

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2018



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2018

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

Redaktion: Dr. iur. Th. Oertli, Leitende Gerichtsschreiberin

Auszugsweiser Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Zitiervorschlag: AGer-Z 2018 Nr. X

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	5
1. OR 20; Nichtiger Ausbildungsvertrag	5
2. OR 322b; Auslegung einer Abrede zum variablen Lohnbestandteil	7
3. OR 322d; Bonus für Topverdiener	10
4. OR 324a; Lohnfortzahlungsanspruch bei Spätfolgen eines Unfalls (Auslegung der Anstellungsbedingungen)	15
5. OR 324a; Verletzung der Informationspflicht zur Einzeltaggeldversicherung	18
6. OR 324a; Abstellen auf Hausarzt oder Vertrauensarzt?	21
7. OR 330a; Zeugnisforderung mit Formulierungsvorschlag	25
8. OR 330a; Zeugnisberichtigungsbegehren (Substantiierung)	28
9. OR 336; Keine missbräuchliche Kündigung nach Arbeitsunfall	31
10. OR 336; Kündigung nach Geltendmachung von Ansprüchen?	34
11. OR 336; Anwendung von öffentlich-rechtlichen Kündigungsvorschriften	37
12. OR 337; Beweisverfahren zum Ausspruch der Kündigung	44
13. OR 337, ZPO 152; Beweis des wichtigen Grundes mit privaten WhatsApp- Chatnachrichten auf dem Geschäftshandy?	48
14. OR 337d; Substantiierung des geltend gemachten Schadens	56
15. OR 356; Unterstellung unter Landesmantelvertrag oder Elektro-GAV?	60
16. DSG 6; Feststellungsbegehren betreffend Rechtmässigkeit einer bereits erfolgten Mitarbeiter-Datenlieferung in die USA	64
17. DSG 8; Auskunft über einen Eintrag in der Datensammlung einer Bank	67
18. ZPO 34; Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort	73
19. ZPO 81; Streitverkündungsklage bei fehlender Passivlegitimation im Konzern	75
20. ZPO 118; Entlassung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wegen möglicher Interessenkollision	77
21. ZPO 126; Sistierungsgesuch	80
22. ZPO 224; Nichteintreten auf Widerklage (neg. Feststellungsklage)	81
II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	84
III. Statistischer Überblick	85

Hinweis

Durch die Redaktorin angebrachte Anmerkungen, Ergänzungen oder Weglassungen in den Urteilsauszügen sind mit eckigen Klammern gekennzeichnet.

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Wiederum möchten wir Ihnen eine Auswahl von Entscheiden aus dem vergangenen Jahr präsentieren, die zeigt, wie vielfältig und abwechslungsreich die zu behandelnden Fälle am Arbeitsgericht Zürich sind.

Die vorliegende Sammlung widerspiegelt die steigende Bedeutung von datenschutzrechtlichen Fragen. So wurde im Jahr 2018 unter anderem über die beweisrechtliche Verwertbarkeit von privaten Whats-App-Chatnachrichten auf dem Geschäftshandy (Nr. 13) und das Auskunftsrecht über einen Eintrag in der Datensammlung zu potentiellen Arbeitnehmenden einer international tätigen Gesellschaft (Nr. 17) entschieden. Aktuell sind ferner nach wie vor Streitigkeiten betreffend Arbeitsunfähigkeit. Im Entscheid Nr. 6 musste das Arbeitsgericht zwischen dem Attest des Hausarztes und dem Attest des Vertrauensarztes abwägen. Ein weiterer interessanter Fall behandelt den Einbezug von öffentlich-rechtlichen Kündigungsvorschriften in das privatrechtliche Arbeitsverhältnis (Nr. 11).

Daneben ist das Arbeitsgericht vermehrt mit prozessualen Anträgen befasst – nur ein Beispiel ist die steigende Beliebtheit von Sistierungsgesuchen (vgl. den Entscheid Nr. 21). Die vermehrte Bedeutung verfahrensrechtlicher Entscheide spiegelt sich darin wider, dass in der diesjährigen Ausgabe insgesamt fünf Entscheide zu verfahrensrechtlichen Fragen vorgelegt werden (Nr. 18-22).

Der Urteilsauszug Nr. 12 zum Beweisverfahren soll beispielhaft einen Einblick in Beweiserhebungen vor Gericht und die Würdigung von Zeugenaussagen verschaffen.

Auf vielfachen Wunsch haben wir schliesslich neu einen Zitiervorschlag aufgenommen. Da sich die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich auf den Bezirk Zürich beschränkt, haben wir auf das Kürzel „ZH“ verzichtet und uns stattdessen für die Zitierweise „AGer-Z 2018 Nr. X“ entschieden.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre.

Zürich, im Mai 2019

lic. iur. Erich Kaufmann, Präsident der 4. Abteilung/Bereichsvertreter
Dr. iur. Th. Oertli, Ersatzrichterin/Leitende Gerichtsschreiberin
Arbeitsgericht

I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

1. OR 20; Nichtiger Ausbildungsvertrag

Die Beklagte und Widerklägerin (im Folgenden: Beklagte) arbeitete vom 28. März 2017 bis Anfang Juli 2017 für die Klägerin und Widerbeklagte (im Folgenden: Klägerin) in einem Nagelstudio. Für die ersten drei Monate schlossen die Parteien einen Ausbildungsvertrag mit einem Monatslohn von Fr. 50.– ab. Zudem verpflichtete sich die Beklagte, nach Ablauf des Ausbildungsvertrags während mindestens 12 Monaten weiter für die Klägerin tätig zu sein. In der Folge gingen die Parteien bereits fünf Wochen nach Arbeitsantritt einen unbefristeten Arbeitsvertrag ein. In diesem Vertrag wurde ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 3'200.– und Arbeit im Bereich „Landwirtschaft/Nagel Design“ vereinbart. Der vorliegende Urteilsauszug betrifft eine widerklageweise erhobene Lohnnachforderung der beklagten Arbeitnehmerin für die ersten fünf Arbeitswochen.

Aus den Erwägungen:

«2.1. Würdigung

2.1.1. Vorliegend leistete die Beklagte [Anmerkung: Arbeitnehmerin] – soweit ersichtlich und entgegen dem vertraglich vorgesehenen, heterogenen Arbeitsbereich – ausschliesslich in einem Nagelstudio ihre Einsätze für die Klägerin [Anmerkung: Arbeitgeberin]. Gemäss Ausbildungsvertrag vom 28. März 2017 war für die Tätigkeit der Klägerin ein „Lohn/ Entschädigung“ von monatlich Fr. 50.– vereinbart.

2.1.2. Die Beklagte hat unter anderem eine Ausbildung in Theorie und Praxis in Nagelästhetik für Hände und Füsse. Dass die Kenntnisse der Beklagten für die Klägerin unbrauchbar gewesen sein sollen, ist unglaublich, wirbt die Klägerin doch selbst mit der Tätigkeit in ebendiesem Bereich. Die Ausführungen des Geschäftsführers, wonach die Klägerin als renommiertes Nagelstudio die Dienste der Beklagten nur sehr bedingt habe gebrauchen können, erweisen sich als haltlos. Dass die Beklagte erst ein paar Wochen nach dem 28. März 2017 die erste Kundin bedient habe, ist als Schutzbehauptung der Klägerin zu werten. Überdies waren die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin widersprüchlich und ausweichend. Einerseits brachte er vor, man habe die Ausbildung der Beklagten nicht brauchen können und sie habe von „Null beginnen müssen“, da sie keine Ahnung gehabt habe. Andererseits gab er an, dass der Ausbildungsvertrag gestoppt worden sei, weil er gesehen habe, dass die Beklagte „es gut macht“. Einerseits seien der Klägerin – bis die Beklagte soweit gewesen sei – grosse Kosten entstanden, andererseits sei man nach fünf Wochen „kulanterweise“ und ohne Verpflichtung vom Ausbildungsvertrag abgewichen und habe der Beklagten Fr. 3'200.– bezahlt. Worin die hohen Kosten einer allfälligen Ausbildung bestanden haben sollten, ist nicht ersichtlich. Darin, dass der Geschäftsführer einer Mitarbeiterin auf dem Computer Videos von Nagel-Techniken zeigt, diese bei anderen Mitarbeitenden zuschaut oder an einem Modell übt, können sie nicht gelegen sein.

Die Darstellung der Beklagten macht weiter auch vor dem (unbestrittenen) Hintergrund keinen Sinn, dass der Beklagten fünf Wochen nach Arbeitsbeginn aufgrund der – ebenfalls unbestrittenen – guten Arbeit der Lohn gemäss Arbeitsvertrag bezahlt wurde. Dass dies aufgrund von „Kulanz“ auf Seiten der Klägerin geschehen sein soll, ist als Schutzbehauptung zu werten.

Es ist gerichtsnotorisch, dass eine Einarbeitungsphase, wie sie die Parteien schildern, in den meisten Jobwechseln die Realität ist. Der Geschäftsführer der Klägerin gab überdies selbst an, dass die Beklagte „relativ schnell selbständig arbeiten“ konnte. Aufgrund des Gesagten ist davon auszugehen, dass es sich bei den ersten fünf Wochen nicht um eine Ausbildung handelte, sondern dass es eine (übliche) Einarbeitungszeit gab mit anschliessender gewöhnlicher Arbeitstätigkeit.

2.1.3. In Anbetracht dessen, dass davon auszugehen ist, dass die Beklagte bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses – wenn auch mit erwähnten, üblichen Einarbeitungstätigkeiten – als normale Mitarbeiterin eingesetzt wurde, steht die Leistung gegenüber dem Monatslohn in Höhe von Fr. 50.– als Gegenleistung in einem krassen Missverhältnis. Zudem wäre von einem solchen Ungleichgewicht gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch bei einer unausgebildeten Arbeitnehmerin auszugehen: So betrachtete das Bundesgericht in einem Fall den monatlichen Lohn eines Hausangestellten in der Höhe von Fr. 300.– (nebst Kost und Logis) als strafrechtlich relevanten Wucher (BGE 130 IV 106 E. 7). Im vorliegenden Fall beträgt der monatliche Lohn – nota bene ohne Kost und Logis – gemäss Ausbildungsvertrag lediglich Fr. 50.–. In einem weiteren Fall, in welchem ein Anlehrvertrag mit entsprechend niedrigem Lohn vereinbart wurde, bei dem der Arbeitnehmer aber nicht ausgebildet, sondern als billige Hilfskraft verwendet wurde, wurde befunden, dass dieser Anspruch auf den üblichen Lohn statt auf den vereinbarten hat (vgl. JAR 1994 S. 251). Da im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass die Beklagte in der betreffenden Zeit bei der Klägerin nicht ausgebildet wurde und als Kosmetikerin bzw. Nageldesignerin – wenn auch nach einer üblichen Einarbeitungsphase – acht bis zwölf Kunden am Tag bediente und der Klägerin mithin als billige Hilfskraft diente, ist die Lohnregelung im Ausbildungsvertrag als nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR zu betrachten und die geleistete Arbeit gestützt auf ein faktisches Arbeitsverhältnis abzuwickeln (Art. 320 Abs. 3 OR). Folglich hat die Beklagte für die während fünf Wochen geleistete Arbeit Anspruch auf den üblichen Lohn.

2.1.4. Für die Bemessung eines üblichen Lohns im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR ist mangels Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag von dem Lohn für die betreffende oder vergleichbare Tätigkeit auszugehen, der sich aus einer Orts-, Branchen- oder Betriebsübung ergeben kann. Der von der Beklagten geltend gemachte, von der Klägerin in der Höhe nicht bestrittene und im Arbeitsvertrag vom 3. Mai 2017 vereinbarte monatliche Lohn von Fr. 3'200.– erscheint in dieser Hinsicht nicht als zu tief, weshalb davon auszugehen ist.»

(AF180005 vom 13. November 2018; auf die dagegen von der Klägerin erhobene Berufung trat das Obergericht mit Beschluss vom 5. Januar 2019 nicht ein,

LA190001, eine Beschwerde am Bundesgericht ist anhängig; die Berufung der Beklagten betreffend hier nicht thematisierte weitere Forderungen wurde vom Obergericht am 25. Februar 2019 abgewiesen, LA190004)

2. OR 322b; Auslegung einer Abrede zum variablen Lohnbestandteil

Der Kläger arbeitete seit dem 1. Dezember 2013 als „Leiter Research“ bei der Beklagten. Vereinbart war ein Bruttomonatslohn von Fr. 10'000.– sowie ein variabler Lohnbestandteil, dessen Auslegung vor Arbeitsgericht und in der Folge vor Obergericht strittig war.

Aus den Erwägungen:

«VI. Bonus

1. Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte ihm für das Jahr 2016 einen Bonus von Fr. 2'443.80 brutto bzw. Fr. 2'266.85 netto schulde. Dazu führt er fünf Verträge an, welche zusammen ein Vertragsvolumen von Fr. 20'365.– ergeben würden. Gemäss Arbeitsvertrag habe er Anspruch auf einen Bonus in der Höhe von 12% des genannten Vertragsvolumens. Dabei sei die Bonusregelung des Vertrages so zu verstehen, dass ein Bonus von 7.5 % geschuldet sei, wenn er neue Verträge an die Beklagte vermittelt habe, die Verhandlung und der Abschluss aber durch die Beklagte erfolgt sei, und 12%, wenn er neue Verträge selbst akquiriert habe und die Verhandlung unterschriftsreif durch ihn erfolgt sei, sodass die Beklagte nur noch ihre finale Zustimmung habe geben müssen. Die aufgeführten Verträge seien allesamt vom Kläger unterschriftsreif akquiriert worden, weshalb er Anspruch auf einen Bonus von 12% habe.

2. Die Beklagte wendet ein, dass ein Bonusanspruch des Klägers nur entstanden sei, wenn er neue Kunden oder Projekte eingebracht hätte. Keiner der vom Kläger angeführten Kunden sei neu durch den Kläger zu der Beklagten gekommen, sondern alle seien schon seit Jahren Kunden der Beklagten gewesen. Der Kläger habe deshalb keinen Anspruch auf einen Bonus.

3. Im Arbeitsvertrag vom 27. August 2013 ist folgende Klausel aufgeführt:

„Von jedem vermittelten Vertrag erhalten Sie 7.5% des bezahlten Volumens, von jedem selbst akquirierten Vertrag 12% des bezahlten Volumens 30 Tage nach Zahlungseingang durch den neuen Kunden ausgezahlt – für die Dauer des jeweils gewonnenen Vertrages.“

Eine nähere Umschreibung, was als bonusbegründender Vertrag zu verstehen ist, findet sich nicht.

4.1. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt eines Vertrages nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Im schweizerischen Ver-

tragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses und der Auslegung mithin der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Gericht vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (subjektive oder empirische Auslegung). Ist dies zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich zwar übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Dasselbe gilt, wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt bzw. bewiesen werden kann. Vertragliche Vereinbarungen sind dann aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (objektive oder normative Auslegung). Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Zu berücksichtigen ist insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 140 III 391 E. 2.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 132 III 24 E. 4; Urteil BGer 4A_574/2013 vom 15. Mai 2014 E. 3.1).

4.2. Die Parteien sind sich uneinig, wie die Bonusklausel des Vertrags verstanden werden soll. Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger nur bei neu gewonnenen Kunden einen Bonusanspruch gehabt habe und nicht, wenn er mit bereits bestehenden Kunden der Beklagten neue Verträge abgeschlossen habe. Der Kläger bringt vor, dass nach genannter Klausel der Bonus nicht nur bei Verträgen mit neuen Kunden geschuldet gewesen sei, sondern allgemein bei neuen Verträgen mit Kunden. Ein tatsächlicher Konsens liegt folglich nicht vor. Es ist daher mittels Auslegung zu ermitteln, wie die Parteien die Bonusklausel nach Treu und Glauben verstehen durften.

4.3. Nach dem Wortlaut der Bonusklausel wird hauptsächlich zwischen einem *vermittelten* und einem selbst *akquirierten* Vertrag unterschieden. Für einen selbst akquirierten Vertrag hätte der Kläger einen Anspruch auf 12%, für einen vermittelten Vertrag auf 7.5% des Vertragsvolumens gehabt. Akquirieren bedeutet definitions-gemäss das Anwerben von neuen Kunden. Vermitteln kann ebensolches heissen, ist jedoch nicht darauf beschränkt, sondern allgemeiner zu verstehen. In diesem Sinne könnte auch das Aushandeln neuer Verträge mit bestehenden Kunden vom Begriff des vermittelten Vertrags umfasst sein.

Weiter hält die genannte Klausel jedoch fest, dass der Kläger seinen Bonus 30 Tage nach Zahlungseingang durch den neuen Kunden ausbezahlt erhalte. Die explizite Erwähnung, dass der Bonus 30 Tage nach der Zahlung des neuen Kunden ausgerichtet werde, indiziert, dass sich der Bonusanspruch – wie es die Beklagte geltend macht – auf Vertragsabschlüsse mit neuen Kunden bezog und Vertragsabschlüsse mit bestehenden Kunden keinen Anspruch zu begründen vermochten. So ergäbe auch die

Unterscheidung zwischen vermittelten und selbst akquirierten Verträgen, so wie sie der Kläger verstanden hatte, Sinn. Als vermittelte Verträge wären demnach diejenigen zu qualifizieren, bei denen der Kläger die neuen Kunden lediglich an die Beklagte vermittelte und die Beklagte – in der Person von Herrn A. als Geschäftsführer – die Vertragsverhandlungen und den Abschluss des Vertrags selbst leitete. Konnte jedoch der Kläger einen neuen Kunden anwerben und zugleich die Vertragsverhandlungen bis zur Unterschriftsreife führen, sodass die Beklagte diesen lediglich noch genehmigen musste, hätte es sich um einen selbst akquirierten Vertrag gehandelt.

Nach Treu und Glauben konnte die vorliegende Bonusabrede demnach nur so verstanden werden, dass ein Bonusanspruch des Klägers bei Vertragsabschlüssen mit neuen, nicht jedoch bei solchen mit bereits bestehenden Kunden der Beklagten, resultierte.

4.4. Der Kläger wendet ein, dass die Unklarheit der Bonusklausel zulasten der Beklagten ausgelegt werden müsse, da diese sie formuliert habe (Unklarheitenregel). Primär ist die Auslegung einer Vertragsabrede nach dem Prinzip von Treu und Glauben vorzunehmen. Erst wenn dies zu keinem (eindeutigen) Ergebnis führen sollte, käme die Unklarheitenregel überhaupt zum Zuge (BSK OR I-WIEGAND, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 18 N 40). Dies ist hier nicht der Fall. Vorliegend wäre zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Vertragsinhalt nicht einseitig von der Beklagten diktiert worden war, sondern dass sich dieser aufgrund der Vertragsgespräche zwischen den Parteien ergeben hatte. Die Unklarheitenregel kommt damit nicht zur Anwendung.

4.5. Bei den vom Kläger aufgelisteten Verträgen handelt es sich unbestritten um (Erweiterungs-)Verträge mit bestehenden Kunden der Beklagten. Als solche hat sie der Kläger teilweise denn auch selbst bezeichnet und gemäss Ingress des entsprechenden von ihm eingereichten und vermittelten Vertrages hat die Beklagte das B.-Institut seit Jahren unterstützt. Nach dem Gesagten konnten diese Vertragsabschlüsse keine Bonusansprüche des Klägers begründen.

5. Die Bonusforderung des Klägers in der Höhe von Fr. 2'443.80 brutto bzw. Fr. 2'266.85 netto ist demzufolge abzuweisen.»

Das Obergericht kam zu einem anderen Auslegungsergebnis. Es erwog, es könne mit dem Arbeitsgericht durchaus von der Auslegung ausgegangen werden, dass unter „Akquirieren“ das Anwerben neuer Kunden zu verstehen sei, während unter den Begriff des „Vermittelns“ auch das Aushandeln von Verträgen mit bestehenden Kunden falle. Wollte man indes die Klausel nur auf Neukunden anwenden, ergäbe die Unterscheidung zwischen „Akquirieren“ und „Vermitteln“ keinen Sinn. Der Hinweis „30 Tage nach Zahlungseingang durch den neuen Kunden“ sei als unsorgfältige Vertragsredaktion zu verstehen, welche sich die Beklagte als Autorin des Vertragstextes entgegenhalten lassen müsse. Das Obergericht sprach dem Kläger folglich für die von ihm vermittelten Verträge mit bestehenden Kunden eine Provision von 7,5% zu.

(AN170036 vom 23. Mai 2018 und Obergericht LA180017 vom 25. September 2018)

3. OR 322d; Bonus für Topverdiener

Ein Bankmitarbeiter arbeitete seit seinem Lehrantritt im Jahr 1991 für die Beklagte beziehungsweise deren Rechtsvorgängerin, zuletzt in der Funktion eines „Directors“. Auf Kündigung der Beklagten hin endete das Arbeitsverhältnis im Jahr 2013. Vor Arbeitsgericht machte der Kläger geltend, ihm hätte im Jahr 2012 ein Bonus ausbezahlt werden müssen.

Aus den Erwägungen:

«2. Würdigung

2.1. Im Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 1998 wurde hinsichtlich der Bonuszahlungen folgende Vereinbarung getroffen: „Der Spezialbonus hängt primär von der Höhe der im vergangenen Jahr erarbeiteten Resultate ab und wird vor allem nach Massgabe des persönlichen Leistungsbeitrages zu deren Erreichen zugesprochen. Er ist nach oben und unten variabel. Der Spezialbonus stellt eine freiwillige Leistung der Bank dar; ein Anspruch auf Ausrichtung eines Spezialbonus besteht nicht.“ Aus den Reglementen und den Bonusschreiben („Compensation Statements“) geht sinngemäss ebenfalls hervor, dass der Beklagten sowohl beim Entscheid über die Auszahlung eines Bonus als auch bei der Bemessung der Höhe der Bonuszahlung volles Ermessen zusteht. So wird in Art. 38 des Personalreglements zum Bonus Folgendes vermerkt: „Auch wenn über mehrere aufeinander folgende Jahre ein Bonus ausgerichtet worden ist, kann dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen oder eine bestimmte betragliche Höhe des Bonus abgeleitet werden.“ In den Bonusschreiben und den „Arbeitsvertragsreglementen Direktion“, finden sich Klauseln mit dem identischen Wortlaut.

Die schriftlich getroffenen Vereinbarungen lassen den Bonus also zunächst als echte Gratifikation erscheinen. Ob eine derart ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Vergütung tatsächlich eine Gratifikation i.S. von Art. 322d OR darstellt, hängt nach der Rechtsprechung unter anderem vom Verhältnis der freiwilligen Vergütung zum vereinbarten Lohn ab (Akzessorietät). Dies gilt aber nicht absolut. So hat das Bundesgericht unlängst festgehalten, dass bei sehr hohen Einkommen kein Anlass besteht mit den Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend in die Parteiautonomie/Parteiabrede einzugreifen. In einem ersten Schritt ist daher zu ermitteln, ob das klägerische Einkommen als sehr hoch zu qualifizieren ist und sich eine weitere Prüfung erübrigt. Diesfalls ist eine – wie vorliegend – ins Ermessen des Arbeitgebers gestellte Vergütung in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren (vgl. u.a. Bundesgerichtsurteil 4A_69/2016 vom 17. August 2016, E. 4.2.2.).

2.2. Gemäss dem Bundesgericht ist ab dem fünffachen Medianlohn von einem sehr hohen Einkommen auszugehen. Zur Beurteilung, ob eine solch hohe Vergütung vorliegt, ist in der Regel auf den Jahreslohn im entsprechenden / in diesem bestimmten Jahr abzustellen (u.a. Bundesgerichtsurteil 4A_565/2015 vom 14. April 2016, E. 2.4).

Vorliegend ist das Einkommen des Klägers im Jahr 2012 zu betrachten. Die Gesamteinkünfte des Klägers beliefen sich in diesem Jahr auf Fr. 278'941.– (vgl. Lohnausweis für das Jahr 2012). Die insgesamt Vergütung des Klägers lag somit unter der

vom Bundesgericht statuierten Grenze für einen sehr hohen Lohn (Medianlohn im Jahr 2012: Fr. 73'416.– pro Jahr; fünffacher Medianlohn: Fr. 367'080.–). Die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang jedoch vor, der Kläger habe einzig im Jahr 2012 kurzzeitig ein Einkommen erzielt, das unter dem fünffachen Medianlohn gelegen habe. Das mache ihn noch nicht schutzwürdig, zumal er vorher und nachher sehr gut entschädigt worden sei, das Einkommen für das Jahr 2012 immer noch als hoch zu bezeichnen sei, und er weitaus mehr verdient habe, als er für die Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt habe. Es rechtfertige sich nicht, in diesen Situationen isoliert nur die Verhältnisse während eines ausgewählten Jahres (i.c. 2012) zu betrachten. Es müssten vielmehr aussagekräftige, repräsentative Zahlen verwendet werden. Im Fall des Klägers zeige sich schnell, dass er bei dieser Betrachtungsweise einen sehr hohen Lohn erzielt habe und damit jegliche Legitimation fehle, in eine klare und zulässige Parteiabrede einzugreifen.

2.3. Führt man sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Erfordernis der Akzessorietät bei sehr hohen Löhnen vor Augen, so geht es in erster Linie um die Frage, ob ein als Top-Verdiener einzustufender Arbeitnehmer noch schutzwürdig ist. Das Bundesgericht hat zwar – wie vorab aufgezeigt – festgehalten, dass auf die Einkünfte im entsprechenden Jahr abzustellen sei. Mit Urteil 4A_557/2015 vom 16. August 2016 hat es aber entschieden, dass es sich rechtfertige, auf eine andere/längere Zeitperiode abzustellen, sofern die Einkünfte in der strittigen Periode nicht repräsentativ seien. So hielt es fest, um die Aussagekraft der Einkünfte sicherzustellen, sei ausnahmsweise auf die während der gesamten strittigen Periode erzielten Einkünfte abzustellen. Das sei insbesondere angezeigt, wenn ein Arbeitnehmer im zweiten strittigen Jahr nur noch während einiger Monate bei der fraglichen Arbeitgeberin tätig gewesen sei (Bundesgerichtsurteil 4A_557/2015 vom 22. Juni 2016, E. 3.2). Der Entscheid zeigt, dass es sich im Einzelfall rechtfertigt, nicht strikt von einem Jahreslohn auszugehen. Es soll – um eine aussagekräftige Beurteilung der Einkommenssituation im Einzelfall zu erhalten – eine breitere Betrachtung vorgenommen werden. Dass bezüglich Bonusforderungen eine gesamtheitliche Betrachtung erforderlich ist, ergibt sich auch aus anderen höchstrichterlichen Entscheiden (vgl. z.B. Bundesgerichtsentscheid 4A_159/2016 vom 1. Dezember 2016). Mit Urteil 4A_714/2016 vom 29. August 2017 hat das oberste Gericht zudem seine Rechtsprechung zur Akzessorietät weiter konkretisiert und damit verschärft. Wie vorstehend bereits dargelegt, soll das Akzessorietätserfordernis bei mittleren bis hohen Einkommen, d.h. zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn, erst spielen, wenn der Bonus mindestens die Höhe des Grundlohns erreicht.

Aus der zitierten Rechtsprechung ergibt sich zusammenfassend, dass im Einzelfall eine Gesamtbetrachtung erfolgen soll, wobei dies insbesondere im Zusammenhang mit der Ermittlung der relevanten Einkünfte zu gelten hat. Es soll letztlich auf ein repräsentatives Einkommen abgestellt werden, wobei zudem die Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer mit einem mittleren bis sehr hohen Lohn nicht leichtfertig angenommen werden soll.

2.4. Der Kläger erzielte in den Jahren 2007 bis 2013 durchschnittlich eine Gesamtvergütung von gerundet Fr. 326'135.– brutto (Fr. 314'932.– + Fr. 232'985.– + Fr. 193'565.– + Fr. 398'799.– + Fr. 432'513.– + Fr. 278'941.– + Fr. 431'211.– : 7). Bereits dabei handelt es sich eindeutig um einen hohen Lohn. Betrachtet man nur die letzten Jahre – die Jahre 2010 bis und mit 2013 – verdiente der Kläger durchschnittlich gar Fr. 385'366.– (Fr. 398'799.– + Fr. 432'513.– + Fr. 278'941.– + Fr. 431'211.– : 4). Darauf ist abzustellen, zumal im Jahr 2010 der Fixlohn des Klägers (letztmals) auf Fr. 180'000.– erhöht wurde. Der Kläger erzielte mithin ein durchschnittliches Einkommen, welches über dem fünffachen Medianlohn lag. Daran vermag auch das klägerische (sinngemässe) Vorbringen nichts zu ändern, die im Jahr 2013 bezahlte Abgangsentschädigung könne nicht berücksichtigt werden, da es sich um eine gemäss dem Sozialplan zwingend geschuldete und für die Zukunft gedachte finanzielle Reserve handle. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist einzig auf die tatsächlichen Einkünfte abzustellen. Es kommt nicht darauf an, ob die tatsächlich erzielten Einkünfte regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen sind, ob es sich um Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, (andere) Gratifikationen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen oder anderes handelt (Urteil des Bundesgerichts, 4A_69/2016 vom 17. August 2016). Dies hat – entgegen der klägerischen Ansicht – auch für die von der Beklagten freiwillig ausgerichtete Abgangsentschädigung zu gelten.

2.5. Bei solchen Einkünften kann nicht von einer besonderen Schutzwürdigkeit des Klägers ausgegangen werden. Insbesondere scheint es auch nicht angezeigt, eine solche für das Jahr 2012 anzunehmen. Diese Einschätzung hat umso mehr zu gelten, als aufgrund der Rechtsschriften der Eindruck entsteht, der Kläger versuche (einzig) anhand des einmal tiefer ausgefallenen Gesamtlohns einen Bonusanspruch herzuleiten. So macht er nicht einmal eindeutig geltend, ob es sich nun um den Bonus 2012 oder den Bonus 2011, welcher im Jahr 2012 ausbezahlt worden wäre, handelt. Für ihn ist in erster Linie entscheidend, dass er im Jahr 2012 für einmal nicht einen den fünffachen Medianlohn übersteigenden Lohn erhielt bzw. dass er nicht einen den vor- und nachgehenden Jahren entsprechenden Lohn erhielt. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und für den Entscheid auf das durchschnittliche Einkommen des Klägers von Fr. 385'366.– abzustellen. Der Kläger ist in Würdigung der gesamten Umstände ohne Weiteres in die Kategorie der Top-Verdiener einzureihen. Das Gericht hat vorliegend nicht korrigierend in die gültig vereinbarten Parteiabreden einzugreifen. Es handelt sich demgemäss um eine Gratifikation, auf die kein Anspruch besteht (vgl. auch Urteil des Bundesgericht 4A_69/2016 vom 17. August 2016).

Die Klage ist abzuweisen.»

Das Obergericht kam, wie die nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen zeigen, zum gegenteiligen Schluss und stellte bei der Prüfung des sehr hohen Einkommens einzig auf das fragliche Jahr 2012 ab.

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

«5.4. Die Einschätzung der Vorinstanz, die schriftlich zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen liessen den Bonus zunächst als echte Gratifikation erscheinen, wurde zu Recht von keiner der Parteien in Frage gestellt. Die Vorinstanz prüfte daher folgerichtig, ob der Kläger dennoch Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2011 habe, verneinte dies aber, weil sie ihn als Top-Verdiener qualifizierte, weshalb sie nicht korrigierend in die gültig vereinbarten Parteiabreden einzugreifen habe. Der Ansicht der Vorinstanz, es seien für die Prüfung der Frage, ob der Kläger ein sehr hohes Einkommen erzielt habe und demzufolge nicht schutzbedürftig sei, neben dem Jahr 2012 auch die Jahre 2010, 2011 und 2013 einzubeziehen, kann indes nicht gefolgt werden. Im von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zitierten BGE 142 III 456 (= BGer 4A_557/2015 vom 22. Juni 2016), führte das Bundesgericht in E. 3.2 aus, grundsätzlich betrachte man das tatsächlich vom Arbeitnehmer während des Jahres erhaltene Einkommen. Ausnahmsweise werde der repräsentative Charakter besser gewährleistet, wenn man die während der streitigen Zeitspanne tatsächlich erhaltene Entschädigung in Betracht ziehe. Die Berücksichtigung dieser Zeitspanne werde insbesondere dann geeignet sein, wenn der Arbeitnehmende seine berufliche Tätigkeit im zweiten streitigen Jahr lediglich während einiger Monate ausgeübt habe. In der Folge stellte das Bundesgericht im von ihm zu beurteilenden Fall auf das Jahr 2011 und die 5 Monate des Jahres 2012, in denen das Arbeitsverhältnis noch angedauert hatte, insgesamt mithin auf 17 Monate ab (a.a.O., E. 3.3), wobei der Bonus des Jahres 2011, der im Jahr 2012 auszuzahlen gewesen wäre, strittig war und es sich somit bei diesen 17 Monaten um die streitige Periode handelte. In BGE 144 III 452 E. 2.3.3 erwog das Bundesgericht Folgendes:

„In **BGE 143 III 254** E. 3.2 hat das Bundesgericht ausgeführt, ob der Kläger bei teilbarem Leistungsbegehren mit dem behaupteten Lebenssachverhalt aus objektiver Sicht mehrere Streitgegenstände zur Beurteilung stelle, beurteile sich „auch mit Rücksicht auf das materielle Recht“. Abgesehen von diesem Grundsatz lassen sich der Rechtsprechung allerdings keine allgemeingültigen Kriterien zur Abgrenzung von einheitlichen Lebenssachverhalten entnehmen, wie im Schrifttum denn auch in verschiedener Hinsicht bemängelt wurde:

Einerseits wurde in einer Urteilsanmerkung zu **BGE 142 III 683** als fraglich bezeichnet, „ob der Ablauf eines Kalenderjahres für sich allein genommen einen neuen Lebenssachverhalt“ schaffe (MARGHITOLA, Die Eintretensfrage bei der Teilklage, ius.focus 6/2017). Dieser Entscheid ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das Bundesgericht im Hinblick auf die Frage, ob Boni als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren sind, auf die tatsächlichen Bezüge in einer bestimmten Zeitperiode abstellt, in der Regel einer Jahresperiode. Diese tatsächlichen Einkünfte werden dann dem Medianlohn in diesem Jahr gegenübergestellt (siehe im Einzelnen **BGE 142 III 456** E. 3, 381 E. 2; **141 III 407** E. 4-6). Insofern werden rein tatsächlich (vgl. **BGE 142 III 456** E. 3.2 S. 460: „approche factuelle“) unterschiedliche Perioden innerhalb des gleichen Arbeitsverhältnisses unterschieden, die aber zu unterschiedlichen materiellen Ansprüchen führen. (...)“

Damit ist klar, dass das Bundesgericht in BGE 142 III 456 E. 3.2 nicht etwa von seiner Haltung, dass grundsätzlich auf das vom Arbeitnehmer während eines Jahres erzielte Einkommen abzustellen ist, abrücken wollte und es insbesondere nicht darum geht, ob der Arbeitnehmer im Durchschnitt verschiedener Jahre mindestens den fünffachen Medianlohn als Einkommen erzielte. Darauf aber läuft die Interpretation der Vorinstanz im Ergebnis hinaus. Auch in den nach BGE 142 III 456 ergangenen BGer 4A_13/2018, 4A_17/2018 vom 23. Oktober 2018, E. 5.3.2.1., BGer 4A_463/2017 vom 4. Mai 2018, E. 3.1.4.2. und BGer 4A_485/2016 und 4A_491/2016 vom 28. April 2017, E. 4.3., wird im Übrigen von der dargelegten Bestimmung der massgeblichen Zeitspanne ausgegangen.

5.5. Die *streitige Zeitspanne* betrifft im vorliegenden Fall einzig die Jahre 2011 und 2012, weil die Beklagte nach Darstellung des Klägers im Jahr 2012 einen Bonus für das Jahr 2011 hätte ausbezahlen müssen. Da der Kläger während des ganzen Jahres 2012 bei der Beklagten angestellt war, liegt indes kein Fall einer bloss noch wenige Monate andauernden und insoweit nicht repräsentativen Zeitdauer vor. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, aus dem vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz abzuweichen wäre. Vor dem Hintergrund der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit für die Frage, ob eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien gerechtfertigt ist, was jedenfalls zu verneinen wäre, wenn der Kläger ein sehr hohes, den fünffachen Medianlohn übersteigendes Einkommen erzielte, einzig auf das Jahr 2012 abzustellen. Damit kann nicht nur offen bleiben, ob die Abgangsschädigung, die der Kläger im Jahr 2013 erhielt, bei der Berechnung, ob sein Einkommen den fünffachen Medianlohn überstieg, zu berücksichtigen ist (so die Beklagte) oder nicht (so der Kläger), sondern auch, ob die Frage, ob im Jahr 2012 ein Bonus für das Jahr 2011 geschuldet war, von Leistungen der Beklagten im Jahr 2013 abhängig sein kann, wenn der Bonusanspruch für das Jahr 2011 im darauffolgenden Jahr, 2012, fällig wurde, wie dies vorliegend gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung des Klägers der Fall war.

5.6. Im Jahr 2012 erhielt der Kläger gemäss übereinstimmender Parteidarstellung Fr. 278'941.– brutto ausbezahlt, weshalb sein Einkommen um Fr. 88'139.– unter dem fünffachen Medianlohn des Jahres 2012 in Höhe von Fr. 367'080.– (Bundesamt für Statistik, Schweizerische Lohnstrukturerhebung, monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftszweigen, Kompetenzniveau und Geschlecht - privater Sektor, Tabelle TA1, abrufbar im Internet unter www.bfs.admin.ch) lag. Somit war die Vergütung, die der Kläger für seine Arbeitstätigkeit bei der Beklagten unter Ausklammerung des verlangten Bonus im Jahr 2012 tatsächlich erhielt, *nicht* sehr hoch im Sinne der dargelegten bundesgerichtlichen Praxis, sondern lag im Bereich der mittleren bis höheren Einkommen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich im Bereich zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn. Zählt man indes die von ihm als Bonus eingeklagte Summe von Fr. 88'784.– hinzu, kommt man auf Fr. 367'725.– und somit auf einen Betrag, der den fünffachen Medianlohn *um* Fr. 645.– übersteigt. Dies war indes nicht die Absicht des Klägers. Er wollte eine

Summe einklagen, die genau der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn und den von der Beklagten geleisteten Zahlungen entspricht und somit gerade nicht einen Medianlohn übersteigende Vergütung im Jahr 2012 beanspruchen. Dass er dies dennoch tat, liegt darin begründet, dass er beim fünffachen Medianlohn von einem falschen Betrag ausging, nämlich (gestützt auf BGE 142 III 381 E. 2.5, in welchem es allerdings nicht um das Jahr 2012, sondern um die Periode vom 1. April 2012 bis 31. März 2013 ging) von Fr. 367'725.– anstatt von Fr. 367'080.–. Da der Kläger klar zu verstehen gab, gerade keine den fünffachen Medianlohn übersteigende Vergütung für das Jahr 2012 zu beanspruchen, ist darauf abzustellen und demzufolge von einem Forderungsbetrag von Fr. 88'139.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2013 auszugehen. Dies hat allerdings zur Folge, dass die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz im Mehrumfang im Ergebnis gerechtfertigt war. Stellt man auf den Forderungsbetrag von Fr. 88'139.– ab, stellt sich die Frage der Akzessorietät, d.h. ob der als freiwillige Leistung vereinbarte Bonus aufgrund der Gestaltung und Handhabung der Entlohnung namentlich wegen dessen verhältnismässiger Höhe zum Grundlohn als Gratifikation oder aber als (variabler) Lohnbestandteil zu qualifizieren ist, denn damit verlangt der Kläger für das Jahr 2012 eine Vergütung genau in der Höhe des fünffachen Medianlohns.»

Das Obergericht prüfte in der Folge die Frage der Akzessorietät und kam zum Schluss, dass der Bonus als Lohnbestandteil betrachtet werden müsse. Die Beklagte wurde verpflichtet, dem Kläger für das Jahr 2011 einen Bonus in der Höhe der Differenz zwischen dem fünffachen Medianlohn des Jahres 2012 und den in diesem Jahr bereits erhaltenen Vergütungen auszurichten.

(AN170055 vom 15. März 2018 und Obergericht LA180014 vom 28. Februar 2019; eine Beschwerde am Bundesgericht ist anhängig.)

4. OR 324a; Lohnfortzahlungsanspruch bei Spätfolgen eines Unfalls (Auslegung der Anstellungsbedingungen)

Die Klägerin arbeitete ab dem 1. August 2012 im Bereich Human Resources bei der Beklagten. Sie unterzog sich im Verlauf des Arbeitsverhältnisses sowohl im Mai 2014 als auch im Oktober 2014 einer Operation am Handgelenk und war jeweils für mehrere Monate arbeitsunfähig. Die Operationen waren die Folgen eines Unfalls, der sich vor Antritt des Arbeitsverhältnisses ereignet hatte. Strittig war unter anderem die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht für die durch die Operationen verursachten unverschuldeten Arbeitsverhinderungen. Die Klägerin ging gestützt auf Ziffer 5.6 der Anstellungsbedingungen von einer längeren Dauer der Lohnfortzahlungspflicht aus als die Beklagte und machte Lohnnachforderungen geltend. Die Beklagte verneinte die Massgeblichkeit der strittigen Ziffer 5.6 ihrer Anstellungsbedingungen. Zudem werde die Salärfortzahlung laut dieser Regelung nach Ablauf der ersten 90 Tage durch die Leistungen der Taggeldversicherung ersetzt.

Aus den Erwägungen:

«3.1. Anstellungsbedingungen

In Ziffer 5.6 der Anstellungsbedingungen der Beklagten wird betreffend Salärfortzahlung und Taggeldleistungen bei Krankheit und Unfall das Folgende festgehalten:

„Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und Unfall werden Ihnen folgende Leistungen ausgerichtet:

- Im 1. Dienstjahr 100% des versicherten Salärs während 30 Tagen
- Ab dem 2. Dienstjahr 100% des versicherten Salärs während 90 Tagen

Anschliessend werden Ihnen Leistungen (Salärfortzahlung bzw. Kranken- oder Unfalltaggeld) in der Höhe von 90% des versicherten Salärs, zahlbar längstens bis 24 Monate nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit, entrichtet (vgl. Reglement der Vorsorgeeinrichtung zum Thema Beitragsbefreiung). Die Berechnung des versicherten Salärs können Sie dem jeweils geltenden Anhang I entnehmen.“

3.2. Lohnfortzahlungsanspruch für die Zeit von Dezember 2014 bis und mit Juli 2015

Die Operationen der Klägerin sind unbestritten auf einen Unfall zurückzuführen, der sich zu einer Zeit ereignet hatte, in welcher die Klägerin noch gar nicht unfallversichert war.

Die Beklagte verneint eine Anwendung der strittigen Ziffer 5.6 des Personalreglements. Der Unfallbegriff setze nach Art. 4 ATSG ein Unfallereignis voraus und halte zudem fest, dass dieses eine bestimmte Unfallfolge haben müsse. Vom Unfallereignis seien allfällige Spätfolgen zu unterscheiden. Im Falle der Klägerin habe sich während des Anstellungsverhältnisses kein Unfallereignis ereignet. Um eine Krankheit handle es sich bei der Arbeitsunfähigkeit infolge der Handgelenkoperationen im Mai und Oktober 2014 nicht. Vielmehr handle es sich um eine Spätfolge eines früheren Unfalls. Deshalb greife die gesetzliche Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR. Zusätzlich zur gesetzlichen Regelung habe die Beklagte für ihre Mitarbeiter eine UVG Zusatzversicherung abgeschlossen, welche eben genau für nicht versicherte Spätfolgen bei Unfällen aufkomme. Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass es sich bei der vorliegenden Arbeitsverhinderung um eine unverschuldete Arbeitsunfähigkeit handle. Die Leistungen dazu seien in den Allgemeinen Anstellungsbedingungen der Beklagten geregelt. Dass gesundheitsbedingte Arbeitsverhinderungen vorliegen könnten, welche weder Krankheit noch Unfall darstellten, gehe aus diesen nicht hervor. Durch die Verwendung des Begriffs Volldeckung werbe die Beklagte bei ihren Mitarbeitenden vielmehr mit einem Lohnfortzahlungs- und Taggeld-Paket, das alle Ereignisse abdecke.

Im Sozialversicherungsrecht wird in erster Linie zwischen den Gesundheitsbeeinträchtigungen Unfall und Krankheit unterschieden (vgl. Art. 3 ff. ATSG). Weder im ATSG noch im UVG – auf welche verwiesen wird (vgl. Anhang I zum Personalreglement) – werden darüber hinaus die Spätfolgen eines Unfalls separat definiert und als eigenständige Kategorie für eine gesundheitliche Beeinträchtigung aufgeführt. Daran vermag auch die von der Beklagten zitierte Kommentarstelle nichts zu ändern.

Daraus geht einzig hervor, dass das Unfallereignis – und nicht der Unfallbegriff – von allfälligen Spätfolgen zu unterscheiden ist. Spätfolgen eines Unfalls können andere Leistungen der Versicherung nach sich ziehen oder es können Kürzungen etc. vorgenommen werden (vgl. z.B. Art. 20 UVG). Dem begegnete die Beklagte mit dem Abschluss einer entsprechenden UVG-Zusatzversicherung.

Die Spätfolgen eines Unfalls fallen unter den Oberbegriff des Unfalls oder allenfalls der Krankheit. Das Reglement der Beklagten kommt zur Anwendung. Zum gleichen Schluss würde man aufgrund der Unklarheitenregel gelangen. Die Klägerin – als Laiin – durfte sich darauf verlassen, dass ihr bei einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung / Gesundheitsbeeinträchtigung Leistungen gemäss den Anstellungsbedingungen zustehen würden. Es kann nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass für den Lohnausfall als Folge eines Unfalls in der nichtversicherten Zeit eine Deckungslücke bestehe. So ging die Beklagte offensichtlich selbst von der Anwendbarkeit des Reglements aus. In ihrem Schreiben vom 11. Dezember 2014 hielt sie fest, sie habe der Klägerin in Übereinstimmung mit Ziffer 5.6 der Anstellungsbedingungen eine volle Lohnfortzahlung während 90 Tagen gewährt. Wie die Formulierung von Absatz 2 Ziffer 5.6 der Anstellungsbedingungen zeige („bzw.“) könne es vorliegend für die Zeit danach nicht um Salärfortzahlung gehen, sondern um Taggeldleistungen. Die UVG Zusatzversicherung sehe bei Unfallspätfolgen eine Deckung nach Art. 324a OR vor. Gestützt darauf habe die Versicherung während 17 Wochen Taggeldleistungen erbracht.

Auf den Versicherungsumfang bzw. die Leistungspflicht der UVG-Zusatzversicherung oder einer allfälligen Taggeldversicherung ist vorliegend nicht weiter einzugehen. Unbestritten ist, dass die Versicherungen keine weiteren Leistungen erbringen. Die Klägerin stellt sich vorliegend auf den Standpunkt, die Beklagte habe nicht nur Versicherungsleistungen über die ersten 90 Tage der Arbeitsunfähigkeit, sondern auch eine Lohnfortzahlung zugesichert. Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, die Salärfortzahlung werde nach Ablauf der ersten 90 Tage durch die Leistungen der Taggeldversicherung ersetzt. Die Salärfortzahlung mache im Titel von Ziffer 5.6 darum Sinn, weil in den ersten 90 Tagen (ab dem 2. Dienstjahr) das Salär ja tatsächlich noch bezahlt werde. Anschliessend aber gerade nicht mehr. Ab diesem Zeitpunkt werde es durch das Taggeld ersetzt. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Begriff der Salärfortzahlung findet sich – wie vorab dargelegt – nicht nur im Titel dieser Bestimmung. Vielmehr wird explizit ausgeführt, nach den ersten 30 bzw. 90 Tagen würden Leistungen (Salärfortzahlung bzw. Kranken- oder Unfalltaggeld) in der Höhe von 90% des versicherten Salärs erbracht. Der Wortlaut ist klar. Im Anschluss an die erste Aufschubzeit (90 Tage) besteht eine Salär- bzw. Taggeldfortzahlung. Das „bzw.“ zeigt dabei eindeutig auf, dass es sich auch um eine Salärfortzahlung handeln kann. Darauf ist die Beklagte zu behaften. Selbst wenn man die Formulierung als nicht klar qualifizieren würde, würde man aufgrund der Unklarheitenregel zum gleichen Resultat gelangen. Die branchenkundige Beklagte als Verfasserin hat sich diese Formulierung entgegen halten zu lassen. Es besteht für die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im Zusammenhang mit den Handgelenkoperationen folglich ein (weiterer) Lohnfortzahlungsanspruch.»

(AN160057 vom 3. April 2018)

5. OR 324a; Verletzung der Informationspflicht zur Einzeltaggeldversicherung

Der Kläger erlitt während des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten (einem Personalverleihunternehmen) einen Unfall. Mit Schreiben vom 29. Juli 2016 stellte die Suva die Versicherungsleistungen per 17. August 2016 mit der Begründung ein, die Beschwerden des Klägers seien nunmehr krankhafter Natur. Der Kläger fordert unter anderem Schadenersatz für entgangene Krankentaggelder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (am 26. August 2016), da er nicht über die Möglichkeit des Übertritts in eine Einzeltaggeldversicherung informiert worden sei.

Aus den Erwägungen:

«5.2. Gemäss Art. 20 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) ist der Verleiher verpflichtet, die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines im Einsatzbetrieb geltenden GAV einzuhalten.

Art. 50 Abs. 1 lit. g GAV Gebäudetechnik sieht vor, dass der Versicherte bei Austritt aus einer Kollektivversicherung über das Übertrittsrecht in eine Einzelversicherung zu informieren ist, wobei der Übertritt nach den Regeln des KVG zu erfolgen hat. Art. 50 Abs. 2 GAV Gebäudetechnik legt fest, dass die Leistungen gemäss Abs. 1 als Lohnzahlungen im Sinne von Art. 324a OR gelten. Demgemäss sind die entsprechenden Bestimmungen vorliegend (in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 AVG) uneingeschränkt anwendbar (vgl. im Unterschied dazu BGer 4A_354/2009 vom 23. Dezember 2009). Verletzt der Arbeitgeber seine Informationspflicht, wird er für die dem Arbeitnehmer entgangenen Taggelder schadenersatzpflichtig. Keine Taggelder sind jedoch geschuldet, wenn anzunehmen wäre, der Arbeitnehmer hätte die Einzelversicherung auf eigene Kosten gar nicht abgeschlossen, wobei eine natürliche Vermutung für ein wirtschaftlich vernunftgemässes Verhalten des Arbeitnehmers spricht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b N 14).

5.3. Der Kläger bringt vor, er sei nicht entsprechend der gesetzlichen Regelung informiert worden, woraus ihm ein Schaden in Form der entgangenen Taggeldleistungen entstanden sei. Dies wird von der Beklagten bestritten. Nachstehend ist daher zu prüfen, ob die Beklagte ihrer Informationspflicht rechtsgenügend nachgekommen ist.

5.4. Im Recht liegen der Rahmenarbeitsvertrag vom 21. September 2015 inkl. des Merkblatts „Merkblatt Austritt für Mitarbeiter der [Beklagten]“. Das Merkblatt wurde von beiden Parteien am 21. September 2015 unterzeichnet. Die Beklagte macht geltend, das Merkblatt sei Bestandteil des Rahmenarbeitsvertrags, was an der Versionsbezeichnung „Rahmenarbeitsvertrag 2013.1 V11“ auf allen Seiten inkl. dem Merkblatt sowie an der fehlenden Unterschriftenzeile auf der dritten bzw. der einzigen Unterschriftenzeile auf der letzten Seite – dem Merkblatt – ersichtlich sei. Der Kläger bestreitet, das Merkblatt in rechtsgenügender Weise und innert Frist erhalten zu haben. Er macht geltend, ihm sei das Merkblatt losgelöst vom Rahmenarbeitsvertrag ausgehändigt worden, wobei er lediglich das Merkblatt unterzeichnet habe. Wo, wann und wie er die Dokumente erhalten hat, führt er nicht weiter aus.

Die Ausführungen der Beklagten, wonach das Merkblatt Bestandteil des Rahmenarbeitsvertrags vom 21. September 2015 sei, überzeugen aufgrund der einheitlichen Dokumentenbeschriftung sowie der vorgesehenen Unterschriftenzeile auf dem Merkblatt bzw. der fehlenden Unterschriftenzeile auf der dritten Seite des Rahmenarbeitsvertrags. Zudem weisen beide Dokumente das gleiche Datum auf. Das Merkblatt wurde von beiden Parteien unterzeichnet.

5.4.1. Zur Krankentaggeldversicherung äussert sich das Merkblatt wie folgt: *„Die Krankentaggeldversicherung endet mit dem Arbeitsverhältnis (Kündigung, Austritt). Danach sind Sie nicht mehr über die [Beklagte] krankentaggeldversichert. Wenn Sie eine neue Stelle antreten, sind Sie per sofort bei Ihrem neuen Arbeitgeber versichert. Wenn Sie arbeitslos sind, können Sie bei der Arbeitslosenkasse freiwillig eine Taggeldversicherung abschliessen.“*

5.4.2. Die Formulierungen des Merkblatts können nicht als Hinweis darauf verstanden werden, dass der Arbeitnehmer nach dessen Austritt aus der Kollektivtaggeldversicherung die Möglichkeit hat, eine Einzeltaggeldversicherung abzuschliessen. Erwähnt wird lediglich der Austritt aus der Kollektivtaggeldversicherung, der Versicherungseintritt bei einem allfälligen neuen Arbeitgeber und die Möglichkeit des Abschlusses einer Taggeldversicherung bei der Arbeitslosenkasse im Falle der Arbeitslosigkeit. Hieraus kann die Möglichkeit des Abschlusses einer Einzeltaggeldversicherung mit den entsprechenden Modalitäten nicht abgeleitet werden. Das Merkblatt ist demnach untauglich, den Kläger rechtsgenügend über sein Übertrittsrecht in eine Einzeltaggeldversicherung zu informieren.

5.4.3. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. g GAV Gebäudetechnik der Arbeitnehmer bei Austritt aus einer Kollektivversicherung über das Übertrittsrecht in eine Einzeltaggeldversicherung zu informieren ist. Das Merkblatt datiert vom 21. September 2015 ist damit jedenfalls nicht bei Austritt aus der Kollektivversicherung bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses übergeben worden. Die Information des Klägers durch die Beklagte ist folglich auch in zeitlicher Hinsicht fehlerhaft, d.h. nicht kompatibel mit dem GAV Gebäudetechnik erfolgt.

5.4.4. Die Beklagte bringt vor, der zuständige Sachbearbeiter der Beklagten habe den Kläger über sein Übertrittsrecht aufgeklärt. Das wird vom Kläger bestritten.

Das Vorbringen der Beklagten, der Kläger sei von A. über die Übertrittsmöglichkeit informiert worden, erweist sich als zu wenig substantiiert. Es wäre an der Beklagten gewesen, genau auszuführen, wann und unter welchen Umständen die entsprechende Belehrung stattgefunden haben soll. Prozessstandpunkte dürfen sich nicht erst im Beweisverfahren ergeben (vgl. Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO Art. 1-196, 2. Aufl., GLASL, Art. 55 N 22).

Im Übrigen wäre schriftlich auf das Übertrittsrecht aufmerksam zu machen gewesen. Denn aufgrund der fehlenden Konkretisierung im GAV Gebäudetechnik drängt sich eine analoge Anwendung der Regelung betreffend die Informationspflicht im KVG auf. So verweist denn auch der GAV Gebäudetechnik in Bezug auf den Über-

tritt explizit auf die Regelung im KVG. Gemäss Art. 71 Abs. 2 KVG hat die Information der aus der Kollektivversicherung ausscheidenden versicherten Person schriftlich zu erfolgen. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, von dieser Regelung abzuweichen. Selbst wenn die Beklagte eine mündliche Aufklärung vorgenommen hätte, wäre sie daher ihrer Informationspflicht nicht gehörig im Sinne des Gesamtarbeitsvertrages nachgekommen.

5.5. Weiter wird von der Beklagten geltend gemacht, der Kläger sei durch seine vorhergehenden Tätigkeiten als Temporärmitarbeiter im Anwendungsbereich des GAV Gebäudetechnik bereits über sein Eintrittsrecht in eine Einzeltaggeldversicherung bei Beendigung eines Einsatzes informiert gewesen. Entscheidend sei gemäss dem Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. g GAV Gebäudetechnik, dass der Arbeitnehmer über seine Rechte aufgeklärt sei. Der Kläger hält dem entgegen, seine vorhergehenden Arbeitsverhältnisse in besagtem Gebiet entbinde die Beklagte nicht von ihrer Informationspflicht. Er bestreitet zudem, im konkreten Fall von seinem Übertrittsrecht gewusst zu haben.

Die Informationspflicht des Arbeitgebers kann nicht auf Dritte – in casu die vorhergehenden Arbeitgeber – abgewälzt werden. Der Arbeitnehmer ist unabhängig seines individuellen Wissensstands bei jedem Austritt aus einer Kollektivversicherung über sein Übertrittsrecht zu informieren. Dies kann sowohl der Aufklärung als auch der Erinnerung bzw. als Hinweis auf die bevorstehende Versicherungslücke dienen. Zudem ist zu bemerken, dass insbesondere Temporärmitarbeiter aufgrund ihrer wechselnden Arbeitseinsätze im Anwendungsbereich verschiedener rechtlicher Regelungen – vordergründig verschiedener GAV's – arbeitstätig sind. Eine eindeutige Aufklärung in Bezug auf jeden Arbeitseinsatz ist daher umso mehr angezeigt.

5.6. Dass der Kläger die Einzelversicherung auf eigene Kosten abgeschlossen hätte, wenn er von seinem Übertrittsrecht gewusst hätte, wird von der Beklagten bestritten. Sie bringt hierzu vor, der Kläger sei der Meinung gewesen, die Suva werde bis zu seiner Genesung Unfalltaggeldleistungen erbringen, weshalb er sich nicht veranlasst gesehen habe, eine Einzeltaggeldversicherung abzuschliessen. Er habe sich auch nicht an die Beklagte gewandt, um sein Versicherungsrisiko zu eruieren und darüber hinaus auch aufgrund der hohen Prämien den Übertritt in eine Einzelversicherung nicht in Betracht gezogen. Der Kläger macht demgegenüber geltend, es sei ausgewiesen, dass die Suva nach einem erlittenen Unfall nach einer gewissen Zeit die Unfallkausalität verneint und von einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgehe. Ihm wäre es wert gewesen, dieses Risiko abzudecken und er hätte die hohen Prämien in Kauf genommen.

5.6.1. Die Einzelversicherung bietet dem Arbeitnehmer auch nach beendetem Arbeitsverhältnis einen Versicherungsschutz bei krankheitsbedingten Lohnausfällen. Beim Übertritt dürfen keine neuen Versicherungsvorbehalte angebracht werden und das im Kollektivvertrag massgebende Eintrittsalter ist beizubehalten, soweit die versicherte Person in der Einzelversicherung nicht höhere Leistungen versichert (Art. 71 Abs. 1 KVG). Ein erhöhtes Interesse an einem möglichst ununterbrochenen

Versicherungsschutz ist sodann insbesondere Personen zuzubilligen, die nur vorübergehend keiner Arbeitstätigkeit nachgehen (BGer 8C_784/2008 vom 11. September 2009 E. 5.4). Es darf also davon ausgegangen werden, dass ein zum Zeitpunkt der Entscheidung kranker Arbeitnehmer grundsätzlich Interesse an einem Übertritt von der Kollektiv- in die Einzelversicherung bekundet.

5.6.2. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Suva dem Kläger noch vor Ende der Kündigungsfrist mitgeteilt hatte, dass sie ihre Taggeldleistungen einstellen werde und anschliessend von einer Krankheit ausgegangen werden müsse. Das Interesse des Klägers, aufgrund der noch im Arbeitsverhältnis eingetretenen Krankheit auch nach Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses Taggeldleistungen zu erhalten, ist daher als hoch zu gewichten. Aufgrund des chronologischen Ablaufs geht auch der Einwand der Beklagten ins Leere, der Kläger hätte sich nicht einzelversichert, weil er ansonsten doppelt versichert gewesen wäre. Da die Suva die Einstellung ihrer Taggeldleistungen bereits mit Schreiben vom 29. Juli 2016 in Aussicht stellte, konnte der Kläger spätestens ab diesem Zeitpunkt nicht davon ausgehen, dass er doppelt versichert sei bzw. dass die Suva die Taggeldleistungen bis zur Erlangung der Arbeitsfähigkeit ausrichten würde. Dass die hohen Prämien der Einzelversicherung der Grund für den Nichtabschluss derselben gewesen sein sollen, entspricht angesichts dessen, dass der Versicherungsfall bereits eingetreten war, nicht den Überlegungen einer vernünftig bzw. wirtschaftlich denkenden Person. Konkrete Hinweise, dass der Kläger den Übertritt in die Einzelversicherung ohnehin abgelehnt hätte, bestehen nicht.

5.6.3. Gesamthaft betrachtet besteht eine natürliche Vermutung für den Abschluss einer Einzeltaggeldversicherung im Falle des Ausscheidens aus der Kollektivtaggeldversicherung. Diese Vermutung des wirtschaftlich vernunftgemässen Verhaltens des Klägers vermag die Beklagte nicht umzustossen.

5.6.4. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beklagte ihrer Informationspflicht gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. g GAV Gebäudetechnik nicht rechtsgenügend nachgekommen ist und dem Kläger für die entgangenen Taggelder schadenersatzpflichtig ist.»

(AH180051 vom 3. Dezember 2018; eine dagegen erhobene Berufung ist am Obergericht anhängig.)

6. OR 324a; Abstellen auf Hausarzt oder Vertrauensarzt?

Am 2. März 2016 verliess die seit dem 1. Februar 2015 für den Beklagten als Sekretärin und Assistentin der Geschäftsleitung tätige Klägerin ihren Arbeitsplatz. Wenige Tage zuvor war über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses diskutiert worden. Der Hausarzt Dr. A. attestierte der Klägerin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 2. März 2016 bis zur Beendigung des vom Beklagten Mitte März 2016 auf den 31. Mai 2016 gekündigten Arbeitsverhältnisses. Der Beklagte forderte die Klägerin mit Schreiben

vom 15. April 2016 auf, den Vertrauensarzt aufzusuchen. Die vertrauensärztliche Untersuchung fand am 20. April 2016 statt. In seinem Bericht kam der Vertrauensarzt Dr. med. Dipl. Psych. B. zum Schluss, dass retrospektiv nach „genuin“ medizinischen Kriterien mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nie eine Arbeitsunfähigkeit bestanden habe, vielmehr sei die Klägerin seit dem 2. März 2016 zu 100% arbeitsfähig gewesen. Der Beklagte bestritt in der Folge den Beweiswert der Arztzeugnisse von Dr. A. und das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Das Gericht befragte den Hausarzt (Dr. A.) und den Vertrauensarzt (Dr. B.) als Zeugen.

Aus den Erwägungen:

«1.4. Würdigung

1.4.1. Vorbemerkungen

Vorliegend geht es im Kern um die Frage, ob im betreffenden Zeitraum eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin bestand. Wie bereits erwähnt knüpfen die Rechtsfolgen von Art. 324a OR lediglich an die Arbeitsverhinderung an. Krankheit ist aus arbeitsrechtlicher Warte betrachtet – wenn auch im nichtabschliessenden Katalog von Art. 324a OR genannt – nicht von Belang. Nicht jede Krankheit im medizinischen Sinn muss zu einer Arbeitsverhinderung führen. Umgekehrt kann ein körperlicher Zustand, dem kein Krankheitswert zukommt, die Arbeit in Ausnahmefällen unzumutbar machen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N 6 und N 10 zu Art. 324a/b OR). Massgebend für die Grenzziehung der Unzumutbarkeit ist, ob die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten zumutbar ist oder nicht. Dies ist wiederum funktionsbezogen zu betrachten, es ist (nur) danach zu fragen, ob der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitstätigkeit ausüben kann oder nicht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 10 zu Art. 324a/b OR m.w.H.).

Die direkte Beweisführung über den Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit ist ausgeschlossen (ULRICH MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 27 ff.). Ein von der Arbeitnehmerin ins Recht gelegtes ärztliches Zeugnis stellt eine private Zeugnisurkunde dar, welche eine Parteibehauptung darstellt (BGer 8C_619/2014 vom 13. April 2014, E. 3.2.1.). Im Sinne eines Anscheinsbeweises wird grundsätzlich von der Richtigkeit desselben ausgegangen, solange nicht begründete Zweifel an der Richtigkeit geweckt werden (PÄRLI/HUG/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern 2015, S. 110; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N12 zu Art. 324a/b OR).

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses oder ist es vertraglich vereinbart, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (BSK OR I, 6. A., 2015 - PORTMANN/RUDOLPH, N. 25 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 12 zu Art. 324a OR). Grundsätzlich kann sich die Arbeitgeberin auf das Arztzeugnis des Vertrauensarztes abstützen. Falls dieser keine oder eine geringere Arbeitsunfähigkeit feststellt, als vom behandelnden Arzt festgehalten, so hat das Gericht in der Überprüfung zu beachten, welches der beiden Zeugnisse einen

höheren Beweiswert aufweist (PÄRLI/HUG/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern 2015, S. 112f.). Liegt ein offensichtlich qualifizierteres Arztzeugnis vor, so stellt das Gericht darauf ab: ob ein solches vorliegt, bzw. auf welches Arztzeugnis das Gericht abstellt, bleibt jedoch eine Frage der Beweiswürdigung (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 10 zu Art. 324a OR; BGer 8C_619/2014 vom 13. April 2015, E. 3.2.1. m.w.H.).

Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Der Beweis gilt nach dem Regelbeweismass als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachverhaltsdarstellung überzeugt ist. Absolute Gewissheit wird nicht verlangt. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der Tatsachenbehauptung keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (GUYAN in: Spühler/Tenchio/Ifanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 157 N 2 und N 8).

1.4.2. Würdigung zu Beweissatz 1

Dr. A. wie auch Dr. B. haben unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB ausgesagt. Dr. A. war zum Zeitpunkt der Einvernahme der Hausarzt der Klägerin und steht zu dieser in einem langjährigen Arzt-Patienten-Verhältnis. Dr. B. wurde von Herrn C. [Anmerkung: dem Geschäftsführer des Beklagten] mit der vertrauensärztlichen Begutachtung beauftragt, verfügt darüber hinaus jedoch über keine Verbindung zum Beklagten. Keiner der Zeugen hat ein direktes Interesse am Ausgang des Verfahrens.

Einleitend ist festzuhalten, dass sich die Klägerin der vom Beklagten veranlassten vertrauensärztlichen Untersuchung in keiner Weise widersetzte und ihren Hausarzt umgehend von der ärztlichen Schweigepflicht entband, damit Dr. B. telefonisch Kontakt mit Dr. A. aufnehmen konnte.

Weiter ist zu bemerken, dass der Beklagte trotz Ferienabwesenheit von Dr. B. keinen anderen Vertrauensarzt beizog, sondern daran festhielt diesen als Vertrauensarzt zu beauftragen, was auf den ersten Blick kaum nachvollziehbar erscheint. Wären die Anzeichen, dass ein Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit vortäuscht, derart offensichtlich, wie vom Beklagten geltend gemacht, wäre zu erwarten, dass der Arbeitgeber sich bemüht, eine vertrauensärztliche Untersuchung möglichst zeitnah anzuberaumen. Aufgrund der Bereitschaft des Beklagten, wochenlang zuzuwarten, muss davon ausgegangen werden, dass Dr. B. ein gewisser Ruf voraussetzt. Dahingehend könnte auch die von Herrn C. gemachte Bemerkung, wonach er sich beim Unternehmen D. schlau gemacht habe, welcher Arzt vor Gericht „verheben“ würde, verstanden werden.

Dr. A. stellte, wie bereits erwähnt, der Klägerin während der betreffenden Zeitdauer fünf Arbeitsunfähigkeitszeugnisse aus, wobei er die Klägerin jeweils vor der Ausstellung eines solchen in seiner Praxis sah. Anlässlich der ersten Konsultation erfolgte eine Stuhlprobe, mit welcher ein Infekt ausgeschlossen wurde. Anfänglich wurden der Klägerin zudem Medikamente verschrieben (Temesta, Loperamid). Die Arbeitsunfähigkeit wurde von Dr. A. über die gesamte Zeitdauer mit 100% taxiert. Gemäss den Angaben von Dr. A. setzte sich dieser nachvollziehbar und überzeugend mit den Leiden und den sich daraus ergebenden gesundheitlichen Einschränkungen

der Klägerin auseinander. Wie erwähnt kann grundsätzlich auf die von ihm ausgestellten Zeugnisse abgestellt werden, wenn nicht Zweifel an deren Glaubhaftigkeit bestehen.

Dr. B. verfügt über verschiedene spezialisierte Aus- und Weiterbildungen im Bereich der Psychotherapie und Psychiatrie, insbesondere im Bereich der Arbeitsfähigkeitsbeurteilung, und ist zudem medizinischer Gutachter der E. Er knüpft seinen Befund, dass die Klägerin im fraglichen Zeitraum mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht arbeitsunfähig war, an „genuin medizinische“ Kriterien. Weiter stellte Dr. B. anlässlich der Einvernahme klar, dass er ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis nur ausstelle, sofern eine krankheitswertige Diagnose bestehe. Ob eine solche besteht, entscheide sich einzig gemäss dem Klassifikationssystem ICD-10 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems).

Diese Ansicht vermag – aufgrund der eingangs erwähnten arbeitsrechtlichen Sicht – nicht zu überzeugen. Das Recht ist in Bezug auf die Konkretisierung der Arbeitsunfähigkeit sowie der Krankheit auf die Medizin angewiesen. Dr. B. wies zurecht auf die Problematik hin, dass die Gleichstellung dessen, was die Medizin als Krankheit betrachtet, nicht ohne weiteres als Krankheit im Rechtssinne zu gelten hat. Gleiches hat für die Arbeitsunfähigkeit zu gelten, vor allem dann, wenn diese an die Krankheitswertigkeit gebunden wird. Im Kern geht es vorliegend somit darum, ob eine wie von Dr. A. gestellte Diagnose (Psychosomatischer Ausnahmezustand in Begleitung einer reaktiven Depression) die gemäss ICD-10 keinen Krankheitswert ausweist (wie im vorliegenden Fall von Dr. B. argumentiert), dennoch eine Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 324a OR zu begründen vermag. Dies ist aus folgenden Überlegungen zu bejahen.

Dr. B. gab zwar an, Dr. A. habe ihm keine Diagnose nach ICD-10 nennen können. Er räumte jedoch ein, dass es aus psychosozialen Gründen unzumutbar sein könnte, dass die Klägerin an den Arbeitsort zurückkehrt. Dass er selbst, Dr. B., gemäss seinen Angaben kein Arzt- bzw. Arbeitsunfähigkeitszeugnis ausstellt, solange keine krankheitswertige Diagnose gemäss ICD-10 sowie damit verbundene Funktionseinschränkungen vorliegen, überzeugt in der Gesamtschau nicht. So führte der Zeuge nicht aus, was er im Fall einer nicht krankheitswertigen, arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ausstellen würde, wenn diese – wie er selbst einräumte –, zu einem zwar nicht anhaltenden, aber mehrtägigen Arbeitsausfall führt.

Auch wenn – im vorstehend umrissenen Ausmass – ein gewisses Verständnis für die vertrauensärztliche Perspektive aufzubringen ist, so ist doch darauf hinzuweisen, dass die Argumentation von Dr. B. nicht stringent ist, wenn er einerseits dem Hausarzt, welcher die Patientin anfänglich und mehrfach sah und somit über einen langen Zeitraum begleitete, vorwirft, dieser habe seine Diagnose bloss auf die subjektiven Schilderungen abgestützt und nicht objektiviert, seinerseits jedoch aufgrund je eines Gesprächs mit dem Hausarzt und der Patientin, sowie dem schriftlichen Bericht der Patientin, nota bene eineinhalb Monate nach Beginn der behaupteten Arbeitsunfähigkeit, ohne weitere Untersuchungen oder Objektivierungen seine Diagnose stellt, überdies rückwirkend für die gesamte Zeitdauer. Es mutet in Anbetracht der zeitlichen Umstände eigentümlich an, wenn der behandelnde Hausarzt in seiner

Behandlungsmethode kritisiert wird, ohne dass vom Vertrauensarzt eigene, konkrete und überzeugende Behandlungsmassnahmen benannt werden. Beispielsweise sollte gemäss der Aussage von Dr. B. in vergleichbaren Fällen ein/e Patient/in dem Hausarzt nachweisen, dass ein krankheitswertiger Durchfall vorlag. Dr. B. äusserte sich jedoch nicht dazu, wie dies in der Praxis zu handhaben wäre.

In Anbetracht der Untersuchungszeitpunkte auf der Zeitachse kann im vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres – wie vom Beklagten geltend gemacht – davon ausgegangen werden, dass die Aussage des Facharztes diejenige des Allgemeinpraktikers überwiegen muss. Vielmehr ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der Befund beider Ärzte nach bestem Wissen und Gewissen zustande kam. Dass die Einstellung bezüglich der Ausstellung eines Arbeitsunfähigkeitszeugnisses unter den Ärzten divergiert (vorliegend in Bezug auf den „Krankheitswert“), liegt in der Natur der Sache. Die Schlussfolgerungen des die Klägerin als Patientin behandelnden Arztes sind jedoch insgesamt schlüssig, und der vertrauensärztliche Bericht bzw. die Ausführungen des Vertrauensarztes vermochten diese nicht umzustossen.

Nach dem Gesagten ist nicht dargetan, dass begründete Zweifel am ärztlichen Befund von Dr. A. zu hegen wären, aufgrund derer das Gericht sich über diesen Befund hinwegzusetzen hätte. Der von einem in Bezug auf ein Fachgebiet – an Fachausweisen bzw. Weiterbildungen gemessen – qualifizierteren Arzt, festgestellte Befund hat nicht per se als der qualifiziertere zu gelten. Somit ist – trotz vertrauensärztlichem Bericht mit gegenteiligem Befund – auf die ärztlichen Zeugnisse, welche die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin in der betreffenden Zeit belegen, abzustellen.»

(AH170039 vom 23. Juli 2018)

7. OR 330a; Zeugnisforderung mit Formulierungsvorschlag

Der für die Beklagte als Hauswart tätige Kläger forderte von der Beklagten ein Arbeitszeugnis und verband diese Forderung mit einem konkreten Zeugnistext. Das Arbeitsgericht hiess die Klage gut und setzte sich, wie in der Folge auch das Obergericht, namentlich mit der Verteilung der Behauptungs- und Bestreitungslast auseinander. Dieselben Fragen stellten sich auch im nachfolgenden Entscheid Nr. 8 betreffend ein Zeugnisänderungsbegehren.

Aus den Erwägungen:

«1. Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber die Ausstellung eines Zeugnisses verlangen, das sich über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Der Kläger hat einen Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnis durch die Beklagte (vgl. BGE 129 III 177). Das Arbeitszeugnis muss einerseits wahr und vollständig sein, andererseits muss es wohlwollend formuliert sein und darf dem Arbeitnehmer sein wirtschaftliches Fortkommen nicht unnötig erschweren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 f. zu Art. 330a).

2. Der Kläger beantragt die Ausstellung eines Schlusszeugnisses, weil die Beklagte ihm nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Zeugnis aus- und zugestellt habe. Beantragt wurde nachfolgender Wortlaut:

„Arbeitszeugnis

Herr A., geboren am [Datum], hat vom [Datum] bis am [Datum] bei der B. AG als Hauswart gearbeitet.

In seiner Funktion war Herr A. hauptsächlich für folgende Arbeiten zuständig:

- Reinigung der von ihm betreuten Liegenschaften
- Ausführen kleiner Reparaturen
- Umgebungspflege

Wir lernten Herrn A. als pflichtbewussten, selbständigen und sorgfältigen Mitarbeiter kennen, der alle ihm obliegenden Pflichten stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigte. Er zeichnete sich durch sein Engagement und seine Hilfsbereitschaft aus. Der Umgang mit Mitarbeitern, Vorgesetzten und Kunden war stets zuvorkommend und freundlich.

Aufgrund einer Reorganisation sahen wir uns leider gezwungen, uns von Herrn A. zu trennen. Wir bedauern seinen Austritt. Wir danken Herrn A. herzlich für seine wertvolle Mitarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute.

(Unterschrift)“

Im ersten Schlussvortrag vom 15. Februar 2018 liess der Kläger ergänzend beantragen, es sei als Enddatum der Arbeitstätigkeit und als Ausstellungsdatum je der 31. Juli 2017 einzusetzen.

3. Die Beklagte erklärte, sie habe dem Kläger ein Zeugnis ausgestellt, dessen Inhalt den effektiven und tatsächlichen Gegebenheiten entspreche, weshalb der Kläger keinen Anspruch auf ein anderes Zeugnis habe. Zudem habe der Kläger keinerlei Tätigkeiten substantiiert begründet.

4. Gemäss Rechtsprechung und Lehre trägt der Arbeitgeber die Beweislast, dass dem Arbeitnehmer ein Zeugnis aus- und zugestellt wurde (Urteil BGer 4C.129/2003 vom 5. September 2003 E. 6.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 5c zu Art. 330a).

4.1. Die Beklagte führte in der Klageantwort aus, dass dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- und zugestellt worden sei. Dafür offerierte sie jedoch keinen einzigen Beweis. Es ist daher davon auszugehen, dass dem Kläger bis zum heutigen Zeitpunkt kein Arbeitszeugnis zugestellt wurde. Es kann also vom Kläger auch keine Zeugnisänderung verlangt werden.

4.2. Das durch den Kläger geforderte Zeugnis entspricht dem üblichen Wortlaut und wurde durch die Beklagte inhaltlich nicht bestritten. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit dem geforderten Inhalt aus- und zuzustellen.»

Dieser Entscheid wurde im Berufungsverfahren vom Obergericht mit folgenden Erwägungen bestätigt:

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

«4.5. Arbeitszeugnis

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe dem Kläger den Inhalt eines Zeugnisses zugesprochen, obwohl dieser sich mit keinem Wort über seine Leistungen etc. substantiiert ausgelassen habe. Vielmehr habe er diesbezüglich bloss einen Antrag gestellt, ohne diesen zu begründen. Sie hingegen habe diverse Male darauf hingewiesen, dass die Leistungen und das Verhalten des Klägers zu wünschen übrig gelassen hätten. Vor Vorinstanz hatte die Beklagte noch behauptet, sie habe dem Kläger bereits ein Arbeitszeugnis zugestellt, dessen Inhalt den effektiven Tatsachen entspreche. Allerdings reichte sie weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren das behauptete Arbeitszeugnis ein, weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Beklagte dem Kläger bisher kein Arbeitszeugnis zukommen liess.

Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Abs. 2). Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses ist mit einer entsprechenden Leistungsklage durchsetzbar (BGE 129 III 177 E. 3.2 und 3.3). Dabei ist dem Arbeitnehmer zur Vermeidung eines allfälligen Folgeprozesses betreffend Berichtigung das Recht einzuräumen, bereits die Erfüllungsklage mit einem konkreten Zeugnistext zu verknüpfen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 330a N 10; ZK-STAEHELIN, Art. 330a OR N 20; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag: Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Art. 330a N 8; JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1996, S. 157 f.; ENZLER, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. 2012, S. 106 f.; unklar BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 330a OR N 20; a.A. BERNOLD, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1983, S. 80 f.; vgl. im Übrigen die Übersicht bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 330a OR N 5).

Der Kläger reichte vor Vorinstanz einen ausformulierten Text für das von der Beklagten auszustellende Arbeitszeugnis ein. Die Beklagte rügt, der Kläger habe den entsprechenden Antrag nicht begründet. Allerdings zeigt sie nicht auf, wo sie den entsprechenden Einwand vor Vorinstanz vorgebracht hätte. Insofern genügt sie ihrer Begründungspflicht nicht. Abgesehen davon erweist sich das Vorbringen ohnehin als unbehelflich, denn es wäre Aufgabe der Beklagten als Arbeitgeberin gewesen, dem Kläger auf dessen Verlangen hin ein Arbeitszeugnis auszustellen. Es geht nicht an, dass sie sich dieser Pflicht durch gesetzeswidriges Untätigbleiben zu entziehen und die Formulierung des Arbeitszeugnisses dem Kläger aufzubürden versucht (JANSSEN, a.a.O., S. 169 Fn. 77; ENZLER, a.a.O., S. 107). Nachdem der Kläger (anstelle der Beklagten) einen konkreten Vorschlag für das Arbeitszeugnis vorgelegt hatte, durfte sich die Beklagte daher nicht auf die pauschale Bestreitung beschränken, der Kläger habe schlechte Arbeit geleistet. Vielmehr hätte sie substantiiert aufzeigen und

belegen müssen, aufgrund welcher konkreter Umstände die einzelnen vom Kläger vorgeschlagenen Formulierungen unzutreffend und durch welchen Wortlaut sie zu ersetzen seien. Da sie dies gänzlich unterliess, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss kam, die Beklagte habe das vom Kläger verlangte Zeugnis, das dem üblichen Wortlaut entspreche, inhaltlich nicht bestritten, weshalb sie zu verpflichten sei, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit dem geforderten Inhalt aus- und zuzustellen.»

(AH170158 vom 17. August 2018 und Obergericht mit Beschluss und Urteil vom 3. Dezember 2018, LA180028. Auf die nachfolgende Beschwerde trat das Bundesgericht am 13. Februar 2019 nicht ein, BGer 4A_46/2019)

8. OR 330a; Zeugnisberichtigungsbegehren (Substantiierung)

Die Klägerin, eine ehemalige Bankmitarbeiterin, forderte unter anderem eine Abänderung des Arbeitszeugnisses gemäss ihrem eigenen Vorschlag. Dieses Begehren wurde mangels hinreichender Substantiierung abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

«VI. Arbeitszeugnis

1. Ausgangspunkt

Die Beklagte stellte der Klägerin am 10. August 2017 ein Schlusszeugnis zu. Mit Schreiben vom 11. September 2017 verlangte die Klägerin eine Berichtigung dieses Arbeitszeugnisses, worauf ihr die Beklagte am 29. November 2017 ein angepasstes Schlusszeugnis zustellte.

2. Vorbringen der Klägerin

2.1. Die Klägerin verlangt die Ausstellung eines Schlusszeugnisses, welches [ihrer Vorlage] zu entsprechen habe. Das von der Beklagten erstellte Schlusszeugnis gebe weder sämtliche Tätigkeiten wieder noch entspreche es in seinen Werturteilen ihren tatsächlichen Leistungen. Dies ergebe sich aus ihrer Personalakte und lasse sich durch die Zeugnisse externer Partner belegen. Es sei ihr auch in verschiedenen Zwischenzeugnissen eine sehr gute Gesamtbeurteilung attestiert worden. Das Zwischenzeugnis vom 22. November 2002 halte beispielsweise fest, sie sei überaus motiviert, handle jederzeit eigenverantwortlich und erbringe sowohl qualitativ und quantitativ sehr gute Leistungen. Im Zwischenzeugnis vom 31. Januar 2005 sei hinsichtlich ihrer Leistung festgehalten worden, sie erziele durch ihre speditive, sorgfältige und ausgesprochen selbständige Arbeitsweise sehr gute Ergebnisse, welche die Erwartungen und Anforderungen in jeder Hinsicht übertroffen hätten. Im Zwischenzeugnis vom 30. Oktober 2011 sei sodann erwähnt, sie erbringe sowohl qualitativ als auch quantitativ jederzeit sehr gute Leistungen.

2.2. Auch im Rahmen der Replik hielt die Klägerin an ihrem Antrag fest, ohne die beantragten Berichtigungen aber näher zu begründen.

3. Vorbringen der Beklagten

3.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Klägerin nicht regelmässig die Erwartungen ihrer Vorgesetzten übertroffen habe, was sich nur schon aus [...] der Klage (wo die Mitarbeiterbeurteilungen aufgelistet sind) ergebe. Die guten Leistungen der Klägerin würden jedoch nicht bestritten. Das Arbeitsverhältnis habe vielmehr wegen zerrüttetem Vertrauensverhältnis von ihr, der Beklagten, aufgelöst werden müssen. Für die massgebenden letzten Anstellungsjahre treffe es nicht zu, dass Teamorientierung, Umgänglichkeit, Motivation und Korrektheit der Klägerin einwandfrei gewesen seien. Die Performance der Klägerin sei in den Jahren 2013 bis 2016 auch nicht überdurchschnittlich gewesen. Die Klägerin habe das A. nicht alleine aufgebaut und den B. Preis habe nicht sie allein, sondern das ganze Team aus 12 Mitarbeitern erhalten.

3.2. Die Anerkennungsschreiben von den betreffenden Personen seien auf Wunsch der Klägerin ausgestellt worden. Da sie, die Beklagte, diesen Organisationen regelmässig finanzielle Zuwendung zukommen lasse, sei es für die Klägerin nicht schwierig gewesen, ein positives Feedback einzuholen. Zudem habe die Klägerin die persönlichen Referenzschreiben ohne Rücksprache mit ihr, der Beklagten, eingeholt.

3.3. Das am 29. November 2017 an die Klägerin versandte Schlusszeugnis attestiere der Klägerin jederzeit qualitativ und quantitativ sehr gute Leistungen, die den hohen Anforderungen und Erwartungen in jeder Hinsicht entsprochen hätten. Die Klägerin verlange mit ihrer Klage in den letzten drei Abschnitten des Zeugnisses Formulierungen, die an Superlativen kaum zu übertreffen seien. Sie, die Beklagte, lehne derart übertrieben gute Qualifikationen ab. Sie würden weder den tatsächlichen Leistungen noch dem Verhalten der Klägerin entsprechen. Sie, die Beklagte, könne nach der massgebenden Rechtsprechung nicht zu bestimmten Formulierungen verpflichtet werden, solange sie selber adäquate Formulierungen verwende. Schon gar nicht könne sie dazu verpflichtet werden, den Austritt der Klägerin ausserordentlich zu bedauern.

3.4. Duplicando liess die Beklagte darauf hinweisen, dass auf das Begehren um Ausstellung eines englischsprachigen Zeugnisses eigentlich gar nicht einzutreten sei, da es nicht der Amtssprache entspreche.

4. Rechtliche Grundlagen

4.1. Der Zweck eines Arbeitszeugnisses besteht einerseits darin, das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern. Es muss deshalb grundsätzlich wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat. Das Zeugnis hat ein faires Abbild der gesamten Anstellungsdauer zu geben, wobei Leistung und Verhalten in der letzten Zeit für den neuen Arbeitgeber von grösserer Bedeutung sind (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 3a).

Dem Arbeitgeber steht bei der Schöpfung des Wortlauts ein im Rahmen der Klarheit und des noch Verkehrsüblichen breites Ermessen zu; der Arbeitnehmer

hat keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen. Unter mehreren gleichwertigen Formulierungen hat der Arbeitgeber die Auswahl. Kleinliche Korrekturwünsche an einem an sich zutreffenden Zeugnis werden vom Richter daher in der Regel zurückgewiesen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 3, N 3a und N 3b; BGer, JAR 2008, S. 264, BGE 129 III 177; H.-P. EGLI, Die Formulierung von Arbeitserzeugnissen, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002, S. 51 ff.; BSK-OR I-PORTMANN, Art. 330a N 10).

4.2. Ist der Arbeitnehmer der Auffassung, der Inhalt des Zeugnisses sei unrichtig oder unvollständig, so kann er eine Berichtigungsklage erheben. Wird eine Berichtigungsklage erhoben, so ist die Ausgangslage das bestehende Zeugnis und der Arbeitnehmer hat die von ihm beanstandeten Formulierungen bzw. die gewünschten Ergänzungen oder Streichungen genau zu bezeichnen. Auch hat er die Begründetheit der gewünschten Berichtigungen konkret und bestimmt darzulegen (Art. 221 Abs. 1 ZPO). Der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für Tatsachen, die es rechtfertigen würden, ein inhaltlich anderes Zeugnis auszustellen.

5. Subsumtion

5.1. Die Klägerin reicht ein vorformuliertes Zeugnis ins Recht, auf welches sie Anspruch erhebt. Sie belegt dabei sämtliche Berichtigungen mit den Mitarbeiterbeurteilungen der Jahre 2002 bis 2016. Damit genügt sie den Anforderungen an die Begründetheit der verlangten Berichtigungen nicht. Es wäre an der Klägerin gewesen, die geforderten Berichtigungen mit den vorhandenen Beweismitteln in Einklang zu bringen und die konkret geltend gemachten Ergänzungen einzeln zu belegen und zu begründen. Es ist nicht Sache des Gerichts, die fünfzehn offerierten und mehrseitigen Beilagen nach den geforderten Qualifikationen und Werturteilen zu durchforsten und sie den geltend gemachten Berichtigungen zuzuordnen. Mangels gehöriger Substantiierung sind die Berichtigungsanträge das Arbeitszeugnis der Klägerin betreffend abzuweisen.

5.2. Eventualiter wäre die Zeugnisberichtigungsklage abzuweisen. Bei dem durch die Beklagte ausgestellten Zeugnis handelt es sich um ein sehr ausführliches und sehr gutes Zeugnis. Auf vier Seiten wird festgehalten, was die Klägerin während der Arbeitstätigkeit für die Beklagte geleistet hat und es wird ihr sowohl hinsichtlich Leistung als auch Verhalten ein sehr gutes Zeugnis ausgestellt. So ist von „very good performance“, „extremely rapid“, „very good results in terms of both quality and quantity at all times“, „very dynamic employee and line manager“, „exceptionally skillfully“ und „particularly open“ die Rede. Der Arbeitnehmer hat im Übrigen kein Recht auf die Auflistung sämtlicher ausgeführter Aufgaben. Die durch die Klägerin geforderten Berichtigungen zeichnen dagegen nicht nur ein sehr gutes, sondern ein geradezu brillantes Bild. So werden Formulierungen verlangt wie „outstanding performance thereby exceeding far beyond“, „even in periods of intense activity“, „very highly motivated“, „extraordinarily well“, „which we regret exceedingly“ und „highly appreciated and successful“. Dafür wäre die Klägerin beweispflichtig. Selbst der Darstellung der Klägerin in der Klageschrift kann jedoch entnommen werden, dass in den letzten Jahren keine Leistungen mehr erbracht wurden, welche das Prä-

dikat „sehr gut“ übersteigen würden. In der Gesamtbeurteilung werden sodann die letzten Jahre besonders gewichtet, widerspiegelt dies doch den aktuellsten Stand der Leistung der Klägerin. Entsprechend sind auch die von der Klägerin zitierten Zwischenzeugnisse zu gewichten, welche allesamt aus den Jahren 2002 bis 2011 stammen. Selbst bei Würdigung der Beweise würde das vorliegende Zeugnis entsprechend kein Anlass zur Berichtigung geben.

5.3. Unter diesen Umständen kann die Frage offen gelassen werden, ob die Klägerin vor dem hiesigen Gericht überhaupt die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses in englischer Sprache verlangen kann.

6. Fazit

Zusammengefasst gelingt es der Klägerin nicht, die geltend gemachten Berichtigungsanträge zu substantiieren und zu belegen. Selbst bei Würdigung der vorhandenen Beweise würde das vorliegende sehr gute Arbeitszeugnis keinen Anlass zur Berichtigung geben, widerspiegelt es doch eine Gesamtbeurteilung der Leistungen der Klägerin.»

(AN170071 vom 19. November 2018)

9. OR 336; Keine missbräuchliche Kündigung nach Arbeitsunfall

Der Kläger arbeitete ab dem 1. Januar 2013 als Metallbauer bei der Beklagten. Am 6. September 2013 ereignete sich auf einer Baustelle ein Unfall, wobei der Kläger an der linken Hand sowie am rechten Fuss verletzt wurde. Er konnte nicht mehr in seine angestammte Tätigkeit als Metallbauer zurückkehren. Rund eineinhalb Jahre nach Ablauf der Sperrfrist kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Der Kläger erachtet die Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

«2.1. Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit (Art. 335 Abs. 1 OR). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es daher grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Weitere Tatbestände sind ohne weiteres denkbar. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 II 115 E.2.1 mit Hinweisen).

2.2. Es ist festzuhalten, dass krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmer grundsätzlich bereits durch den Mechanismus des zeitlichen Kündigungsschutzes (Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) geschützt sind. Vorliegend ist die Sperrfrist von 90 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR / Art. 63.1 lit. b des

Landesgesamtarbeitsvertrags (LGAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe für das dritte Dienstjahr längst abgelaufen, womit die Kündigung am 22. Juni 2015 in zeitlicher Hinsicht zulässig war.

Nach Ablauf der Sperrfrist ist eine Kündigung grundsätzlich zulässig, sofern nicht ein Missbrauchstatbestand vorliegt. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft (bspw. Krankheit, Invalidität), die der Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, erfolgt. Gemäss gleicher Bestimmung ist eine Kündigung aber dennoch zulässig, wenn die Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht.

Vorliegend stehen die Unfallfolgen offensichtlich in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis, indem der Kläger in seinem angestammten Beruf gar nicht mehr arbeiten kann. Die vorliegende Kündigung wäre also im Lichte von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR grundsätzlich zulässig.

2.3. Eine Kündigung aufgrund von Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, welche in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis steht, kann jedoch missbräuchlich sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aufgrund eines schuldhaften Verhaltens des Arbeitgebers verursacht wurde und diese Arbeitsunfähigkeit als Grund für die Kündigung angeführt wird (vgl. dazu DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in AJP 2011 S. 1481 f. Ziff. IV. 1.9). Das Bundesgericht erachtete eine Kündigung als missbräuchlich, welche der Arbeitgeber aussprach, nachdem der Arbeitnehmer infolge einer nachlässigen Betriebsorganisation bei einem Arbeitsunfall am Auge schwer verletzt wurde und nur noch teilweise arbeitsfähig war bzw. sich der Arbeitnehmer weigerte, das Pensum wieder auf 100% aufzustocken, wobei der Arbeitgeber die geltend gemachten organisatorischen Gründe nicht zu belegen vermochte (Urteil des Bundesgerichts 4A_102/2008 vom 27. Mai 2008). BGE 132 III 257 betrifft einen Fall, in welchem die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht hinsichtlich gesundheitlicher Massnahmen betreffend Schutz des Arbeitnehmers vor Passivrauchen missachtete und dem Arbeitnehmer, welcher Rauchallergiker war, schliesslich wegen den krankheitsbedingten Absenzen kündigte. Auch diese Kündigung wurde vom Bundesgericht als missbräuchlich beurteilt.

Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Arbeitgeber nicht alles Notwendige und Zumutbare im Sinne der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR getan haben, um die gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer wieder zu integrieren. Die jeweiligen Arbeitnehmer hätten die Leistungen beim Treffen der geeigneten Schutzmassnahmen im angestammten Tätigkeitsbereich wieder erbringen können, die Beeinträchtigung hätte aufgehoben werden können.

Damit bestehen wesentliche Unterschiede zum vorliegenden Fall. Der Kläger wird unbestrittenermassen nie mehr als Metallbauer arbeiten können. Die Beeinträchtigung des Klägers kann auch mit Massnahmen (z.B. baulicher oder organisatorischer Natur) seitens der Beklagten nicht mehr aufgehoben und seine Arbeitsfähigkeit nicht wiederhergestellt werden (siehe dazu auch: MARCO KAMBER, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017, A. gegen Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT, Kündigung des

Arbeitsvertrages/Zwischenzeugnis, teilweise Gutheissung der Beschwerde bezüglich Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in AJP 2018, S. 532).

Selbst wenn der Beklagten der Vorwurf gemacht werden müsste, den Unfall und die Unfallfolgen (mit-)verursacht zu haben, kann die hier zu beurteilende Kündigung unter diesen Umständen nicht missbräuchlich sein. Wäre jede Kündigung treuwidrig, bei welcher der Arbeitgeber den Kündigungsgrund zu verantworten hat, hätte dies – ganz zu Ende gedacht – zur Folge, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem nunmehr arbeitsunfähigen Arbeitnehmer nie mehr auflösen könnte ohne sich dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit auszusetzen. Dies widerspricht offensichtlich dem Sinn des Systems des Kündigungsschutzes von Art. 336 ff. OR. Demnach kann es trotz einer allfälligen Schuld der Beklagten nicht angehen, dass sie dem Kläger nach Ablauf der Sperrfrist nicht kündigen dürfte.

Entgegen der Ansicht des Klägers kann nicht gesagt werden, die Beklagte habe ihr Kündigungsrecht nicht schonend ausgeübt. Die Beklagte hat rund eineinhalb Jahre über das Ende der Sperrfrist hinaus zugewartet bis zur Kündigung. Sie hat die Kündigung erst am 22. Juni 2015 ausgesprochen, rund drei Monate nachdem die Suva der Beklagten mitgeteilt hatte, eine namhafte Besserung des Zustandes des Klägers sei von weiteren Behandlungsmassnahmen nicht mehr zu erwarten, und ihr geraten hatte, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, da eine Rückkehr zur angestammten Tätigkeit als Metallbauer nicht zumutbar sei.

Wie erwähnt ist unbestritten, dass der Kläger nie mehr wird als Metallbauer arbeiten können. Eine Pflicht der Beklagten als KMU, für den Kläger eine ganz andere Stelle, etwa eine Praktikantenstelle im kaufmännischen Bereich, zu schaffen, obschon dafür möglicherweise kein Bedarf bestand oder eine solche Stelle gar wirtschaftlich untragbar gewesen wäre, kann nicht angenommen werden.

Der Kläger macht geltend, die Beklagte hätte wenigstens Hand bieten sollen zu einem Eingliederungsversuch im Sinne von Art. 18a IVG. Nach dieser Bestimmung kann die Invalidenversicherung einer versicherten Person versuchsweise einen Arbeitsplatz für längstens 180 Tage zuweisen (Arbeitsversuch), um die tatsächliche Leistungsfähigkeit der versicherten Person im Arbeitsmarkt abzuklären. Während des Arbeitsversuchs hat die versicherte Person Anspruch auf ein Taggeld. Während des Arbeitsversuchs entsteht kein Arbeitsverhältnis nach dem Obligationenrecht. Auch die Berufung auf diese Bestimmung betreffend Wiedereingliederungsmassnahmen hilft dem Kläger nicht. Erstens beruhen die Massnahmen auf Freiwilligkeit der Arbeitgeber. Anreiz soll sein, dass dem Arbeitgeber keine zusätzlichen Kosten entstehen sollen (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung, 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket, S. 1850 f. und S. 1890 vom 14. Februar 2010; ERWIN MURER, Invalidenversicherungsgesetz, Art. 1-27 bis IVG, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2014, N 135 zu Art. 18-18c IVG). Zweitens ist bereits aufgrund des Umstandes, dass die Invalidenversicherung den Arbeitsplatz zuweist und dass bei einem Arbeitsversuch im Sinne von Art. 18a IVG kein Arbeitsverhältnis nach OR entstehen soll, klar, dass eine Kündigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses in einem ganz andern Tätigkeitsfeld als der Arbeitsversuch nach Meinung des Klägers hätte stattfinden müssen, nicht missbräuchlich sein kann.

2.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kündigung nicht missbräuchlich ist. Dem Kläger steht daher auch keine Entschädigung gemäss Art. 336a OR zu. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

Der Kläger hat allfällige weitere Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, aber auch allfällige Schadenersatzforderungen ausdrücklich einer separaten Klage vorbehalten. Unter diesen Umständen muss der genaue Unfallhergang und die Frage, ob die Beklagte am Unfall ein (Mit-)Verschulden trifft, nicht abgeklärt werden.»

(AH160198 vom 17. Dezember 2018; eine Berufung am Obergericht ist anhängig)

10. OR 336; Kündigung nach Geltendmachung von Ansprüchen?

Der Kläger arbeitete von Februar 2012 bis Juli 2017 als Lehrperson und Dozent bei der Beklagten. Die Beklagte betreibt Handels- und Kaderschulen mit Aus- und Weiterbildungen von Jugendlichen und Erwachsenen im kaufmännischen Bereich. Dem Kläger wurde im Mai 2017 per 31. Juli 2017 gekündigt. Mit Schreiben vom 22. Juni 2017 wurden als Kündigungsgründe organisatorische Anpassungen des Lehrkörpers bzw. strukturelle Veränderungen angegeben. Der Kläger geht von einer missbräuchlichen Kündigung aus. Die von der Beklagten angegebenen Kündigungsgründe seien falsch und vorgeschoben.

Aus den Erwägungen:

«3. Zur Rachekündigung

3.1. Rechtliches

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (sog. Rachekündigung). Eine Rachekündigung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur dann vor, wenn das Geltendmachen von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis der einzige Kündigungsgrund war; der verpönte Grund muss mindestens derart wesentlich sein, dass ohne sein Vorliegen nicht gekündigt worden wäre. Der Gesetzgeber will verhindern, dass dem Arbeitnehmer sanktionslos gekündigt werden darf, bloss weil er seine Rechte geltend macht. Der Hinweis auf „Treu und Glauben“ ist als Schranke vor haltlosen und schikanösen Ansprüchen zu verstehen (BGE 136 III 513 E. 2.4.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 und N 20 zu Art. 336 m.w.H.).

Die Missbräuchlichkeit der Kündigung ist vom Gekündigten nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Er muss den Nachweis erbringen, dass der verpönte Grund für die Kündigung kausal war (vgl. BGE 136 III 513 E. 2.6). Der Beweis ist nach der Rechtsprechung erbracht, wenn das Gericht aus dem Verhalten der Arbeitgeberin und aus der Abfolge der Ereignisse zur Überzeugung gelangt, dass der entsprechende missbräuchliche Grund mit höchster Wahrscheinlichkeit vorliegt (BGE 4C.103/2000 vom 25. Juli 2000; JAR 1992, S. 229 ff.).

3.2. Würdigung

Der anwaltlich vertretene Kläger behauptet, dass sich die Anstellungsbedingungen im Verlauf der Jahre stets zum Nachteil des Klägers verändert hätten, was von der Beklagten bestritten wurde.

Der Kläger führte weder in seiner Klage noch anlässlich der Hauptverhandlung aus, wie sich konkret die Anstellungsbedingungen zu seinem Nachteil verändert haben sollten. Dafür wäre eine Gegenüberstellung zwischen der „alten“ und der „neuen“ Regelung notwendig gewesen. Dies fehlt gänzlich. Aufgrund des Vorgebrachten kann nicht beurteilt werden, ob der Kläger gegenüber der Beklagten irgendwelche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat. So macht der Kläger lediglich sehr pauschale Behauptungen, wie er seine Ansprüche gegenüber der Beklagten geltend gemacht haben soll. Er führt aus, dass er sich „in der Periode vom Februar bis April 2017 mehrmals mit verschiedenen Kollegen an die Standortleitung Zürich Oerlikon der Beklagten gewandt habe“, was von der Beklagten bestritten wird. Substantiiert hat der Kläger diesbezüglich jedoch nichts. Er hat insbesondere nicht dargelegt, dass er bei denjenigen Lehrpersonen dabei war, welche die Beklagte drängten, bezüglich den Anstellungsbedingungen etwas zu unternehmen. Es wurde vom Kläger nicht einmal vorgebracht, dass er (zumindest) an der internen Willensbildung massgeblich beteiligt gewesen sein soll. Vielmehr wurde pauschal vorgebracht, dass sich der Kläger zusammen mit [Anmerkung: seinem Arbeitskollegen] A. – was sich diesen betreffend aus den Akten ergibt, der Kläger wird jedoch weder erwähnt noch im „cc“ aufgeführt – am stärksten für die Rechte der Lehrerschaft eingesetzt hätten. Jedoch ergibt sich diesbezüglich nichts aus den Akten und der Kläger führt nicht einmal aus, bei wem konkret er sich beschwert hätte. Auch die Zeitangaben sind völlig unsubstantiiert. Damit kommt der Kläger aber seiner Behauptungs- und Substantiierungslast nicht genügend nach. Ein Beweisverfahren erübrigt sich.

Eine Racheündigung liegt nach dem Gesagten nicht vor.

4. Missbräuchlichkeit aufgrund falscher Kündigungsbeurteilung?

4.1. Rechtliches

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt eine unwahre oder unvollständige Kündigungsbeurteilung nicht zur Missbräuchlichkeit einer Kündigung (BGE 121 III 60 E. 3b und c = Pra 1995 Nr. 254). Auch führt eine verweigerte oder falsche Begründung nicht zu einer Vermutung der Missbräuchlichkeit (BGE 4C.282/2006 vom 1.3.2007 E. 4.2, AGer ZH in JAR 1993 S. 198). Allerdings kann der Richter die Missbräuchlichkeit der Kündigung dann vermuten, wenn der Arbeitnehmer aufgrund schlüssiger Indizien zeigen kann, dass das vom Arbeitgeber angegebene Kündigungsmotiv nicht der Realität entspricht (BGE 130 III 699 E. 4.1). Die verweigerte oder unwahre Begründung ist eine Vertragsverletzung; sie kann deshalb zu Schadenersatz führen, z.B. für unnötigen Prozessaufwand, ausgebliebenen Prozesserfolg oder gekürzte ALV-Leistungen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 14 zu Art. 336b OR).

4.2. Würdigung

Unbestrittenermassen begründete die Beklagte die Kündigung mit „organisatorischen Anpassungen vom Lehrkörper innerhalb der Beklagten und der B. und führte

weiter aus, dass es sich um eine sachlich motivierte Vertragsauflösung handelte, welche im Zusammenhang mit den strukturellen Veränderungen stehe.

Der Kläger behauptete nun, dass es sich dabei um eine falsche Kündigungsbegründung handeln würde. So habe es keine Reorganisation bei der Beklagten gegeben, die gleiche Stelle sei wieder neu ausgeschrieben und die gleiche Anzahl Klassen weitergeführt worden. Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen und hält an der Kündigungsbegründung fest.

Auch wenn die Begründung der Kündigung unwahr sein sollte, würde die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht vermutet (BGE 4C.282/2006 E. 4.2.; BGE 121 III 60 E. 3c). Die vom Kläger gemachten Ausführungen in Bezug auf eine angebliche unwahre Kündigungsbegründung bleiben vage. Die Beklagte bestreitet die Vorbringen substantiiert. Schlüssige Indizien, die für eine falsche Kündigungsbegründung sprechen könnten – und wie erwähnt seitens des Klägers vorzubringen wären –, liegen nicht vor. Ein diesbezügliches Beweisverfahren erübrigt sich deshalb. Aber vor allem sieht das Gesetz bzw. die Rechtsprechung selbst bei falscher Grundangabe keine Vermutung der Missbräuchlichkeit vor. Das Gericht muss auch bei schlüssigen Indizien keine Missbräuchlichkeit vermuten. Daher ist vorliegend nicht von einer Missbräuchlichkeit aufgrund einer unwahren Kündigung – sollte sie denn überhaupt unwahr sein – auszugehen.

5. Zum widersprüchlichen Verhalten

5.1. Rechtliches

Eine missbräuchliche Kündigung kann sich auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (Art. 2 ZGB i.V.m. Art. 336 OR) bzw. aus einem widersprüchlichen Verhalten des Arbeitgebers (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 336 OR). Beispielsweise kann ein krass vertragswidriges Verhalten oder ein falsches Spiel mit dem Arbeitnehmer zu einer missbräuchlichen Kündigung führen.

5.2. Parteivorbringen

Der Kläger macht geltend, dass sich die Beklagte höchst widersprüchlich verhalten habe. So habe sie im Umfeld der Kündigung zunächst ein Gespräch mit einem Teil der betroffenen Arbeitnehmenden geführt und danach allen betroffenen Arbeitnehmenden schriftlich mitgeteilt, deren Anliegen würden ernst genommen. Doch anstatt die eingebrachten Themenfelder anzugehen sowie die in Aussicht gestellte Lösung zu präsentieren, habe die Beklagte dem Kläger acht Tage nach diesem E-Mail gekündigt. Dieses Verhalten widerspreche krass Treu und Glauben.

Die Beklagte bestreitet ein widersprüchliches Verhalten.

5.3. Würdigung

Der Kläger geht fehl, wenn er behauptet, dass sich die Beklagte widersprüchlich verhalten habe. Insbesondere hat er nicht im Ansatz substantiiert, inwiefern er gegenüber der Beklagten irgendwelche Ansprüche geltend gemacht haben soll. Bereits aus diesem Grund kann sich die Beklagte – zumindest dem Kläger gegenüber – gar nicht widersprüchlich verhalten haben. Der vom Kläger ins Recht gelegten und vom

Kollegen A. verfasste E-Mail vom 18. April 2017 ist zu entnehmen, dass den tatsächlich beteiligten Lehrpersonen bereits am 11. April 2017 Lösungen per Ende Juli 2017 in Aussicht gestellt wurden. Dadurch relativiert sich auch der vom Kläger geltend gemachte zeitliche Zusammenhang. Auch ist der vom Kläger zitierte Entscheid (Entscheid des Arbeitsgericht Zürich, Nr. 16 / 2014) vorliegend nicht anwendbar, weil er völlig anders gelagert ist.

[...]

7. **Fazit**

Eine missbräuchliche Kündigung liegt nach dem Gesagten unter keinem Titel vor. Die Forderung des Klägers um Zusprechung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ist daher vollumfänglich abzuweisen.»

(AH170210 vom 13. August 2018)

11. OR 336; Anwendung von öffentlich-rechtlichen Kündigungsvorschriften

Der Kläger arbeitete vom 1. Februar 2012 bis 31. Juli 2017 als Mathematiklehrer in der Berufsschule des Beklagten in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Die Parteien vereinbarten, dass sich das Anstellungsverhältnis auch nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften richten soll. Mit Schreiben vom 13. Januar 2017 wurde dem Kläger per 31. Juli 2017 aufgrund mangelhafter Leistung gekündigt. Vor Arbeitsgericht machte der Kläger eine Verletzung der öffentlich-rechtlichen Kündigungsvorschriften geltend. Die nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen beziehen sich auf zwei Vorhalte: Die Kündigung des Beklagten sei zum einen materiell unzulässig, da kein sachlich zureichender Grund vorliege. Zum anderen sei das rechtliche Gehör des Klägers verletzt worden, da man ihn nicht zu einer schriftlichen Stellungnahme aufgefordert habe.

Aus den Erwägungen:

«III. Anwendbarkeit des kantonalen Personalrechts

[...]

2.3. Unbestritten hat der Beklagte mit der Bildungsdirektion des Kantons Zürich eine Leistungsvereinbarung getroffen und nimmt einen Schulungsauftrag wahr. Dennoch ist der Beklagte als Verein privatrechtlich organisiert (vgl. Eintrag im Handelsregister), und das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien war dementsprechend privatrechtlicher Natur. Dies mit der Besonderheit, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Anwendung gelangen. Der Arbeitsvertrag des Klägers enthält insbesondere die folgende Vereinbarung: „Das Anstellungsverhältnis richtet sich nach der Mittel- und Berufsschullehrerverordnung (MBVO), der Mittel- und Berufsschullehrervollzugsverordnung (MBVVO) und dem Personalgesetz (PG), der Personalverordnung (PVO), der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (VVO) sowie den Bestimmungen des OR.“ Folglich sind die genannten öffentlich-rechtlichen Normen anwendbar. Ein

solcher Verweis ändert an der privatrechtlichen Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses nichts (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 22 zu Art. 319 S. 124). Dementsprechend bleibt auch die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts, mithin des Zivilgerichtes erhalten. Bei der Anwendung der öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Personalgesetzes und der dazugehörigen Verordnungen zieht das Zivilgericht wohl die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes heran. Es ist jedoch weiterhin frei, der Entscheidungsfindung in Nachachtung (auch) privatrechtlicher Grundsätze ihr eigenes freies Ermessen zugrunde zu legen. Dabei berücksichtigt es weiterhin die privatrechtliche Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses insofern, als Lehrpersonen des Beklagten keinen Anspruch auf eine Gleichbehandlung mit Lehrpersonen im Schulbereich des Kantons Zürich haben. Im Gegensatz zum materiellen Kündigungsschutz der Lehrpersonen an öffentlichen Schulen hat der Kläger als Angestellter des Beklagten vorliegend lediglich einen Missbrauchsschutz.

IV. Sachlich zureichender Grund/Entschädigung nach 336b OR

[...]

3. Beurteilung

3.1. Gehörsverletzung

3.1.1. Vorab ist Folgendes festzuhalten: Beim Leitfaden der Kantonalen Verwaltung des Kantons Zürich vom 1. Januar 2015 handelt es sich nur um Empfehlungen ohne Gesetzescharakter. Dasselbe gilt für das Q-Handbuch des Beklagten. Wenngleich diese Dokumente sinnvolle Richtlinien und Vorschläge für eine Konfliktbewältigung darstellen, handelt es sich nur um Anleitungen, welche keine gesetzlichen Pflichten des Beklagten zu begründen vermögen. Der Beklagte hatte daher die vom Kläger aufgezählten Coaching-Massnahmen wie Kollegiale Hospitation oder Mentorate nicht zwangsläufig durchzuführen. Es gab auch keine formelle Zielvereinbarung gemäss Leitfaden. Die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen, namentlich § 19 PG und § 18 VVO, sehen aber eine Zielvereinbarung auch nicht vor. Das Ausserachtlassen dieser Instrumente und Faktoren lassen die Kündigung daher nicht mangelhaft werden. Statt der genannten Coaching-Massnahmen gab der Beklagte dem Kläger indes durch die Ansetzung einer Bewährungsfrist Gelegenheit, seine Situation in den nachfolgenden Monaten zu verbessern. Dies diente dem Kläger insbesondere, um zu zeigen, dass es fortan keine nennenswerten Vorkommnisse mehr geben werde, und er sich nur kurzzeitig in einer problematischen Phase seines Arbeitsverhältnisses befunden habe. Wie vorstehend ausgeführt, kann ein Arbeitgeber in aussichtslosen Fällen vom Ansetzen einer Bewährungsfrist absehen. Indem der Beklagte dem Kläger die Möglichkeit der späteren Bewährung offenhielt, zeigte er, dass er bei einer Gesamtbeurteilung von dessen bisheriger Leistung/dessen bisherigem Verhalten, Verbesserungen durchaus für möglich hielt.

3.1.2. Nachdem der Kläger die Mitarbeiterqualifikation [MAB] vom 31. Oktober 2016 beanstandet, ist diese einer Prüfung zu unterziehen. Es handelte sich um ein rund 25-minütiges Gespräch, worüber ein Gesprächsprotokoll besteht. Diesem kann entnommen werden, dass dem Kläger nach den Ausführungen des Rektors Herrn A.

die Möglichkeit eingeräumt wurde, mündlich Stellung zu nehmen und er das auch getan hat. Hingegen wird nirgends erwähnt, ob dem Kläger – mündlich oder schriftlich – Frist zur schriftlichen Stellungnahme gesetzt worden ist, wie dies gemäss § 18 Abs. 2 VVO erforderlich ist. Es wird vom Beklagten auch nicht geltend gemacht, dass dies geschehen sei. Vielmehr stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, der Kläger habe zwischen dem In-Aussicht-Stellen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 31. Oktober 2016 bis zur Kündigung vom 13. Januar 2017 ausreichend (10 Wochen) Zeit gehabt, eine Stellungnahme abzugeben. Wer sich nicht äussern wolle, könne nicht ein mangelndes Äusserungsrecht beklagen.

Dieser Argumentation des Beklagten kann angesichts der klaren Vorgabe von § 18 Abs. 2 VVO nicht gefolgt werden, umso weniger als es sich beim Kläger um einen juristischen Laien handelt. Auch wenn dem Kläger im Gespräch vom 31. Oktober 2016 Gelegenheit zur mündlichen Äusserung gegeben wurde, hatte er ein Anrecht darauf, dass der Beklagte den gesetzlichen Vorgaben nachleben und ihn zusätzlich zu einer schriftlichen Stellungnahme auffordern würde. Zuzufolge dieser Unterlassung des Beklagten liegt ein Formfehler vor. Aus der im Zuge der Einsprache formulierten E-Mail vom 25. Juli 2017, in welcher der Kläger erklärt, nicht auf den Kündigungsgrund eingehen zu wollen, kann der Beklagte nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die nach der Kündigung erfolgte klägerische Äusserung vermag den Formmangel nicht zu heilen. Der Beklagte hat den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt, indem er diesem keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt hat.

3.1.3. Zur Bemessung der Entschädigung ist festzuhalten, dass zwischen der MAB vom 31. Oktober 2016 und dem Kündigungsschreiben vom 13. Januar 2017 – wie vom Beklagten korrekt bemerkt – rund 10 Wochen vergingen, in welchen der Kläger grundsätzlich die Möglichkeit gehabt hätte, von sich aus schriftlich zu den Kündigungsgründen Stellung zu nehmen. Da dem Kläger auch sonst wiederholt die Gelegenheit eingeräumt wurde, zu den betreffenden Vorwürfen Stellung zu nehmen (Stellungnahmen zu Klassenklagen sowie mündliche Stellungnahme anlässlich der zwei Mitarbeitergespräche), wiegt der Verfahrensfehler nicht schwer sondern noch eher leicht. Weiter bestehen keine Anhaltspunkte, dass bei Einhaltung des Formerfordernisses, das Arbeitsverhältnis länger gedauert hätte.

3.1.4. Unter Berücksichtigung aller Umstände, erscheint es angemessen, dem Kläger zuzufolge der Gehörsverletzung eine Entschädigung in der Höhe von einem Monatslohn (brutto inkl. 13. ML) im Betrag von Fr. 4'849.40 zuzusprechen.

3.2. Sachlich zureichender Grund

3.2.1. Gegen den Kläger sind im Juni 2015, am 18. Februar 2016 sowie am 4. März 2016 und damit innert eines Jahres drei Klassenklagen eingegangen (Klassen W., X. sowie Y.). Alle Klagen benennen im Wesentlichen dieselben bzw. ähnliche Kritikpunkte: u.a. sehr tiefe Notenschnitte aufgrund schwieriger bis unfairer Prüfungsbedingungen und Nichtbeantworten von Fragen im Unterricht. Bestritten ist, dass der Kläger unter den Lehrern mit dieser Anzahl von Klagen Spitzenreiter war. Ob dies der Fall war, kann indessen offenbleiben, und eine Befragung des vom Kläger dazu angebotenen Zeugen

(welcher als ehemaliger Lehrer einer öffentlichen Mittelschule die beim Beklagten damals bestehenden Verhältnisse ohnehin nicht rechtsgenügend klären könnte) erübrigt sich. Denn für die Möglichkeit, sich von einer Lehrperson zu trennen wird nicht vorausgesetzt, dass diese im Vergleich zu allen Lehrpersonen, die meisten Klassenklagen oder sonstigen Beanstandungen (schlechte Notendurchschnitte) aufweist. Vielmehr ist die Gesamtheit aller Vorfälle bzw. Vorwürfe in eine Gesamtbetrachtung, ob ein zureichender Grund vorliegt, miteinzubeziehen. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Klassenklage von 2015 daher nicht isoliert zu betrachten.

3.2.2. Weiter ist zu beachten, dass sich die Situation anfangs April 2016 zuspitzte. Innerhalb weniger Tage erging die Beschwerde der Mutter einer Schülerin der Klasse Y., gefolgt von einer Beschwerde des Lehrbetriebs B. (ebenfalls betreffend die Klasse Y.). Nur einen Tag später, am 6. April 2016, erfolgte das Schreiben einer weiteren Klasse des Klägers (Z.) mit ähnlichen Kritikpunkten, wenngleich sie keine Klassenklage erhob. Es geht wiederum um einen durchgehend ungenügenden Notenschnitt, zu kurz bemessene Prüfungszeit und ungenügende Hinweise auf Bewertungsparameter der Prüfungen. Am folgenden Tag erfolgte die Beschwerde der Eltern einer Schülerin der Klasse Z. über den Mathematikunterricht des Klägers. Noch im selben Monat (Mitte April 2016) erfolgte eine weitere Klassenklage (Klasse Y.), wobei gleichzeitig 14 Beschwerdebriefe von Eltern bei der Schulleitung eingingen. Neben wiederum ähnlichen Kritikpunkten (grossmehrheitlich ungenügender Notenschnitt, Nichtbeantwortung von Fragen) erging hier zusätzlich der Vorwurf, der Kläger wirke extrem unmotiviert, richte demoralisierende Äusserungen an die Lernenden und sei nicht in der Lage, den Stoff zu vermitteln.

3.2.3. Bei der Klassenklage vom 18. Februar 2016 hatte der Beklagte sich in Anlehnung an dessen Stellungnahme vom 5. März 2016 noch hinter den Kläger gestellt und an die vergleichsweise schwierigen Rahmenbedingungen im Fach Mathematik erinnert. Aufgrund der fast täglich neu hinzukommenden Vorwürfe ist es nachvollziehbar, dass der Beklagte die Leistungen des Klägers bzw. dessen Verhalten gegenüber den Schülern als nicht zufriedenstellend ansah und eine Verbesserung der Situation wünschte. Zuzufolge dieser Häufung von Vorwürfen und Beanstandungen der Lehrtätigkeit des Klägers hatte der Beklagte Handlungsbedarf. Dies stellt auch der Kläger nicht in Abrede.

3.2.4. Zwar wurde der Unterricht des Klägers aufgrund zweier Unterrichtsbesuche von Seiten zweier Schulratsmitglieder als gut beurteilt, was indiziert, dass der Kläger die von Lehrenden erwarteten Kompetenzen grundsätzlich aufweist. Die Aussagekraft bleibt jedoch auf die konkrete Situation im Zeitpunkt des Unterrichtsbesuchs beschränkt. Es waren punktuelle Erkenntnisse der Schulratsmitglieder, deren Besuche zudem angekündigt waren. Sie können allfällig bestehende Defizite in der Lehrtätigkeit des Klägers und dessen Verhalten gegenüber den Schülern nicht ausschliessen.

Es ist daher trotz der mit „gut“ beurteilten Schulbesuche nicht zu beanstanden, wenn der Beklagte angesichts der im April 2016 verschiedenerseits erfolgten Häufung von Anfragen, Beanstandungen und Kritikpunkten die pädagogische

und didaktische Leistung des Klägers in Frage zu stellen begann. Es war bei dieser Sachlage im allseitigen Interesse angezeigt, zu eruieren, ob es sich um eine zufällige Häufung/Verkettung unglücklicher Umstände handelte, oder ob die Leistung des Klägers in schulischer bzw. persönlicher Hinsicht Defizite aufwies. Angesichts der beschriebenen Häufung von Kritikpunkten ist die Anordnung einer Bewährungsfrist grundsätzlich nicht zu beanstanden.

3.2.5. Der Kläger ist der Ansicht, die Schüler hätten sich untereinander abgesprochen. Anhaltspunkte dafür ergeben sich aus den Unterlagen jedoch nicht. Auch sein Vorbringen, die Kündigung sei für den Rektor bereits in diesem Zeitpunkt beschlossene Sache gewesen, findet keine Stütze in den Akten. Es handelt sich um Mutmassungen des Klägers, wogegen bereits die Ansetzung der (nach § 19 Abs. 1 PG mit 6 Monaten längstmöglichen) Bewährungsfrist spricht.

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die weiteren Vorkommnisse und die anlässlich der zweiten Mitarbeiterbeurteilung am 31. Oktober 2016 vorgebrachten Gründe sachlich zureichend im Sinne von § 18 Abs. 2 PG sind und damit eine Kündigung zu rechtfertigen vermögen.

3.2.6. Der Kläger bestreitet, sich trotz zweimaliger Mahnung geweigert zu haben, das Protokoll der MAB vom 18. April 2016 zu unterschreiben. In der ersten MAB wurden zwar „administrative Nachlässigkeiten“ als potentiell negatives Ereignis genannt, welches es während der Probezeit zu vermeiden gelte. Auch wenn der Kläger aber die Unterschrift versäumt haben sollte, wäre das eine untergeordnete Nachlässigkeit, die für sich allein keinen zureichenden Grund für eine Kündigung darstellen würde. Wie es sich damit verhält, kann daher offenbleiben.

3.2.7. Dem Kläger wird als weiteres Ereignis der Eingang der Klassenbeschwerde (Klasse Q.) vom 8. Mai 2016 vorgeworfen. Der Kläger ist der Ansicht, da sich diese Klassenbeschwerde schon am 18. April 2016 abgezeichnet habe, sei sie nicht als neues Ereignis zu werten. Dem ist nicht zuzustimmen. Es trifft zwar zu, dass von dieser Klasse schon am 6. April 2016 ein Brief mit den beschriebenen Vorwürfen bei Prorektor Herrn C. eingegangen war. Es gab danach am 11. April 2016 - vor der MAB und Fristansetzung vom 18. April 2016 - jedoch ein Gespräch zwischen dem Kläger und der Klasse. Erst die Tatsache, dass das Gespräch ohne Ergebnis verlief, führte zu dieser Klassenklage. Hätte der Kläger demnach in der Zeit vom 18. April bis 8. Mai 2016 die Differenzen mit der Klasse bereinigt, wäre keine Klassenklage eingegangen. Der Kläger hatte somit durchaus einen Anteil am Eingang einer weiteren Klassenklage, wenngleich hier kein erhebliches Verschulden vorliegt, hatte sich der beginnende Konflikt doch bereits abgezeichnet. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung ist dem Kläger sein Verhalten jedoch anzulasten.

3.2.8. Im weiteren Verlauf der Bewährungsfrist folgte im Mai 2016 wiederum ein Beschwerdebrief der Klasse X., welche schon im Februar 2016 ihre Unzufriedenheit mit dem Kläger mittels einer Klage zum Ausdruck gebracht hatte. Der Kläger hatte am 8. Mai 2016, also nach dem MAB-Gespräch, wieder eine Prüfung durchgeführt,

welche für die Klasse als unlösbar bezeichnet wurde, weil sie nicht dem Niveau des Unterrichts entsprochen habe. Man habe wiederum zu wenig Zeit gehabt, es sei zu streng gewesen, es habe zu ungenügenden Prüfungsdurchschnitten geführt. Immer noch wird bemängelt, dass es trotz der Absichtserklärung in Gesprächen an der Umsetzung gehadert habe. Es geht auch in diesem Schreiben erneut um das Thema, ob und in welcher Form dem Lehrer Fragen gestellt werden dürften und inwiefern diese Fragen beantwortet würden.

Diese Schilderung zeigt, dass es bezüglich der Klasse X. keine Verbesserung gegeben hat in der Art und Weise der Unterrichtsgestaltung im Hinblick auf die Prüfungen. Dieses erneute Schreiben zeigt ebenso wie die neue Klassenklage, dass den Schülern der Schulstoff nicht erfolgreich vermittelt werden konnte. In beiden Klassen zeigte sich ein stark ungenügender Notenschnitt, fast alle Schüler hatten in den ersten beiden von vier Prüfungen ungenügende Noten. Es handelte sich dabei um Schüler, welche die Aufnahmeprüfung an die Berufsmittelschule bestanden hatten. Deren Vorkenntnisse in Mathematik waren somit (verglichen mit den übrigen Sekundarschülern) überdurchschnittlich gut, weshalb sie für das Absolvieren einer höheren Ausbildung in der KV-Lehre qualifiziert waren. Es spricht daher gegen die didaktischen Leistungen des Klägers, wenn diese Schulklassen bei ihm grossmehrheitlich bzw. gänzlich ungenügende Noten erzielten.

3.2.9. Die Klassenklagen führten in den einzelnen Klassen zu weiteren Gesprächen, welche im Juli 2017 in verschiedene Abmachungen mündeten. Darin werden einerseits die Schülerinnen und Schüler aufgefordert, sich engagierter zu beteiligen (Hausaufgaben machen, Mitarbeit im Unterricht), von den Klassen wurden mithin ebenfalls Verbesserungen verlangt. Vom Kläger wurde andererseits verlangt, die anstehenden Prüfungen besser mit der Klasse vorzubereiten (Lösung von Aufgaben im Unterricht, Beantworten von Fragen). Dass weiterhin die Vermittlung des Lehrstoffes und insbesondere das Beantworten von Fragen thematisiert wurde, macht deutlich, dass seitens des Klägers nach wie vor keine optimale Vermittlung des Schulstoffes erfolgte.

3.2.10. Bezüglich der dritten Klage (Klasse X.) erklärte der Klassensprecher D. am 15. Juni 2016, dass sich der Unterricht verbessert habe und die letzte Prüfung „lösbar“ gewesen sei. Offenbar wurde die Sachlage auch durch das Einführen einer „Streichnote“ entschärft. Der Klassensprecher wies aber einmal mehr darauf hin, dass der Lehrer die Wissensvermittlung verbessern würde, wenn er die unklaren Aufgaben mit den Schülern bis zur Lösung lösen könnte. Dieser Hinweis macht deutlich, dass auch in dieser Klasse nach wie vor Kritikpunkte am Unterricht des Klägers bestanden.

Für sich allein und bezogen auf eine einzige Schulklasse würde wohl diese gleichbleibend nicht in allen Punkten befriedigende Lehrtätigkeit des Klägers keinen zureichenden Grund dafür darstellen, dass man sich von ihm trennen wollte. Abgesehen davon, dass aufgrund der sich vielerseits häufenden Vorwürfe eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen ist, kommt jedoch zusätzlich etwas Entscheidendes hinzu:

3.2.11. Am 26. Juli und 22. August 2016 musste der Kläger bei drei Schülern die Zeugnisnoten korrigieren bzw. mutieren. Konkret betraf das eine Korrektur der Note

3 zur Note 4,5, eine Korrektur der Note 3 zur Note 3,5 sowie eine Mutation zur Note 6. Der Kläger steht auf dem Standpunkt, man mache hier aus einer Mücke einen Elefanten, Fehlberechnungen bei Zeugnisnoten könne es geben, derartige Korrekturen seien alltäglich und nicht derart ausserordentlich, als dass sie geradezu peinlich für eine Schule erscheinen würden.

Dem ist nicht beizupflichten. Eine Zeugnisnote 3 statt einer Zeugnisnote 4.5 festzuschreiben, ist doch recht fehlerhaft. Auch dass in einem Fall eine Note 3 statt eine Note 3,5 im Zeugnis festgeschrieben wurde, ist zu beanstanden. Diese ungenauen Berechnungen fallen bei einem Mathematiklehrer, welcher seinen Schülern gegenüber strenge Vorgaben macht, was zu vielen ungenügenden Prüfungsergebnissen geführt hat, massgeblich ins Gewicht. Wie ausgeführt, absolvierten die Schüler eine Aufnahmeprüfung, um die Berufsmittelschule besuchen zu dürfen. Die betreffenden Schüler waren durch die fehlerhafte Leistung des Klägers akut gefährdet, zumal eine tiefere Zeugnisnote zu einem insgesamt schlechteren Notendurschnitt führte, wodurch der Abbruch der Berufsmittelschule drohen konnte, was die Berufsaussichten geschmälert hätte. Da eine Korrektur der fehlerhaften Note nur auf Begehren erfolgt, hatten die betroffenen Schüler wiederum eine Beanstandung vorzunehmen, um die Situation zu bereinigen. Aber auch eine Schülerin, die eine Note 6 erarbeitet hat, hat Anspruch darauf, dass der Kläger als Mathematiklehrer im Zeugnis eine korrekte Berechnung vornimmt.

Dem Beklagten ist beizupflichten, dass eine solche fehlerhafte Arbeitstätigkeit des Klägers ein schlechtes Licht auf die Schule wirft. Die beeinträchtigte Reputation birgt zudem die Gefahr, dass Lehrbetriebe für die schulische Ausbildung ihrer Lehrlinge den Beklagten nicht mehr berücksichtigen könnten. Aber auch in persönlicher Hinsicht ist dem Kläger sein Verhalten anzulasten, zumal er sich schon vorher verschiedenen Vorwürfen ausgesetzt sah. In dieser Situation und während laufender Bewährungsfrist, hat er zu Lasten der Schüler, welchen er zu wenig Fleiss, Einsatz und Genauigkeit vorgeworfen hat, seinerseits eine korrekte Ausübung seiner beruflichen Pflichten vermissen lassen.

3.2.12. Bei einer Gesamtbetrachtung der vorstehend beschriebenen Ereignisse während laufender Bewährungsfrist (insb. auch weitere Klassenklage, Vorwurf der Durchführung einer inadäquaten Prüfung während laufender Klassenklage, fehlerhafte Zeugnisnoten), besteht im Ergebnis ein zureichender Grund, sich vom Kläger als Lehrperson im Rahmen einer ordentlichen Kündigung zu trennen. Dies umso mehr, als der Kläger aufgrund der immer wieder erforderlichen Kommunikation mit Schülern, Eltern und Lehrmeistern auch einen erheblichen administrativen Aufwand verursachte. Angesichts der Häufung der Vorkommnisse und in Berücksichtigung der gesamten Umstände, ist der Entschluss des Beklagten, den Kläger nicht mehr weiter zu beschäftigen, nicht zu beanstanden. Eine weitere Entschädigung fällt damit ausser Betracht.»

(AN180040 vom 14. Dezember 2018, eine Berufung ist am Obergericht anhängig)

12. OR 337; Beweisverfahren zum Ausspruch der Kündigung

Laut der Beklagten erklärte der Kläger anlässlich eines Telefonats am 25. November 2016, er werde nicht mehr für die Beklagte arbeiten. Dieses Telefongespräch mit A., Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten, sei von B. bei aktivierter Lautsprecherfunktion mitgehört worden. Mit Schreiben vom 28. November 2016 bestätigte die Beklagte dem Kläger, die fristlose Kündigung zur Kenntnis genommen zu haben. C., der Anwalt des Klägers, bestritt den Ausspruch einer fristlosen Kündigung namens des Klägers mit Schreiben 18. Januar 2017. Der Beklagten wurde die Beweislast für die fristlose Kündigung des Klägers auferlegt.

Aus den Erwägungen:

«3. Beweisverfahren

3.1. Zu den Beweissätzen [...] wurden der Kläger sowie A., Verwaltungsrat der Beklagten, jeweils nach Art. 191 ZPO befragt. B. wurde als Zeuge einvernommen. Zudem wurden das Schreiben der Beklagten vom 28. November 2016, das Schreiben von Rechtsanwalt C. an die Beklagte vom 18. Januar 2017 sowie die Liste der Natelverbindungen des Klägers für den 25. November 2016 als Beweismittel abgenommen.
[...]

Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Aussage des Zeugen B. verwertbar, da es sich bei der Aussage gestützt auf das Mithören eines Telefongesprächs zum einen nicht um ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel handelt und zum anderen das Interesse an der Wahrheitsfindung ohnehin überwiegen würde (siehe auch Art. 152 Abs. 2 ZPO).

3.2. Das Gericht würdigt die Beweise nach freiem Ermessen (Art. 157 ZPO). Bei der grundsätzlichen Glaubwürdigkeit des Klägers und von A. ist zu berücksichtigen, dass sie zwar im Rahmen der Parteiaussage verpflichtet sind, die Wahrheit zu sagen, jedoch aufgrund des Prozesses naturgemäss ein Interesse daran haben, gemäss ihren Prozesstandpunkten auszusagen. Auf ihre Aussagen ist deshalb nur mit gewissen Vorbehalten abzustellen.

3.3. Bei der Würdigung der Zeugenaussagen im Besonderen sind der Inhalt einer Aussage, ihre Überzeugungskraft, ihre Übereinstimmung mit dem bereits anderweitig ermittelten, bewiesenen Sachverhalt sowie ihre Stimmigkeit und logische Schlüssigkeit im Kerngehalt zu berücksichtigen. In die Würdigung einzubeziehen sind zudem die persönlichen Beziehungen der Zeugen zu den Parteien sowie andere Umstände, die ihre Glaubwürdigkeit beeinflussen können, namentlich ein allfälliges Interesse am Ausgang des Prozesses. Allein die Beziehung eines Zeugen zu einer Partei oder ein persönliches Interesse am Prozessausgang vermag indes dessen Aussagen nicht von vornherein als unzuverlässig erscheinen zu lassen, auch wenn diesfalls bei der Würdigung entsprechende Vorsicht am Platz ist. Bestätigt sich aber aufgrund der konkreten Aussagen des Zeugen der Eindruck der Unglaubwürdigkeit, so ist auf seine Angaben nicht abzustellen.

3.4. Zur generellen Glaubwürdigkeit des Zeugen B. ist festzuhalten, dass er unter der Androhung strafrechtlicher Sanktionen nach Art. 307 StGB ausgesagt hat. Er führte bis am 4. September 2017 für die Beklagte die Buchhaltung und Administration und nahm in dieser Eigenschaft auch seitens der Beklagten an der Hauptverhandlung vom 10. Juli 2017 teil. Das Verhältnis zur Beklagten bzw. A. bezeichnete der Zeuge B. als gut, währenddem er das Verhältnis zum Kläger als neutral bezeichnete. Insgesamt kann auf seine Aussagen nur mit einer gewissen Zurückhaltung abgestellt werden.

3.5. Der Zeuge B. erklärte anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge auf die Frage, wie es zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien gekommen sei, dass der Kläger telefonisch gekündigt habe. Der Kläger habe am Nachmittag des 25. November 2016 mit A. telefoniert. Er, der Zeuge, habe das Gespräch mitgehört, wobei er beide Gesprächspartner gehört habe. Das Handy sei auf Lautsprecher gestellt gewesen. Er könne nicht mehr sagen, wer wen angerufen habe. Das Gespräch habe jedoch stattgefunden und er habe den Inhalt des Gesprächs mitbekommen. Auf die Frage, wann dieses Gespräch stattgefunden habe, führte der Zeuge B. aus, er sei am besagten Datum gegen 12 Uhr in Zürich gelandet und dort von A. abgeholt worden. Sie seien direkt zum Letzipark gefahren, wo sie im dritten Stock Pizza gegessen hätten. Das fragliche Telefongespräch dürfte ungefähr nach 13 Uhr gewesen sein, oder so gegen 13 bis 14 Uhr.

Auf die Frage, was anlässlich dieses Telefonates genau besprochen worden sei, führte der Zeuge B. aus, A. habe den Kläger aufgefordert, die Arbeit wieder aufzunehmen. Der Kläger habe dies abgelehnt und gesagt, er werde nicht mehr zur Arbeit erscheinen und rechtliche Schritte gegen die Beklagte einleiten. Dabei habe der Kläger klar gemacht, dass er nicht mehr für die Beklagte arbeiten werde. Unter anderem habe der Kläger gesagt „ich ficke dich und deine Firma“.

Dass A. dem Kläger bei der Abholung des Camions am folgenden Samstag mündlich fristlos gekündigt haben solle, höre er zum ersten Mal.

3.6. A. führte im Rahmen der Parteibefragung aus, dass es zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekommen sei, indem der Kläger ihm am 25. November 2016 telefonisch gesagt habe, er würde nicht mehr arbeiten. Der Kläger habe ihn um 13.17 Uhr angerufen. Er, A., habe sich damals zusammen mit B. im Einkaufszentrum Letzipark befunden. Auf die Frage, was anlässlich dieses Telefonates besprochen worden sei, meinte A., dass der Kläger ihn angerufen und gesagt habe, dass er nicht mehr in dieser Firma arbeiten werde. Der Kläger habe weiter gesagt, diese Firma sei schmutzig und schlecht. Er habe auch alle schlimmen Worte, die er, A., bereits früher erwähnt habe, gesagt. Es sei für ihn eine definitive Aussage des Klägers gewesen, dass dieser nicht mehr zur Arbeit kommen werde.

Auf die Frage, ob er den Kläger während dieses Gesprächs aufgefordert habe, auf der Baustelle zu erscheinen und zu arbeiten, meinte A., das habe er ihm gesagt. Der Kläger habe aber gesagt, nein, er arbeite nicht und sei fertig mit der Firma.

Auf die Frage, weshalb er so genau wisse, dass das Gespräch um 13.17 Uhr stattgefunden habe, meinte A., dass er schon früher gesagt habe, dass es zwischen 12 und 13 Uhr gewesen sei. Jetzt seien die Nummern gekommen.

Er habe B. vom Flughafen abgeholt und sie seien dann zusammen zum Letzipark gefahren. Er sei mit B. am Mittagessen gewesen. Er, A., habe das Telefon auf laut geschaltet gehabt und B. habe alles gehört. Auch dass der Kläger gesagt habe, dass er nicht mehr arbeiten werde.

3.7. Der Kläger führte im Rahmen der Parteibefragung auf die Frage, wie es zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekommen sei, aus, er habe die Beklagte schon früher gekannt und für sie gearbeitet. Sie hätten ein sehr gutes Verhältnis gehabt bis zu dem Zeitpunkt, als ihm die Löhne nicht ausbezahlt worden seien. Da sei das Verhältnis getrübt worden. Er habe den Lohn immer verlangen müssen. Er habe ihn nie regelmässig erhalten. Mal hätten sie gesagt, sie hätten keinen, mal hätten sie ihm Fr. 100.– gegeben und ein anderes Mal Lohn überwiesen. Schliesslich habe die Beklagte viele Schulden bei ihm gehabt. Er habe die Arbeitsleistung aber trotzdem erbracht. Am Schluss hätten sie ihm gekündigt und gesagt, sie könnten ihn nicht mehr behalten.

Sein letzter Arbeitstag bei der Beklagten sei am 25. November 2016 gewesen. Er sei weder über die Kündigung informiert gewesen noch darüber, dass er von der Arbeit ausgeschlossen werde. Am Freitag habe er, der Kläger, die Arbeit ausgeführt und dabei den Camion dabeigehabt. A. sei zusammen mit anderen vorbei gekommen, um den Camion abzuholen. A. habe ihn angerufen und gesagt, er solle den Schlüssel für den Camion nach unten bringen. Er, der Kläger, habe den Schlüssel ausgehändigt. A. habe ihm gesagt, dass er nicht mehr bei ihnen arbeiten würde. Sie hätten die Schlüssel genommen und seien gegangen. Am Montag sei dann die fristlose Kündigung gekommen.

Weiter führte der Kläger aus, er habe mit der Handynummer 076 XXX XX XX telefoniert, welche zwar auf den Namen seines Bruders laute, aber von ihm benutzt werde. Es habe am 25. November 2016 mehrere Telefongespräche zwischen ihm und A. gegeben. Er, der Kläger, sei ja sein Mitarbeiter und sei den ganzen Tag über mit A. in Kontakt gestanden. Er habe A. über die Arbeit berichtet und A. habe ihm gesagt, wo er hin müsse, was er machen müsse und wen er treffen solle. Auf die Frage, ob er anlässlich eines solchen Telefonates abgelehnt habe, für die Beklagte Arbeiten auf der Baustelle auszuführen, meinte der Kläger, auf keinen Fall, in keiner Weise. Er verneinte auch die Frage, ob er anlässlich eines solchen Telefonates gesagt habe, er würde nicht mehr für die Beklagte arbeiten und rechtliche Schritte einleiten. Er habe während eines solchen Telefonats auch keine Schimpfworte verwendet.

Auf entsprechende Frage hin meinte der Kläger, dass er die Schlüssel sofort habe abgeben müssen. A. habe die Schlüssel am nächsten Morgen, einem Samstag, um 7.00 Uhr abgeholt.

Am Samstag habe A. ihn angerufen und gesagt, er (der Kläger) würde nicht mehr mit ihnen zusammen arbeiten und solle einfach den Schlüssel runterbringen. Er habe ihm das nicht geglaubt. Der offizielle Brief mit der fristlosen Kündigung sei dann am Montag gekommen.

3.8. Unbestrittenermassen haben am 25. November 2016 mehrere Telefonate zwischen dem Kläger und A. stattgefunden, was auch anhand der Liste der Telefongesellschaft betreffend die Telefonverbindungen des Klägers ersichtlich ist.

Was den Zeitpunkt und den Inhalt des Telefonates betrifft, anlässlich welchem der Kläger erklärt haben soll, dass er (definitiv) nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde, ist auf die Aussagen von A. und vom Zeugen B. zu verweisen. Diese Aussagen stimmen weitestgehend überein, was für deren Wahrheitsgehalt spricht. Sie halten im Kernpunkt fest, dass anlässlich eines um ca. 13.00 bis 14.00 Uhr erfolgten Telefongesprächs zwischen A. und dem Kläger der Kläger mitgeteilt habe, dass er nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde.

Die Aussagen des Zeugen B. zeugen dabei von einer Detailtreue, die für deren Glaubhaftigkeit spricht. So vermochte er etwa plausibel zu erklären, weshalb er wisse, um welche Zeit das fragliche Telefonat stattgefunden hat. Seine diesbezüglichen Angaben, er sei am 25. November 2016 um ca. 12 Uhr am Flughafen Zürich angekommen, dort von A. abgeholt worden und mit diesem direkt zum Einkaufszentrum Letzipark gefahren, werden zudem von A. bestätigt. Der Zeitpunkt des fraglichen Telefonates findet auch Bestätigung in der Liste der Telefongesellschaft betreffend die Telefonverbindungen des Klägers. So ist daraus ersichtlich, dass am 25. November 2016 zwischen der vom Kläger benutzten Rufnummer 076 XXX XX XX und der von A. benutzten Rufnummer 076 XXX XX XX verschiedene Gesprächsverbindungen zustande gekommen sind. Ein erstes Gespräch ist für 08.51 Uhr nachgewiesen. Weitere Gespräche fanden um 09.06 Uhr, 09.39 Uhr, 11.55 Uhr und schliesslich um 13.17 Uhr statt.

Ins Bild passt der Umstand, dass nach dem Telefonat von 13.17 Uhr für den 25. November 2016 keine weiteren Verbindungen zwischen den vorgenannten Rufnummern mehr aufgezeichnet wurden. Offenbar bestand nach der Mitteilung des Klägers, dass er nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde, kein weiterer Bedarf für ein Gespräch. Hätte der Kläger keine solche Aussage gemacht, hätte er wohl auch am weiteren Nachmittag mit A. Kontakt gesucht. So sagte der Kläger ja selber aus, er habe A. jeweils über die Arbeit berichtet und A. ihm gesagt, wo er hin müsse, was er machen müsse und wen er treffen solle.

Dass A. am nachfolgenden Tag, dem 26. November 2016 – soweit stimmen die Aussagen von A. und des Klägers überein – dann den Firmen-Camion beim Kläger abgeholt hat, spricht auch für die vorgängige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger.

Mit an den Kläger gerichtetem Schreiben vom 28. November 2016 hielt A. unter dem Titel „Fernbleiben von der Arbeit/Ihre fristlose grundlose Kündigung“ und unter Bezugnahme auf die Mitteilung vom Freitag den 25. November 2016 fest, dass das Fernbleiben von der Arbeit und das Nichterscheinen am Arbeitsplatz ohne Grund mit Konsequenzen verbunden sei. Der Kläger sei der Arbeit mehrmals ferngeblieben, ohne die Beklagte zu informieren. Seine fristlose Kündigung werde von der Beklagten zur Kenntnis genommen. Dieses Schreiben passt nahtlos zu den vorstehend geschilderten Abläufen, wonach der Kläger effektiv erklärt hat, er werde nicht mehr zur Arbeit erscheinen.

3.9. Insgesamt vermögen die Aussagen von A. und von B. unter Berücksichtigung der weiteren Beweismittel und Umstände mehr zu überzeugen als diejenigen des Klägers. Die Aussagen des Klägers und das vom Kläger als Gegenbeweismittel

angerufene Schreiben vom 18. Januar 2017 sind nicht geeignet, das Beweisergebnis umzustossen.

Gemäss diesem Schreiben meldete sich zwar Rechtsanwalt C. namens des Klägers bei der Beklagten und hielt fest, dass man dem Kläger mit Schreiben vom 28. November 2016 grundlos unterstellt habe, er habe das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt. Dies treffe nicht zu. Der Kläger habe zu keinem Zeitpunkt den Arbeitsvertrag mit der Beklagten gekündigt und stelle seine Arbeitskraft nach wie vor zur Verfügung. Wäre der Kläger vom Schreiben der Beklagten vom 28. November 2016 und dessen Inhalt überrascht gewesen bzw. nicht damit einverstanden gewesen, hätte er sich wohl umgehend mit der Beklagten in Verbindung gesetzt.

3.10. Zusammenfassend wurde von der Beklagten der Beweis gemäss den Beweissätzen [...] erbracht. Demgemäss ist davon auszugehen, dass der Kläger anlässlich eines Telefonates vom 25. November 2016 erklärt hat, er werde nicht mehr für die Beklagte arbeiten. Die Beklagte durfte davon ausgehen, der Kläger habe seine Arbeitsstelle definitiv verlassen.»

(AH170058 vom 14. August 2018)

13. OR 337, ZPO 152; Beweis des wichtigen Grundes mit privaten WhatsApp-Chatnachrichten auf dem Geschäftshandy?

Die Klägerin arbeitete zirka fünf Jahre für die Beklagte, zuletzt als Assistentin im Bereich Geschäftsleitung und Personal. Anlässlich einer Kontrolle des Geschäftshandys entdeckte die Beklagte WhatsApp-Chatnachrichten, die den Geschäftsführer der Beklagten herabsetzen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin hierauf mit Schreiben vom 12. Juni 2017 fristlos und begründete dies mit den im Chatverlauf entdeckten Äusserungen.

Aus den Erwägungen:

«2. Würdigung

2.1. Kündigungsgründe

Die Beklagte begründet die fristlose Kündigung mit der massiven Verletzung von arbeitsvertraglichen Treuepflichten und strafbaren Handlungen (massive ehrverletzende Äusserungen im Sinne von Art. 173 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und Vortäuschung einer Krankheit) durch die Klägerin. Sie stützt ihre Vorwürfe dabei auf die WhatsApp-Chatverläufe auf dem ehemaligen Geschäftsmobiltelefon der Klägerin und reicht die entsprechenden Chat-Protokolle bzw. Screenshots ins Recht. Dass es zum Austausch der ins Recht gelegten WhatsApp-Nachrichten gekommen ist, insbesondere denjenigen zwischen der Klägerin und deren Cousine A., ist vorliegend unbestritten. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob für die Entscheidungsfindung auf diese WhatsApp-Chatverläufe bzw. die entsprechenden Screenshots abgestellt werden kann.

2.2. Erlangung der Chat-Verläufe

Aufgrund der Aktenlage ist von einem regen Austausch von WhatsApp-Nachrichten zwischen der Klägerin sowie der vorgenannten A. auszugehen. Umstritten ist dabei, ob die Klägerin im von der Beklagten ausgehändigten Mobiltelefon eine private SIM-Karte oder eine SIM-Karte der Beklagten verwendete. Wie nachfolgend noch gezeigt wird, ist die Frage für den vorliegenden Fall jedoch nicht entscheidend und kann deshalb offengelassen werden. Unstrittig ist hingegen, dass die Beklagte vom besagten Chat-Verlauf im Rahmen einer „Kontrolle/Revision“ des Geschäftshandys der Klägerin erfuhr. Die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, dass es der Klägerin klar gewesen sei, dass das Mobiltelefon im Rahmen einer Routinekontrolle überprüft würde und dass sie damit ihr Einverständnis abgegeben habe. In den Anstellungsbedingungen der Beklagten finden sich unter Ziffer 19 die nachfolgenden Regelungen zur Nutzung von firmeneigenen Kommunikationsmitteln:

„19 Nutzung von firmeneigenen Kommunikationsmitteln

19.1 Umgang mit dem persönlichen Passwort

Die Mitarbeiterin bestätigt, dass sie ein Passwort erhalten hat welches ihr auf der Plattform von [der Beklagten] den Zugang zu Online-Kommunikationsdiensten ermöglicht. Die Mitarbeiterin behandelt das Passwort streng vertraulich und sichert es gegen Verlust und unbeabsichtigte Preisgabe an Dritte ab.

19.2 Nutzung der Kommunikationsdienste

Die Mitarbeiterin nutzt den Zugang zu den Online-Diensten, deren Anwendungen, Funktionen und Leistungen nur im Zusammenhang mit der Erfüllung geschäftlicher Aufgaben. Untersagt ist infolge der akuten Gefährdung durch Viren, welche der Plattform von [der Beklagten] erheblichen Schaden zufügen können, die Benutzung des Internets für persönliche Zwecke. Insbesondere untersagt ist der Empfang bzw. Versand von E-Mails über einen privaten Web Mail Zugang oder das Hören von Musik via Stream über die Plattform von [der Beklagten].

Die Benutzung des Geschäftstelefons ist in Absprache mit der Leitung der Geschäftsstelle erlaubt, insbesondere in dringenden Situationen.

Die Mitarbeiterin enthält sich subjektiver Wertungen oder Äusserungen bei der Nutzung von Online-Diensten, die seitens Dritter als beleidigend oder verletzend beurteilt werden könnten. Verboten ist insbesondere das Herunterladen irgendwelcher Programme usw. auf die Plattform von [der Beklagten] sowie das Betrachten, Herunterladen oder Versenden von E-Mails, welche auf irgendeine Art diskriminierend sind oder einen sexuellen, pornographischen oder rassistischen Inhalt besitzen.

19.3 Meldepflicht der Mitarbeiterin

Die Mitarbeiterin meldet [der Beklagten] unverzüglich alle besonderen Vorkommnisse beim Umgang mit Online-Diensten, insbesondere bei möglichem Missbrauch des Passwortes, Zugriffsversuchen von Hackern, Verdacht auf Viren etc.

19.4 Kontrolle durch [die Beklagte]

[Die Beklagte] behält sich das Recht vor, im Falle des Verdachtes einer Verletzung dieser Vorschriften ohne Vorwarnung eine Kontrolle vorzunehmen und sowohl Telefonnummern, E-Mail oder besuchten Internetseiten zu überprüfen, einzusehen oder abzuhören.

19.5 Private Smartphones und Tablets

Der allgemeine Gebrauch von privaten Smartphones (Handys) und Tablets (Telefonate, SMS, Internetdienste, soziale Medien, Spiele etc.) ist während der Arbeitszeit untersagt. Sind privat dringende Kontakte erforderlich, sind diese mit der Vorgesetzten abzusprechen.

19.6 Sanktionen bei Verstößen

Je nach Schwere des Verstosses hat die betroffene Mitarbeiterin mit einer ordentlichen Kündigung oder fristlosen Entlassung zu rechnen.

Zudem behält sich [die Beklagte] vor, der Mitarbeiterin allfällige Unkosten, Schadenersatz usw. in Rechnung zu stellen.“

Der Beklagten ist aufgrund dieser Bestimmungen, die als integrierte Vertragsbestandteile zu betrachten sind, dahingehend zuzustimmen, dass die Klägerin allenfalls bei einem entsprechenden Verdacht auf einen Verstoss gegen die Bestimmungen mit einer Kontrolle ihres Geschäftsmobiltelefons hätte rechnen müssen, wobei die aufgrund eines Verdachts getroffene Kontrolle bzw. Massnahme wiederum verhältnismässig sein müsste (ISABELLE WILDHABER, SILVIO HÄNSENBERGER, Vertragsrecht / Kündigung wegen Nutzung von SocialMedia, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, S. 399 ff., S. 424). Eine Löschung des Chat-Verlaufs wäre wohl eine solche verhältnismässige Massnahme. Zu berücksichtigen ist namentlich, dass einem WhatsApp-Chat zwischen zwei Personen im Unterschied etwa zu Facebook-Einträgen jeglicher Öffentlichkeitscharakter fehlt. In casu fand denn auch nicht nur eine Kontrolle zur Behebung allfälliger Defekte statt, bei welcher die Applikation „WhatsApp“ vom Handy der Klägerin einfach hätte gelöscht werden können. Vielmehr wurde die App geöffnet und durchsucht. Einzelne Chats wurden durchforscht und sogar dupliziert (Screenshot), ohne dass dafür ein Verdachtsmoment oder eine spezifische Einwilligung bestand. Etwas anderes wurde von der Beklagten bezeichnenderweise auch nicht geltend gemacht. Es bestand mithin keine rechtsgenügende Grundlage im Anstellungsreglement, die eine solche Durchsuchung des Mobiltelefons gerechtfertigt hätte. Folglich hatte auch die Klägerin nicht mit einer Durchsuchung des Mobiltelefons rechnen müssen. Ebenso wenig lag eine Einwilligung der Klägerin dazu vor. Dass sie gewusst haben soll, dass auch die Mobiltelefone anderer Mitarbeiter der Beklagten ohne Vorliegen eines Verdachtsmoments untersucht worden sein sollen, vermag daran nichts zu ändern.

Aus den vorstehend erwähnten Gründen kann es vorliegend auch nicht darauf ankommen, ob die Klägerin für das Geschäftsmobiltelefon eine private SIM-Karte (mit der Nummer 078 XXX XX XX) oder eine solche der Beklagten (mit der

Nummer 079 XXX XX XX) nutzte. Auf Edition der von der Beklagten in diesem Zusammenhang zum Beweis offerierten Swisscom-Abrechnung, die in den Beilagen zur Stellungnahme vom 24. August 2018 fehlt (als Beilage 2 bezeichnet), kann deshalb verzichtet werden. Massgebend ist einzig, dass vom Einverständnis der Klägerin vorliegend nicht ausgegangen werden kann. Nachfolgend ist deshalb abzuklären, ob für die Durchsuchung des Geschäftsmobilelefons eine gesetzliche Grundlage oder zumindest ein Rechtfertigungsgrund bestand.

Beim Erstellen dieser Screenshots handelt es sich um eine Datenbearbeitung, weshalb konkret zu prüfen ist, ob sich in Art. 328b OR oder im DSG eine Grundlage oder ein Rechtfertigungsgrund für die beklagtischen Handlungen findet. Das DSG findet vorliegend Anwendung. Art. 2 Abs. 2 lit. c greift ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit eines Zivilverfahrens. Eine Ausdehnung auf das Vorfeld eines Zivilprozesses, während Informationen und Beweismittel gesammelt werden, ist zu verneinen (BGE 138 III 425 E. 4.3).

Beim durchsuchten und anschliessend fotografierten (Screenshot) Chatverlauf zwischen der Klägerin und ihrer Cousine handelt es sich eindeutig um eine private Konversation und somit um private Daten. Daran vermag die Tatsache, dass die Klägerin ein von der Beklagten ausgehändigtes Geschäftsmobilelefon – und allenfalls eine SIM-Karte der Beklagten – verwendete, nichts zu ändern. Die Daten waren offensichtlich nicht allgemein zugänglich, sondern sind der Geheimsphäre zuzuordnen. Die Datenbearbeitung wäre nur gerechtfertigt gewesen, sofern ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSG bejaht werden könnte. Eine Einwilligung zur Datenbearbeitung lag – wie vorstehend dargelegt – eindeutig nicht vor. Auch eine Rechtfertigung durch Gesetz, insbesondere gestützt auf Art. 328b OR, ist nicht ersichtlich. Die Daten betrafen weder die Eignung der Klägerin für das Arbeitsverhältnis noch waren sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich. Schliesslich ist auch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse nicht ersichtlich.

Nach dem Gesagten war die Datenbearbeitung durch die Beklagte widerrechtlich, weil sie die Persönlichkeit der Klägerin verletzte und hierfür kein Rechtfertigungsgrund bestand. Bei den eingereichten Chat-Protokollen handelt es sich demzufolge um rechtswidrig beschaffte Beweismittel. Nachfolgend ist deshalb noch zu prüfen, ob diese ausnahmsweise und aufgrund eines überwiegenden Interesses an der Wahrheitsfindung zu berücksichtigen sind (Art. 152 Abs. 2 ZPO).

2.3. Überwiegendes Interesse an der Wahrheitsfindung

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass selbst wenn von einer widerrechtlichen Beschaffung der Beweismittel auszugehen wäre, das Interesse an der Wahrheitsfindung vorliegend überwiegen würde. Der Geschäftsführer der Beklagten, B., sei durch die Äusserungen der Klägerin im WhatsApp-Chat auf übelste und primitivste Weise in seiner Ehre und damit seiner persönlichen Integrität verletzt worden und zudem im Sinne des Gleichstellungsgesetzes sexuell belästigt worden. Ferner habe die Klägerin unbefugterweise Geschäftsgeheimnisse preisgegeben. Das Interesse von Herrn B., von seiner persönlichen Assistentin nicht derart in seiner Ehre und persönlichen Integrität verletzt zu werden, sei höher zu gewichten als ein absolut harmloser Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Klägerin. Das Interesse an der Wahrheits-

findung hänge zudem auch vom Verfahrensgrundsatz ab. Ein wichtiges Kriterium sei die Tatsache, dass im vorliegenden Fall das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen habe und die beschränkte Untersuchungsmaxime gelte. Insbesondere könne das Gericht eben auch Beweise berücksichtigen und von Amtes wegen erheben, die von keiner Seite angerufen worden seien. Sodann sei zu beachten, dass ein Anhaltspunkt für eine sehr starke Intensität vorliege, wenn der Gesetzgeber ein Verhalten als strafrechtlich qualifiziere.

Vorab ist festzuhalten, dass die Argumentation der Beklagten, wonach das Interesse an der Wahrheitsfindung aufgrund der vorliegend anwendbaren Prozessmaxime höher zu gewichten sei, nicht stichhaltig ist. Wie vorstehend aufgezeigt, hat das Interesse an der Wahrheitsfindung im vereinfachten Verfahren grundsätzlich kein grösseres Gewicht als beim klassischen Verhandlungsgrundsatz. Daran vermag der Hinweis auf die Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO nichts zu ändern. Denn die Untersuchungsmaxime soll nur so weit greifen, als sie zum Ausgleich eines sozialen Machtgefälles zwischen den Parteien (z.B. Arbeitgeber und Arbeitnehmer) dient (LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, OFK-ZPO, Art. 247 N 8).

Was die Interessenabwägung betrifft, so kann der Beklagten nicht zugestimmt werden, wenn sie ausführt, es handle sich um einen absolut harmlosen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Klägerin. Die Beklagte bzw. deren einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer hat die Beweismittel in Verletzung materiell-rechtlicher Bestimmungen beschafft. Durch die vorstehend aufgezeigten Beschaffungshandlungen wurde die Geheimsphäre der Klägerin und somit auch ihre Persönlichkeit in einer klaren, nicht zu unterschätzenden Weise verletzt. Die durchsuchten WhatsApp-Nachrichten betrafen mitunter private und intime Angelegenheiten, so etwa der Chatverlauf zwischen der Klägerin und ihrem Freund C. Auch wenn der Inhalt der streitgegenständlichen WhatsApp-Nachrichten eine Verletzung der persönlichen Integrität des Geschäftsführer des Beklagten nahelegt – worauf vorliegend aber nicht näher einzugehen ist –, kann dessen Rechtsgut (Persönlichkeit) nicht höher als dasjenige der Klägerin gewichtet werden.

Aus den vorstehenden Erwägungen wird ersichtlich, dass die WhatsApp-Protokolle nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung herangezogen werden können. Letztere wurde vorliegend jedoch gestützt auf diese ausgesprochen. Sämtliche von der Beklagten behaupteten wichtigen Gründe finden ihre Grundlage im widerrechtlich durchforschten WhatsApp-Verlauf der Klägerin. Dies trifft nicht nur auf die geltend gemachten Ehrverletzungstatbestände, sondern auch auf die behauptete Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und die angeblich vorgetäuschte Krankheit zu. Die fristlose Kündigung war somit nicht gerechtfertigt.»

Das Obergericht kam zum selben Schluss und erwog zur Rechtswidrigkeit der Datenbeschaffung folgendes:

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

«[2] c) aa) Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Art. 328b OR ist

lex specialis zu den Datenschutzbestimmungen im Bundesgesetz über den Datenschutz (COSTA, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Jusletter 9. Januar 2012, Rz 19). Datenbearbeitungen im Arbeitsverhältnis sind grundsätzlich unzulässig, es sei denn, sie seien durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages gerechtfertigt. Jede Bearbeitung von Daten, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug haben, ist damit unzulässig. Sie ist also selbst dann nicht erlaubt, wenn sie nach dem Datenschutzgesetz erlaubt wäre. Anders als im Bereich des Datenschutzgesetzes vermag daher das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit grundsätzlich nicht zu beseitigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/ Genf 2012, Art. 328b N 3). Unter Bearbeiten ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren. Insbesondere fällt darunter das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten der Daten (Art. 3 lit. e DSG). Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG). Wie die Beklagte zutreffend ausführt, beziehen sich Daten insofern auf eine Person, als sie die Identität, die Merkmale und Eigenschaften, das Verhalten oder die Behandlung und Beurteilung dieser Person betreffen (BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 8). Gemeint sind Daten mit Personenbezug. Dazu zählt auch die Äusserung einer Person (ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 N 4 und 13). Zum Verhalten einer Person gehört die Benutzung von WhatsApp, also wann jemand mit wem eine Konversation mit welchem Inhalt geführt hat. Entgegen der Meinung der Beklagten kommt es auf den Inhalt der Konversation nicht an. Es handelt sich somit beim aktenkundigen Chatverkehr um Personendaten, die vom Datenschutzgesetz erfasst sind. Durch die Sichtung, Herstellung von Screenshots und Zitierung sind diese Daten von der Beklagten bearbeitet worden.

bb) Zu prüfen ist, ob diese Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich war (Art. 328b OR). Erlaubt ist die Datenbearbeitung u.a. zur Kontrolle erteilter Weisungen. So dürfen beispielsweise Randdaten (Dauer, Zeitpunkt, Gebühren, beteiligte Anschlüsse) von Telefongesprächen grundsätzlich erfasst werden, wenn Weisungen über den privaten Telefonverkehr existieren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 8 S. 587). Im Bereich des E-Mailverkehrs ist es nicht ausgeschlossen, Zahl und Umfang der abgeschickten E-Mails, einschliesslich der privaten, zu kontrollieren. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigt sich höchstens bei den geschäftlichen E-Mails (GEISER, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, Medialex 2001, S. 207). Die Beklagte geht davon aus, dass WhatsApp primär für private Zwecke auf einem Handy installiert wird. Sie behauptet nicht, Einsicht in den Chatverlauf auf dem Handy der Klägerin genommen zu haben, um geschäftliche Nachrichten zu überprüfen, sondern um Gewissheit zu erlangen, dass private Nachrichten ausgetauscht würden. Eine inhaltliche Sichtung des Chatverlaufs war daher von vornherein nicht zulässig, da sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich war (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 18 S. 622). Zudem schreibt Art. 4 Abs. 2 DSG vor, dass die Bearbeitung von Personendaten verhältnismässig sein muss. In Bezug auf die Auswertung von Randdaten bedeutet das, dass nur diejenigen Auswertungen vorgenommen wer-

den dürfen, welche für das Aufdecken von Missbräuchen geeignet sind, und dass der Arbeitgeber dabei diejenige Auswertungsform zu wählen hat, welche den mildesten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerin darstellt (Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz für die Privatwirtschaft des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, Stand September 2013, Ziff. 3.2; zit. Leitfaden). Die Beklagte beruft sich für ihre Berechtigung zur Durchforstung des privaten Chatverkehrs auf Ziff. 19.4 der bereits zitierten Anstellungsbedingungen. Die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zur Datenbearbeitung können indessen nicht durch ein Anstellungsreglement abgeändert werden. Selbst wenn die installierte WhatsApp indizierte, dass die Klägerin das Geschäftshandy für den Austausch privater Nachrichten benutzte, war die Beklagte nicht befugt, Einblick in diese Nachrichten zu nehmen. Zur konkreten Durchsetzung der Weisung, Online-Dienste nur im Zusammenhang mit der Erfüllung geschäftlicher Aufgaben zu benutzen, hätte es genügt, die Applikation WhatsApp auf dem Geschäftshandy der Klägerin als „arbeitsfremde“ App zu löschen.

cc) Angesichts des zwingenden Charakters von Art. 328b OR vermag der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung (Art. 13 Abs. 1 DSG) die Rechtswidrigkeit einer Datenbearbeitung nach Art. 328b OR nicht zu beseitigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 3, m.w.H.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b N 26; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/ St. Gallen 2013, Rz 456; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 7). Eine Einwilligung wäre ohnehin nur dann gültig, wenn sie freiwillig erfolgt und die betroffene Person deren Konsequenzen abschätzen kann (RAMPINI, a.a.O., Art. 13 N 4 ff.). Nach Darstellung der Beklagten musste die Klägerin ihr Geschäftshandy im Rahmen eines routinemässigen Rückrufs von Geschäftshandys zurückgeben. In dieser Rückgabe kann von vornherein keine Einwilligung zur Durchforstung des Chatverkehrs erblickt werden, da die Einziehung gerade nicht wegen des Verdachts einer Verletzung der Bestimmungen des Anstellungsreglements erfolgte. Eine gültige Einwilligung liegt auch nicht in Ziff. 19.4 des Anstellungsreglements vor, wo sich die Beklagte das Recht vorbehält, „im Falle des Verdachtes einer Verletzung dieser Vorschriften“ ohne Vorwarnung eine Kontrolle vorzunehmen und Telefonnummern, E-Mail oder besuchte Internetseiten zu überprüfen, einzusehen oder abzuhören. Eine so umfassende Inhaltskontrolle setzt voraus, dass die betroffene Person klar weiss, wann sie angeordnet werden darf, und kann nicht von vagen Voraussetzungen abhängig gemacht werden (vgl. WILDHABER/HÄNSENBERGER, Kündigung wegen Nutzung von Social Media, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 424). Nach Treu und Glauben muss eine Willenserklärung um so klarer sein, je höher das Gefährdungspotenzial der zur Diskussion stehenden Datenbearbeitung für die betroffene Person ist (ROSENTHAL/JÖHRI, a.a.O., Art. 4 N 89). Fraglich erscheint überdies, ob die Einwilligung überhaupt freiwillig im Sinne von Art. 4 Abs. 5 DSG erfolgte (vgl. Leitfaden Ziff. 3.1 a.E.). Dies kann aber offenbleiben.

d) aa) [...]

bb) Art. 13 Abs. 1 DSG nennt als Rechtfertigungsgrund für eine Verletzung der Persönlichkeit u.a. ein überwiegendes privates Interesse. Indessen kann

sich die Beklagte mangels eines genügenden Arbeitsplatzbezugs der bearbeiteten Daten zur Rechtfertigung von vornherein nicht auf ein überwiegendes privates Interesse berufen (vorangehende lit. c). Ein solches wäre aber ohnehin zu verneinen. Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung ist nur gerechtfertigt, sofern und soweit die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung überwiegen. Ob dem so ist, muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch eine Wertung der einander widersprechenden berechtigten Interessen bzw. ein Abwägen der auf dem Spiel stehenden Güter ermittelt werden. Zu berücksichtigen ist nicht nur das Gewicht der zur Diskussion stehenden Güter, sondern ebenso der Grad der Gefährdung (Ist eine Persönlichkeitsverletzung höchstwahrscheinlich oder eher theoretischer Natur?) und das Ausmass der befürchteten Verletzung dieser Güter (Wird sie schwerwiegend oder kaum der Rede wert sein?), sollte die zur Diskussion stehende Datenbearbeitung durchgeführt werden bzw. ausbleiben (ROSENTHAL/JÖHRI, a.a.O., Art. 13 N 12).

Die Beklagte stützt ihr Interesse und dasjenige von B. an der persönlichkeitsverletzenden Datenbearbeitung zur Hauptsache auf den offengelegten Chatverkehr ab. Dieser Ansatzpunkt ist nicht richtig. Abzuwägen sind nach dem Gesagten die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung und die Interessen der betroffenen Person, bevor die Datenbearbeitung vorgenommen wird. Der Chatverkehr gehört zur Geheimsphäre der Klägerin (vgl. BGE 126 I 50 E. 6 für den E-Mail-Verkehr). Diese hat Anspruch auf Schutz ihrer Geheimsphäre. Dem ist das Interesse der Beklagten gegenüberzustellen, dass das Internet am Arbeitsplatz nicht zu privaten Zwecken benutzt wird. Der Beklagten steht das Recht zu, die Einhaltung dieser Weisung, wie sie in Ziff. 19.2 des Anstellungsreglements aufgeführt ist, zu kontrollieren. Dem Kontrollbedürfnis hätte es genügt festzustellen, dass und allenfalls in welchem zeitlichen Umfang WhatsApp benutzt wird. Für eine Inhaltskontrolle fehlte ein schutzwürdiges Interesse. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn die Beklagte Hinweise gehabt hätte, dass die Klägerin und A. WhatsApp dazu benutzten, um sich negativ über den Geschäftsführer B. zu äussern oder Mobbing gegenüber einer Mitarbeiterin zu betreiben, kann dahingestellt bleiben, da dies nicht Anlass für die Überprüfung des Handys der Klägerin war. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigte sich auch nicht wegen des behaupteten engen Arbeitsverhältnisses zwischen B. und der Klägerin, da der Schutz der Geheimsphäre einer allfälligen Loyalitätsüberprüfung vorgeht, dies jedenfalls dann, wenn keinerlei Verdachtsmomente bestehen. Die Beklagte kann sich daher nicht auf ein überwiegendes privates Interesse an der Datenbearbeitung berufen. Mithin war die Sichtung des Chatverkehrs rechtswidrig und handelt es sich bei den im Recht liegenden Screenshots um rechtswidrig beschaffte Beweismittel, da diese auf ersterer beruhen (RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2009, S. 169 Rz 373 {zit. RÜEDI}; derselbe, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, in: Dolge {Hrsg.}, Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, PraxiZ Bd. 3, Zürich/St. Gallen 2013, S. 79 f.)»

(AH180053 vom 30. August 2018 und Obergericht, LA180031, vom 20. März 2019)

14. OR 337d; Substantiierung des geltend gemachten Schadens

Der Beklagte arbeitete ab dem 1. November 2016 mit einem auf zwei Jahre befristeten Vertrag als Anwalt für die Klägerin. Ab dem 1. Januar 2017 wurde als Arbeitsort Peking oder Shanghai, China und ein Pensum von 60 % vereinbart.

Am 30. Juni 2017 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos. Er argumentierte mit Problemen mit der Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung. Die Klägerin ging von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung aus. Im Juli 2017 hätte der Beklagte noch eine Ferienstellvertretung für einen anderen Anwalt (E.) in Peking übernehmen müssen. Per 1. Dezember stellte die Klägerin einen neuen Anwalt (D.) ein. Die Klägerin machte gegenüber dem Beklagten diverse Schadensposten wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung geltend. Das Gericht wies die Schadenersatzforderungen mangels genügender Substantiierung ab und liess die Frage offen, ob die fristlose Kündigung des Beklagten gerechtfertigt gewesen war oder nicht.

Aus den Erwägungen:

«4.2. Schadenersatzanspruch der Klägerin

4.2.1. Schaden im Rechtssinne ist definiert als unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Nach der herrschenden Differenztheorie ist dabei der gegenwärtige Stand des Vermögens des Geschädigten mit dem Stand zu vergleichen, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Ersatzfähig ist auch der entgangene Gewinn, welcher vorliegt, wenn der Geschädigte sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte vermehren können. Im Vertragsrecht wird unterschieden zwischen der Haftung auf das positive Interesse bzw. Erfüllungsinteresse und derjenigen auf das negative Interesse bzw. Vertrauensschaden. Kann der Gläubiger das positive Interesse verlangen, so ist er so zu stellen, als ob der Vertrag vollumfänglich korrekt erfüllt worden wäre. Das negative Interesse ist prinzipiell geschuldet, wenn das Vertrauen einer Partei in die Bestandeskraft eines Vertrages enttäuscht wird. Der Geschädigte muss dann so gestellt werden, als ob er vom ungültigen Geschäft nie etwas gehört hätte. Ersatzfähig sind vor allem Auslagen und Aufwendungen, die er im Hinblick auf den Vertrag getätigt hat (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, S. 75 ff.).

4.2.2. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe seinen Vertrag im Sinne von Art. 337d OR gebrochen und das führe zu einer Schadenersatzpflicht des Beklagten. Art. 337d OR betrifft unter anderem denjenigen Fall, bei dem der Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund kündigt. Grundsätzlich ist in diesem Fall der Arbeitnehmer zu vollem Ersatz des Schadens verpflichtet. Das Arbeitsverhältnis endet mit der fristlosen Kündigung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., 2012, N2 zu Art. 337d). Grundsätzlich schafft Art. 337d OR ein vereinfachtes Verfahren für die Erlangung von Schadenersatz, weil praktische Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung und beim Nachweis der Kausalität den Arbeitgeber sonst

von der Geltendmachung seines Anspruchs meist abhalten würden. Der Arbeitgeber kann einen Anspruch in Höhe eines Viertels des Monatslohns geltend machen, ohne dass er den genauen Umfang des entstandenen Schadens oder überhaupt einen Schaden nachweisen muss. Nur wenn der Arbeitgeber einen höheren Schaden geltend machen will, wird er für den gesamten Schaden beweispflichtig (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N4 zu Art. 337d). In diesem Fall kann der Arbeitgeber das positive Vertragsinteresse verlangen, also den Ersatz des Erfüllungsinteresses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin. Zu ersetzen sind in aller Regel nachgewiesene Mehrkosten durch Anstellung eines Temporärmitarbeiters, durch Überstunden der übrigen Angestellten oder erschwerte Einschulung des Nachfolgers, notwendige Vergabe von Arbeiten an aussenstehende Dritte sowie eine allfällige, wegen Lieferverspätung zu zahlende Konventionalstrafe an Kunden. Theoretisch gehört zum Schaden auch entgangener Gewinn während der ordentlichen Kündigungsfrist, etwa durch geringeren Umsatz. Bei der Schadensberechnung ist der eingesparte Lohn in Abzug zu bringen, ebenso bleibt der Nachweis offen, der Schaden wäre auch bei Erfüllung des Vertrages eingetreten, so weil der Arbeitnehmer krank war (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N6 zu Art. 337d und N4 zu Art. 337b).

4.2.3. Die *Behauptungslast* verlangt einen schlüssigen Tatsachenvortrag, der – unter der Annahme er sei wahr – den Schluss auf die gestellte Rechtsfolge zulässt. Um diesen Anforderungen zu genügen, haben die Parteien in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen zu benennen, die unter die anzuwendende Rechtsnorm zu subsumieren sind. Der Tatsachenvortrag muss widerspruchslös und vollständig sein. Nach einer allgemeinen Formulierung des Bundesgerichts genügt es, wenn die Tatsache in einer der Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen behauptet worden ist, ohne dass die Behauptung alle Einzelheiten enthält. Gleichzeitig verlangt das Bundesgericht aber, dass die Tatsache so konkret formuliert ist, dass sie von der Gegenpartei bestritten werden kann. Bestreitet die Gegenpartei die an sich schlüssigen Vorbringen, sind die Behauptungen in detaillierter Art und Weise darzulegen, d.h. in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar zu schildern, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 154/2018 S. 269 ff., S. 279 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2018, 4A_443/2017, E. 2.1.).

4.2.4. Kosten Sprachstudium

Die Kosten des Chinesisch-Unterrichts des Beklagten bei der A. GmbH bzw. B. haben gemäss Klägerin CHF 3'146.– betragen. Diese seien vom Beklagten aufgrund der fristlosen Kündigung zurückzubezahlen. Als Beweis legt die Klägerin Rechnungen ins Recht. Der Beklagte bestreitet die Bezahlung des Betrags an A. GmbH und die Rückzahlungspflicht.

Die Klägerin bringt für die Rechnungsbeträge keine Zahlungsbelege bei. Sie werden auch nicht als Beweise offeriert. Weder im Vertrag noch sonst findet sich eine Rückzahlungsvereinbarung bei vorzeitiger Vertragsauflösung. Die Klägerin stellt sich

auf den Standpunkt, die Rückzahlung sei gerechtfertigt, weil der Beklagte den Vertrag verletzt habe und die Zahlungen im Hinblick auf eine längere Zusammenarbeit getätigt worden seien. Der Betrag bzw. ein entsprechender Schaden der Klägerin ist damit weder bewiesen noch wurde eine rechtliche Grundlage für die Rückzahlung geltend gemacht.

Die Kosten für den Sprachunterricht bilden nicht Bestandteil des positiven Vertragsinteresses. Sie wären nämlich und erst recht auch dann angefallen, wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre. Die Klägerin macht keine Ausführungen dazu, weshalb ihr im vorliegenden Fall ausnahmsweise das negative Vertragsinteresse zu ersetzen wäre. Die Klage ist in diesem Punkt ungenügend substantiiert. Somit ist die Klage bezüglich der Kosten für den Chinesisch-Unterricht abzuweisen.

4.2.5. Reisekosten

Die Reisekosten betragen gemäss der Klägerin CHF 1'350.–. Eine Rückzahlungspflicht begründet die Klägerin zunächst mit der Verletzung des berechtigten Vertrauens auf eine mindestens zweijährige Zusammenarbeit, später mit der Verletzung von Art. 97 OR. Der Beklagte bestreitet die Rückzahlungspflicht und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Klägerin die Reisekosten von Gesetzes wegen schuldet.

Auch bezüglich der Reisekosten vereinbarten die Parteien keine Rückzahlungspflicht. C. [Anmerkung: der Managing Partner der Klägerin] schrieb dem Beklagten in einer E-Mail vom 2. März 2017, er sei ausnahmsweise gerne bereit, an die Kosten der Hin- und Rückreise CHF 1'000.– zu bezahlen. Die Wohnkosten habe die Klägerin noch nie übernommen, aber die Leute hätten oft in seiner Wohnung hausen können. Grundsätzlich finde er, dass er für Wohnkosten wirklich nichts zahlen sollte, weil jeder Mitarbeiter das bis anhin selber habe berappen müssen. Aber ihm gefalle, wie er, der Beklagte, unabhängig vom nicht besonders interessanten Lohn das Abenteuer China gesucht habe. Darum zahle er an die Anfangswohncosten CHF 350.–. Vorweg handelt es sich bei den Zahlungen also um absolut freiwillige Kostenübernahmen. Zudem sind auch sie nicht Teil des positiven Vertragsinteresses. Auch sie wären genauso angefallen, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Die Klage ist somit auch bezüglich der Rückerstattung der Reisekosten abzuweisen.

4.2.6. Lohnmehraufwand neuer Anwalt ab 1. Dezember 2017

Die Klägerin behauptet, sie habe einen Schaden in der Höhe von CHF 1'000.– erlitten, weil sie Mitte Juni 2017 einen neuen Anwalt [D.] habe per Dezember 2017 anstellen müssen und ihre Verhandlungsposition nach der fristlosen Kündigung des Beklagten aufgrund der Dringlichkeit geschwächt gewesen sei. Der Beklagte bringt vor, der Ausfall eines Mitarbeiters sei unternehmerisches Risiko und sei vom Arbeitgeber zu tragen. Gerade wegen der gesundheitlichen Probleme des Beklagten sei eine Rückkehr sowieso nicht möglich gewesen. Aus dem Vertrag mit D. gehe zudem ein Salär von CHF 3'700.– hervor, welches tiefer sei, als die CHF 5'000.– welche die Klägerin dem Beklagten ausbezahlt haben wolle.

Wie bereits erwähnt, sind Mehrkosten für die Anstellung eines neuen Mitarbeiters bzw. für dessen erschwerte Einarbeitung gemäss Art. 337d OR ersatzfähig. Letztlich muss aber auch in diesem Zusammenhang das schädigende Ereignis kausal

für die Entstehung dieser Mehrkosten sein. Wenn die Klägerin vorbringt, sie habe D. nach langen Verhandlungen Mitte Juni 2017 das Vertragsangebot unterbreiten können, dann kann die fristlose Kündigung des Beklagten von Ende Juni 2017 nicht ursächlich für die Anstellung und allfällig damit verbundene Mehrkosten gewesen sein. Was ab September 2017 an Mehrkosten angefallen ist, kann die Klägerin zudem deshalb nicht verlangen, da sie mit sich mit einer Vertragsauflösung per Ende August 2017 zumindest grundsätzlich und während der Auflösungsverhandlungen einmal einverstanden erklärte. Vermutlich hat sie deshalb schon Mitte Juni 2017 mit D. einen Vertrag ausgehandelt, weil der Weggang des Beklagten absehbar war. Somit kann offen bleiben, ob überhaupt eine Lohndifferenz bestanden hat. Die Klage ist auch diesbezüglich abzuweisen.

4.2.7. Entgangene verrechenbare Stunden für Juli und August 2017

Die Klägerin bringt vor, durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Beklagten sei ihr ein Schaden in der Höhe von CHF 14'000.– mangels Vertretung von Rechtsanwalt E. sowie CHF 13'300.– zufolge Umsatzeinbusse des Beklagten entstanden. Unter Abzug des Lohns des Beklagten in der Höhe von CHF 10'000.– (je CHF 5'000.– für Juli und August 2017) resultiere eine Summe von CHF 17'000.–. Dieser Betrag sei aufgrund angefallener Overhead-Kosten um rund ein Drittel auf CHF 11'000.– zu reduzieren.

Der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin einen Schaden erlitten habe. Ebenso habe die Klägerin ihre Schadenminderungspflicht nicht wahrgenommen. Der Beklagte bestreitet die Höhe des behaupteten Honorarvolumens und dass die Beträge überhaupt höher gelegen wären als die Kosten, welche die Klägerin zu tragen gehabt hätte, wäre dem Beklagten weiterhin Lohn auszuzahlen gewesen. Der Beklagte habe nicht das selbe Netzwerk wie Rechtsanwalt E. gehabt und es müsse auch nicht zwingend zu neuen Mandaten kommen, auch bei entsprechenden Bemühungen. Der Beklagte habe zudem ohnehin nur für eine Person arbeiten können und nicht für zwei. Zudem habe er nie verbindlich zugesagt, die Vertretung zu übernehmen, sondern lediglich, dass er zeitlich verfügbar sei. Der Beklagte hätte aber unter keinen Umständen das Honorarvolumen von Herrn E. kompensieren können. Der Schaden sei insgesamt nicht substantiiert behauptet.

Als einzigen Beweis reichte die Klägerin zwei Auszüge aus dem Leistungserfassungssystem der Klägerin betreffend die Honorarvolumina des Beklagten und desjenigen von E. ins Recht. Weitere Beweismittel offeriert die Klägerin nicht.

Klar ist, dass der Beklagte maximal 100% hätte arbeiten können und nicht 160%. Wie viel Umsatz er auf den Klienten seines Kollegen tatsächlich hätte erwirtschaften können, kann die Klägerin nicht belegen. Die in den Vormonaten erreichten Zahlen sind dafür lediglich und höchstens Anhaltspunkte. Das Honorarvolumen des Beklagten schwankte über die gesamte Zeit betrachtet zwischen CHF 2'878.35 und CHF 9'051.70. Noch im April 2017 hat der Beklagte CHF 4'361.70 generiert. Ebenso schwankten die Zahlen von Rechtsanwalt E. im Jahr 2017 zwischen CHF 20'370.95 und CHF 32'609.25. Hinzu kommt, dass im Juli wohl tatsächlich viele in die Ferien reisen. Aus den bisherigen Zahlen können somit keine konkreten Umsatzzahlen für Juli 2017 abgeleitet werden.

Weiter entspricht der Umsatz alleine nicht dem entgangenen Gewinn. Vom ohnehin schon fraglichen Umsatz wären weiter zweifelsfrei – und das gesteht auch die Klägerin ein – Kosten für die Büromiete, Lohn für die Assistentinnen, Kosten für Büromaterial, Telefon etc. abzuziehen. Genaue Zahlen kann die Klägerin weder für die Umsätze noch für die Abzüge nennen. Dass diese Kosten einen Drittel ausmachen, ist seitens des Beklagten bestritten. Beweisofferten für ihre Behauptung macht die Klägerin nicht. Somit ist dieser Schadensposten nicht genügend substantiiert behauptet, weshalb die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen ist.»

(AF180001 vom 14. Juni 2018)

15. OR 356; Unterstellung unter Landesmantelvertrag oder Elektro-GAV?

Der Kläger arbeitete zunächst ab dem 17. März 2015 für die mit den Organen der Beklagten ebenfalls verbundene X. GmbH und anschliessend ab dem 13./16. Juni 2015 zu den gleichen Vertragsbedingungen für die Beklagte. Er war als Allrounder/Hilfskraft für Handwerker und (ergänzend später) für den Bereich Reinigung, Transporte und Hilfs-Arbeiten auf Baustellen tätig. Am 8. März 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 9. April 2016. Der Kläger vertrat im Prozess den Standpunkt, die Beklagte unterstehe dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV).

Aus den Erwägungen:

«III. Anwendbarer GAV

1.1. Der Kläger macht geltend, der Zweck der Beklagten liege darin, Arbeiten im Bauhaupt- und Baunebengewerbe sowie im Bereich Gebäudetechnik zu erbringen. Insbesondere gehörten der Strassen- und Wohnungsbau, Montagearbeiten und Gesamtanierungen, aber auch der Rückbau und Abbruch von Werken zu den Hauptdienstleistungen der Beklagten. Daneben handle die Beklagte mit Baumaterialien und biete Beratung in Baufragen an. Dementsprechend habe der Kläger den wesentlichen Teil seiner Arbeitsleistung durch bautypische Handwerksaufgaben auf Baustellen erbracht. Von März bis Ende Mai 2015 habe der Kläger auf einer Baustelle bei der A. und anschliessend in B. Abbrucharbeiten ausgeführt. Ab 1. August 2015 habe er auf einer Baustelle des C. in D. typische Neubauarbeiten, Finish-Arbeiten am Gebäude ausgeführt.

1.2. Die Beklagte entgegnet, sie erziele 75% bis 80% ihres Umsatzes mit Elektroarbeiten. Sie installiere elektrische und fernmeldetechnische Anlagen, habe eine Elektrokonzession und mache Trasseemontagen sowie Schlitzarbeiten im Zusammenhang mit elektrischen Installationen. Bau- und Gipserarbeiten seien vor allem Abbrucharbeiten und Fassadenrenovationen, meistens Folgeaufträge der Elektroarbeiten. Der Kläger habe praktisch zu 100% Elektroarbeiten erledigt und sei als Hilfskraft an der E. für die F. AG, bei der G. für die H. AG und in B. und D. für die I. AG tätig gewesen.

Wenn der Kläger von Abbrucharbeiten spreche, habe es sich immer um Schlitz- bzw. Spitzelarbeiten gehandelt.

2.1. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des LMV gilt dieser für Betriebe, deren Haupttätigkeit, d.h. deren Gepräge, im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt. Art. 2 Abs. 2 LMV definiert das „Gepräge Bauhauptgewerbe“ dahingehend, dass ein Betrieb hauptsächlich, d.h. überwiegend, Tätigkeiten ausübt, die anschliessend katalogartig spezifiziert werden.

Bei Mischbetrieben unterscheidet der LMV zwischen echten und unechten Formen. Echte Mischbetriebe weisen zwei oder mehrere eigenständige Betriebsteile auf. Für sie gilt der Grundsatz der Tarifeinheit nicht, sondern für den selbständigen, branchenfremden Betriebsteil wird der GAV der entsprechenden Branche angewendet. Für unechte Mischbetriebe gilt dagegen der Grundsatz der Tarifeinheit. Sowohl einzelne branchenfremde Mitarbeitende wie auch ganze branchenfremde Abteilungen werden vom GAV erfasst, dem der Hauptbetrieb untersteht. Massgebend ist im Einzelfall, welche tatsächliche Tätigkeit dem Betrieb als Ganzem das Gepräge gibt (Art. 2^{bis} LMV).

2.2. Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Elektro GAV sind gemäss dessen Art. 3.2. auf Betriebe anwendbar, die elektrische und/oder fernmelde/kommunikationstechnische Anlagen installieren und/oder andere Installationen ausführen, die dem EleG oder der NIV unterstehen, und/oder Tätigkeiten wie Schlitzarbeiten und Trassemontagen (und weitere) im Zusammenhang mit elektrischen Installationen ausführen.

2.3. In seinem Urteil vom 29. Juni 2010 hielt das Obergericht des Kantons Zürich zwar fest, ein allgemeinverbindlich erklärter GAV gelte nicht nur für Betriebe, denen die entsprechende Branche „das Gepräge gibt“, sondern für alle (unechten) Mischbetriebe, die in nicht völlig untergeordneter Weise in jener Branche am Wettbewerb teilnehme. Zu entscheiden hatte das Obergericht allerdings die Frage, ob ein (unechter gemischter) Betrieb überhaupt einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehe (konkret dem LMV) oder seine Tätigkeit frei sei. Ausdrücklich offen liess es dagegen (wie das Bundesgericht im Entscheid 4C.350/2000) die Frage, ob auf einen unechten gemischten Betrieb insgesamt der für die überwiegende Tätigkeit zuständige GAV anwendbar sei, wenn für einen nicht überwiegenden Anteil in einer Branche gearbeitet wird, für welche strengere GAV-Regeln gelten, als für die überwiegende Tätigkeit (ZR 109 Nr. 67).

Das Obergericht argumentiert in seinem Entscheid massgeblich mit der Wettbewerbsverzerrung: GAV's würden regelmässig kostenrelevante Verpflichtungen enthalten, welche jenen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würden, die sich an diese Verpflichtungen nicht halten müssten. Das könne nur vermieden werden, wenn grundsätzlich sämtliche Anbieter auf einem bestimmten Markt dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt würden. Nur wenn das unechte Mischunternehmen in völlig untergeordnetem Umfang in einer bestimmten Branche tätig sei, möge die Unterstellung der gesamten Unternehmung im Sinne der Tarifeinheit ausnahmsweise un-

verhältnismässig sein; andernfalls aber sei die Wettbewerbsverzerrung zu verhindern. Der damit einhergehenden Belastung (gesamthafte Unterstellung unter einen GAV) könne das betroffene Unternehmen relativ einfach mit organisatorischen Massnahmen (selbständiges Auftreten von Betriebsteilen) entgegen treten.

Das vom Obergericht für unechte Mischbetriebe der zu beurteilenden Art (freie Tätigkeit oder GAV-Unterstellung) hervorgehobene Argument der Wettbewerbsverzerrung relativiert sich für unechte Mischbetriebe, deren Zuordnung zum einen oder zum anderen allgemeinverbindlich erklärten GAV in Frage steht, ganz erheblich. Sämtliche GAV's enthalten für die Betriebe der Branche kostenrelevante Verpflichtungen (regelmässig im Bereich Mindestlöhne, Jahresendzulage, Arbeitszeit/Überstunden, Auslagenersatz, Abschluss einer Krankentaggeldversicherung u.a.m.). Die Kostenrelevanz einer Unterstellung unter den einen oder den anderen GAV ist dementsprechend (bloss) ein gradueller. Gelegentlich dürfte es auch nicht einfach zu ermitteln sein, welcher GAV „strenger“ ist. Es rechtfertigt sich deshalb bei unechten Mischbetrieben, für deren nicht überwiegende Geschäftstätigkeit ein strengerer GAV zuständig wäre als für deren überwiegende Geschäftstätigkeit, am Zuordnungskriterium des betrieblichen Gepräges festzuhalten.

2.4. Der Kläger beruft sich auf die Normen des LMV, die ihn sowohl gegenüber der gesetzlichen Regelung als auch gegenüber dem Elektro GAV besser stellen würden. Zwar hat der Richter zu klären, welchem GAV die Beklagte untersteht. In tatsächlicher Hinsicht obliegt es dagegen dem Kläger – auch im Bereich der beschränkten Untersuchungsmaxime (BSK ZPO, GUYAN N 3 ff. zu Art. 152 ZPO) – die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des LMV darzulegen und die Beweismittel zu bezeichnen.

2.5.1. Der Kläger beruft sich massgebend auf den Zweck der Beklagten gemäss Handelsregistereintrag. Danach erbringt die Beklagte [...].

Entgegen der Betrachtungsweise des Klägers ist dieser Handelsregistereintrag wenig schlüssig. Offensichtlich hat die Beklagte gemäss Handelsregisterauszug ihren Zweck erweitert und von Arbeiten im Bereich der Gebäudetechnik mit Montagen und Demontagen aller Art auf das Bauhaupt- und Nebengewerbe ausgedehnt. Zumal es auch für die Gebäudetechnikbranche (Heizung, Kälte, Klima etc). einen weiteren, eigenständigen und allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag gibt, lässt sich aus der erweiterten Zweckbeschreibung im Handelsregister alleine nicht ermitteln, ob die Haupttätigkeit der Beklagten nunmehr im Bauhauptgewerbe liegt oder nicht.

2.5.2. Nichts Schlüssiges lässt sich aus dem Tätigkeitsbeschrieb des Klägers im Arbeitsvertrag mit der X. GmbH oder der Beklagten herleiten. Er wird als Allrounder/Hilfskraft für Handwerker und (ergänzend später) für den Bereich Reinigung, Transporte und Hilfs-Arbeiten auf Baustellen bezeichnet.

2.5.3. Nach eigener Sachdarstellung des Klägers habe er mit einem „Spitzel“ auf einer Baustelle in Zürich bis Juni 2015, anschliessend auf einer Baustelle in B., Abbrucharbeiten ausgeführt. Ab 1. August 2015 habe er sodann typische Neubauarbei-

ten, insbesondere Finish-Arbeiten am Gebäude ausgeführt. Die Beklagte verweist hinsichtlich der effektiven Arbeiten auf die vom Kläger unterzeichneten Arbeitsrapporte und weitere Urkunden.

Klarzustellen ist vorab, dass die individuell vom Kläger verrichteten Arbeiten für die Zuordnung des massgeblichen Gesamtarbeitsvertrages von untergeordneter Bedeutung sind. Massgebend ist vielmehr das Gepräge der Beklagten, d.h. die Frage, ob das Schwergewicht ihrer gesamten Tätigkeit im Bauhauptgewerbe liegt oder im Elektrobereich. Mit anderen Worten: Sollte allenfalls bloss der Kläger als einziger der Belegschaft der Beklagten „typische“ Bauarbeiten ausgeführt haben, liegt die Haupttätigkeit der Beklagten nicht bereits im Bauhauptgewerbe. Weiter sind vorliegend die dem Kläger von der Beklagten übertragenen Aufgaben (ab 1. Juni 2015) bedeutsam, da von einer Übernahme des Arbeitsvertrages [Anmerkung: mit der X. GmbH] nicht ausgegangen werden kann.

Die eigene Tätigkeitsumschreibung des Klägers ist zu vage, als dass sich ihr etwas Schlüssiges entnehmen liesse. Mit einem „Spitzel“ (Spitzhammer, Spitzaxt), welche Werkzeuge in verschiedensten Grössen und Ausführungen hergestellt werden, lassen sich auch Nebenarbeiten im Elektrogewerbe erledigen (Schlitzen). Zumal bestenfalls kleinere Abbrucharbeiten bloss mit einem Spitzel bewältigt werden, lässt sich auch daraus wenig gewinnen, da unklar ist, in welchem Zusammenhang der Kläger „Mauern abgebrochen“ hat. Was Finish-Arbeiten auf einem Neubau sind, wurde nicht erläutert. Finish-Arbeiten können jedenfalls in praktisch allen Baubereichen anfallen, auch im Elektro-Gewerbe. Der Kläger selbst setzt die von ihm vorgenommenen Finish-Arbeiten an Mauern in den Kontext mit der anschliessenden Installation von elektrischen Anlagen.

2.5.4. Die Beklagte hat eine vom Kläger unterzeichnete Erklärung eingereicht, womit er bestätigte, dass er dem Elektro-GAV unterstehe. Vorgelegt wurde diese Erklärung (datierend vom 17. März 2015) dem Kläger allerdings von der X. GmbH, weshalb sich daraus nichts zugunsten der Beklagten herleiten lässt. Gemäss den ebenfalls von der Beklagten (unvollständig: es fehlen die KW 31-34, 39 und 50-53/2015 und KW 44/2015 liegt im Doppel vor) eingereichten, vom Kläger unterzeichneten Wochenrapporten, hätte er im Jahre 2015 (ab 15. Juni 2015) an 7 Tagen gespitzt und geschlitzt, an einem Tag Einlagen gemacht und verrohrt, an 3 Tagen Trasseebauarbeiten erledigt, an 51 Tagen Kabel und Drähte verlegt und an 25 Tagen andere Elektroarbeiten ausgeführt. 2016 hätte der Kläger überhaupt nur Kabel und Drähte verlegt (10 Tage). Von insgesamt 97 erfassten Tagen hätte der Kläger demnach an 86 Tagen eindeutig dem Elektro-Gewerbe zuzuordnende Arbeiten erledigt (Kabel und Drähte verlegt; andere Elektro Arbeiten). Zwar fehlen die Arbeitsrapporte für insgesamt rund 40 Arbeitstage. Selbst wenn der Kläger an diesen Tagen nur Arbeiten erledigt haben sollte, die dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen wären, hätte er von insgesamt 137 Arbeitstagen deutlich mehr als die Hälfte eindeutig im Elektrogewerbe gearbeitet.

2.5.5. Zusammenfassend ist demnach weder dargetan noch erstellt, dass der Kläger selbst schwergewichtig im Bauhauptgewerbe tätig war. Vielmehr sprechen die von ihm unterzeichneten Wochenrapporte (soweit sie die Beklagte vorgelegt hat) dafür,

dass der Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Elektro-Gewerbe lag. Der Handelsregister-
eintrag indiziert darüber hinaus nicht, dass das Gepräge der Beklagten im Bauhaupt-
gewerbe gelegen hätte. Weiterführende sachrelevante Hinweise fehlen im Vorbringen
des Klägers (abgesehen davon, dass er die von der Beklagten eingebrachten Umsatz-
zahlen bestreitet).

Der Kläger offeriert für sein Sachvorbringen die Parteibefragung. Sinnge-
mäss dürfte er im Rahmen von Rechtsbegehren Ziff. 3 auch die Edition seiner (voll-
ständigen) Arbeitsrapporte beantragen. Aufgrund des Gesagten kann aber ausge-
schlossen werden, dass eine vollständige Vorlage der Arbeitsrapporte des Klägers
ein Gepräge der Beklagten im Bauhauptgewerbe ergeben und seine persönliche Be-
fragung die von ihm (regelmässig) unterzeichneten Arbeitsrapporte in Frage stellen
könnten. Im Übrigen würde der Nachweis überwiegender Arbeiten des Klägers im
Bauhauptgewerbe noch nicht genügen, um auf ein entsprechendes Gepräge der Be-
klagten zu schliessen.

2.5.6. Es ist im Folgenden daher von der Anwendbarkeit des Elektro GAV auszugehen.»

(AH170122 vom 8. Januar 2018)

16. DSG 6; Feststellungsbegehren betreffend Rechtmässigkeit einer bereits erfolgten Mitarbeiter-Datenlieferung in die USA

Im vorliegenden Streit um die Rechtmässigkeit von bereits erfolgten und beabsich-
tigten Mitarbeiterdatenlieferungen in die USA bzw. an das DoJ (U.S. Department of
Justice) vermochte die beklagte systemrelevante Bank nicht darzutun, dass im heu-
tigen Zeitpunkt ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Übermittlung von
Personendaten des Klägers, eines ehemaligen Bankmitarbeiters, besteht. Dies wurde
vom Obergericht auf Berufung der Beklagten hin bestätigt.

Der Kläger forderte darüber hinaus, es sei festzustellen, dass bereits erfolgte Daten-
lieferungen (im Prozess als Lieferungen 1-7 bezeichnet) seine Persönlichkeit wider-
rechtlich verletzt hätten. Auf dieses Feststellungsbegehren bezieht sich der nachfol-
gende Urteilsauszug. Das Obergericht liess diese Frage im Berufungsentscheid offen.

Aus den Erwägungen:

«Wer Personendaten bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSG die Persönlichkeit der be-
troffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Grundsätzlich dürfen Personendaten
nach Art. 4 Abs. 3 DSG nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaf-
fung angegeben, der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.
Die Missachtung der Zweckbindung hat eine Verletzung der Persönlichkeit der be-
troffenen Person zur Folge, welche dann widerrechtlich und deshalb unzulässig ist,
wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt (ROSENTHAL/
JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, N 2 f. und
N 48 zu Art. 4 DSG).

Ein Dateninhaber kann Daten also auch entgegen der Grundsätze in Art. 4 DSGVO bearbeiten, sofern er einen Rechtfertigungsgrund anführen kann. Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO sind gegenüber denjenigen von Art. 13 Abs. 1 DSGVO eingeschränkt, wobei insbesondere ein überwiegendes privates Interesse zwar eine Datenbekanntgabe nach Art. 12 DSGVO (Art. 13 Abs. 1 DSGVO), nicht jedoch eine solche nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO (vgl. Art. 6 Abs. 2 DSGVO) zu rechtfertigen vermag (Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LF140075-O vom 3. März 2015, S. 16 E. 3.1; CHRISTIAN DRECHSLER, Die Revision des Datenschutzgesetzes, AJP 2007, S. 1471 ff., S. 1475). Entscheidend ist entsprechend, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO bejaht werden kann, um eine nicht zweckgebundene Datenbearbeitung zu rechtfertigen. An dieser Stelle kann entsprechend offen gelassen werden, inwiefern die Beklagte die Daten zweckgebunden bearbeitete oder ihre Informationspflichten einhielt.

Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit sämtlicher Lieferungen gelten grundsätzlich keine anderen rechtlichen Voraussetzungen als für die geplanten Lieferungen gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens [...]. In der Folge ist deshalb zu prüfen, ob allenfalls gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO [...] ein überwiegendes öffentliches Interesse als Rechtfertigungsgrund für die Übermittlung der Personendaten herangezogen werden könnte.

Zunächst ist festzuhalten, dass das grundrechtlich geschützte Interesse des Klägers an der informationellen Selbstbestimmung bzw. an der Verhinderung der Zweckentfremdung seiner Daten und des Verlustes der Kontrolle über die Datenbearbeitung durch die Übermittlung seiner Personendaten in ein Land ohne angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO einen einschneidenden Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte darstellt. Im Weiteren wurde der Kläger der Unsicherheit ausgesetzt, sich potentiell vor den amerikanischen Strafbehörden verantworten zu müssen, was eine Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit zur Folge hatte. Dass es sich bei den in Frage stehenden Personendaten um nicht sensitive Daten handelte, schränkt zwar die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung ein, lässt diese aber nicht obsolet werden, insbesondere nicht zum damaligen Zeitpunkt. Daran ändert auch der neuerliche Freispruch des ehemaligen Private Banking Chef's der Bank Frey, Stefan Buck, nichts.

In der Folge ist zu prüfen, ob die schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung des Klägers durch ein sein Interesse überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO gerechtfertigt werden kann. Es gilt die eigentliche Kernfrage zu beantworten, ob ein öffentliches Interesse an der Bekanntgabe bzw. Übermittlung der Personendaten des Klägers im damaligen Zeitpunkt der Lieferungen (April/Mai 2012 und Januar/Juni 2013 sowie Februar 2014) bestanden hat.

Notorisch ist, dass eine Bank, die beim US-Programm nicht kooperiert, mit einer strafrechtlichen Anklage in den USA rechnen muss und damit vom Untergang bedroht ist, wie das im Jahre 2012 am Beispiel der Bank Wegelin vorexerziert wurde (vgl. dazu BGE 137 II 431 E. 4.3.1; Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LB150052-O vom 8. Februar 2016, E. 4.4.1.1). Dasselbe muss für die Zeit vor Abschluss des US-Programms gelten, in welcher sowohl der Druck auf die Banken als auch die Unsicherheit hinsichtlich einer möglichen Strafanklage gross war.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Gefährdung einer Bank dem schweizerischen öffentlichen Interesse zuwiderläuft, rechtfertigt es sich, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten hat oder nicht. Auch das Bundesgericht hat in seinem am 15. Juli 2011 ergangenen Leitentscheid BGE 137 II 431 über die Lieferung von Bankkundendaten an die US-Behörden an die Systemrelevanz der betreffenden Bank angeknüpft (vgl. BGE 137 II 431 E. 4.1, 4.2, 4.4). Dass im interessierenden Zusammenhang die Systemrelevanz das unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses entscheidende Kriterium ist, ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Bankgesetz: Per 1. März 2012 wurden dem BankG die Art. 7 bis 10a als „Fünfter Abschnitt: Systemrelevante Banken“ eingefügt, wo vom Gesetzgeber die entscheidenden Wertungen vorgenommen wurden. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG gelten solche Banken als systemrelevant, „deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde“. Banken, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, gelten nicht als systemrelevant; es kann daher auch nicht angenommen werden, dass ihr Ausfall „die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde“. Fällt also eine systemrelevante Bank aus, ist das schweizerische öffentliche Interesse tangiert (Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LB150052-O vom 8. Februar 2016, E. 4.4.1.1).

Dies kann allerdings kein genereller Freipass für systemrelevante Banken zur Lieferung von Personendaten sein, weshalb in der Folge zu prüfen bleibt, ob zum damaligen Zeitpunkt, das heisst im Zeitpunkt der Lieferung der Daten, ein öffentliches Interesse an der Übermittlung der Personendaten des Klägers bestand.

Zweifellos übten die amerikanischen Behörden im Zeitraum der Datenlieferungen des Klägers erheblichen Druck auf die Banken aus. Das DoJ hatte bereits mit Schreiben vom tt.mm.2011 die Lieferung aller geschäftlichen Aufzeichnungen über das US-Crossbordergeschäft verlangt. Zu diesem Zeitpunkt bestand ein weitgehender Fokus auf die Lieferung von Kundendaten wie auch die Namen der Vermögensverwalter, welche einen US-Konnex aufwiesen (Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LA160028-O vom 22. Dezember 2016, E. 6.6.2.). Mit bundesrätlichem Beschluss vom tt.mm.2012 wurde der Beklagten eine Ausnahmegewilligung nach Art. 271 StGB erteilt, um im Rahmen der schweizerischen Gesetzgebung mit den amerikanischen Behörden zu kooperieren. Auf dieser Grundlage lieferte die Beklagte die Personendaten des Klägers, sah sie sich doch mit einer potentiell existenzbedrohenden Strafuntersuchung konfrontiert, im Rahmen welcher das DoJ umfassende Kooperation verlangte. Die Beklagte machte zudem entsprechend geltend, in diesem Rahmen habe das DoJ auch die Lieferung von Dokumenten nicht akzeptiert, auf denen die Namen von Drittpersonen codiert worden seien. Das DoJ habe gedroht, eine solche Übermittlung als unkooperatives Verhalten zu werten, wobei an der Bank Wegelin ein Exempel statuiert worden sei. [...] Die Beklagte macht weiter geltend, dass dieser unmittelbare Druck zumindest bis zum Abschluss des Plea Agreements am tt.mm.2014 bestanden habe.

In der Tat stellt der Abschluss des Plea Agreements am tt.mm.2014 eine Art Wendepunkt dar: Die Beklagte bekannte sich zur Beihilfe, Unterstützung, Beschaffung und Beratung bei der Erstellung und Vorlage falscher Einkommenssteuerer-

klärungen und sonstiger Dokumente beim Internal Revenue Service of the Treasury Department schuldig. Sie verpflichtete sich weiter zu einer Strafzahlung [...] sowie zur unverzüglichen Lieferung sämtlicher in den Abschnitten II.D.1 und II.D.2 des US-Programms genannten Personendaten. Damit war die grosse Unsicherheit der potentiell existenzbedrohenden Strafuntersuchung durch die amerikanischen Untersuchungsbehörden zumindest bis auf weiteres abgewendet, obschon auch unter dem Plea Agreement weiterhin die Lieferung von Personendaten wesentlich blieb. Festzuhalten bleibt, dass man zum Zeitpunkt der hier im Streit liegenden Datenlieferungen im Gegensatz zu heute noch nicht wusste, dass sich der Steuerstreit mit den USA weitgehend beruhigen würde. Es ist davon auszugehen, dass die Beruhigung auch aufgrund der weitgehenden Kooperation der Banken, unter anderem auch der Beklagten, erfolgte. Die Herausgabe der klägerischen Daten, auch wenn es sich um eine geringe Menge mit wohl wenig sensitiven Informationen handelte, schien daher zur Zeit vor Abschluss des Plea Agreements als zur Vermeidung des Steuerstreites und damit einer Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes sowie zur Erhaltung des guten Rufs der Schweiz als verlässliche Handelspartnerin unerlässlich. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass sich die Bank insbesondere zum in Frage stehenden Zeitpunkt verpflichtet sah, nicht nur Informationsfragmente betreffend besonders brisanter Fälle zu liefern, sondern sämtliche Informationen, welche einen Konnex zum US-Geschäft aufwiesen, wozu auch unbestrittenermassen die den Kläger betreffenden Daten gehörten.

Dass am Erhalt einer systemrelevanten Bank ein öffentliches Interesse besteht, ist offensichtlich. Zum Zeitpunkt der Datenlieferungen konnte nicht vorausgesehen werden, dass sich der Steuerstreit beruhigen und ein Plea Agreement abgeschlossen werden würde. Die Beklagte vermag folglich genügend darzutun, dass im damaligen Zeitpunkt ein überwiegendes Interesse an der Übermittlung der Daten des Klägers bestand. Da insofern ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG vorgelegen hat, waren die Datenübermittlungen nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG. Ziffer 2 und 3 des klägerischen Rechtsbegehrens sind entsprechend abzuweisen.»

Das Obergericht liess demgegenüber die Frage offen, ob die Beklagte ein überwiegendes Interesse an der Datenübermittlung im damaligen Zeitpunkt darzutun vermochte, und wies das Feststellungsbegehren wegen unzureichender Behauptungen des Klägers zu den konkreten Daten ab.

(AN150077 vom 12. Juni 2018 und Obergericht, LA180018, vom 3. Oktober 2018)

17. DSG 8; Auskunft über einen Eintrag in der Datensammlung einer Bank

Der Kläger bewarb sich im Dezember 2015 erfolgreich um eine Stelle in London bei der Beklagten, einer Schweizer Bank. Er hätte die Stelle per 1. Februar 2016 antreten sollen. Dazu kam es aber nicht, da die Beklagte die Anstellung wieder annullierte,

nachdem im Zuge eines Hintergrund-Checks ein Eintrag im Datensammlungssystem (D.) der Beklagten aufgetaucht war.

Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren Auskunft über den Inhalt des Eintrags im Datensammlungssystem (D.). Die Beklagte wehrt sich im Wesentlichen mit drei Argumenten gegen das Begehren des Klägers: Erstens stellt sie sich auf den Standpunkt, es handle sich gar nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Zweitens bestreitet sie die Passivlegitimation. Dateninhaberin sei heute nicht mehr sie, sondern die B. AG. Und drittens stünden überwiegende Interessen einer Auskunft an den Kläger entgegen.

Aus den Erwägungen:

«2. Sachliche Zuständigkeit

2.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die vorliegende Streitigkeit habe ihren Rechtsgrund nicht im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Es bestehe auch sonst kein Bezug des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs auf Einsicht ins D. zu einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zwischen den Parteien im Sinne von § 20 GOG. Es handle sich um einen rein datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch, der in die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts falle.

2.2. Gemäss § 20 Abs. 1 lit. a GOG entscheidet das Bezirksgericht als Arbeitsgericht erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat (BGE 137 III 32, S. 34 E. 2.2).

2.3. Die Beklagte selber hält fest, im D. würden „sicherheitsrelevante Ereignisse registriert über Personen, die mit der Beklagten in irgendeiner Art und Weise interagieren“. Die Beklagte hat es aber bis heute unterlassen darzutun, welche andere Interaktion als das frühere Arbeitsverhältnis oder eines der nicht zustande gekommenen Arbeitsverhältnisse im Jahr 2016 (einerseits zwischen der Beklagten und dem Kläger und andererseits zwischen der Niederlassung in London und dem Kläger) Anlass für einen Eintrag ins D. gegeben haben könnte. Der Kläger stützt denn auch seinen Anspruch auf Art. 328b OR beziehungsweise auf dessen Verweis auf das Datenschutzgesetz. Die Beklagte bestreitet zwar, dass der D.-Eintrag im Zusammenhang mit der früheren Anstellung des Klägers bei der Beklagten in den Jahren 2006/2007 stehe. Vielmehr handle es sich um eine Information über den Kläger, welche die Beklagte von einem Dritten erhalten habe. Die Beklagte räumt aber selber ein, die als sicherheitsrelevantes Ereignis im D. eingetragene Information habe mit der Tatsache, dass sich der Kläger innert kürzerer Zeit rund 50 Mal auf verschiedenste Stellen bei der Beklagten beworben habe, dazu geführt, dass die Beklagte die dem Kläger Ende 2015 angebotene Stelle zurückgezogen habe.

Der unbestrittene Umstand, dass die Beklagte mit dem Kläger im Dezember 2015 einen Arbeitsvertrag abschloss, diesen aber wegen des D.-Eintrags annul-

lierte, belegt einen Zusammenhang zwischen dem D.-Eintrag und einem (wenn auch inzwischen annullierten) Arbeitsverhältnis in optima forma. Der (gleichsam verhinderte) Arbeitnehmer, der Kläger, verlangt im vorliegenden Prozess von der (gleichsam verhinderten) Arbeitgeberin, der Beklagten, Informationen über den Inhalt des D.-Eintrags, der zur Annullation des Arbeitsvertrags geführt hat. Dieser Streit ist offensichtlich arbeitsrechtlicher Natur im Sinne von § 20 GOG. Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist ohne weiteres gegeben.

3. Passivlegitimation

3.1. Die Beklagte bestritt anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. Juni 2017 die Passivlegitimation. Per 6. Juni 2017 habe eine Restrukturierung innerhalb der [Gruppe der] Beklagten stattgefunden. Im Zuge dieser Restrukturierung seien gewisse Servicedienstleistungen von der Beklagten über die nunmehr gelöschte A. AG auf die B. AG übertragen worden. Unter anderem sei als Bestandteil der Restrukturierung auch die Funktionsgruppe Risk Control übertragen worden, welche für das Risikomanagement bei der [Gruppe der] Beklagten verantwortlich gewesen sei. Seit drei Wochen sei das ganze Datenmanagement als Bestandteil des Risikomanagements neu bei der B. AG angegliedert. Die Abteilung Group Security Service als Bestandteil des Risikomanagements sei also neu bei der B. AG. Das habe für den vorliegenden Prozess folgende Konsequenzen: Es habe eine Veräusserung des Streitobjektes stattgefunden. Es gehe um die Auskunft aus dem D., das nun bei der B. AG angegliedert sei. Diese Gesellschaft sei neu Inhaberin der Datensammlung und entsprechend anspruchsbekannt. Wenn die Erwerberin des Streitobjektes – hier der Datensammlung – nicht in den Prozess eintrete, fehle es der Klage an der Passivlegitimation.

3.2. Gemäss Art. 8 DSGVO kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft verlangen. Lässt der Inhaber der Datensammlung Personendaten durch einen Dritten bearbeiten, so bleibt er auskunftspflichtig. Als Inhaber gilt gemäss Art. 3 lit. i DSGVO eine private Person oder ein Bundesorgan, das über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheidet. Gemäss der Botschaft zum Datenschutzgesetz ist Inhaber der Datensammlung, wer, ohne dass er notwendigerweise über die einzelnen Daten selbst verfügt, den Zweck der Sammlung festlegt und die Bearbeitungsmittel und -methoden bestimmt (BBI 1988 II S. 448).

Der Inhaber definiert den Zweck der Datensammlung. Der Zweck der Datensammlung an sich ist mit dem Zweck der Bearbeitung der darin enthaltenen Personendaten nicht notwendigerweise identisch. Mit Bestimmen des Inhalts ist nicht gemeint, dass der Inhalt der einzelnen Datensätze durch den Inhaber bestimmt werden muss, sondern dass dieser die wesentlichen Parameter des Inhalts wie beispielsweise Art, Umfang oder Datentiefe definiert. Weiter muss dem Inhaber die Kontrolle über die von ihm aufgestellten Regeln betreffend Zweck und Inhalt obliegen. Diese Kontrolle muss der Inhaber nicht nur bei der Eröffnung der Datensammlung, sondern dauerhaft inne haben. Dies setzt nicht voraus, dass der Inhaber einer Datensammlung die darin enthaltenen Daten auch selbst bearbeitet. Der Inhaber der Datensammlung muss nicht einmal über die einzelnen Daten in der Datensammlung selbst verfügen können. Es genügt, wenn er über Instrumente verfügt, mit denen er die Einhaltung der von

ihm gesetzten Rahmenbedingungen überwachen und durchsetzen kann. Abzustellen ist auf den faktischen Inhaber einer Datensammlung, nicht darauf, wer dies auf dem Papier ist bzw. im Register der Datensammlungen nach Art. 11a DSG. Auch jede Art der Bearbeitung kann an eine andere Stelle delegiert werden. Denn die Tatsache, dass Modifikationen an Daten vorgenommen werden können, machen den Bearbeiter nicht zum Inhaber der Daten (D. ROSENTHAL/Y. JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, 1. Aufl., 2008 Zürich, Art. 3 DSG N 105 ff.; B. RUDIN, Datenschutzgesetz (DSG) Stämpflis Handkommentar, B. Baeriswyl/K. Pärli (Hrsg.), 2015 Bern, Art. 3 DSG N 49 ff.). Bestimmen mehrere Personen gemeinsam über Inhalt und Zweck der Datensammlung, so können auch beide Inhaber der Sammlung sein. Folglich ist jeder Inhaber auskunftsverpflichtet, wobei aber die Auskunftspflicht vertraglich an einen Inhaber delegiert werden kann, soweit die Situation des Auskunftssuchenden dadurch nicht erheblich erschwert wird (Art. 1 Abs. 5 der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG); BSK DSG-R. GRAMIGNA/U. MAURER-LAMBROU, 3. Aufl., 2014 Basel, Art. 8 N 14 f.).

3.3. Die Beklagte macht geltend, selber keinen Zugriff auf die Daten der Sammlung zu haben. Wenn die Beklagte potentielle Mitarbeiter prüfen wolle, müsse sie die B. AG anfragen für eine bestimmte Abklärung. Nur in diesem Rahmen erhalte sie Auskunft über Daten, die im D. gespeichert seien. Die Beklagte habe keinerlei Möglichkeiten, die Daten einzusehen, die Daten zu bearbeiten oder zu löschen. Es sei völlig ausgeschlossen, dass die Beklagte an das Group Security Service Team gelange und sage, dass diese einen Eintrag löschen, herausgeben oder korrigieren müsse. Letztlich sei die Herrschaft nur bei diesem absolut kleinen Team, welches Zugriff auf das D. habe.

3.3.1. Die Beklagte beachtet bei ihrer Argumentation den Unterschied zwischen der Inhaberschaft der Datensammlung und der Zuständigkeit für die Bearbeitung der Daten nicht. Der Inhaber einer Datensammlung muss nicht derjenige sein, der die Daten auch bearbeitet. Er kann die Bearbeitung outsourcen, an Dritte weitergeben, ohne dass dadurch die Inhaberschaft übergehen würde. Wie erwähnt muss der Inhaber nicht einmal selber über die Daten verfügen können (B. RUDIN, a.a.O., Art. 8 DSG N 46 f.; D. ROSENTHAL/Y. JÖHRI, a.a.O., Art. 3 DSG N 107 ff.). Entscheidend ist, ob die Beklagte den Zweck und den Inhalt der Sammlung definiert hat und die Einhaltung der gemachten Vorgaben prüfen kann. Nicht relevant ist hingegen, ob ausschliesslich das Team des Group Security Service auf die Daten zugreifen kann, ob lediglich auf Anfrage Informationen weitergeleitet werden oder ob die Beklagte Einträge selber modifizieren kann.

Es kann kein Zweifel bestehen, dass die Beklagte den Zweck und den Inhalt der Sammlung definieren konnte und kann. Sie selber macht geltend, sie müsse notwendigerweise über ein Risikomanagement verfügen. Das Bankengesetz sehe vor, dass besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen seien, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet sei. Das Bankengesetz schreibe weiter vor, dass die Finanzgruppe oder das Finanzkonglomerat so organisiert sein müsse, dass sie oder es insbe-

sondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen könne. Damit sei für Finanzkonzerne wie die Beklagte das Risikomanagement auf Gesetzesstufe verankert, womit die Bedeutung eines funktionierenden Risikomanagements hervorgehoben werde. Die Bankenverordnung spezifiziere, dass die Beklagte namentlich Markt- Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken erfassen, begrenzen und überwachen müsse, wobei insbesondere grosses Gewicht auf die Rechts- und Reputationsrisiken zu legen sei. Die gesetzgeberischen Vorgaben an das Risikomanagement würden von der FINMA weiter konkretisiert und präzisiert. Die Beklagte komme den gesetzlichen und regulatorischen Vorgaben unter anderem durch das D. nach. D. sei eine webbasierte Applikation mit zugehöriger Datenbank zur zweckgebundenen Erfassung von sicherheitsrelevanten Ereignissen. Als sicherheitsrelevantes Ereignis gelte jeder Vorgang mit potentiell Schaden stiftender Wirkung oder welcher ein mögliches Sicherheitsrisiko für die Beklagte, ihre Mitarbeiter oder ihre Kunden darstelle.

Mit ihren Ausführungen über die Notwendigkeit eines Risikomanagements beantwortet die Beklagte die Frage, ob sie Inhaberin der Datensammlung des D. ist, eigentlich gleich selber. Selbstverständlich ist das so. Die Beklagte behauptet zu Recht nicht, die B. AG betreibe das Bankgeschäft. Es ist die Beklagte selbst, die das Bankgeschäft betreibt und an die bankengesetzlichen Vorschriften gebunden ist. Sie ist verantwortlich für das Risikomanagement. Diese Verantwortung kann sie nur dann wahrnehmen, wenn sie den Zweck und den Inhalt der Datensammlung definieren und die Einhaltung der gemachten Vorgaben prüfen kann.

Dass die Bearbeitung der Daten im D. nun offenbar auf ein kleines Team der B. AG übertragen wurde, ändert nichts daran, dass die Beklagte nach wie vor Inhaberin (oder zumindest Mitinhaberin) der Datensammlung ist.

Die Beklagte selber hat im Übrigen eingeräumt, von der B. AG wenn nötig Auskunft über Daten zu erhalten. Unbestritten ist sodann, dass die Beklagte ganz genau weiss, welche Daten über den Kläger im D. gespeichert waren und sind. Genau aufgrund dieser Daten hat sie ja den Arbeitsvertrag mit dem Kläger annulliert. Sie ist also ohne weiteres in der Lage, dem Kläger die gewünschte Auskunft zu erteilen.

3.3.2. Die Beklagte hat die Daten, die zur Annullierung des Arbeitsvertrages führten, offensichtlich auch heute noch, abgelegt wohl in einem – wenn auch kleinen – Personaldossier über den Kläger. Anders wären die Ausführungen über den Eintrag des Klägers in diesem Prozess nicht möglich. Dieser Umstand bedeutet, dass die Beklagte also auch selber eine – wenn auch kleine – Datensammlung über den Kläger angelegt hat. Auch unter diesem Aspekt ist die Beklagte im Sinne von Art. 8 DSGVO grundsätzlich zur Auskunftserteilung verpflichtet.

3.4. Die Passivlegitimation der Beklagten ist somit zu bejahen.

4. Keine Gründe für eine Auskunftsverweigerung

4.1. Die Beklagte beruft sich sodann auf Art. 9 DSGVO, wonach das Auskunftsrecht unter gewissen Voraussetzungen verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden kann.

4.2. Die Beklagte behauptet zunächst, sie könne das Auskunftsrecht des Klägers über seinen Eintrag im D. gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO verweigern. Sie sei zur Führung eines effizienten und funktionierenden Risikomanagements gestützt auf das Bankengesetz, ein Gesetz im formellen Sinn, verpflichtet. Das D. sei ein wichtiger Bestandteil des Risikomanagements der Beklagten. Essentieller Baustein des Risikomanagements und namentlich von D. sei die Beschaffung und Kultivierung von Informationen, um allfällige Risiken effizient erfassen und damit die operative Umsetzung des Risikomanagements gewährleisten zu können. Die Beklagte müsse sich dazu aller möglichen, legalen Quellen bedienen können. Nebst den allgemein zugänglichen und ihr aufgrund der operativen Tätigkeit bereits zur Verfügung stehenden Informationen beschaffe sich die Beklagte weitere Informationen unter anderem auch durch Dritte. Diesen „Informanten“ müsse Vertraulichkeit zugesichert werden, ansonsten diese nicht bereit wären, Informationen an die Beklagte weiterzugeben. Sollten die durch „Informanten“ erhaltenen Informationen oder gar die „Informanten“ selber offengelegt werden müssen, würde diese Quelle der Informationsbeschaffung versiegen. Das Funktionieren des Risikomanagements der Beklagten wäre dadurch erheblich gefährdet.

Die Beklagte behauptet selber nicht, im Bankengesetz oder in einer Verordnung dazu sei eine Einschränkung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSGVO vorgesehen. Wenn die Beklagte geltend macht, die Anonymität des Informanten und damit letztlich auch das Funktionieren des Risikomanagements wäre durch eine Auskunftserteilung gefährdet, dann hat das überhaupt nichts mit Abs. 1 lit. a von Art. 9 DSGVO zutun. Es betrifft vielmehr die Frage, ob überwiegende Drittinteressen (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSGVO) oder überwiegende Eigeninteressen (Art. 9 Abs. 4 DSGVO) einer Auskunftserteilung entgegen stehen.

4.3. Was nun diese Dritt- und Eigeninteressen anbelangt, so trifft es zu, dass solche, wenn sie überwiegen, zu einer Verweigerung, Einschränkung oder Aufschiebung einer Auskunft führen können. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass hinsichtlich der Frage der Offenlegung von Informanten eine differenzierte Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen sei. Ganz generell ist festzuhalten, dass mit der Ausnahme, dass ein formelles Gesetz eine Einschränkung der Auskunft vorsieht, bei der Bemessung der Einschränkung in jedem Fall eine Abwägung zwischen dem Anspruch des Auskunftsberechtigten und den entgegengesetzten, berechtigten Interessen des Inhabers der Datensammlung vorzunehmen ist. Massgeblich ist die sorgfältige Güterabwägung im konkreten Einzelfall (BSK DSGVO-R. GRAMIGNA/U. MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 9 N 8).

Eine solche Interessenabwägung ist dem Gericht im vorliegenden Fall gänzlich verunmöglicht. Die Beklagte hat es nämlich unterlassen, dem Gericht auch nur ansatzweise – und nicht einmal in anonymisierter Form oder in einem versiegelten Umschlag – darzutun, um welche Art von Information es sich beim fraglichen D.-Eintrag über den Kläger handelt. Das Gericht kann unter diesen Umständen nicht einmal überprüfen, ob die Informationsbeschaffung durch die Beklagte überhaupt legal war. Noch weniger kann geprüft werden, ob die über den Kläger beschafften Informationen richtig sind. Unmöglich ist auch der Entscheid, ob allenfalls nicht eine Verweigerung, sondern nur eine Einschränkung der Auskunft gerechtfertigt sein

könnte. Diese Informationen sogar dem Gericht vorzuenthalten und damit eine Interessenabwägung zu verhindern, gleichzeitig aber zu behaupten, das Interesse der Beklagten und von Dritten sei gegenüber dem Interesse des Klägers überwiegend, grenzt an Mutwilligkeit.

Weshalb der Kläger überhaupt kein Interesse an einer Auskunft haben soll, bleibt das Geheimnis der Beklagten. Sie selber räumt ein, der Eintrag im D. führe dazu, dass der Kläger in nächster Zeit keine Anstellung mehr bei der Beklagten erhalten werde. Es ist unter diesen Umständen offensichtlich, dass der Kläger zumindest ein wirtschaftliches Interesse hat zu erfahren, welche Informationen ihm eine Anstellung bei der Beklagten, immerhin [...] Bank, verunmöglichen. Und er hat offensichtlich ein Interesse, sich gegen allenfalls illegal beschaffte oder falsche Daten zu wehren. Dass das Gericht nicht prüfen kann, ob dieses Interesse des Klägers den Interessen Dritter oder der Beklagten standhält, hat nach dem Gesagten allein die Beklagte zu vertreten.

4.4. Zusammenfassend ist die Beklagte in Gutheissung der Klage zur Auskunfterteilung zu verpflichten.»

(AH170013 vom 6. Februar 2018, die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 19. Dezember 2018 abgewiesen; LA180010)

18. ZPO 34; Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort

Der Kläger arbeitete als Chauffeur für die Beklagte. Die Beklagte hat ihren Sitz in A. und bestritt die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich.

Aus den Erwägungen:

«3.1. Gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Ist das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Klageanhebung bereits beendet, richtet sich der alternative Gerichtsstand nach dem letzten gewöhnlichen Arbeitsort. Der Arbeitnehmer kann zudem auch beim Gericht am Ort der Niederlassung des Arbeitgebers klagen (Art. 12 ZPO), wobei zwischen dem geltend gemachten Anspruch und der Niederlassung ein Zusammenhang bestehen muss (ROHNER, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2015, N 3 zu Art. 34).

Die örtliche Zuständigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) und ist als solche von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Art. 34 Abs. 1 ZPO ist teilzwingend: Die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei kann auf diese Gerichtsstände weder zum Voraus noch durch Einlassung verzichten (Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO). Art. 35 ZPO zählt den geschützten Personenkreis abschliessend auf. Auf die konkrete Schutzbedürftigkeit kommt es nicht an (KAISER JOB, BSK ZPO, Art. 35 N 3). Deshalb kann sich der Arbeitgeber an einem anderen Gerichtsstand einlassen, da der Sozialschutzgedanke auf ihn keine Anwendung findet (ROHNER, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, a.a.O., N 1 und N 5 zu Art. 35). Das

bedeutet, das angerufene Gericht wird zuständig, wenn sich der Arbeitgeber ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO).

3.2. Die Beklagte nahm mit der Eingabe vom 18. Juni 2018 (Datum Poststempel: 22. Juni 2018) materiell Stellung zur Klage, ohne zuvor oder gleichzeitig die Unzuständigkeitseinrede zu erheben und hat sich damit auf den hiesigen Gerichtsstand eingelassen (Art. 18 ZPO; BSK ZPO-INFANGER, N 10 zu Art. 18).

3.3. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Juli 2018 die örtliche Zuständigkeit sinngemäss bestritt. Sie macht geltend, dass sich ihr Hauptsitz, als der Arbeitsvertrag mit dem Kläger geschlossen worden sei, noch an der B.-Strasse in Zürich befunden habe; zwischenzeitlich habe sie ihren Sitz aber nach A. verlegt. Der Arbeitsplatz des Klägers habe sich nicht an der B.-Strasse befunden, dort sei nur der Fahrzeugpark und der Kläger habe mehrheitlich die Fahrzeuge dort abgeholt.

Der Kläger führt demgegenüber aus, er habe seine Arbeit an der B.-Strasse verrichtet. Die Beklagte habe an der B.-Strasse ein Büro und führe ihre Erwerbstätigkeit von dort aus. Sie verwende im Alltag auch die Adresse der B.-Strasse.

3.4. Der gewöhnliche Arbeitsort befindet sich grundsätzlich dort, wo sich der tatsächliche Mittelpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers befindet. Arbeitet der Arbeitnehmer gleichzeitig an mehreren Orten, ist auf den Hauptarbeitsort abzustellen. Es ist nicht notwendig, dass am Arbeitsort eine dem Arbeitgeber gehörende Organisationseinheit mit festen Einrichtungen vorhanden ist. Der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. In Betracht fallen dabei vor allem der zeitliche Umfang der Arbeiten, deren Bedeutung, allfällig benutzte Infrastruktur und andere Faktoren, die auf eine enge arbeitsvertragliche Beziehung der Parteien zu einem bestimmten Ort schliessen lassen und deren berechtigte Erwartung auf einen Gerichtsstand zu begründen vermögen. Kann kein Hauptarbeitsort ermittelt werden, steht der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort nicht zur Verfügung. Dieser ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn es überhaupt an einem gewöhnlichen Arbeitsort fehlt, weil dieser ständig ändert (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, S. 27 ff.; ROHNER, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, a.a.O., N 4 zu Art. 34, m.w.H.; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 34 N 16 ff. m.w.H.).

Nach FRÖHLICH fusst die Regelung von Art. 34 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu weiten Teilen auf der Annahme, dass eine Vielzahl von Arbeitnehmern bei der Wahl ihres Wohnorts darauf achten würden, dass ihr Arbeitsweg möglichst kurz ausfalle. Der Gerichtsstand am Ort der Arbeitsverrichtung solle ermöglichen, an einem Ort zu klagen, der räumlich nahe liege und dessen urteilende Gerichtsbehörde mit den Verhältnissen am Arbeitsort vertraut sei. Daher sei unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Motivation des Art. 34 Abs. 1 Satz 2 ZPO der Arbeitsort als «gewöhnlich» zu definieren, an welchem der Arbeitnehmer während einer wesentlichen Anzahl von Tagen im Jahr seine Arbeit antrete und in der Regel auch leiste und wieder beende (FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, S. 55 f., m.w.H.).

3.5. Bei der vorliegenden Klage handelt es sich unbestrittenermassen um eine arbeitsrechtliche Klage. Gemäss Handelsregistereintrag befindet sich der Sitz der Beklagten seit dem 14. März 2017 in A. Die Parteien schlossen den Arbeitsvertrag am 23. März 2017. Der Sitz der Beklagten befand sich also während des ganzen Arbeitsverhältnisses in A. Trotzdem wird im Arbeitsvertrag die Adresse an der B.-Strasse genannt. Auch auf der eingereichten Stellungnahme zur Klage wird neben der Domiziladresse als Postadresse die B.-Strasse aufgeführt. Die B.-Strasse scheint somit nicht lediglich ein Parkplatz zu sein.

Der Kläger war bei der Beklagten als Chauffeur angestellt und daher an verschiedenen Arbeitsorten tätig. Vorliegend ist deshalb nicht darauf abzustellen, an welchem Ort der Kläger die meiste Arbeitszeit verbracht hat, sondern auf den Ort, an welchem er während einer wesentlichen Anzahl von Tagen im Jahr seine Arbeit antrat und beendete. Der Kläger hat unbestrittenermassen bei den meisten Arbeitseinsätzen sein Fahrzeug bei der B.-Strasse geholt und auch wieder dort abgeliefert.

Die Beklagte führt ihrerseits aus, dass der Kläger morgens, nachdem er einstempelt habe, Kaffee getrunken, seine Kleider gewechselt, sich mit Kollegen unterhalten und am Abend noch einen Rapport verfasst habe. Eingestempelt habe der Kläger an der B.-Strasse.

Die Einsatzbasis bzw. der Stützpunkt des Klägers befand sich somit an der B.-Strasse. Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist – auch ohne Einlassung der Beklagten – gegeben.»

(AH180032 vom 14. August 2018. Die gegen das Urteil des Arbeitsgerichts erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 16. Januar 2019 abgewiesen, LA180029).

19. ZPO 81; Streitverkündungsklage bei fehlender Passivlegitimation im Konzern

Die Klägerin machte ihre Forderungen betreffend missbräuchliche Kündigung sowie eine variable Vergütung gegenüber der Beklagten geltend, obwohl ihr Arbeitsvertrag im Laufe des Arbeitsverhältnisses auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft, die X. AG, übertragen worden war. Die Klage wurde deshalb aufgrund fehlender Passivlegitimation der Beklagten abgewiesen.

Zusammen mit der Replik liess die Klägerin subeventuell gegen die X. AG Streitverkündungsklage erheben.

Aus den Erwägungen:

«1. Parteistandpunkte

Subeventualiter liess die Klägerin gegen die X. AG Streitverkündungsklage erheben. Die Klägerin verlangt aufgrund der Streitverkündungsklage gemäss Art. 81 ZPO die Zulassung der X. AG im Hauptprozess. Die klägerische Partei begründet dies damit, dass der Zweitprozess vom Ausgang dieses Hauptprozesses abhängt. Sollte die Passiv-

legitimation der Beklagten im vorliegenden Verfahren bejaht werden, so wäre es der Klägerin nicht möglich, ihre Ansprüche gegenüber der X. AG geltend zu machen, weshalb eine Abhängigkeit bestehe. Bei einer Verneinung würden der Klägerin Ansprüche gegen die X. AG zustehen. Für den Zweitprozess müsste lediglich die Parteibezeichnung der beklagten Partei angepasst werden.

Zum Eventualstandpunkt der Klägerin entgegnet die Beklagte, dass mit Präsidialverfügung vom 7. März 2018 das vorliegende Verfahren auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten beschränkt worden sei. Nicht Gegenstand im aktuellen Verfahrenszeitpunkt sei die Frage der Zulassung der subeventuell erhobenen Streitverkündungsklage.

Bei einer Streitverkündungsklage gehe es zudem um Regressansprüche und nicht darum, dass die Klägerin im Falle des Unterliegens mangels Passivlegitimation eine mögliche andere Partei ins Auge fassen könne. Aus diesem Grund sei eine Streitverkündungsklage unzulässig.

Der klägerische Rechtsvertreter stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass die Streitverkündungsklage entgegen den Ausführungen der Beklagten zulässig sei, weil der Gesetzeswortlaut keine Beschränkung der Streitverkündungsklage auf haftpflichtrechtliche Regressansprüche enthalte. Zudem werde im Zuge der Zulassung der Streitverkündungsklage nicht geprüft, ob die geltend gemachten Ansprüche materiell tatsächlich bestünden. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob die streitverkündende Partei glaube, gegenüber der streitberufenen Ansprüche zu haben.

2. Beurteilung

2.1. Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen.

Die Streitverkündungsklage im Sinne von Art. 81 f. ZPO ist aus zwei Gründen unzulässig.

2.2. Vorab ist es bereits sachlogisch ausgeschlossen, eine Streitverkündungsklage subeventualiter zu erheben. Wird nämlich die Passivlegitimation verneint, dann ist die Klage abzuweisen. Der Prozess ist mit der Klageabweisung beendet. Es gibt keinen Hauptprozess mehr, und es bleibt damit kein Raum für eine Streitverkündungsklage.

2.3. Hinzu kommt Folgendes: Aus Art. 81 Abs. 1 ZPO ergibt sich die Voraussetzung, dass der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptklageanspruch stehen muss. Mit der Streitverkündungsklage können nur Ansprüche geltend gemacht werden, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen. Dabei handelt es sich namentlich um Regress, Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche, aber etwa auch um vertragliche oder gesetzliche Rückgriffsrechte. Es genügt, dass sich dieser sachliche Zusammenhang aus den Darlegungen des Streitverkündungsklägers ergibt und ein potenzielles Regressrecht aufgezeigt wird. Kein Zusammenhang im Sinne von Art. 81 ZPO besteht zwischen Ansprüchen, die zur Streitsache zwar einen Bezug aufweisen, doch

nicht von ihrem Ausgang abhängen (BGE 139 III 67 E. 2.4.3, 2.5, 2.7; Urteil BGer 4A_341/2014, E. 3.3, vom 5. November 2014).

Davon, dass der Anspruch der Klägerin gegen die X. AG im zitierten Sinne vom Bestand oder Nichtbestand des gegen die Beklagte geltend gemachten Anspruchs abhängt, kann keine Rede sein. Vorliegend geht es nicht darum, ob ein Anspruch besteht oder nicht, sondern ob die richtige Partei eingeklagt wurde oder nicht. Die Klägerin hat eine falsche Partei eingeklagt. Die Streitverkündungsklage kann nicht dazu dienen, diesen Fehler zu korrigieren.

2.4. Auf die subeventualiter erhobene Streitverkündungsklage ist daher nicht einzutreten.»

(AN170068 vom 21. August 2018)

20. ZPO 118; Entlassung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wegen möglicher Interessenkollision

Die Beklagte machte nach Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. A. als unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers geltend, dieser sei wegen Interessenkonflikten nicht zur berufsmässigen Vertretung des Klägers befugt.

Aus den Erwägungen:

«1. Mit der Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. A. durch das Gericht zum unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO wurde ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis zwischen dem Kanton Zürich und Rechtsanwalt Dr. iur. A. begründet. Nur nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) zugelassene Rechtsanwälte können zu unentgeltlichen Rechtsvertretern ernannt werden (KUKO ZPO-INGRID JENT-SØRENSEN, 2. Auflage 2014, Art. 118 N 8 f.). Es ist deshalb im Folgenden zu prüfen, ob das BGFA eine Rechtsvertretung des Klägers durch Rechtsanwalt Dr. iur. A. wegen Interessenkonflikten ausschliesst. Ist dies der Fall, ist Rechtsanwalt Dr. iur. A. als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu entlassen.

2. In seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2018 räumt Rechtsanwalt Dr. iur. A. ein, dass er als Anwalt während mehr als 25 Jahren für die Beklagte, für B., den Hauptaktionär der Beklagten, persönlich, für dessen Familie und für andere von B. wirtschaftlich beherrschten Firmen in diversen Angelegenheiten tätig gewesen sei. Da die Beklagte vor einigen Jahren am Handelsgericht einen Prozess verloren gehabt habe, der [...], sei er leider in Ungnade gefallen. B. habe ihn, Dr. A., beschuldigt, der Prozess vor Handels- und Bundesgericht sei wegen Fehlern von ihm verloren gegangen. Seither seien B., seine Familie und somit auch die Beklagte mit ihm persönlich zerstritten. Die Beklagte habe gegen ihn persönlich, vertreten durch Rechtsanwalt C., eine Forderung von ca. Fr. 190'000.– eingeklagt. Da er, Dr. A., mit dem Kläger über Jahre ein freundschaftliches Verhältnis pflege, sei auch der Kläger in Ungnade gefallen.

Als Freund habe er, Dr. A., den Kläger auch vor der Schlichtungsbehörde vertreten und eine Mieterstreckung erwirkt. Damals habe niemand gegen sein Mandat opponiert, obwohl er ja schon damals gegen B. geklagt habe. Damals habe B. nicht geltend gemacht, er sei in einem Interessenskonflikt. Diese Tatsache müsse als Einverständnis gewertet werden. Die Beklagte und deren Eigentümer B. seien seit einigen Jahren mit ihm und dem Kläger zerstritten. Er, Dr. A., habe seit 2013 keinen Kontakt mehr zur Beklagten und deren Eigentümer B. Es gebe seit dann keine geschäftliche Beziehung zwischen der Beklagten und ihm. Es bestehe somit nicht einmal der Anschein einer Interessenkollision, da die Beklagte mit ihm offiziell vor Gericht im Streit liege. Seine Interessen seien somit gegensätzlich zu denjenigen der Beklagten. Seit vier Jahren sei er ein Feind und nicht Interessensvertreter der Beklagten. Ein Interessenkonflikt sei nicht ansatzweise vorhanden. Er sei seit vier Jahren nicht mehr der Anwalt. Er verletze nicht das Anwaltsgeheimnis und verwende kein Insiderwissen.

Der Kläger verneint in seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2018 einen Interessenkonflikt ebenfalls. Er wolle Dr. A. als Anwalt behalten.

3. Gemäss Art. 12 lit. c des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) meiden Anwältinnen und Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. Ein verbotener Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Anwalt die Wahrung der Interessen eines Klienten übernommen hat und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt. Ein Anwalt darf ein Mandat dann nicht annehmen bzw. muss dieses niederlegen, wenn die Interessen des Klienten mit seinen eigenen Interessen kollidieren (WALTER FELLMANN, in Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 84 und 92, je mit Hinweisen).

Die Anwältinnen und Anwälte unterstehen sodann zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist (Art. 13 Abs. 1 BGFA).

4. Vorab ist zu bemerken, dass das im BGFA geregelte Berufsrecht öffentliches Recht darstellt und im öffentlichen Interesse erlassen wurde. Die Einhaltung der Berufsregeln wird von den staatlichen Behörden von Amtes wegen überwacht (WALTER FELLMANN, in Fellmann/Zindel, a.a.O., Art. 12 N 2).

Das Problem eines Interessenkonflikts wird also nicht dadurch aus der Welt geschafft, dass B. in einem Verfahren vor Schlichtungsbehörde im Jahre 2017 keinen Einwand gegen die Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Dr. iur. A. erhob.

Ebenso wenig kann für die Beantwortung der Frage, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, die Ansicht des Klägers persönlich und dessen Wunsch relevant sein, Rechtsanwalt Dr. iur. A. als Anwalt zu behalten, zumal bereits im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom 18. August 2017 geltend gemacht wurde, der Kläger sei „auch geistig geschwächt und angeschlagen“. Sodann hat Rechtsanwalt Dr. iur. A. in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, der Kläger könne aufgrund seines Alters und seiner Beschwerden keine eigenständige Eingabe ohne Anwaltshilfe

mehr machen. Es ist fraglich, ob der Kläger in dieser gesundheitlichen Verfassung umfassend beurteilen kann, ob er gut vertreten wird oder nicht. Umso wichtiger ist es, einen genauen Blick auf mögliche Interessenkonflikte zu werfen.

Die Tatsache, dass sowohl der Kläger persönlich als auch Rechtsanwalt Dr. iur. A. mit der Beklagten und deren Eigentümer zerstritten sind, schliesst Interessenkonflikte keineswegs aus. Im Gegenteil: Auch wenn beide mit der Beklagten zerstritten sind, bedeutet dies nicht, dass die Interessen des Klägers und diejenigen von Rechtsanwalt Dr. iur. A. identisch sind. Rechtsanwalt Dr. iur. A. bezeichnet sich als „Feind“ der Beklagten. Die Beklagte hat ihn persönlich über einen Betrag von Fr. 190'000.– eingeklagt. Dass ein Anwalt einräumt, mit einer Gegenpartei verfeindet zu sein, ist äusserst selten. Aus der Eingabe von Dr. iur. A. schimmert denn auch eine gewisse Emotionalität durch. Es besteht vor diesem Hintergrund durchaus die Gefahr, dass Rechtsanwalt Dr. iur. A. den vorliegenden Prozess nutzen könnte, um sich bei der Beklagten für den gegen ihn selber angestregten Schadenersatzprozess zu revanchieren. Ein Anwalt sollte völlig unabhängig von eigenen Interessen einen Klienten vertreten und für diesen das Beste erreichen können. Ist ein Anwalt gleichsam in einem eigenen Konflikt mit der Gegenpartei gefangen, kann nicht mehr garantiert werden, dass er seinen Klienten unabhängig vertreten kann.

Entgegen der Ansicht von Dr. iur. A. ist auch der Umstand, dass er bis vor vier Jahren während mehr als 25 Jahren die Beklagte, deren Hauptaktionär, dessen Familie und andere von B. wirtschaftlich beherrschte Firmen vertrat, höchst problematisch.

Zwar besteht nach Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen dem Anwalt und seinem früheren Klienten kein Treueverhältnis mehr, das dem Anwalt schlechthin ein Vorgehen gegen den ehemaligen Klienten verbieten würde. Die das Mandatsverhältnis überdauernden Treue- und Schweigepflichten verbieten es einem Anwalt jedoch, einen Auftrag anzunehmen, der sich direkt oder indirekt gegen einen früheren Klienten richtet und bei dem Kenntnisse zu verwerthen oder zu erörtern wären, die er in einem früheren Verfahren als Berufsgeheimnis erfahren hat. Die Unzulässigkeit des Parteiwechsels beruht auf der Gefahr, dass geschützte Kenntnisse aus einem ersten Mandat in einem zweiten Mandat irgendwie verwertet werden könnten. Das Vorgehen gegen einen früheren Klienten ist schon dann untersagt, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, dass Kenntnisse aus dem ehemaligen Mandatsverhältnis bewusst oder unbewusst verwendet werden können (WALTER FELLMANN, in Fellmann/Zindel, a.a.O., Art. 12 N 108 mit Hinweisen).

Wenn Rechtsanwalt Dr. iur. A. B. und seine Firmen mehr als ein Vierteljahrhundert lang beriet, dann sammelte er in dieser Zeit eine riesige Menge an Wissen. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass er in dieser langen Zeit nicht nur Kenntnisse über die Beklagte und deren Geschäfte, sondern auch Kenntnisse über die Entstehung – und Entwicklung – des Mietverhältnisses des Klägers mit der von B. beherrschten (früheren) D. AG erlangte. Es ist nicht auszuschliessen, dass solche Kenntnisse im vorliegenden Streit zwischen dem Kläger und der Beklagten bedeutsam werden könnten. So macht die Beklagte in der Klageantwort unter anderem geltend, der Mietzins sei 2007 gestiegen. Angeblich zu hohe Abzüge vom Lohn für Mietzins sind gerade Gegenstand des vorliegenden Streites.

Die Gefahr, dass Rechtsanwalt Dr. iur. A. versucht sein könnte, Kenntnisse in Verletzung des Anwaltsgeheimnisses zu verwenden, ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund seiner persönlichen Auseinandersetzungen mit der Beklagten nicht von der Hand zu weisen.

Unter diesen Umständen hätte Rechtsanwalt Dr. iur. A. das Mandat des Klägers von Anfang an nicht annehmen dürfen. Entsprechend kann es nicht verantwortet werden, dass Rechtsanwalt Dr. iur. A. weiter als unentgeltlicher Rechtsbeistand amtiert. Gerade in Fällen, in denen wie hier der bedürftige Kläger wegen seines Gesundheitszustandes besonders dringend auf einen Anwalt angewiesen ist, trifft den Staat bei der Bestellung von unentgeltlichen Rechtsbeiständen eine besondere Verantwortung dafür, dass eine unbefangene Vertretung der Interessen des Rechtsuchenden garantiert ist. Eine solche Garantie ist vorliegend nicht gegeben. Rechtsanwalt Dr. iur. A. ist somit als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu entlassen.

5. Dem Kläger ist noch einmal Gelegenheit einzuräumen – nunmehr in Kenntnis der Absetzung seines bisherigen Rechtsbeistandes – einen Wunsch bezüglich der Person eines neuen Rechtsbeistandes oder einer neuen Rechtsbeistandin zu äussern.

6. Gemäss Art. 15 BGFA melden die kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden der Aufsichtsbehörde ihres Kantons unverzüglich das Fehlen persönlicher Voraussetzungen nach Artikel 8 sowie Vorfälle, welche die Berufsregeln verletzen könnten. Da die Rechtsvertretung des Klägers durch Rechtsanwalt Dr. iur. A. die Berufspflichten im Sinne von Art. 12 BFGA verletzt, ist der Aufsichtskommission des Kantons Zürich über die Anwältinnen und Anwälte dieser Entscheid mitzuteilen.»

(AN170048 Verfügung vom 26. Januar 2018)

21. ZPO 126; Sistierungsgesuch

In zahlreichen Verfahren wurde im Jahr 2018 über Sistierungsgesuche entschieden. Häufig sind namentlich Sistierungsgesuche im Zusammenhang mit Strafverfahren etwa bei strittigen fristlosen Kündigungen. Beispielhaft wird die nachfolgende Verfügung wiedergegeben, die in einem Streit zwischen einer Arbeitslosenkasse und der ehemaligen Arbeitgeberin des Versicherten bzw. ehemaligen Arbeitnehmers A. erging. Die Arbeitgeberin stellte den Antrag, das Verfahren vor Arbeitsgericht sei bis zum Abschluss des gegen A. initiierten Strafverfahrens zu sistieren.

Aus den Erwägungen:

«2.1. Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines andern Verfahrens abhängig ist.

2.2. Eine Sistierung wegen des laufenden Strafverfahrens drängt sich nicht auf. Das Arbeitsgericht als Zivilgericht ist nämlich in keiner Weise an die Ergebnisse des Strafverfahrens gebunden (vgl. KUKO ZPO-ROGER WEBER, 2. Aufl. 2014, Art. 126 N 7).

Hinzu kommt, dass im vorliegenden Prozess noch nicht einmal eine richtige Klagebegründung vorliegt. Es kann also nicht festgestellt werden, ob im Strafverfahren wirklich die gleichen Fragen zu klären sind wie im vorliegenden Zivilverfahren. Es ist zu erwarten, dass das Strafverfahren noch sehr lange dauern wird. Offenbar fand erst am 27. November 2018 eine erste staatsanwaltschaftliche Befragung von A. [Anmerkung: des versicherten Arbeitnehmers] statt. Bis ein erstinstanzliches Urteil vorliegt – wenn es denn überhaupt zu einem Urteil kommt –, wird es sehr lange dauern. Es ist durchaus möglich, dass das Arbeitsgericht die Vorwürfe der Beklagten gegenüber A. schneller geklärt hat als die Strafuntersuchungsorgane. Der Umstand, dass sich die Beklagte Erkenntnisse aus einer von staatlichen Organen geführten Strafuntersuchung und damit eine Hilfe in ihrer Prozessführung erhofft, stellt keinen Sistierungsgrund dar.

2.3. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass allfällige Doppelspurigkeiten auch ohne Sistierung im heutigen Zeitpunkt weitgehend vermieden werden können, etwa durch Beizug von Einvernahmeprotokollen je aus den andern Verfahren. Nicht völlig ausgeschlossen ist eine Sistierung in einem späteren Zeitpunkt.

Im Übrigen hätten es die Parteien selber in der Hand, Doppelspurigkeiten zu vermeiden. So könnte die Beklagte ihre Zustimmung dazu geben, dass die Klägerin die Klage mit einem Wiedereinbringungsvorbehalt zurück zieht. So wäre der vorliegende Prozess erledigt, ohne dass die materielle Rechtskraft eintritt (Art. 65 ZPO). Nach dem Gesagten kommt es aber nicht in Frage, den vorliegenden Prozess einfach bis zum „Sankt-Nimmerleins-Tag“ zu sistieren.

3. Gegen diese Verfügung ist eine Beschwerde denkbar, sofern nachgewiesen wird, dass durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).»

(AH180098 Verfügung vom 28. November 2018)

22. ZPO 224; Nichteintreten auf Widerklage (neg. Feststellungsklage)

Die Klägerin forderte mit ihrer Klage eine Überzeitentschädigung für das Jahr 2016 in der Höhe von Fr. 14'981.25. Sie gab an, es handle sich um eine Teilklage unter Vorbehalt der Nachklage. Die offene Gesamtforderung für die in den Jahren 2014, 2015 und 2016 geleistete Überzeit betrage Fr. 51'850.–. Davon mache sie einstweilen nur den Überzeitentschädigungsanspruch aus dem Jahre 2016 im Umfang von Fr. 14'981.25 geltend.

Die Beklagte verlangte mit ihrer Widerklage die gerichtliche Feststellung, dass sie der Klägerin keine Entschädigung aus Überzeit schulde. Das Gericht trat mit Verfügung vom 17. Mai 2018 auf die Widerklage mit nachfolgender Begründung nicht ein.

Aus den Erwägungen:

«3.1. Die Erhebung einer Widerklage ist grundsätzlich nur zulässig, wenn der mit ihr geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Ist auf die Hauptklage das vereinfachte Verfahren anwendbar, so darf eine Widerklage nur erhoben werden, wenn sie, für sich alleine betrachtet, ebenfalls ins vereinfachte Verfahren gehört. Hat die Widerklage hingegen einen Streitwert, welcher das vereinfachte Verfahren sprengt, ist sie unzulässig. Ist die Widerklage mangels gleicher Verfahrensart nicht zulässig, tritt das Gericht auf sie nicht ein (ERIC PAHUD, in: DIKE Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 224 N 15 f.; DANIEL WILLISEGGER, in: BSK ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 224 N 44 f.).

3.2. Das Bundesgericht hat jüngst jedoch entschieden, dass eine negative Feststellungswiderklage, die als Reaktion auf eine echte Teilklage erhoben wird, zulässig sei, auch wenn diese im ordentlichen und die Hauptklage im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wäre. Demnach müssten sowohl Haupt- als auch Widerklage im ordentlichen Verfahren behandelt werden (BGE 143 III 506 E. 4.4). Das Bundesgericht führte in seiner Entscheidung aus, dass die negative Feststellungswiderklage in diesem Fall keine gewöhnliche Widerklage sei, mit der die beklagte Partei einen von der Hauptklage nicht erfassten, unabhängigen Anspruch zum Thema des Verfahrens mache. Vielmehr werde der bereits durch die Hauptklage eingebrachte Anspruch in seiner gesamten Höhe zur Beurteilung gestellt. Es müsse der Beklagten in einem solchen Fall erlaubt sein, eine negative Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine echte Teilklage zu erheben (BGE 143 III 506 E. 4.3.3). Das Bundesgericht betonte jedoch zugleich, dass der Schutzzweck von Art. 224 Abs. 1 ZPO es der beklagten Partei normalerweise untersage, im vereinfachten Verfahren eine Widerklage zu erheben, welche aufgrund ihres Streitwertes in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fallen würde (BGE 143 III 506 E. 3.2.3 f.).

4.1. Vorliegend geht aus der Klageschrift hervor, dass vom Gesamtbetrag von Fr. 51'850.– als Überzeitenschädigung für die Jahre 2014, 2015 und 2016 nur die Überzeitenschädigung für das Jahr 2016 im Betrag von Fr. 14'981.25 geltend gemacht wird. Damit hat die Klägerin das Prozessthema zeitlich auf den Überzeitenschädigungsanspruch des Jahres 2016 eingeschränkt. Es handelt sich um eine im Verhältnis zu den Überzeitanprüchen der Jahre 2014 und 2015 eigenständige Forderung, weshalb die vorliegende Klage als unechte Teilklage zu qualifizieren ist. Dies ist auch zwischen den Parteien unbestritten (vgl. auch BGE 142 III 683 E 5.3.1.). Zwar hat die Klägerin, wie die Beklagte einwendet, sich zur Höhe der Gesamtforderung geäußert und sich eine spätere Geltendmachung der Überzeitenschädigungen der Jahre 2014 und 2015 vorbehalten sowie Ausführungen und einzelne Beweismittel, welche (ebenfalls) diese Forderungen betreffen – beispielsweise die Zeiterfassungen der Jahre 2014 und 2015 – eingereicht, jedoch ergibt sich aus der Klageschrift klar, dass sich das Prozessthema auf die Überzeitenschädigung des Jahres 2016 beschränken soll. Die Entschädigung der Überzeit der Jahre 2014 und 2015 fordert die Klägerin im vorliegenden Verfahren nicht.

4.2. Indem die Beklagte die Feststellung des Nichtbestands der gesamten Überzeitforderung und somit auch für die Jahre 2014 und 2015 verlangt, erweitert sie den Streitgegenstand und stellt einen von der Hauptklage bisher nicht umfassten Anspruch zur Beurteilung. Damit handelt es sich nicht um eine mit derjenigen in BGE 143 III 506 vergleichbaren Konstellation, wo der gesamte Anspruch bereits durch die Hauptklage zur Beurteilung gestellt, jedoch – im Gegensatz zur Vollklage – betragsmässig nur ein Teil davon eingeklagt worden war. Entgegen den Vorbringen der Beklagten verbietet es Art. 224 Abs. 1 ZPO der beklagten Partei grundsätzlich, im vereinfachten Verfahren eine Widerklage zu erheben, die aufgrund ihres Streitwerts von über Fr. 30'000.– in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fällt (vgl. BGE 143 III 506 E. 3.2.4). Dies gilt lediglich nicht für die vorstehend thematisierte Ausnahme der negativen Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine echte Teilklage.

4.3. Vorliegend erhebt die Beklagte eine negative Feststellungswiderklage betreffend Überzeitenschädigung in Höhe von Fr. 51'850.–. In der Lehre ist umstritten, ob sich der Streitwert einer solchen Widerklage nach dem Gesamtanspruch oder nach dem die Teilklage übersteigenden Betrag bemisst (ERIC PAHUD, a.a.O., Art. 224 N 34). So oder anders überschreitet der Streitwert der von der Beklagten erhobenen Widerklage die Grenze von Fr. 30'000.–, weshalb sie, im Gegensatz zur Hauptklage, im ordentlichen Verfahren zu beurteilen wäre (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario). Die Erhebung der genannten Widerklage ist gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO unzulässig, weshalb auf sie nicht einzutreten ist. Es erübrigt sich daher auch, das Vorbringen der Klägerin zu prüfen, ob die Beklagte ihr Feststellungsinteresse am Nichtbestand der Überzeitansprüche der Jahre 2014 und 2015 dargetan hat.»

(AH170239 Verfügung vom 17. Mai 2018, eine dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 27. November 2018 abgewiesen, LA180016; eine Beschwerde ist am Bundesgericht anhängig)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2013

Zu Nr. 1.:

Dieser Prozess ist immer noch am Obergericht hängig.

In der Publikation 2017

Zu Nr. 4.:

Das Urteil wurde vom Obergericht mit Urteil vom 5. Oktober 2018 bestätigt, LA180006; eine Beschwerde am Bundesgericht ist anhängig.

III. STATISTISCHER ÜBERBLICK**Schlichtungsverfahren:**

Laut Jahresbericht der Friedensrichterämter der Stadt Zürich hat die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten mit 1'020 Fällen gegenüber dem Vorjahr (1'050) leicht abgenommen. 647 Fälle erledigten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter durch Vergleich, Anerkennung, Rückzug, Nichteintreten, Urteil oder akzeptierten Urteilsvorschlag. Die Zahlen der Friedensrichterämter im Einzelnen:

	2017	2018
Anzahl Schlichtungsgesuche	1050	1020
Erledigung durch Verfügung	611	587
Erledigung durch Urteil	6	36
Akzeptierte Urteilsvorschläge	17	24
Abgelehnte Urteilsvorschläge	11	9
Klagebewilligungen	405	364

Verfahren vor Arbeitsgericht:**Anzahl Klagen und Erledigungen**

	2017	2018
Übertrag Vorjahr	206	221
Klageeingänge von Arbeitnehmern	320	278
Klageeingänge von Arbeitgebern	9	8
Total hängige Verfahren	535	507
Erledigungen im laufenden Jahr	315	298
Pendenzen Ende Jahr	220	209

Erledigungsarten

	2017	2018
durch Urteil	106	95
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	168	174
anderweitig	41	29

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2017	2018
Verhandlungen	232	250
Beweisverfahren	16	24
Entscheidbegründung	75	71

Streitwerthöhe

	2017	2018
bis Fr. 8000.–	50	51
Fr. 8000.– bis 12000.–	20	31
Fr. 12000.– bis 30000.–	132	129
Fr. 30000.– bis 100000.–	45	32
Fr. 100000.– bis 500000.–	25	20
über Fr. 500000.–	9	7

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2017	2018
bis 1 Monat	21	13
1 bis 2 Monat	26	18
2 bis 3 Monat	52	42
3 bis 6 Monat	75	93
6 bis 12 Monat	68	67
1 bis 2 Jahre	47	42
über 2 Jahre	26	23



ARBEITSGERICHT ZÜRICH