so gewesen, dass der Kläger S. nur am Kragen gepackt habe.

In seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis machte der Kläger geltend, die Zeugin I. habe falsch ausgesagt. Weshalb sie lüge, wisse er auch nicht.

Es gibt allerdings keinen Grund, an der Zeugenaussage von I. zu zweifeln. Zum einen ist die Zeugin glaubwürdig. So hat sie kein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses. Sie steht auch nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten und hatte mit dem Kläger ein rein geschäftliches Verhältnis. Sodann sind ihre Aussagen glaubhaft. Die Schilderungen der Zeugin sind in sich kohärent und decken sich mit dem von ihr verfassten Bericht vom 25. Juli 2010. Dass sich der Sachverhalt so – wie von der Zeugin geschildert – zugetragen hat, wird auch dadurch untermauert, dass S. nach dem Ereignis im Spital ambulant in der Chirurgie behandelt werden musste und ihm für drei Tage eine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wurde. Es kann damit als nachgewiesen erachtet werden, dass der Kläger seinen Arbeitskollegen S. während der Arbeit in den Räumlichkeiten der Beklagten geschlagen und dabei zumindest leicht verletzt hat.

Für die fristlose Kündigung vom 27. Juli 2010 kann sich die Beklagte auf einen wichtigen Grund stützen. Physische Gewalt am Arbeitsplatz, die von einem Arbeitnehmer ausgeht und zu einer dreitägigen Arbeitsunfähigkeit eines anderen Mitarbeiters führt, muss der Arbeitgeber nicht tolerieren. Eine Verwarnung war aufgrund des schwerwiegenden Fehlverhaltens des Klägers vorliegend nicht nötig. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist demnach gerechtfertigt.»

(AGer., AN100927 vom 15. Juli 2011)

17. OR 337; Beschimpfungen am Arbeitsplatz

Der Kläger war als Gebäudereiniger tätig. Mit Schreiben vom 12. November 2010 löste der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos auf. Der Beklagte gab zwei Gründe für die fristlose Entlassung an, die aber wegen Zeitablaufs nicht mehr für eine fristlose Entlassung geeignet waren sowie, der Kläger habe den Beklagten als «Arschloch» und «Wichser» beschimpft.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes können Schimpfwörter, wie sie der Kläger gegenüber dem Beklagten gebraucht haben soll (Arschloch, Wichser), eine fristlose Entlassung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen. Vorausgesetzt ist aber,

dass die Verfehlung des Arbeitnehmers aufgrund der gesamten Umstände tatsächlich so schwer wiegt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheint. Das Bundesgericht hielt fest, dass dabei die Umstände des Einzelfalls relevant sind (Urteil 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005, E. 4 ff.). Bei diesem Entscheid wurde auch der Umstand beachtet, dass je nach Branche ein anderer Umgangston herrsche. Beispielsweise auf einer Baustelle oder eben in einem Gebäudereinigungsunternehmen wird anders gesprochen als in der Teppichetage einer Grossbank. Auch während der Hauptverhandlung wurde deutlich, dass zwischen den Parteien ein ziemlich rüder Umgangston gepflegt wurde. Ausserdem ist der Kläger der Ansicht, der Beklagte habe ihn aufgrund seiner Herkunft aus dem Osten Deutschlands beschimpft. In einem solchen Umfeld ist die Hemmschwelle, ein derartiges Schimpfwort auszusprechen, geringer als in anderen Berufsbereichen.

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ebenfalls zu berücksichtigen, wenn sich der Arbeitnehmer in einer aussergewöhnlichen Situation in verständlicher Erregung befand (Urteil 4C.400/2005 vom 24. März 2006, E. 2.1). Es wird von beiden Parteien behauptet, sie seien beleidigt worden. Ausserdem empfand der Kläger dieses Gespräch als fristlose Kündigung. Diese Ausführungen erwecken den Eindruck, das Telefongespräch vom 12. November 2010 sei nicht auf eine ruhige Art und Weise geführt worden und der Kläger habe sich dadurch in einer zumindest teilweise verständlichen Erregung befunden.

Weiter ist zu beachten, in welchem Umfeld die angebliche Beschimpfung stattgefunden hat, bzw. ob Drittpersonen in diesem Zeitpunkt in unmittelbarer Nähe gewesen sind. Dabei geht es um die Frage, ob bzw. in welchem Masse die Autorität des Arbeitgebers untergraben worden ist, indem er in Gegenwart anderer Angestellten beschimpft und beleidigt worden wäre (Urteil des Bundesgerichts 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005, E. 2). Die zwei Kraftausdrücke wären während eines Telefongesprächs gefallen und nicht für Drittpersonen bestimmt gewesen. In diesem Fall gilt es zu berücksichtigen, dass der Beklagte sich zu diesem Zeitpunkt, gemäss eigenen Angaben, in seinem Auto aufgehalten habe. Seine Lebenspartnerin habe sich ebenfalls im Fahrzeug befunden, was der Kläger jedoch nicht wissen konnte. Es waren aber keine Mitarbeiter in unmittelbarer Nähe, die diese Konversation und die Untergrabung der Autorität des Vorgesetzten durch den Kläger hätten verfolgen können. Auch waren keine Kunden in der Umgebung, welche die behauptete Beschimpfung hätten hören können, womit auch nicht der Ruf des Unternehmens geschädigt werden konnte.

Wohlverstanden soll nicht der Eindruck erweckt werden, das Gericht sei der Auffassung, der Kläger hätte sich nicht fehl verhalten, wenn er seinen Arbeitgeber mit solchen Kraftausdrücken beleidigt hätte. Das wäre in keinem Fall angängig. So wie nicht jedes Fehlverhalten eines Arbeitnehmers eine fristlose Entlassung rechtfertigt, zeigt auch die Praxis bei solchen Beschimpfungen, dass es auf den Einzelfall ankommt und die konkreten Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 337 OR, mit Verweisen). Die fristlose Entlassung ist nicht ein Mittel, um ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren und dem Arbeitgeber eine Befriedigung zu verschaffen. Sie dient vielmehr als Ausweg, wenn die Situation

objektiv nicht mehr tragbar ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005, E. 3.3).

Gemäss Arbeitsvertrag der Parteien bzw. Art. 335c Abs. 1 OR vereinbarten sie eine Kündigungsfrist von einem Monat. Bei dieser kurzen Frist wäre es dem Beklagten zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis mit der ordentlichen Kündigungsfrist zu beenden. Insbesondere, da die Arbeit des Klägers durch den Beklagten nicht beanstandet worden ist. Des Weiteren wurde durch den Beklagten nicht geltend gemacht, solche Kraftausdrücke seien bereits früher gefallen. Es hätte sich demnach um eine einmalige Entgleisung des Klägers gehandelt. Gemäss Bundesgericht ist dies ebenfalls ein Gesichtspunkt, der für die Zumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses spricht (Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 1998, in: JAR 1999 S. 283).

Die fristlose Entlassung ist demzufolge ungerechtfertigt.»

(AGer., AN110008 vom 31. März 2011; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig)

18. OR 337; Diebstahlsverdacht; Verspätete Reaktion

Der Kläger war als Gipser tätig. Nach einer Diskussion am 21. April 2011 über zu bewilligende Ferien und teilweise fehlendem Lohn wurde der Kläger mit Schreiben vom gleichen Tag fristlos entlassen.

Aus den Erwägungen:

«Nach Lehre und Rechtsprechung bildet das Begehen eines Vergehens oder Verbrechens während des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich einen Grund, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Insbesondere eine Straftat zum Nachteil des eigenen Arbeitgebers ist regelmässig geeignet, das Vertrauen so unheilbar zu zerstören, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wird. Ob es zu einer Strafanzeige und zu einer Strafuntersuchung kommt, ist dabei unerheblich (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 337 OR).

Im vorliegenden Fall wird dem Kläger ein zweifacher Diebstahl von zwei Maschinen vorgeworfen. Diese verschwanden einerseits an einem unbestimmten Tag im November 2010 und andererseits um den 20. Februar 2011 herum. Der Kläger bestreitet diese Diebstähle mit Nachdruck. Da die Beklagte keine polizeilichen Ermittlungen veranlasst hat, dürfte es ihr nach so langer Zeit schwerfallen, eine Täterschaft des Klägers zu beweisen, zumal die Tatorte ein Lager der Beklagten und eine Baustelle gewesen sein sollen, zu denen auch andere Personen Zugang hatten.

Es kann aber auch dahingestellt bleiben, ob dem Kläger eine Täterschaft nachgewiesen werden könnte. Denn gemäss eindeutiger Lehre und Rechtsprechung bedarf es einer umgehenden Reaktion, wenn eine fristlose Entlassung gerechtfertigt sein soll. Mit anderen Worten ist eine fristlose Entlassung umgehend zu erklären, wenn der Arbeitgeber möglichst sichere Kenntnis der Gründe hat, welche das Weiterführen des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen und zu der fristlosen Entlassung führen. Umgehend heisst nach Bundesgericht im Normalfall eine Frist

von zwei bis vier Tagen (BGer in JAR 1994 S. 223, bestätigt in JAR 1998 S. 235, 2000 S. 231 und 232, 2002 S. 267; BSK OR I – Rehbinder/Portmann, N. 12 zu Art. 337, mit Verweisen).

Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger habe ihr zwei Arbeitsmaschinen gestohlen. Diesen Verdacht hegte sie spätestens seit dem zweiten Vorfall, rund um den 20. Februar 2011. Gleichwohl führte sie das Arbeitsverhältnis noch ziemlich genau zwei Monate weiter, ohne dass es ihr unzumutbar gewesen wäre. Damit hat die Beklagte – falls die Täterschaft des Klägers bewiesen wäre – ihr Recht auf eine fristlose Entlassung verwirkt, denn sie hat damit auch dokumentiert, dass es ihr trotz ihres dringenden Tatverdachts nicht unzumutbar war, das Arbeitsverhältnis während rund zwei Monaten fortzusetzen.»

(AGer., AH110142 vom 28. November 2011; eine Berufung ist noch hängig)

19. OR 340; Beschränkung des Konkurrenzverbots

Die beiden beklagten Anlageberater waren vor dem Arbeitsverhältnis mit der Schweizerischen Zweigniederlassung einer international tätigen Gruppe vornehmlich in Deutschland tätig. Nach ihrem Austritt wechselten die Beklagten zu einem ehemaligen Kunden der Klägerin in Deutschland. Zu prüfen war die Auslegung eines unvollständigen Konkurrenzverbotes.

Aus den Erwägungen:

«Das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 Abs. 1 OR ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist (Art. 340a Abs. 1 OR). Entscheidend ist dabei, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht mehr rechtfertigen lässt (BGE 130 III 353 E. 2).

Zunächst ist festzuhalten, dass das Konkurrenzverbot in zeitlicher Hinsicht auf zwei Jahre beschränkt ist. Diese Dauer ist vertretbar und nicht zu beanstanden.

Das Konkurrenzverbot ist örtlich im extensivsten Fall auf das Gebiet zu beschränken, in dem sich der frühere Arbeitgeber betätigt hat und darf sicher nicht darüber hinausgehen (Christoph Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 50). Wenn allerdings seine räumliche Ausdehnung für den Arbeitnehmer zu einer ungebührlichen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens führt, ist es unsittlich (Lukas Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Freiburg 2001, S. 51/52).

Eine Beschränkung in örtlicher Hinsicht fehlt vollständig. Dies führt allerdings nicht dazu, dass das Konkurrenzverbot einfach nichtig ist, wie ein Teil der Lehre postuliert. Was die materiellen Erfordernisse in Bezug auf die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots betrifft, ist von einem zwischen den Parteien gültig zustande gekom-

menen Konkurrenzverbot auszugehen, auch wenn eine schriftliche Umschreibung des räumlichen Gebiets gänzlich fehlt (ZR 103 [2004] Nr. 42, S. 170). Das Bundesgericht entschied, in diesem Fall müsse die zulässige Schranke nach richterlichem Ermessen festgelegt werden (BGE 91 II 372). Nach Art. 340a Abs. 2 OR muss der Richter ein übermässiges Konkurrenzverbot auf das erlaubte Mass herabsetzen. Das gilt auch dann, wenn eine örtliche (auch zeitliche oder gegenständliche) Beschränkung vollständig fehlt (Neeracher, a.a.O., S. 63).

Die Klägerin ist eine Schweizer Bank, die auch Geschäftsstellen im Ausland hat. Gemäss ihrem Internetauftritt hat sie in verschiedenen andern Ländern Standorte, nicht aber in Deutschland. Die Beklagten demgegenüber waren nach Beendigung ihrer Tätigkeit bei der Klägerin in Deutschland tätig.

Besonders unter Berücksichtigung des Umstands, dass sich der berufliche Schwerpunkt der Beklagten vor und nach dem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin in Deutschland befunden hat oder befindet, dürfte eine Ausdehnung des Konkurrenzverbots auf die ganze Schweiz jedenfalls noch als angemessen betrachtet werden. Damit stellt sich die Frage, ob es zusätzlich noch Deutschland und damit den grössten Teil des deutschsprachigen Raums umfassen dürfte. Nur dann wäre es für diesen Streit relevant. Dies ist zu verneinen. Das Resultat hätte eine unbillige Einschränkung des beruflichen Fortkommens der beiden Beklagten zur Folge, welche beide in Deutschland aufgewachsen und den grösseren Teil ihrer beruflichen Karriere dort verbracht haben. Es kommt dazu, dass sich die Klägerin laut ihrem eigenen Auftritt in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit vornehmlich auf die Schweiz, Liechtenstein, Österreich und ein paar weitere Staaten konzentriert und an diesen Orten auch Zweigstellen besitzt.

Der Einwand, die Finanzwelt gehöre zu den am meisten globalisierten Wirtschaftszweigen, ist zweifellos richtig, aber nicht stichhaltig, denn das hätte konsequenterweise nur noch weltweit gültige Konkurrenzverbote zur Folge. Mit dem Argument der Globalisierung lässt sich deshalb eine Ausdehnung des Konkurrenzverbots auf Deutschland nicht rechtfertigen. Es ist vielmehr auf die Schweiz zu beschränken. Damit ist die logische Folge, dass die Beklagten mit ihrer nachvertraglichen Tätigkeit das Konkurrenzverbot so oder so nicht verletzt haben können.»

(AGer., AG100021 vom 19. September 2011)

20. OR 340c; Begründeter Anlass für Wegfall des Konkurrenzverbots?

Zuvor war die Klägerin zusammen mit S. und T. Aktionärin bei der früheren X. AG, wobei sie dort als freiberufliche Beraterin tätig waren und zugleich im Verwaltungsrat sass. S. und T. verliessen dann die X. AG und gründeten Ende 2007 die vorliegende Beklagte, welche im gleichen Fachbereich tätig ist. Die Klägerin arbeitete ab Anfang 2008 als Partnerin und Geschäftsleitungsmitglied für die Beklagte. Vertraglich war ein Konkurrenzverbot vereinbart. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis per Ende März 2010. Anschliessend nahm sie die Tätigkeit bei einem der bisherigen Kunden auf und behielt einen weiteren von ihr bisher betreuten Kunden.

Die Beklagte machte vor Gericht unter anderem eine Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots geltend.

Aus dem Entscheid :

«Die Klägerin macht schliesslich geltend, sie habe einen begründeten Anlass zur Kündigung gehabt, weshalb das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Nach ihren Ausführungen habe der begründete Anlass in der Veränderung der Situation bei der Arbeit bestanden: Die Allgemerkosten seien drei- bis fünfmal so gross wie bei der früheren Arbeitgeberin gewesen und die Klägerin sei mehr und mehr zu einer normalen Arbeitnehmerin gemacht worden; 2009 seien ihr sogar Umsatzziele vorgelegt worden.

Die Beklagte führte dazu aus, dass man lediglich einen neuen Vertrag zur Motivation der Klägerin vorgeschlagen habe; es seien ihr aber keine Folgen bei einer Nichtunterzeichnung angedroht worden.

Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu veranlassenden Anlass auflöst.

An die Schwere des begründeten Anlasses ist der gleiche Massstab wie bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber anzuwenden (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR). Ein begründeter Anlass besteht bei jeder Vertragsverletzung, die vom Gehalt her mehr als nur geringfügig bezeichnet werden muss. Ausserdem genügt ein Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zu einer Kündigung bilden kann, wobei keine eigentliche Vertragsverletzung vorliegen muss (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 340c OR). Als begründete Anlässe werden etwa schlechte Arbeitsbedingungen, unwürdige Behandlung des Arbeitnehmers oder Nichteinhalten von Versprechungen genannt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR). Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung ist ausserdem eine Kausalität notwendig. Dies ist gemäss Praxis nicht mehr der Fall, wenn der Anlass zur Kündigung mehrere Monate zurückliegt (ZK-Stachelin, a.a.O., N. 9 zu Art. 340c OR, mit Hinweis auf JAR 1982, S. 224; JAR 1981, S. 184; ZR 45 [1946], S. 378 ff.).

Von der Klägerin wurde nicht genügend dargelegt, welche Vorkommnisse einen begründeten Anlass für die Kündigung lieferten. Sie wurde als Arbeitnehmerin eingestellt und unterschrieb den Arbeitsvertrag vom 3. Januar 2008. Nach diesem Vertrag hatte sie einen Fixlohn von Fr. 120'000.– im Jahr und Anspruch auf einen Bonus, der von den tatsächlich erreichten Resultaten abhängig war. Ohne Androhung von Rechtsfolgen wurde der Klägerin der Nachtrag 1 zum Arbeitsvertrag unterbreitet, der denselben Fixlohn vorsah und den Bonus für das Jahr 2010 vom Erreichen eines bestimmten Umsatzes abhängig machte. Dies steht im Einklang mit dem von der Klägerin unterschriebenen Arbeitsvertrag und ergibt keinen begründeten Anlass zur Kündigung, denn es ist keineswegs ersichtlich, inwiefern das Anstellungsverhältnis eine bedeutende Änderung erfahren haben sollte. Mit dem Vorschlag einer neuen Bonusregelung wurde ebenfalls lediglich eine neue Verhandlungsbasis aufgestellt, was gemäss den Ausführungen der Klägerin sogar notwendig war, weil die Bonusregelung für das Jahr 2008 lediglich als provisorische Einigung angesehen wer-

den konnte. Inhalt der Verhandlungen war ebenso die kritisierte Kostenverteilung. Da sich auch diese noch im Verhandlungsstadium befand und man sich immerhin für das Jahr 2008 gefunden hatte, kann die Kostenverteilung nicht als begründeter Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses dienen.

Das Vorliegen höherer Allgemeynkosten vermag ebenso wenig einen Anlass zur Kündigung zu begründen. Die Klägerin ging bei der Beklagten ein neues Arbeitsverhältnis ein, während sie bei der X. AG Miteigentümerin war. Bei der Beklagten handelt es sich nicht um eine direkte Nachfolgerin der X. AG: Vielmehr traten gewisse Partner aus und nahmen die Möglichkeit wahr, ein neues Unternehmen zu gründen. Mit der Beklagten wurde von ehemaligen Partnern der X. AG eine solche eigenständige juristische Person gegründet. Dass die Bedingungen anders sein würden als im vorherigen Vertragsverhältnis, anerkannte die Klägerin mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages mit der Beklagten. Damit nahm sie auch eine Änderung der Höhe der Allgemeynkosten in Kauf.

Zudem fehlt zwischen den erhöhten Allgemeynkosten und der Kündigung die zeitliche Nähe, welche zur Begründung der Kausalität verlangt wird. Nach den Ausführungen der Klägerin waren die Kosten bei der Beklagten allgemein drei- bis fünfmal so hoch wie bei der X. AG. Dass dies so war, wurde spätestens mit der Bonusaufstellung für das Jahr 2008 auch der Klägerin bekannt. Die Kündigung erfolgte jedoch erst per 31. März 2010, womit die erforderliche zeitliche Nähe zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung fehlt.

Damit kann festgehalten werden, dass kein von der Arbeitgeberin zu vertretender, begründeter Anlass zur Kündigung bestand, der hinreichend wäre, das Konkurrenzverbot hinfällig werden zu lassen.»

(AGer., AN100813 vom 31. Januar 2011)

21. OR 349a; Mindestlohn beim Handelsreisenden

Ein Handelsreisender kam mit einer Schule in Kontakt, welche auch Lehrmittel vertreibt. Er sollte Sprachkurse an Privatpersonen verkaufen, welche aufgrund von Inseraten ihr Interesse bei der Beklagten anmeldeten. Das Salär sollte ausschliesslich aufgrund von Verkaufsprovisionen ausgerichtet werden, wobei es unterlassen wurde, über deren Höhe oder die Parameter zu deren Berechnung eine Vereinbarung zu treffen. Der Kläger begann seine Arbeit im Januar 2009. Er erhielt 117 Karten von potentiellen Kunden und im Februar nochmals 25. Ihm gelangen während der Dauer seiner Anstellung bloss acht Verkäufe. Anfangs April wurde das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte beendet. Vor Gericht verlangte der Kläger unter anderem den Lohn für die ganze Dauer der Anstellung, da er nur Spesen erhalten habe.

Aus dem Entscheid:

«Art. 349a Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber dem Handelsreisenden einen Lohn zu entrichten hat, der aus einem festen Teil allein oder aus einem festen und

einem Provisionsteil besteht. Dies haben die Parteien so nicht geregelt, sondern sich – wenn überhaupt – auf einen Lohn, ausschliesslich aus einer Provision bestehend, geeinigt. Diese Möglichkeit lässt das Gesetz den Vertragsparteien ausdrücklich offen, allerdings nur dann, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Es muss eine schriftliche Abrede geschlossen werden und die Provision muss ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergeben.

Beide Voraussetzungen liegen offenkundig nicht vor. Die Parteien schlossen überhaupt keinen schriftlichen Vertrag und verletzten somit auch Art. 347a OR, der für den Handelsreisendenvertrag einen solchen als zwingend voraussetzt. Auch ein angemessenes Entgelt wurde nicht bezahlt. Der Kläger erhielt für die Vertragszeit vom 16. Januar bis 3. April 2009 (78 Kalendertage) insgesamt Fr. 3'307.– ausbezahlt, was einem durchschnittlichen Monatslohn in der Höhe von Fr. 1'272.– (30 Kalendertage) entspricht. Dass ein solcher Lohn kein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit eines Handelsreisenden ist, braucht nicht näher begründet zu werden.

Bildet der Lohn kein angemessenes Entgelt, hat der Richter dieses festzusetzen, wobei er (im Gegensatz zu einem Fixum) freies Ermessen hat (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 349a OR). Das betriebsrechtliche Existenzminimum bildet keinen angemessenen Lohn, der Handelsreisende hat vielmehr Anspruch auf das Entgelt, das er in seiner besonderen Situation auf dem Arbeitsmarkt durchschnittlich verdienen kann (BK-Rehbinder, a.a.O., N. 6 zu Art. 349a OR). Der Lohn ist dabei aufgrund des jeweiligen Einzelfalles zu ermitteln. Er ist angemessen, wenn er dem Handelsreisenden einen Verdienst garantiert, mit dem er sein Leben gemäss seinem Arbeitseinsatz, seiner Ausbildung, seiner Dienstjahre, seinem Alter und seinen sozialen Aufgaben auf eine zufriedenstellende Weise finanzieren kann. Als Richtlinie ist zu berücksichtigen, was in der Branche üblich ist (BGE 129 III 664, 670, mit Verweisen).

Der Kläger ist ausgebildeter diplomierter Handelsreisender und arbeitet schon seit vielen Jahren auf seinem Beruf. Er war damals 43 Jahre alt, hatte mit anderen Worten eine reichliche Berufserfahrung sammeln können. Weitere Einzelheiten über ihn sind nicht bekannt. Gemäss den Tabellen des Bundesamtes für Statistik betrug der Normallohn (Medianlohn) im Jahre 2008 für Männer im Bereich „Handelsvermittlung“ und im Gebiet Zürich Fr. 5'104.– (bei einfachen und repetitiven Tätigkeiten) und Fr. 6'348.– (bei vorausgesetzten Berufs- und Fachkenntnissen). Genauer und aufschlussreicher ist die Aufstellung der orts- und berufsüblichen Mindestlöhne des Departements für Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Stand 1. März 2008). Der Mindestlohn für Handelsreisende (mit Zulassungsprüfung) im 1. Berufsjahr beträgt Fr. 5'413.– bzw. für eidgenössisch diplomierte Handelsreisende Fr. 6'453.–. Dies gilt für Männer zwischen 40 und 50 Jahren, wie es der Kläger ist.

Unter Berücksichtigung, dass der Kläger einerseits in die genannte Altersstufe fällt, dass er eidgenössisch diplomiert ist, was nicht belegt, aber von der Gegenseite auch nicht bestritten ist, andererseits der Verkauf von Sprachkursen für ihn Neuland gewesen ist, kann der vom Kläger angenommene Lohn von Fr. 5'500.– jedenfalls nicht als übersetzt, sondern durchaus als angemessenes Einkommen betrachtet werden. Somit ist in der Folge von diesem Lohn auszugehen.

Art. 349a OR lässt den Parteien offen, während der Probezeit von höchstens zwei Monaten den Lohn frei zu bestimmen, also ohne Beachtung eines Mindestlohns. Notwendig dazu ist eine schriftliche Abrede, die hier weder vorliegt noch behauptet worden ist.»

(AGer., AH110123 vom 21. September 2011; eine Berufung ist noch hängig)

22. ArG 20a; Bezahlte Feiertage beim Stundenlohn?

Der Kläger war im Stundenlohn angestellt. Dieser betrug zuerst Fr. 38.30 und dann Fr. 39.– brutto und enthielt eine Ferienentschädigung von 8,79 % sowie eine Feiertagsentschädigung von 4 %. Mit seiner Klage verlangte der Kläger den Ferien- und Feiertagslohn.

Da es sich um eine regelmässige Beschäftigung handelte, wurde der Ferienlohn gemäss gängiger Praxis gutgeheissen. Zu prüfen war, ob auch für die Feiertage eine Entschädigung nachzuzahlen ist.

Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 110 BV besteht keine Verpflichtung, Angestellte im Stundenlohn für Feiertage zu entschädigen. Der 1. August stellt dabei eine Ausnahme dar, da er den Sonntagen gleichgestellt ist und für ihn ein Anspruch auf Lohn besteht, sofern er auf einen Tag fällt, an welchem gearbeitet worden wäre. Die Gleichstellung des 1. Augusts mit den Sonntagen wird in Art. 20a Abs. 1 ArG wiederholt und die Kantone werden darin zudem ermächtigt, bis zu 8 weitere Feiertage den Sonntagen gleichzustellen. Dabei sind die Kantone aber nicht befugt, Lohnzahlungen für die Feiertage zu verfügen, da zum Erlass von Privatrecht alleine der Bund berechtigt ist (BGer 4A_54/2010 vom 4. Mai 2010, E. 2.2; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 14 zu Art. 329 OR). Eine Verpflichtung aus innerstaatlichem Recht, Stundenlohneempfängern an Feiertagen Lohn zu bezahlen, besteht somit nur bezüglich des 1. Augusts. Die Frage, ob Art. 7 lit. d UNO Pakt I, der die Vergütung „gesetzlicher Feiertage“ fordert, als direkt anwendbar („self-executing“) einzustufen ist, verneinte das Bundesgericht entgegen der Meinung eines Teils der Lehre in einem neuen Entscheid, weshalb auch daraus kein Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung abgeleitet werden kann (BGer 4A_54/2010 vom 4. Mai 2010, E. 2.3, mit weiteren Nachweisen). Ein Anspruch auf Feiertagsentschädigung für andere Feiertage als den 1. August besteht für Arbeitnehmer im Stundenlohn somit nur, wenn ein Gesamt-, Normal- oder Einzelarbeitsvertrag dies so vorsieht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 14 zu Art. 329 OR).

Obwohl keine gesetzliche Pflicht zur Zahlung einer Feiertagsentschädigung – mit Ausnahme des 1. Augusts – besteht, war im vorliegenden Fall eine solche Zahlung geschuldet, da die Parteien dies im Arbeitsvertrag so vereinbart hatten. Die Beklagte kam ihrer Pflicht zur Zahlung auch nach, indem sie dem Kläger eine Feiertagsentschädigung in der Höhe von 4 % des Bruttolohnes jeweils mit dem Lohn

auszahlte. Dies entsprach einer Entschädigung für 9 Feiertage pro Jahr. Da es bezüglich der Feiertage – anders als bezüglich der Ferien (vgl. Art. 329d Abs. 2 OR) – keine Regelung gibt, welche es verbietet, die Feiertage während der Dauer des Arbeitsverhältnisses durch Geldleistung abzugelten, kann die Feiertagsentschädigung auch in einem Arbeitsverhältnis mit regelmässigen Arbeitseinsätzen als Bestandteil des Stundenlohnes ausbezahlt werden. Aufgrund dieser Erwägungen ist die Beklagte ihrer vertraglichen Pflicht zur Feiertagsentschädigung genügend nachgekommen und ist deshalb nicht zu verpflichten, die Feiertagsentschädigung ein zweites Mal zu bezahlen. Die Klage ist im Umfang der Feiertagsentschädigung abzuweisen.»

(AGer., AN100832 vom 15. April 2011; in der Berufung vor Obergericht kein Thema mehr; OGer., LA110021 vom 2. Februar 2012)

23. L-GAV 10 und 29; Lohneinstufung gemäss L-GAV; Getränkepauschale

Die Klägerin machte eine zweijährige Berufslehre als Verkäuferin in einer Metzgerei mit eidgenössischem Fähigkeitsausweis. Danach arbeitete sie drei Jahre lang auf ihrem Beruf und wechselte 1998 in die Gastronomie. Bis Ende 2004 führte sie ein Restaurant, dann folgten diverse Anstellungen im Servicebereich. Ab März 2009 war sie als Servicemitarbeiterin bei der Beklagten angestellt und erhielt zuerst einen Lohn von Fr. 4'000.– und später Fr. 4'153.85 brutto. Das Arbeitsverhältnis endete Ende März 2010. Vor Gericht machte die Klägerin unter anderem die Differenz zum Mindestlohn gemäss Art. 10 Abs. 1 III b L-GAV von Fr. 4'597.– brutto geltend.

Aus den Erwägungen:

«Lohndifferenz

Welche Unterlagen die Klägerin der Beklagten beim Anstellungsgespräch bzw. im Zusammenhang mit der Anstellung genau vorlegte, wurde nicht ausgeführt.

Dass die Beklagte über die Dokumente verfügte, wurde nicht behauptet. Er stellt ist immerhin, dass die Beklagte von der abgeschlossenen Verkäuferinnenlehre in einer Metzgerei und von einigen Gastronomieerfahrungen der Klägerin wusste. Eine abgeschlossene Verkaufslehre im Metzgereigewerbe im Jahr 1984 musste die Beklagte bei der Einstellung im Jahr 2009 nicht per se auf den Gedanken bringen, dass der Mindestlohn nach Art. 10 Abs. 1 III lit. b L-GAV anwendbar wäre. Der Kommentar sagt explizit, dass sich die Berufslehre auf die ausgeübte Tätigkeit im Gastgewerbe beziehen müsse, was bereits ausschliesst, dass eine Berufslehre in einem anderen Berufsbereich als der Gastronomie überhaupt zum Zug kommen kann, und schon gar nicht mit der Stufe III (Mitarbeiter mit höherer Ausbildung, besonderer Verantwortung oder langjähriger Berufspraxis).

Die durch Arbeitszeugnisse belegte berufliche Tätigkeit der Klägerin weist ca. 3,5 Jahre Tätigkeit im Servicebereich des Gastgewerbes und 3 Jahre Lehrtätigkeit als Verkäuferin in einer Metzgerei auf. Über die selbständige Tätigkeit der Klägerin in

einem Restaurant (Januar 1998 bis Dezember 2004) liegt nichts und auch nichts Aussagekräftiges vor. Wenn diese sieben Jahre mitgezählt würden, wäre das Erfordernis der 10 Jahre Berufspraxis erfüllt. Hingegen würde es immer noch an der spezifischen Berufslehre mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis fehlen. Die Klägerin hat eine zweijährige Berufsausbildung als Verkäuferin in einer Metzgerei mit eidgenössischem Fähigkeitsausweis absolviert (von 1982 bis 1984, abgeschlossen im April 1984). Diese Ausbildung gibt es seit dem 1. Januar 2005 nicht mehr. Seither heissen die Grundausbildungen im Detailhandel „Detailhandelsfachfrau“, im vorliegenden Fall „Detailhandelsfachfrau Fleischwirtschaft“ oder „Detailhandelsassistentin“, im vorliegenden Fall im Bereich Fleischwirtschaft. Die neuen Ausbildungen sind mit den alten Ausbildungen nicht zu vergleichen, da es neue berufliche Anforderungen, wie unter anderem die Bereiche Sozial- und Methodenkompetenz gibt und dass für das neue eidgenössische Fähigkeitszeugnis neu eine dreijährige Grundausbildung vorausgesetzt wird. Ob die Ausbildung der Klägerin bzw. die neue Grundausbildung als Detailhandelsfachfrau oder Detailhandelsassistentin gleichwertig ist wie diejenige der Restaurationsfachfrau, welche unter den L-GAV fällt, ist sehr fraglich, ist doch z.B. gerade die Gästebetreuung im Gastronomiebereich als anforderungsreicher und anspruchsvoller zu bezeichnen, auch wenn es sonst einzelne Überschneidungen der Tätigkeiten geben mag. Dass dies die Klägerin mit ihrer Erfahrung im Gastrobereich wettzumachen weiss, könnte allenfalls zutreffen, ist aber bei der Gewichtung der Berufslehre als solche ausser Acht zu lassen. Die zweijährige Verkäuferinnenlehre der Klägerin im Metzgereigewerbe entspricht (auch nicht mit den unbestritten gebliebenen aufgezählten Tätigkeiten) schlicht nicht der Berufslehre gemäss Art. 10 Abs. 1 III L-GAV und berechtigte die Klägerin, die bei der Beklagten als Servicemitarbeiterin angestellt war und auch als solche bei der Beklagten arbeitete, daher nicht für einen Mindestlohn von Fr. 4'597.-. Die Forderungsklage der Klägerin ist in diesem Punkt vollumfänglich abzuweisen.

Getränkepauschale

Im Arbeitsvertrag der Parteien wurde der Abzug einer Getränkepauschale von Fr. 70.- pro Monat vereinbart. Dies wurde während des Arbeitsverhältnisses auch so gehandhabt. Die Klägerin macht geltend, dass derartige pauschale Abzüge gegen das Truckverbot von Art. 323b Abs.3 OR verstossen würden, weil sie die Mitarbeiter verpflichten, eine bestimmte Menge an Getränken zu beziehen. Dem Arbeitnehmer müsse die Wahlfreiheit belassen werden, ob er die Getränke und das Essen in diesem bestimmten Lokal beziehen wolle oder nicht. Diese Wahlfreiheit habe der Arbeitnehmer nur, wenn man ihm ausschliesslich die Getränke verrechne, die er tatsächlich beziehe und nicht eine Pauschale. Die Klägerin lasse sich Fr. 20.- pro Monat für bezogene Getränke anrechnen, im August 2009 von den abgezogenen Fr. 49.- deren Fr. 29.-, weshalb ihr noch ein Guthaben von Fr. 629.- netto zustehe.

Die Beklagte machte geltend, dass in jedem Arbeitsvertrag die Pauschale geregelt werde, und es den Mitarbeitern freistehe, die Pauschale abzulehnen. Die Mitarbeiter könnten den ganzen Tag trinken, soviel sie möchten. Pro Tag würde die Beklagte bei 20 Tagen pro Monat Fr. 3.50 einsetzen; zwischendurch könne auch mal

etwas gegessen werden. Die Klägerin habe die Pauschale nie bemängelt, was die Klägerin bestätigte.

Art. 323b Abs. 3 OR schützt die freie Verwendbarkeit des Lohnes und damit den Arbeitnehmer vor der Verpflichtung, einen Teil des Lohnes in Form von Waren oder Dienstleistungen, die der Arbeitgeber produziert oder vertreibt, entgegennehmen zu müssen. Zulässig sind dagegen der freiwillige Bezug von Arbeitgeberleistungen, Abreden, mit denen der Arbeitnehmer nicht zum Voraus über den Lohn verfügt und Vereinbarungen, die zwar auch im Interesse des Arbeitgebers, jedoch überwiegend in demjenigen des Arbeitnehmers liegen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 7 zu Art. 323b OR).

Über die Verpflegung bzw. vorliegend den Getränkebezug liegt zwischen den Parteien eine schriftliche Vereinbarung gemäss Art. 29 L-GAV vor. Grundsätzlich sind gemäss Kommentar zum L-GAV nur die effektiv eingenommenen Mahlzeiten (bzw. vorliegend Getränke) zu verrechnen, dies gilt auch für die Berechnung von pauschalen Abzügen. Die vorliegend abgeschlossene Vereinbarung enthält keine verbindliche Verpflichtung, Getränke bei der Beklagten zu beziehen, weshalb die Vereinbarung grundsätzlich zulässig ist (vgl. auch BGE 130 III 27 f.). Es ist auch ohne weiteres anzunehmen, dass ein Getränkebezug in der Gastwirtschaft, in welcher man arbeitet, erfolgt. Dass die Klägerin während ihrer Arbeit das Lokal wechseln würde, um z.B. einen Kaffee oder ein Mineralwasser zu trinken, ist nicht nachvollziehbar. Die Klägerin räumt denn auch ein, dass sie bei der Beklagten Getränke bezogen hat, wenn auch nicht im Umfang von Fr. 70.- pro Monat. Es ist jedoch gerade das Wesen einer Pauschale, nicht jedes Mal genau aufschreiben und abrechnen zu müssen, wenn ein Getränk bezogen wird. Der Getränkebezug wird auch durchaus unter dem Jahr variieren und einmal mehr oder einmal weniger als Fr. 70.- pro Monat ausmachen dürfen. Umgerechnet auf den Tag erscheinen denn auch die Fr. 70.- nicht als übermässig. Massgebend ist vorliegend jedoch, dass die Klägerin während den 13. Monaten ihrer Anstellung nicht ein einziges Mal gegenüber der Beklagten geltend machte, dass ihr tatsächlicher Getränkebezug weit unter den Fr. 70.- liege. Den entsprechenden Lohnabzug in den Monatsrechnungen hat sie offensichtlich immer akzeptiert. Der Beklagten ist es nicht zuzumuten, von sich aus bei der Klägerin oder bei Mitarbeitern Erkundigungen einzuholen, welche und wie viel Getränke oder wie viel Hahnenwasser die Klägerin bezieht. Die Forderung der Klägerin bezüglich Getränkepauschale ist daher vollumfänglich abzuweisen.»

(AGer., AN100476 vom 13. Juli 2011)

24. L-GAV 15; Vom Arbeitnehmer gewollte Mehrarbeit

Der Kläger war in der Küche eines Gastronomiebetriebes zuerst als Teilzeitmitarbeiter, dann als Vollzeitmitarbeiter im Monatslohn tätig. Entgegen der vereinbarten Arbeitszeit gemäss L-GAV von 41 Stunden pro Woche bzw. 44 Stunden im Kleinbetrieb wurde der Kläger deutlich mehr als diese Zeit beschäftigt. Zudem war er regelmässig

an sechs Tagen pro Woche im Einsatz. Nach seinem Austritt machte er die geleisteten Überstunden geltend.

Aus den Erwägungen:

«Wie aus den zwingenden Bestimmungen von Art. 15 L-GAV hervorgeht, ist die Vereinbarung einer längeren als der von den Sozialpartnern vorgesehenen Wochenarbeitszeit unzulässig. Dies war den Parteien beim Vertragsschluss bekannt. Entsprechend hätte der Kläger lediglich 41 Stunden pro Woche leisten dürfen und allfällige darüber hinausgehende Stunden wären als Überstunden zu behandeln bzw. auszu zahlen gewesen. Die 41 Stunden pro Woche ergeben sich deshalb, weil es sich beim Beklagten – entgegen der eigenen Auffassung – nicht um einen Kleinbetrieb handelt: Die Beklagte beschäftigt gemäss Angaben des Verwaltungsrates dauerhaft vier Voll- und vier Teilzeitangestellte, während für einen Kleinbetrieb neben dem Arbeitgeber höchstens vier Vollangestellte oder maximal sechs Angestellte (inkl. Teilzeitbeschäftigung und Aushilfen) mit insgesamt maximal 400 Stellenprozenten zulässig wären (Kommentar zum L-GAV, Stand 1. Januar 2007).

Ob der Kläger, der die unzulässige Absprache selber angeregt hatte, sich nachträglich auf die für ihn günstigere gesamtarbeitsvertragliche Arbeitszeitbeschränkung berufen kann, ist im Lichte von Art. 2 ZGB zu prüfen:

Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Dieser Artikel verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn sie in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht. Unter anderem gilt es als rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei durch ihr Verhalten ein Vertrauen des Partners begründet und ihn zu entsprechenden Dispositionen veranlasst, das Vertrauen später jedoch durch entgegengesetztes Verhalten enttäuscht (*venire contra factum proprium*). So kann die Berufung auf die Nichtigkeit einer Vereinbarung, der der Betreffende selber zugestimmt hat, rechtsmissbräuchlich sein. Wenn sich eine Partei nachträglich auf zwingende arbeitsrechtliche Grundsätze beruft, liegt dagegen grundsätzlich kein Rechtsmissbrauch vor. Denn wenn die Rechtsordnung einer gesetzlichen Regelung so grosse Bedeutung zumisst, dass sie diese der Parteidisposition entzieht, kann die Durchsetzung der gesetzlichen Regelung an sich nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden (OGer AG, JAR 1993 S. 175). Zur Wahrung des Schutzzwecks von zwingendem Recht ist es deshalb nicht rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei nachträglich die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen eines Verstosses gegen zwingendes Recht geltend macht, obwohl sie der Bestimmung zugestimmt hat, ansonsten der Arbeitnehmer des Sozialschutzes auf dem Wege über Art. 2 ZGB wieder verlustig ginge (H. Honsell, in: Honsell, Vogt, Geiser, BSK, 4. Aufl., Basel 2010, N. 44 zu Art. 2 ZGB).

Der Kläger, der gestützt auf den L-GAV die Einhaltung der 41-Stunden-Woche bzw. die Entschädigung der darüber hinaus gehenden Arbeitsstunden fordert, beruft sich auf eine zwingende gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung. Im vorliegenden Fall erscheint dieses Verhalten jedoch auch unter Berücksichtigung vorstehender Grundsätze nicht schützenswert. Denn der Kläger hat der Vereinbarung nicht nur zugestimmt, sondern sie im eigenen Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber

vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt (vgl. auch BGE 81 II 627 ff., 632 E. 3). Ein solches Verhalten kann keinen gerichtlichen Schutz finden. Dies muss umso mehr gelten, als Art. 15 Abs. 1 L-GAV auch nicht eine absolute Obergrenze der zulässigen Arbeitszeit festsetzt, sondern lediglich die Normarbeitszeit bestimmt, welche die Parteien – unter Berücksichtigung der Absätze 2 bis 8 des nämlichen Artikels – im Rahmen von Überstundenarbeit durchaus überschreiten können. Aus den gleichen Gründen kann der Kläger auch keine Entschädigung für nicht gewährte Ruhetage einfordern, wurden doch auch diese nur deswegen nicht einbe- raumt, weil der Kläger selbst um eine Sechstageswoche gebeten hatte.

Anders zu beachten sind diejenigen Stunden, welche nicht mehr als blosser Überstunden, sondern als Überzeit im Sinne des Arbeitsgesetzes bewertet werden müssen (Art. 9 ArG). Denn im Gegensatz zu den arbeitsrechtlichen Bestimmungen stellt das Arbeitsgesetz nicht nur einen sozialen Rahmen für die privatrechtliche Vertragsfreiheit dar, sondern begrenzt diese mit öffentlich-rechtlichen Mitteln, um eine angemessene Lebensqualität zu gewährleisten. Insofern finden die arbeitsgesetzlichen Schutzbestimmungen auch (und gerade) Anwendung auf Personen, die bereit sind, Arbeitszeiten von gesundheitsgefährdendem Ausmass zu leisten. So gilt die Überstundenregelung etwa auch als Gesamtobergrenze bei Mehrfachbeschäftigungen (R. A. Müller, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 2009, N. 1 zu Art. 9 ArG). Vorliegend kann die Beklagte dem Kläger deshalb betreffend Überzeit den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht entgegenhalten, sondern hat den Vertrag, den sie in bewusster Missachtung arbeitsgesetzlicher Vorschriften abgeschlossen hat, gegen sich gelten zu lassen. Dem Kläger ist die Arbeitszeit, welche 50 Stunden pro Woche überschritt, somit nachträglich nochmals zu vergüten, und zwar mit einem Zuschlag von 25 % nach Art. 13 ArG.»

(AGer, AN090321 vom 14. September 2011)

III. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN**In der Publikation 2010:****Zu Nr. 15.:**

Das Obergericht hat die Freistellung beseitigt und die Beklagte verpflichtet, die Klägerin wieder zu beschäftigen.
Entscheid LA100034 vom 30. September 2011.

Zu Nr. 21.:

Vom Obergericht bestätigt am 13. Dezember 2011; LA110008

In der Publikation 2009:**Zu Nr. 4.:**

Dieser Entscheid wurde ans das Bundesgericht weitergezogen, welches den Entscheid des Obergerichts am 9. November 2011 bestätigte; 4A_356/2011.

Zu Nr. 11.:

Vom Obergericht infolge Konkurs und Löschung der Firma am 4. August 2011 als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.

IV. DATENSCHUTZ AM ARBEITSPLATZ

von Dr. Hans-Peter Egli, Präsident Arbeitsgericht Zürich¹

1. Problemstellung

Wie in allen Lebensgebieten ist in neuerer Zeit auch am Arbeitsplatz die Menge der Daten unaufhörlich gestiegen und der Transfer von Daten wird immer vielfältiger und unübersichtlicher. Deshalb werden auch die Probleme des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis immer drängender und wichtiger. In diesem Aufsatz geht es darum, auf ein paar Fragen, die sich dem Praktiker im Umgang mit Daten stellen, einzugehen und Lösungen zu präsentieren, ohne in Einzelheiten gehen zu wollen. Es besteht mittlerweile eine umfangreiche Literatur zu diesem Thema².

Im Arbeitsrecht gibt es zahlreiche Bestimmungen, die explizit den Arbeitnehmer schützen. Der Datenschutz freilich richtet sich an beide Vertragsparteien, d. h. es gilt den Arbeitnehmer wie die Arbeitgeberin zu schützen. Im Obligationenrecht hat allerdings nur der Schutz des Arbeitnehmers Eingang gefunden, nämlich in Art. 328b OR. Das Datenschutzgesetz, das fraglos auch im Arbeitsvertrag Anwendung findet, schützt nicht eigentlich die Daten, sondern die Personen, über die Daten bestehen, die bearbeitet werden können³.

2. Datenschutz des Arbeitnehmers

Es ist deshalb zuerst auf den Schutz des Arbeitnehmers einzugehen und hernach einen Blick darauf zu werfen, wie sich die Arbeitgeberin vor Datenmissbrauch schützen kann.

2.1 Rechtsgrundlagen

Wie bereits erwähnt, ist der Datenschutz im Arbeitsverhältnis in Art. 328b OR⁴ gere-

¹ Dieser Aufsatz ist die etwas erweiterte Fassung eines Vortrags des Autors an der Tagung zum Arbeitsrecht des VZH (Verband Zürcher Handelsfirmen) vom 2. November 2011.

² Vgl. dazu die Literaturliste bei Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 6. A., vor N 1 zu Art. 328b OR.

³ Maria Winkler, Datenschutz in Unternehmen – Eine Anleitung für die Umsetzung, TREX 2011, S. 104, 105.

⁴ Art. 328b OR (3. Bei der Bearbeitung von Personendaten) Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz.

gelt. Diese Norm ist eine Konkretisierung zu Art. 328 OR⁵, wonach der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitgebers zu achten und zu schützen hat. Dieser umfassende Schutz wird allgemein als Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verstanden.

Gemäss Art. 328b OR darf die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, wenn sie die Voraussetzungen erfüllen, die in dieser Bestimmung allgemein genannt sind. Sie müssen die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein. Der Begriff des Bearbeitens im datenschutzrechtlichen Sinn ist umfassend und entspricht überhaupt nicht der normal sprachlichen Bedeutung. Unter «Bearbeiten» versteht man nämlich alles, was man mit Daten machen kann: beschaffen, aufbewahren, verwenden, bekanntgeben, archivieren, vernichten etc. Auch fotografieren, filmen, abhören etc. zählen dazu⁶. Blosses Aufbewahren von Daten wird bereits als bearbeiten verstanden.

Von Art. 328b OR darf zu Ungunsten der Arbeitnehmer unter keinen Umständen abgewichen werden, auch nicht mit Einwilligung der Angestellten⁷.

2.2 Beschaffung von Daten

Bei der Datenbearbeitung sind gewisse Schranken zu beachten.

■ Die Daten müssen rechtmässig beschafft werden. Es muss ein Rechtfertigungsgrund vorliegen, beispielsweise die Einwilligung der betroffenen Person oder eine gesetzliche Grundlage⁸. Unzulässig sind beispielsweise Informationen, die durch Telefonabhören oder Drohung beschafft werden.

■ Die Bearbeitung muss transparent erfolgen. Der Zweck der Datenbearbeitung hat für die betroffene Person erkennbar zu sein⁹. Datenbeschaffungen, von denen der Arbeitnehmer keine Kenntnis hat, erfolgen wider Treu und Glauben. Bei zufälliger Informationsgewinnung, jemand berichtet z. B. der Arbeitgeberin von einer vergangenen Vorstrafe eines Bewerbers, muss die Arbeitgeberin diesen aufgrund von Treu und Glauben darauf hinweisen, wenn die Information Eingang in die Personalakte finden soll.

■ Die Datenbeschaffung muss verhältnismässig sein, d. h. es dürfen nicht einfach Daten nach Belieben gesammelt werden, sondern diese müssen sich für den vorgesehenen

⁵ Art. 328 OR (VII. Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. 1. Im Allgemeinen)

¹ Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

² Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

⁶ Art. 3 lit. e DSG.

⁷ Art. 362 OR.

⁸ Winkler (Fn 3), S. 105

⁹ Roger Rudolph, Das revidierte Datenschutzgesetz im arbeitsrechtlichen Fokus: eine Übersicht, ARV online 2008, Nr. 153.

Zweck eignen und dafür relevant sein, die Eignung der Bewerberin zu beurteilen (Zweckbindungsgebot¹⁰). Jede Bearbeitung, die keinen Bezug zum Arbeitsplatz hat, ist unzulässig¹¹. Hier ist es naturgemäss nicht möglich, eine scharfe Grenze zu ziehen, doch fallen die meisten Daten aus dem Privatleben des Arbeitnehmers nicht darunter. In welchen Fussballvereinen ein Arbeitnehmer gespielt hat, kann sicher bei einer Bewerbung als Fussballtrainer von Interesse sein, in allen übrigen Berufen nicht. Es wird sogar die Auffassung vertreten, selbst mit Einverständnis des Arbeitnehmers sei eine solche Datenbearbeitung unrechtmässig¹².

■ Die Daten müssen richtig sein, insofern als ihre Richtigkeit tatsächlich überprüft werden kann¹³. Wird eine Arbeitnehmerin als verheiratet in den Personalakten geführt und lässt sie sich zwischenzeitlich scheiden, muss die Information gestützt auf Art. 5 Abs. 1 DSG angepasst werden, weil sie sonst nicht mehr korrekt ist. Daher trifft den Arbeitgeber die Pflicht, Daten von Zeit zu Zeit auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und die Daten zu aktualisieren. Wenn er dies gewissenhaft macht, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sich die Daten im Nachhinein gleichwohl als falsch erweisen¹⁴. Der Arbeitnehmer seinerseits wird ein Interesse an der Richtigkeit haben und ist deshalb gehalten, ja verpflichtet, die Arbeitgeberin auf Änderungen hinzuweisen, die diese nicht ohne weiteres erfahren kann (Änderungen in den familiären Verhältnissen).

Im Übrigen kann jede betroffene Person verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden (Art. 5 Abs. 2 DSG).

2.3 Schutz der Daten

a) Gemäss Art. 7 Abs. 1 DSG müssen Daten geschützt werden. Das betrifft elektronische wie auch manuelle Daten (beispielsweise Karteikarten). Die Arbeitgeberin muss ein eigentliches Sicherheitskonzept besitzen und die notwendigen Massnahmen gegen unbefugtes Verwenden von Daten treffen. Zu den Unbefugten gehören auch die Mitarbeitenden. Deshalb dürfen Daten nur durch den Personaldienst, also von einem eingeschränkten Personenkreis bearbeitet und eingesehen werden. Sie müssen demzufolge auch intern geschützt werden. Eine Überwachung, wer auf diese heiklen Daten zugreift, ist unumgänglich¹⁵. Zwar besteht in der Schweiz keine Pflicht, einen Datenschutzbeauftragten zu ernennen¹⁶. Doch empfiehlt sich das, jedenfalls bei grös-

¹⁰ BK-Rehbinder/Stöckli, N 7 zu Art. 328b OR..

¹¹ Streiff/von Kaenel (Fn 2), N 3 zu Art. 328b OR.

¹² BK-Rehbinder/Stöckli, N 5 zu Art. 328b OR. Thomas Geiser, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, AJP 2011, S. 1047, 1050.

¹³ Art. 5 DSG Richtigkeit der Daten

¹ Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern. Er hat alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind.

² Jede betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden.

¹⁴ Rudolph (Fn 9)

¹⁵ Geiser (Fn 12), S. 1051.

¹⁶ Vgl. Art. 11a Abs. 5 lit. e DSG.

seren Unternehmen. Dieser hat dann die Aufgabe, die Datenbearbeitungen im Unternehmen zu kontrollieren, Korrekturmassnahmen zu empfehlen und Listen der Datensammlungen zu führen¹⁷.

Es versteht sich fast von selbst, dass der betroffene Arbeitnehmer jederzeit Einsicht in seine Daten haben¹⁸ und zudem auf dieses Recht nicht verzichten darf¹⁹.

b) Der Vollständigkeit halber ist auf Art. 6 DSGVO hinzuweisen, der die Weitergabe von Daten ins Ausland regelt. Personendaten dürfen nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde. Das ist – wie Art. 6 Abs. 1 DSGVO beispielhaft ausdrücklich erwähnt – dann der Fall, wenn eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet. Fehlt eine genügende Datenschutzgesetzgebung ist die Weitergabe ins Ausland nur unter ganz bestimmten und eingeschränkten Bedingungen möglich²⁰. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte führt eine Liste der Staaten, die hinreichenden Schutz gewähren²¹.

2.4 Daten bei der Bewerbung

a) Entgegen der normalen Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR, die als vertragliche Pflicht erst nach Abschluss eines Arbeitsvertrags zu wirken beginnt²², gilt die Fürsorgepflicht in datenschutzrechtlicher Hinsicht schon während des Bewerbungsverfahrens. Das bedeutet konkret, dass vor dem Abschluss eines Arbeitsvertrags Daten über Bewerbende bearbeitet werden dürfen, soweit sie geeignet sind abzuklären, ob sich eine Bewerberin für die Arbeitsstelle eignet. Eine solche Regelung macht Sinn, denn nie werden (zwangsläufig!) so viele Daten gesammelt wie in dieser Phase. Diese sollen über den Bewerber ein Bild ergeben, aufgrund dessen es einer Arbeitgeberin möglich gemacht wird zu entscheiden, ob sie die sich bewerbende Person einstellen oder ablehnen will. Diese Datenbeschaffung ist regelmässig von Art. 328b OR umfasst, denn sie dient ja wie erwähnt dazu, die Eignung für das Arbeitsverhältnis zu überprüfen.

Verschiedene Vorkehrungen bei der Bewerbung, alle Arten von Tests, psychologische Eignungstests, graphologische Gutachten, bedürfen ausserdem der Einwilligung des Bewerbers. Diese ergibt sich in der Regel einfach aus dessen Mitwirkung. Hingegen könnten beispielsweise graphologische Gutachten heimlich erstellt werden, was nicht erlaubt ist²³.

Überschreitet die Bearbeitung diese Grenzen ist sie persönlichkeitsverletzend²⁴.

¹⁷ Winkler (Fn 3), S. 107.

¹⁸ Art. 8 Abs. 1 DSGVO.

¹⁹ Art. 8 Abs. 6 DSGVO.

²⁰ Art. 6 Abs. 2 DSGVO.

²¹ Rudolph (Fn 9) a.a.O.

²² Im unten erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 30. Juni 2008, 2C_103/2008 vertrat das Bundesgericht allerdings die Meinung, schon die allgemeine Fürsorgepflicht von Art. 328 OR entfalte grundsätzlich eine Vorwirkung auf das vorvertragliche Verhandlungsstadium.

²³ BK-Rehbinder/Stöckli, N 27 zu Art. 328a OR.

²⁴ BaK-Portmann, N 7 zu Art. 328b OR.

Die Grenze ist nach objektiven Gesichtspunkten zu setzen und nicht nach der subjektiven Neugierde eines einzelnen Arbeitgebers²⁵. Im Allgemeinen lässt sich feststellen, dass die Arbeitnehmer bereits in der schriftlichen Bewerbung oft viel mehr Auskünfte erteilen, als sie eigentlich verpflichtet wären (beispielsweise eine Aufzählung ihrer Hobbys, ausgeübte Sportarten, Mitgliedschaft in Vereinen etc.). Das mag ihnen nicht zum Vorwurf gereichen, denn ein Bewerber möchte sich ja in einem besonders guten Licht darstellen.

Bewerbungsunterlagen dürfen nur von den zuständigen Personen, d. h. von der Personalabteilung oder dem zuständigen Vorgesetzten, eingesehen werden²⁶.

b) Zur Datenerhebung gehören auch die Informationen, die sich die Arbeitgeberin in einem Bewerbungsgespräch beschafft. Es ist notorisch, dass im Allgemeinen eher zu weit gefragt wird. Fragen nach Ausbildung, Sprachkenntnisse und beruflichem Werdegang sind ohne weiteres erlaubt und müssen vom Bewerber auch wahrheitsgemäss beantwortet werden (Auskunftspflicht). Fragen nach Einkommen, Vermögen, einer allfälligen Verschuldung oder bestehenden Krankheiten sind nur dann zulässig, wenn dies für das in Aussicht stehende Arbeitsverhältnis aus besonderen Gründen erforderlich ist. Darüber hinaus ist der Bewerber sogar gehalten, gewisse Sachverhalte von sich aus, ohne entsprechende Frage, mitzuteilen (sog. Offenbarungspflicht). Das gilt für Umstände, welche die Ausübung der Arbeit verunmöglichen oder erheblich erschweren würden²⁷, z.B. eine allfällige Untauglichkeit zur angebotenen Arbeit²⁸. Insbesondere die Frage nach einer Schwangerschaft stellt eine geschlechtsspezifische Diskriminierung dar und ist unzulässig, ausser wenn die Arbeit eine gesundheitliche Gefährdung für die Schwangere oder das ungeborene Kind mit sich bringt, oder wenn die Schwangerschaft dazu führt, dass die Arbeit nicht geleistet werden kann, wie zum Beispiel bei Mannequins oder bei Tänzerinnen²⁹. Desgleichen ist die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit nicht gestattet, da gewerkschaftliche Ansichten und Tätigkeiten zu den besonders schützenswerten Personendaten gehören³⁰. Die Informationsgrenze wird sodann durch die Art der Beschäftigung bestimmt. Führungs- und Vertrauenspositionen erfordern eine Abklärung der Charaktereigenschaften des Bewerbers, wozu beispielsweise auch das Freizeitverhalten gehören kann, und erlauben damit auch ein weitergehendes Fragerecht der Arbeitgeberin als bei vorwiegend einfachen, repetitiven Tätigkeiten³¹.

²⁵ Streiff/von Kaenel (Fn 2), N 5 zu Art. 328a OR.

²⁶ Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Herausgeber: Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB, Version Mai 2011 (Leitfaden), S. 8.

²⁷ Streiff/von Kaenel (Fn 2), N 11 zu Art. 328b OR; Frank Emmel, Aus dem Arbeitsrecht: Datenschutz im Bewerbungsverfahren, NZZ 17.12.2003, Nr. 293, S. 61.

²⁸ jemand bewirbt sich um die Stelle eines Chauffeurs und besitzt den Führerschein gar nicht.

²⁹ Leitfaden (Fn 16), S. 8.

³⁰ Wolfgang Portmann, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis – Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, recht 2010, S. 1, 2.

³¹ Streiff/von Kaenel (Fn 2), N 5.

Unzulässige Fragen muss die Bewerberin nicht beantworten. Um sich nicht durch eine Antwortverweigerung bereits jeglicher Chancen zu berauben, die angepeilte Stelle zu erhalten, wird dem Bewerber allgemein ein Notwehrrecht der Lüge zugesprochen³². Er darf also eine unzulässige Frage falsch beantworten. Eine solche falsche Beantwortung einer unerlaubten Frage führt deshalb nicht dazu, dass der Vertrag wegen absichtlicher Täuschung³³ angefochten werden kann.

c) Der Arbeitgeber darf die Eignung für das Arbeitsverhältnis aus gesundheitlicher Sicht durch einen Arzt abklären lassen. Findet eine ärztliche Untersuchung statt, so ist der Arzt an die Schweigepflicht gebunden. Das bedeutet, dass er dem Arbeitgeber lediglich Aussagen über die Tauglichkeit der Bewerberin für die zu besetzende Stelle machen, aber keine Diagnose weitergeben darf.

d) Eindeutig unzulässig sind Referenzauskünfte ohne Einwilligung des betreffenden Bewerbers³⁴. Diese frühere Streitfrage ist seit der Revision des Datenschutzgesetzes und der Einführung des neuen Art. 4 Abs. 5 DSG im Jahr 2008³⁵ geklärt worden. Referenzauskünfte sind besonders schützenswerte Personendaten und dürfen daher nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen erfolgen³⁶. Die oft aufgetauchte Frage, ob der Umstand, dass der Bewerber frühere Arbeitgeberinnen in seinem Lebenslauf namentlich nennt, bereits als Einwilligung zum Einholen von Referenzauskünften interpretiert werden darf, ist damit beantwortet und muss klar verneint werden.

Auch für den Referenz gebenden früheren Arbeitgeber gelten diese Regeln. Die Auskunft gebende Arbeitgeberin darf das ebenso nur mit Einverständnis des Arbeitnehmers tun wie der Auskunft einholende. Der Bescheid hat sich wie beim Arbeitszeugnis auf die Leistung und das Verhalten zu beschränken und hat wahrheitsgemäss zu erfolgen. Gibt die frühere Arbeitgeberin eine falsche Auskunft, um dem Arbeitnehmer das Finden einer neuen Stelle zu erschweren, verletzt sie die Pflicht, das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern, was ein Teil der über das Vertragsende hinaus dauernden Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR darstellt³⁷. Über die Bedingungen des früheren Arbeitsvertrags darf nichts gesagt werden, sonst hätte diese Bewerberin im Bewerbungsverfahren, namentlich beim Aushandeln des vertraglichen Lohns, unter Umständen einen Nachteil in Kauf zu nehmen. Deshalb ist es auch nicht gestattet, den Bewerber nach der Höhe des früheren Verdienstes zu fragen.

e) Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die sogenannten Tendenzbetriebe. Das sind weltanschaulich ausgerichtete Betriebe, wie politische Parteien,

³² Leitfaden (Fn 26) S. 9.

³³ Art. 28 Abs. 1 OR.

³⁴ Emmel (Fn 27).

³⁵ Art 4 DSG: Grundsätze:
(1-4)

5 Ist für die Bearbeitung von Personendaten die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich, so ist diese Einwilligung erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt.

Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen.

³⁶ Rudolph (Fn 9).

³⁷ Portmann (Fn 30), S. 3.

kirchliche Organisationen, viele Vereine etc. So ist es bei der Ausschreibung eines Parteisekretärs erlaubt, ja geradezu geboten, nach der politischen Ausrichtung der Bewerber zu fragen. Das Bundesgericht ist aber auch in einem solchen Fall ziemlich streng und erlaubt keine schrankenlose Befragung. So hat es in einem Urteil vor drei Jahren eine Stiftung, welche sich unter anderem der Förderung einer natürlichen Geburtenregelung verschrieben hat, kritisiert, dass sie Bewerberinnen auf eine Sekretärinnenstelle nach ihrer Empfängnisverhütung befragt hatte. Das Bundesgericht erachtete das als Persönlichkeitsverletzung³⁸. Das Stellen solch intimer Fragen überschreite die Grenze von Art. 328b OR. Selbst wenn es sich bei der besagten Stiftung um einen Tendenzbetrieb handle und ihr deshalb ein ausgedehntes Fragerecht zustehe, seien die Fragen zu weit gegangen, insbesondere weil es sich bei der zu besetzenden Stelle nicht um Tendenzträgerpositionen gehandelt habe³⁹.

2.5 Daten abgelehnter Bewerber

Unklar ist zuweilen, was mit den Daten abgelehnter Bewerber zu geschehen hat. Den nicht berücksichtigten Bewerbern müssen die Unterlagen zurückgegeben und allfällige Kopien vernichtet werden⁴⁰. Zurückhalten darf der Arbeitgeber einzig ihm gehörende Unterlagen, wie das Bewerbungsschreiben, ausgefüllte Fragebögen, graphologisches Gutachten oder Ähnliches. Jedoch sind auch diese Unterlagen zu vernichten.

2.6 Daten während des Arbeitsverhältnisses

a) Während der Anstellung dürfen nur noch Daten bearbeitet werden, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sind.

Die Daten des Bewerbers, der angestellt worden ist, kommen in das Personaldossier. Die Personalakte ist der «Datensammler». Dort werden alle Daten vereinigt, welche die Arbeitgeberin über den Arbeitnehmer erhoben, aufbewahrt und gespeichert hat. Die Personalakte ist ein materieller Begriff, weshalb es ist nicht möglich ist, Daten aus der Personalakte zu entfernen; sie geniessen den Schutz des DSG gleichwohl. Es gilt der Grundsatz, entweder in die Personalakte rein oder dann vernichten. Sogenannte graue Dossiers darf es nicht geben⁴¹.

Der Arbeitgeber darf in der Regel ohne die Einwilligung der betroffenen Person über den Inhalt der Personalakte keine Auskunft an Dritte erteilen, ausser es bestehe eine gesetzliche Pflicht, Daten weiterzugeben, wie zum Beispiel für die AHV. Grundsätzlich unzulässig ist die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen⁴². Immer noch verbreitet ist die Praxis, zum Beispiel an Vermieter oder Kreditkartenorganisationen Auskünfte über das Einkommen einer

³⁸ Bundesgericht 2C_103/2008, Urteil vom 30. Juni 2008.

³⁹ Roger Rudolph, Kommentar zum Bundesgerichtsurteil vom 30. Juni 2008, 2C_103/2008, ARV online 2009 Nr. 400.

⁴⁰ Emmel (Fn 27).

⁴¹ BK-Rehbinder/Stöckli, N 30 zu Art. 328a OR

⁴² Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG

Angestellten zu erteilen. Das ist unzulässig. Solche Auskünfte sind bei den betroffenen Personen selber einzuholen⁴³.

b) Nach Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG hat der Arbeitnehmer jederzeit Einsicht in alle diese Daten. Vor dem Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes wurde dieses Recht noch aus Art. 328 OR abgeleitet. Es versteht sich von selbst, dass er dieses Recht nicht missbräuchlich ausüben darf. Er kann also nicht jeden Morgen bei Arbeitsbeginn einen Blick in seine Personalakte werfen. Das Einsichtsrecht wird im Datenschutzgesetz nicht nur gewährt, sondern durch Art. 9 Abs. 1 DSG auch eingeschränkt. Die Arbeitgeberin kann die Einsicht verweigern, wenn es «wegen überwiegender Interessen Dritter», erforderlich ist, aber auch wegen überwiegender Interessen des Arbeitgebers selber.

c) Damit stellt sich die Frage, was aufbewahrt werden darf und damit, was in die Personalakte gehört. In erster Linie sind das alle Angaben über die Person des Arbeitnehmers, Gesundheitsrisiken⁴⁴, Militärdienst, Eintrittsdatum, AHV-Nummer, Lohnkonto, Arbeitsbewilligung etc. Umstritten ist, ob eine Passfotografie aufbewahrt werden darf. Wenn die Arbeitnehmerin bei der Bewerbung eine solche unaufgefordert einreicht (und das ist heute fast der Normalfall), dann darf sie auch aufbewahrt werden. Falls die Arbeitgeberin eine solche verlangt, darf das der Arbeitnehmer verweigern, da eine Fotografie zur Frage seiner Eignung in der Regel nicht notwendig ist⁴⁵. Daten über Zivilstand, bestehende Schwangerschaft und Kinder dürfen erhoben werden, da sie Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben (z. B. freie Tage wegen Hochzeit, Kinderzulagen etc.), nicht aber über die Konfessionszugehörigkeit (mit Ausnahme von Tendenzbetrieben).

Es versteht sich von selbst, dass Mitarbeiterbeurteilungen Eingang in die Personalakte finden. Eine regelmässige Mitarbeiterbeurteilung ist heute schon fast eine Selbstverständlichkeit, auch wenn sie gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Wird der Mitarbeiter beurteilt, hat er aber Anspruch auf eine gewisse Regelmässigkeit, insbesondere wenn sich an seinen Leistungen und seinem Verhalten etwas ändert. Denn der Arbeitnehmer hat Anspruch auf richtige Daten und kann verlangen, dass unrichtige berichtigt werden. Die Nachführungspflicht von Art. 5 Abs. 1 DSG⁴⁶ verpflichtet die Arbeitgeberin, in gewissen Zeitabständen – in der Regel alle zwei Jahre⁴⁷ – eine Mitarbeiterbeurteilung vorzunehmen oder es ganz zu belassen. Will sie keine Neubeurteilung vornehmen, muss sie alle alten Beurteilungen vernichten, denn eine alte, überholte Beurteilung ist nicht mehr richtig und hat in der Personalakten nichts verloren.

Zeugnisse und vor allem Zwischenzeugnisse gehören ebenso in die Personalakte. Sie unterliegen keiner Nachführungspflicht, denn der Arbeitnehmer kann ja jederzeit ein neues Zwischenzeugnis verlangen. Der Arbeitgeber hat nicht nur das Recht, das

⁴³ Leitfaden (Fn 26), S. 14.

⁴⁴ Ob jemand Raucher oder Nichtraucher ist, gehört nicht dazu; a. M. Streiff/von Kaenel (Fn 2), N 9; denn auch ein Raucher kann sich ohne weiteres an den Nichtraucherschutz gemäss Art. 19 ArGV3 halten.

⁴⁵ Ausgenommen ist wohl die Bewerbung als Model.

⁴⁶ Vgl. Fn 13.

⁴⁷ Leitfaden (Fn 26), S. 12.

Zeugnis aufzubewahren, sondern auch die Pflicht, da er bei Verlust verhalten werden kann, ein Duplikat zu erstellen.

Auch die Bewerbungsunterlagen mit Ausweisen, Zeugnissen und Diplomen gehören in die Personalakte. Das ist meist unproblematisch, da es der Arbeitnehmer selber war, der sie eingereicht hat. Auch hier besteht eine gewisse Nachführungspflicht während des Arbeitsverhältnisses. Zu denken ist beispielsweise an jemanden, der während der Tätigkeit noch die Berufsmatura erlangt, was in der Personalakte Eingang zu finden hat. Natürlich wird es auch im Interesse des Arbeitnehmers selber sein, die Arbeitgeberin mit einer Kopie des erhaltenen Diploms zu alimentieren. Dieses gehört dann in die Personalakte.

Ein heikler Punkt sind Handnotizen, welche der Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren erstellt hat und die ihm bei der Entscheidungsfindung gedient haben. Diese sind an und für sich nach der Einstellung nicht mehr notwendig und wären aus der Akten-sammlung zu entfernen. Bleiben sie drin, kann die Arbeitgeberin die Einsicht in solche Dokumente allenfalls wegen überwiegender persönlicher Interessen verweigern. Möglicherweise enthalten sie zudem Auskünfte über andere erfolglose Bewerber. Dann könnte das Einsichtsrecht wegen überwiegender Interessen Dritten abgelehnt werden⁴⁸.

Bemerkungen darüber, ob die Arbeitnehmerin ihre Aufgaben gut oder schlecht erfüllt, also Verletzungen der Arbeitspflicht in zeitlicher, qualitativer und quantitativer Hinsicht dürfen in der Personalakte Aufnahme finden. Wenn der Arbeitnehmer damit rechnen muss, weil er weiss, dass er eine Verfehlung begangen hat, braucht er darüber auch nicht speziell in Kenntnis gesetzt zu werden. Allerdings dürfte sich die Frage stellen, ob nicht bei geringfügigen Pflichtverletzungen die Aktenvermerke gelegentlich wieder entfernt werden sollten. Abmahnungen und andere disziplinarische Massnahmen sind gestützt auf Art. 328b OR zulässige Bestandteile der Personalakte.

Informationen über Nebenbeschäftigungen des Arbeitnehmers dürfen bearbeitet werden, allerdings nur bei vollbeschäftigten Personen. Die Arbeitgeberin hat ein Interesse daran zu wissen, ob der Arbeitnehmer eine Nebentätigkeit ausübt, die einen Einfluss auf seine Haupttätigkeit haben kann oder allenfalls geeignet sein könnte, diese zu beeinträchtigen. Bei nicht vollbeschäftigten Personen dagegen geht es den Arbeitgeber nichts an, was der Arbeitnehmer in der restlichen, ihm zur Verfügung stehenden Arbeitszeit macht. Die Gewerkschaftstätigkeit darf – im Unterschied zum Bewerbungsstadium – ebenfalls registriert werden⁴⁹.

Da das Erfassen der Arbeitszeit zulässig ist, ist auch das Aufbewahren einer An- und Abwesenheitskontrolle unproblematisch. Wegen der Lohnfortzahlungspflicht ist eine solche oft auch unerlässlich.

d) Eine Personalakte sollte so geführt werden, dass dem Angestellten ohne weiteres Auskunft erteilt und Einsicht gewährt werden kann. Zuweilen wird an den Gerichten verbunden mit einer Klage auch Einsicht in die Personalakte verlangt, wor-

⁴⁸ Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte lehnt ein Einsichtsrecht des Arbeitnehmers ab; Leitfaden (Fn 26), S. 13.

⁴⁹ BGE 123 III 129, 134.

auf es vorkommt, dass die Arbeitgeberin entgegnet, sie brauche eine längere Zeit, um das Personaldossier in den Zustand zu versetzen, dass sie es dem Arbeitnehmer vorlegen könne. Das macht nicht nur keinen guten Eindruck, sondern verstösst auch gegen das Datenschutzgesetz. Art. 5 DSG⁵⁰ auferlegt dem Datenbearbeiter die Pflicht, sich über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber sich in gewissen Zeitabständen um die Aktualisierung der Daten kümmert, auch wenn er darauf vertrauen darf, dass die Arbeitnehmerin ihm beispielsweise Änderungen ihrer persönlichen Verhältnisse von sich aus mitteilt.

2.7 Daten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

a) Was passiert mit dem Personaldossier nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses? Grundsätzlich ist es dem Arbeitgeber erlaubt, ja sogar geboten, Daten nach Belieben zu vernichten, sofern er sie nicht aufgrund einer gesetzlichen Pflicht aufbewahren muss (z. B. für AHV oder BVG). Wie bekannt, muss eine Information nach Art. 328b OR gelöscht werden, wenn sie nicht mehr für die Abklärung der Eignung und für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Tut die Arbeitgeberin das nicht, verletzt sie die Persönlichkeit des Arbeitnehmers⁵¹. Ist kein Arbeitsverhältnis mehr vorhanden, fehlen jegliche Voraussetzungen zur Datenbearbeitung nach Art. 328b OR. Das Vernichten der Daten ist problemlos möglich, solange es sich um Papier, Photographien etc. handelt. Bei elektronischen Daten erweist es sich als schwieriger, weil regelmässig Sicherungssysteme bestehen und sogenannte Backups gemacht werden⁵². Die Kontrolle über die vollständige und endgültige Vernichtung seiner Daten dürfte für den Arbeitnehmer ein Ding der Unmöglichkeit sein.

b) Der Grundsatz der Vernichtungspflicht unterliegt aber wichtigen Einschränkungen. Zum einen kann der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses darauf verzichten, ein Zeugnis zu verlangen, wenige Jahre später aber seine Meinung ändern. Zum andern kann die Arbeitgeberin während einer Dauer von zehn Jahren möglicherweise in einen Streit um eine Zeugnisabänderung geraten, weshalb sie sämtliche Informationen, die dazu benötigt werden, nicht vernichten sollte. Demzufolge muss ein Begehren des Arbeitnehmers, bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses sei seine Personalakte vollständig zu vernichten, gleichbedeutend mit dem Verzicht auf ein qualifiziertes Zeugnis bzw. einer Abänderung dessen sein.

Weiter muss die Arbeitgeberin sämtliche Daten aufbewahren, die sie in Zusammenhang mit einer gesetzlichen Pflicht, beispielsweise der Arbeitslosenkasse, der Altersvorsorge und der Steuern erstellt hat. Schliesslich wird der vorsichtige Arbeitgeber für den Fall eines möglichen künftigen Rechtsstreites weitere Daten zur Beweissicherung vor dem Vernichten bewahren, was ihm gestattet ist.

c) Die Weitergabe von Daten an eine zukünftige Arbeitgeberin kann schnell zu einer Verletzung der Persönlichkeit führen und ist daher mit äusserster Vorsicht zu

⁵⁰ Vgl. Fn 13.

⁵¹ Art. 12 Abs. 1 und 2 DSG.

⁵² Geiser, S. 1053.

handhaben. Dies ist vor allem zu erwähnen, wenn Arbeitnehmer innerhalb einer Unternehmensgruppe ihre Stelle wechseln.

d) Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Regel, die Vernichtung der Daten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Praxis klar die Ausnahme ist und die eigentlich vorgesehene Ausnahme, das Weiterbewahren der Daten vielmehr die Regel ist. In jedem Fall empfiehlt es sich, dass die Arbeitgeberin (oder auch der Arbeitnehmer) bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Personalakte nach zu vernichtenden Daten durchforstet. Nach zehn, teilweise schon nach fünf Jahren sind sämtliche Daten zu vernichten⁵³.

3. Datenschutz für den Arbeitgeber

3.1 Allgemeines

Im Arbeitsverhältnis sind nicht nur Daten des Arbeitnehmers zu schützen. Auch der Arbeitgeber hat ein Interesse, Daten über sein Unternehmen, Informationen über Kunden und Geschäfte, Geschäftsgeheimnisse und vieles mehr gegen unbekannte Gefahren zu schützen, besonders aber gegen unbefugtes Verwenden durch seine Arbeitnehmer.

Es geht hier darum, einige rechtliche Aspekte aufzuzeigen. Das Thema hat indessen auch eine rein technische Seite, die nicht unwichtig ist, da auch auf dem Gebiet der Sicherheit laufend neue Entwicklungen gemacht werden und neue Sicherheitstechniken auf den Markt kommen. Mangels genügender Kenntnisse soll hier die technische Seite, über die Art und Weise, wie elektronische Daten, Dokumente etc. geschützt werden können, von diesen Betrachtungen ausgeklammert bleiben.

3.2 Rechtsgrundlagen

a) Die Grundnorm für den Datenschutz des Arbeitgebers findet sich in Art. 321a Abs. 4 OR⁵⁴.

Die Arbeitnehmerin darf mithin Geheimnisse, d. h. alle Tatsachen, an denen der Arbeitgeber ein Geheimhaltungsinteresse hat und die er geheim gehalten wissen will, nicht weitergeben oder andern mitteilen. Der Geheimnisschutz ist recht umfassend und beinhaltet eigentlich alles, was der Arbeitgeber selber geheim halten will. Er betrifft nicht nur eigentliche Fabrikationsgeheimnisse oder Geschäftsgeheimnisse, wie betriebliche Organisation, Margen, Preisberechnungen, sondern beispielsweise auch persönli-

⁵³ Leitfaden (Fn 26), S. 14. Vgl. Art. 128 Ziff. 3 OR; Fünfjährige Frist für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern.

⁵⁴ Art. 321a OR (II. Sorgfalts- und Treuepflicht)
1-3 (...)

⁴ Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder andern mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

che und finanzielle Verhältnisse des Arbeitgebers und anderer Arbeitnehmer. Diese Bestimmung ist dispositives Recht. Sie darf also einzelvertraglich noch verschärft und die Geheimhaltungspflicht ausgeweitet werden. Zudem kann im Arbeitsvertrag eine Konventionalstrafe bei Zuwiderhandlungen vereinbart werden.

b) Der Arbeitnehmer darf die geheim zu haltenden Tatsachen nicht nur ändern nicht zugänglich machen, sondern darf sie auch nicht in eigenem Interesse verwenden. Er hat dafür besorgt zu sein, dass sie nicht durch unsorgfältiges Aufbewahren Dritten zugänglich gemacht werden können, z. B. durch Akten, die er nach Hause nimmt oder auf seinem privaten PC abspeichert. Der eigene Computer selber ist noch keine Drittperson, weshalb er seine Geheimhaltungspflicht noch nicht verletzt, wenn er Geschäftsgeheimnisse auf seinem privaten Computer speichert. Doch darf ihm der Arbeitgeber das natürlich verbieten.

3.3 Kontrolle des Datenmissbrauchs

a) Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser. Um möglichen Datenmissbrauch zu verhindern, möchte sich die Arbeitgeberin nicht nur auf die gesetzlichen Bestimmungen verlassen, sondern Instrumente zur Verfügung haben, mit denen sie überprüfen kann, ob Datenmissbrauch vorkommt. Was kann der Arbeitgeber zwecks Datenschutzes unternehmen und was ist ihm durch das Gesetz erlaubt?

b) Im Zusammenhang mit der Überwachung der Arbeitnehmer ist vor allem das Arbeitsgesetz, d. h. konkret die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge) massgebend. Sie regelt nach ihrem Art. 1 Abs. 1 die Massnahmen, die in allen dem Gesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind. Das Arbeitsgesetz selber enthält überraschenderweise keine Bestimmungen über die Überwachung der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz. Dieser heikle und schwierige Gegenstand ist bloss in einer bundesrätlichen Verordnung geregelt, was verschiedentlich zu Kritik Anlass gegeben hat. Eine Verordnung sollte eigentlich eine Ausführungsbestimmung zu einer gesetzlichen Regelung sein, die hier aber fehlt. Das Bundesgericht stellte deshalb in einem wegweisenden Entscheid vor fast zwei Jahren⁵⁵ fest, zu begrüssen wäre, wenn die Überwachung der Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz zumindest in den Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt würde.

Art. 26 ArGV⁵⁶ bestimmt, dass das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz nicht systematisch überwacht werden darf. Werden Überwachungsinstrumente gleichwohl eingesetzt, dürfen sie die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden nicht beeinträchtigen.

Die genannte Bestimmung beruht auf einer nationalrätlichen Motion aus dem Jahre 1984 betreffend solche Überwachungseinrichtungen. Der Bundesrat wies damals

⁵⁵ BGer 6B_536/2009; Urteil vom 12. November 2009.

⁵⁶ Art. 26 ArGV3

¹ Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen nicht eingesetzt werden.

² Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme aus andern Gründen erforderlich, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden.

darauf hin, manche Betriebe verfügten bereits über Überwachungseinrichtungen, beispielsweise Banken, Verkaufsgeschäfte und Industriebetriebe. Diese Einrichtungen müssten klare Ziele verfolgen, nämlich

- die Sicherheit der Arbeitnehmer bei die Gesundheit gefährdenden Arbeiten,
- die Gewährleistung der Sicherheit der Kunden,
- die Diebstahlsüberwachung,
- die Überwachung automatisierter Arbeiten.

c) Dabei kann als Nebeneffekt in der Tat nicht vollständig verhindert werden, dass die Arbeit von gewissen Arbeitnehmern überwacht wird. Jedoch ist eines klar: Ein Überwachungssystem, das ganz oder in erster Linie der Verhaltenskontrolle der Arbeitnehmerinnen dient, ist unerwünscht und verstösst gegen Art. 26 ArGV3. In einer Wegleitung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO wird zudem ausgeführt, mit Art. 26 Abs. 1 ArGV3 werde der bereits in Art. 328 OR verankerte Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer im öffentlichen Arbeitsrecht verankert. Das Personal solle gegen die Überwachung seines Verhaltens am Arbeitsplatz geschützt werden. Zugleich hält das SECO fest, das Überwachen der Leistung dagegen sei zulässig, wobei die Grenze zwischen Leistungsüberwachung und Verhaltensüberwachung nur schwer zu ziehen sei. Verhalten und Leistung hängen oft stark voneinander ab. Leistungsüberwachung – so das SECO – sei beispielsweise das automatische Registrieren der Anzahl produzierter Teile oder der Anzahl Anschläge pro Tag bei Texterfassungssystemen. Ein genaues Erfassen der Anschläge mit genauen Angaben der zeitlichen Verteilung über den Tag würde hingegen Rückschlüsse auf das Verhalten ermöglichen und wäre deshalb unzulässig. Verhaltensüberwachung wäre beispielsweise auch das bildliche Erfassen der Arbeitnehmer während der Arbeit zum Zweck der Leistungskontrolle. Obwohl erlaubt, ist auch bei der Überwachung der Leistung die Verhältnismässigkeit zu wahren⁵⁷.

Mit andern Worten: Überwachungssysteme am Arbeitsplatz, die aus Gründen der Sicherheit oder zur Erfassung der Arbeitsleistung eingerichtet worden sind, sind erlaubt⁵⁸, müssen aber den Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer beachten⁵⁹. Das Bundesgericht führt im bereits erwähnten Entscheid aus, ein Überwachungssystem, welches beispielsweise die Sicherheit und die Funktionstüchtigkeit einer Maschine überwacht, sei im Sinne von Art. 26 Abs. 2 ArGV 3 zulässig, auch wenn dadurch zwangsläufig auch die Arbeitnehmerin, die die Maschine bediene, vom Überwachungssystem miterfasst werde. Demgegenüber seien nach dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 Überwachungs- und Kontrollsysteme verboten, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, also Systeme, welche gerade die gezielte Überwachung der Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz bezwecken. Das Erfassen des Verhaltens am Arbeitsplatz durch Videokameras könne für den Arbeitnehmer gesundheitlich belastend sein. Das Ausmass dieser Belastung könne davon abhängen, ob das die

⁵⁷ SECO, Wegleitung zur VO 3 des Arbeitsgesetzes, November 2007, S. 326-1.

⁵⁸ Lukas Morscher, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, ZBJV 147/2011, S. 177, 190.

⁵⁹ Geiser (Fn 12), S. 1054; BGE 130 II 425, E. 4 und 5.

Arbeitnehmerin erfassende Überwachungssystem gezielt zu deren Überwachung oder aus andern Gründen eingesetzt werde. Wesentlich könne insbesondere auch sein, wie oft, wie lange und bei welchen Tätigkeiten die Arbeitnehmerin vom Überwachungssystem erfasst werde⁶⁰, denn – so das Bundesgericht – Überwachungsanlagen würden erfahrungsgemäß bei den betroffenen Arbeitnehmern negative Gefühle auslösen und das allgemeine Betriebsklima verschlechtern. Sie seien in der Lage, das Wohlbefinden, die psychische Gesundheit und damit die Leistungsfähigkeit des Personals zu beeinträchtigen⁶¹.

d) Gemäß der Wegleitung des SECO werden Überwachungsanlagen beispielsweise häufig in Kaufhäusern zur Diebstahlsüberwachung eingesetzt. Dabei ist zu beachten, dass die Videokameras so positioniert werden, dass das Verkaufspersonal praktisch nicht miterfasst und aufgezeichnet wird⁶². Auf- und Einstellungen der Kameras müssen vorgängig mit dem Personal besprochen werden, damit dieses den überwachten Bereich genau kennt. Eine verdeckte Überwachung ist unzulässig⁶³. Zum Nachweis, dass der notwendige Einsatz von Überwachungsanlagen die Gesundheit und Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt, sollten mit Vorteil Unterlagen über Wirkungsweise sowie Art und Zeitpunkt der Aufzeichnungen erstellt und dem Personal mitgeteilt werden. Es besteht oft auch die Möglichkeit, Diebstahlsüberwachungsanlagen nur dann in Betrieb zu setzen, wenn keine Arbeitnehmer anwesend sind.

In einem Prozess am Arbeitsgericht Zürich war in einem 24-Stunden-Shop eine Überwachungskamera mit einem Fisheye-Objektiv eingerichtet worden, so dass der gesamte Ladenraum abgedeckt wurde. Der Verkaufsgestellte konnte sich nirgendwohin begeben, wo er nicht von der Kamera erfasst wurde⁶⁴. Eine solche Überwachung kann vor der Bestimmung von Art. 26 ArGV3 nicht standhalten. Das Interesse an einer wirkungsvollen Überwachung, welche zum Beispiel ermöglicht, eine potentielle Täterschaft zu identifizieren, die den Verkäufer mit Waffengewalt zwingt, Geld herauszugeben, wird meist mit dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers kollidieren. Dabei gilt es, eine Interessensabwägung vorzunehmen.

In dem bereits erwähnten, ausführlichen Entscheid des Bundesgerichts ging es um den Kassenraum eines Uhren- und Juwelengeschäfts, wo sich Bargeldbeträge in beträchtlichem Umfang befinden können. Deshalb hatte der Geschäftsinhaber ein erhebliches Interesse an einer Überwachung. Von der Videoüberwachung in jenem Raum wurden die Arbeitnehmer im Verlauf eines Arbeitstages nur sporadisch und jeweils kurzzeitig erfasst. Unter den gegebenen Umständen lag für das Bundesgericht keine Persönlichkeitsverletzung vor. Das gilt selbst für den Fall, dass die Arbeitnehmerinnen nicht in Kenntnis gesetzt worden waren und auch nicht damit rechnen mussten, eine Videokamera sei installiert worden. In jenem konkreten wurde diese Frage indessen nicht abgeklärt.

⁶⁰ BGer 6B_536/2009; Urteil vom 12. November 2009, Erw. 3.4.1.

⁶¹ BGer 6B_536/2009; Urteil vom 12. November 2009, Erw. 3.6.2.

⁶² SECO, Wegleitung (Fn 57), S. 326-4.

⁶³ Geiser (Fn 12), S. 1050.

⁶⁴ Als blosse Randbemerkung: Es wurde gleichwohl ein erfolgreicher Diebstahl ausgeübt.

e) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann so zusammengefasst werden, dass Überwachungskameras problemlos zu installieren sind, wenn sie bezwecken, Drittpersonen von Diebstählen abzuhalten beziehungsweise im Fall der Verübung von Straftaten, Dritttäter zu identifizieren. Dann muss das Personal in Kauf nehmen, dass es damit zum Teil auch überwacht wird⁶⁵. Einem schlecht zu lösenden Interessenskonflikt zwischen dem Überwachungsbedürfnis der Arbeitgeberin und dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmerschaft kann auch damit begegnet werden, dass die Videoaufzeichnungen nur bei relevanten Vorfällen angesehen und ausgewertet werden. Ist dafür kein Anlass vorhanden, sind sie unausgewertet sofort wieder zu löschen.

Wesentlichster Punkt, um eine Videoüberwachung zulassen zu können, dürfte die Zeitdauer sein. Die einzelne Arbeitnehmerin darf nur sporadisch erfasst werden. Das Personal muss von der Überwachung in Kenntnis gesetzt werden und die Möglichkeit haben, sich problemlos vor der Kamera zurückzuziehen. Bei Räumlichkeiten, zu welchen Drittpersonen keinen Zutritt haben, sich aber arbeitendes Personal aufhält, wird eine Videoüberwachung nur sehr viel schwieriger einzurichten und zu rechtfertigen sein, es sei denn, die Arbeitnehmerinnen hielten sich nur temporär und kurzzeitig dort auf. Nur dann kann einer Videoüberwachung bescheinigt werden, die Gesundheit und das Wohlbefinden der Arbeitnehmer nicht zu beeinträchtigen und geeignet zu sein, dem Gesichtspunkt der Gesundheit und des Wohlbefindens der Arbeitnehmer bei der gebotenen einschränkenden Auslegung von Art. 26 Abs. 1 ArGV3 zu entsprechen. Zum Teil wird allerdings die Auffassung vertreten, die erwähnte Bestimmung nicht anzuwenden, weil sie gegen Art. 328b OR und die zwingenden Datenbearbeitungsbestimmungen verstosse. Das würde den Arbeitgeberinnen ermöglichen, die Arbeitnehmer viel intensiver gerechtfertigt zu überwachen⁶⁶.

f) Als Beispiele aus der Praxis können erwähnt werden:

- Eine Videoüberwachung von Baustellen ist nachts zur Diebstahlprävention problemlos durchzuführen. Tagsüber müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, damit sich der Einsatz einer Videoüberwachung rechtfertigen lässt. Regelmässige persönliche Besuche und Kontrollen müssen für Architekt und Baumeister unzumutbar sein, beispielsweise weil die Entfernung zur Baustelle zu gross ist. Die Kamera darf keinen Zoom haben und nur sporadisch in Betrieb sein. Mit andern Worten: Eine Überwachung der Baustelle, um allfällige Diebstähle von Arbeitnehmern zu verhindern oder zu entdecken, ist unzulässig.
- In einer Schmuckfabrik oder in einer Banknotendruckerei ist die Überwachung auf Ein- und Ausgänge und Garderoben zu beschränken. Selbst bei solch hochsensiblen Betrieben darf nicht einfach überwacht werden.

⁶⁵ SAE 1997 S. 34 und Portmann (Fn 30), S. 7:

Anders die Chambre d'appel des prud'hommes, die einem Arbeitnehmer eine Genugtuung von Fr. 12'000.– mit der Begründung zusprach, eine auf einen besetzten Arbeitsplatz gerichtete Kamera stelle immer eine Verletzung der Persönlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers dar, selbst wenn sie nicht zur Überwachung des Personals eingerichtet worden war.

⁶⁶ Wie zur Diskussion gestellt bei: Roger Rudolph, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 12. November 2009, in ARV 2010, S. 19, 22.

3.4 Telefonüberwachung

a) Besteht keine ausdrückliche und anders lautende Weisung, darf der Arbeitnehmer grundsätzlich davon ausgehen, private Telefonate vom Arbeitsplatz aus seien in einem gewissen Rahmen gestattet⁶⁷. Es empfiehlt sich jedoch für die Arbeitgeberin, ein schriftliches Nutzerreglement⁶⁸ zu verfassen, da private Telefongespräche auch die produktive Arbeitszeit mindern.

Im Zeitalter der Mobiltelefonie darf der Arbeitgeber das private Telefonieren auf dem Geschäftstelefon verbieten⁶⁹. Allerdings kann er damit eingehende private Telefonanrufe nicht ausschliessen und kann diese auch nicht unterbinden. Es versteht sich von selbst, dass der Arbeitnehmer auch mit dem privaten Mobiltelefon nicht unbeschränkt lang herumtelefonieren darf, weil er damit seine Arbeitszeit unzulässig verkürzt.

b) Im Gegensatz zu einem Nutzerreglement, das freiwillig, aber dem Arbeitgeber zu empfehlen ist, ist es für ihn zwingend, der Belegschaft mitzuteilen, wenn der Telefonverkehr überwacht werden sollte. Die Arbeitnehmer sind vor allem auch auf die Sanktionen hinzuweisen, falls solche bei Missbrauch vorgesehen sind. Kann aus technischen Gründen nicht zwischen privaten und geschäftlichen Gesprächen unterschieden werden, ist eine Überwachung problematisch, ja ausgeschlossen, da die Privatsphäre des Arbeitnehmers auch am Arbeitsplatz zu schützen ist. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, private Telefongespräche abzuhören und/oder gar aufzuzeichnen. Er darf sich nicht einmal die Rufnummern notieren⁷⁰. Wird im Betrieb eine Telefonanlage verwendet, die eine automatische Anzeige der Rufnummern aufweist, muss letztere durch die Arbeitnehmerin abgeschaltet werden können. Sogar bei einem dringenden Tatverdacht auf eine strafbare Handlung am Arbeitsplatz, darf eine solche Überwachung nur auf Anordnung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde erfolgen.

3.5 Überwachung von IT-Systemen

a) Zunächst ist festzuhalten, dass auch auf diesem Gebiet Prävention besser ist als Repression. Der Arbeitgeber hat eine vielfältige Palette an technischen Möglichkeiten, seine Daten zu schützen, wie Virusschutz, Firewalls, Backups, Passwörter, Zugriffsschutz etc. Besonders schützenswerte Daten können auch verschlüsselt und nur für einen beschränkten Kreis Berechtigter zugänglich gemacht werden. Trotzdem scheint die elektronische Datenverarbeitung eine der einfachsten Gelegenheiten für

den böswilligen Arbeitnehmer zu sein, um unbefugt an Informationen zu gelangen, nämlich durch unrechtmässiges Behändigen, Kopieren, Abspeichern oder Versenden elektronischer Daten.

b) Im elektronischen Bereich sind zwei Unterbereiche zu unterscheiden, das Internet und die E-Mails. Die Grenze kann seit Aufkommen der sozialen Netzwerke, wie Facebook, Twitter, Xing etc. allerdings nicht mehr scharf gezogen werden.

Verkehren Mitarbeiter in sozialen Netzwerken, kann das für die Arbeitgeberinnen mit erheblichen Sicherheitsrisiken verbunden sein. Soziale Netzwerke sind eigentliche «Zeitfresser». Relativ harmlos aber sind die Arbeitszeit, die dabei verwendet wird, die Belastung der Informatikstruktur sowie die Bedrohung mit Viren, Würmern und Trojanischen Pferden. Weit schwerer wiegt der Umstand, dass Mitarbeitende Angaben über ihre Stelle machen, aus denen Informationen über die Betriebsstruktur abgeleitet werden können. Soziale Netzwerke sind eigentliche Offenbarungsstätten. Während früher Betriebsgeheimnisse allenfalls dem Lebenspartner oder besten Freund mitgeteilt worden sind, werden sie heute in sozialen Netzwerken ausgeplaudert. Damit verbunden ist das Risiko, dass Arbeitnehmer der Reputation der Arbeitgeberin schaden, wenn sie als Mitarbeiter des Unternehmens in sozialen Netzwerken auftreten und sich ungebührlich benehmen.

Die Rechtslage bei den sozialen Medien ist klar: Aufgrund seines Weisungsrechts kann die Arbeitgeberin deren Benutzung am Arbeitsplatz verbieten, was grundsätzlich empfehlenswert ist. Es gibt kein Recht auf Internet und Benutzung sozialer Medien am Arbeitsplatz. Sogar das bloss Surfen im Internet kann verboten werden. Erstens: Der Computer gehört der Arbeitgeberin und diese darf bestimmen, was damit geschieht. Zweitens schuldet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Arbeitszeit. Während des Surfens kann er diese Pflicht nicht erfüllen. Allerdings wird beispielsweise vom Zürcher Datenschutzbeauftragten Bruno Baeriswyl die Auffassung vertreten, der Arbeitgeber, der die Nutzung des Internets verbiete, habe den Arbeitnehmerinnen für die Pausen einen Internetzugang zur Verfügung zu stellen. Diese Forderung geht m. E. etwas weit.

Unterlässt es der Arbeitgeber, den Internetzugang und damit auch die sozialen Medien zu verbieten, darf der Arbeitnehmer diese von seinem Arbeitsplatz etwa in demselben Umfang benützen, wie ihm das private Telefonieren erlaubt wäre. Allerdings kann die Internetnutzung über private Mobiltelefone nicht verboten werden, jedenfalls nicht während der Pausen.

c) So oder so ist es verboten, dass der Arbeitnehmer betriebliche Daten ausserhalb der betrieblichen Informatikumgebung bearbeitet, es sei denn, der Arbeitgeber erlaube das ausdrücklich. Stellt eine Arbeitgeberin fest, dass der Arbeitnehmer unbefugt Daten mit nicht genehmigten Mitteln bearbeitet, darf er mit der Androhung einer fristlosen Entlassung verwahrt werden. Im Wiederholungsfall kann dann eine solche in Betracht gezogen werden, namentlich dann, wenn die Bearbeitung mit einer Verletzung der Geheimhaltungspflicht einhergeht.

Die Überwachung des Internetverkehrs ohne Rückschlüsse auf den Internetnutzer ist für den Arbeitgeber problemlos möglich und erlaubt. Allerdings hat er auch

⁶⁷ Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter, Erläuterungen zur Telefonüberwachung am Arbeitsplatz, März 2004, S. 1.

⁶⁸ Ein Beispiel für ein Musterreglement für Internet und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz findet sich in: Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz. Für öffentliche Verwaltungen und Privatwirtschaft. Herausgeber: Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Version Juli 2009, S. 35–40 (Leitfaden Internet).

⁶⁹ Vgl. Geiser (Fn 12), S. 1055: Ohne funktionierende Mobiltelefonie wäre ein Verbot unverhältnismässig.

⁷⁰ Allenfalls die Ortskennziffern, Leitfaden (Fn 26), S. 17.

hierbei die Persönlichkeit und die Privatsphäre des Arbeitnehmers zu schützen⁷¹. Die personenbezogene Überwachung ist nur dann zulässig, wenn es dem Arbeitnehmer vorläufig mitgeteilt worden ist. Zudem sollte sie nur stichprobenweise erfolgen.

3.6 E-Mails

a) Bei den E-Mails gelten die Grundsätze wie bei der mittlerweile etwas ausser Mode geratenen Briefpost analog. Der E-Mailverkehr steht unter dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses.

b) Hinsichtlich der Überwachung ist streng zwischen geschäftlichen und privaten E-Mails zu unterscheiden. Die Überwachung des geschäftlichen E-Mail-Verkehrs ist erlaubt. Die Arbeitgeberin hat das Recht, diese Mails zu protokollieren und inhaltlich zu sichern. Es steht ihr zu, den E-Mail-Briefkasten abwesender Mitarbeiter einzusehen. Dasselbe gilt natürlich auch für die Anhänge, welche gegebenenfalls mit gesendet werden.

Demgegenüber stehen die privaten E-Mails, die zwar vom Arbeitgeber verboten⁷², aber nicht einmal dann gelesen werden dürfen, wenn im Betrieb ein solches Verbot herrscht. Auch bei einem Verdacht auf eine Straftat darf die Arbeitgeberin nicht von sich aus private Mails einsehen. Solche beanspruchen denselben uneingeschränkten Schutz wie das Briefgeheimnis. Private E-Mails sind aber nur solche, die auch als privat erkennbar sind, nämlich dass sie der Arbeitnehmerin nicht in beruflicher Funktion, sondern als Privatperson zugestellt oder von ihr versendet worden sind.

Die Sache steht und fällt also damit, private E-Mails leicht von den geschäftlichen unterscheiden zu können. Aufgrund der Adressierungselemente ist das kaum möglich. In einem privaten Ordner abgespeicherte E-Mails sind dagegen genügend klar gekennzeichnet. Noch mehr empfiehlt es sich, private E-Mails auf einem privaten Datenträger zu speichern und nur geschäftliche im geschäftlichen Datenverwaltungssystem⁷³. Dasselbe gilt, wenn sie eine Vermerkoption «privat» tragen⁷⁴. Wenn nicht genügend erkennbar ist, ob es sich um ein privates oder geschäftliches E-Mail handelt, darf die Arbeitgeberin – analog bei nicht klar beschrifteten Briefumschlägen – davon ausgehen, es handle sich um ein geschäftliches E-Mail.

c) Ein Arbeitnehmer, der seinen E-Mail-Account im Betrieb verwendet, um unbefugte Informationen oder gar Geschäftsdokumente Drittpersonen zu übermitteln, geht ein relativ hohes Risiko ein, denn die Erfahrung zeigt, dass erstens meistens zu wenig klar zwischen privaten und geschäftlichen E-Mails unterschieden werden kann und zweitens E-Mails immer Spuren, auch inhaltlich, hinterlassen, die leicht verfolgt werden können. Ein unverschlüsseltes E-Mail, sei es privat oder geschäftlich,

⁷¹ JAR 2004, S. 606: In einem Urteil des Arbeitsgerichts Zürich hatte ein Arbeitgeber in seinem Netzwerk einen vermeintlichen Virus zu bekämpfen, durchsuchte den Computer einer Arbeitnehmerin, öffnete mehrere private Dateien und E-Mails und überprüfte die Internetzutritte, ohne diese vorgewarnt zu haben. Das Gericht sprach der Arbeitnehmerin eine Genugtuung von Fr. 1'000.– zu.

⁷² Geiser (Fn 12), S. 1055.

⁷³ Leitfaden Internet (Fn 68), S. 24.

⁷⁴ Leitfaden Internet (Fn 68), S. 23.

ist etwa gleich geheim wie eine Postkarte, die mit dem Bild nach unten auf dem Schreibtisch liegt.

3.7 Datenschutz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat die Arbeitnehmerin die Geschäftsdokumente zu übergeben und ihre privaten Mails auf private Datenträger zu speichern oder zu löschen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, am letzten Arbeitstag den E-Mail-Account zu löschen und zu sperren. Bei fristloser Entlassung oder Kündigung mit sofortiger Freistellung ist Vorsicht geboten. Bevor alles gelöscht wird, muss dem Arbeitnehmer Gelegenheit gegeben werden, sein privates E-Mail-Account zu löschen oder den Inhalt auf einen andern Datenträger zu übertragen, was von der Arbeitgeberin oft vergessen wird, wenn Arbeitnehmer Knall auf Fall ihren Arbeitsplatz zu räumen haben. Notfalls, wenn der Verdacht besteht, der Arbeitnehmer werde möglicherweise auch geschäftliche Daten an sich nehmen, hat dies unter Aufsicht zu geschehen.

3.8 Fazit

a) Die Arbeitgeberin soll hauptsächlich mit technischen Schutzmassnahmen verhindern, dass Arbeitnehmer ihre Daten, Dokumente und Geschäftsgeheimnisse missbräuchlich verwenden können. Es gibt aber keine absolute technische Sicherheit. Hingegen können technische Schutzmassnahmen die Risiken im Zusammenhang mit der Internet- und E-Mail-Nutzung reduzieren. Die präventive Wirkung dieser Massnahmen kann den Einsatz repressiver Mittel wie die Überwachung weitgehend ersetzen. Zu den wichtigsten technischen Schutzmassnahmen gehören Passwort- und Zugriffsschutz, Antivirus- und Disk-Quota-Managers, Backups und Firewalls. Zusätzlich sollen die Surf- und Mailprogramme nach dem letzten Stand der Technik installiert und in einer gesicherten Form konfiguriert und regelmässig aktualisiert werden.

b) Im schlimmsten Fall kann der Arbeitgeber weiter die Weisung erlassen, dass die Angestellten das Telefon und/oder die E-Mails nur für geschäftliche Zwecke und das Internet gar nicht verwenden dürfen. Gemäss Obligationenrecht (Art. 321 OR) verfügt der Arbeitgeber über ein Weisungsrecht. In diesem Fall stellt jede private Surfhour, jede private E-Mail und jedes private Telefongespräch einen Missbrauch dar. Ob es allerdings sinnvoll ist, den Begriff des Missbrauchs so eng zu fassen, muss letztlich jede Arbeitgeberin selber entscheiden. Selbst wenn die private Nutzung von World Wide Web und E-Mail grundsätzlich verboten wird, ist zu beachten, dass der Arbeitgeber nicht unbeschränkte Überwachungsrechte hat. Zum einen ist die systematische Überwachung in jedem Fall verboten, ebenso wie das Lesen von als privat gekennzeichneten oder erkennbaren E-Mails. Zum andern sind punktuelle Überwachungen erlaubt, müssen aber in einem Überwachungsreglement klar umschrieben sein und in einer ersten Phase anonym erfolgen. Dieses Reglement muss allen Angestellten zugänglich sein. Zum andern kann eine allzu repressive Handhabung rasch ein Klima der Verunsicherung, der Einschüchterung und des gegenseitigen Misstrauens bewirken, was sich wiederum negativ auf Motivation und Leistungsbereitschaft der Angestellten

auswirken kann. Heute ist es allgemein üblich, die private Nutzung der Kommunikations- und Informationsmittel grundsätzlich zuzulassen, aber teilweise einzuschränken. Welche Politik in einem Unternehmen verfolgt werden soll, entscheidet der Arbeitgeber. Aber wichtig ist es, transparent zu machen, welche Politik man befolgt.

V. STATISTISCHER ÜBERBLICK

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

Schlichtungsverfahren:

Anzahl Schlichtungsgesuche	776
Erledigung durch Verfügung	437
Erledigung durch Urteil	9
Akzeptierte Urteilsvorschläge	13
Abgelehnte Urteilsvorschläge	2
Klagebewilligungen	315

Verfahren vor Arbeitsgericht:

Hinweis: Wegen der Systemumstellung kann keine Garantie übernommen werden, dass alle Angaben stimmen.

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2010	2011
Übertrag Vorjahr	326	338
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1066	281
Klageeingänge von Arbeitgebern	32	15
Total	1424	634
Erledigungen im laufenden Jahr	1084	483
Pendenzen Ende Jahr	340	151

Erledigungsarten

	2010	2011
durch Urteil	190	123
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	764	262
anderweitig	130	98

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2010	2011
Verhandlungen	823	434
Beweisverfahren	52	47
Entscheidbegründung	95	41

Streitwerthöhe

	2010	2011
bis Fr. 8'000.-	463	74
von Fr. 8'000.- bis Fr. 12'000.-	130	22
von Fr. 12'000.- bis Fr. 30'000.-	319	92
von Fr. 30'000.- bis Fr. 100'000.-	103	62
von Fr. 100'000.- bis Fr. 500'000.-	39	39
über Fr. 500'000.-	7	0

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2010	2011
bis 1 Monat	212	95
1 bis 2 Monate	443	96
2 bis 3 Monate	214	85
3 bis 6 Monate	161	77
6 bis 12 Monate	102	66
1 bis 2 Jahre	33	46
über 2 Jahre	19	17



ARBEITSGERICHT ZÜRICH