

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2008



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2008

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Aus den Entscheiden	5
1.	OR 319; Unechter Abrufvertrag: Kein Anspruch auf Zuweisung von Arbeit	5
2.	OR 319; Praktikum nach abgeschlossener Lehre; Verspätete Anfechtung wegen Täuschung	6
3.	OR 321a; Nichteinhalten von Vorschriften bei Eigengeschäften: Gewinnabschöpfung zulässig?	8
4.	OR 321c; Mehrarbeit: Gleitzeit- oder Überstundenarbeit?	9
5.	OR 322a; Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher	11
6.	OR 322b; Volles Lohnrisiko beim Arbeitnehmer ist unzulässig	12
7.	OR 323b; Anspruch auf Lohnabrechnungen usw.	13
8.	OR 323b; Rückwirkender Abzug von BVG-Beiträgen zulässig?	14
9.	OR 324a; Verspätetes und widersprüchliches Arztgutachten	15
10.	OR 327b; Privatbenutzung des Fahrzeugs zu Lasten des Arbeitgebers?	16
11.	OR 328; Persönlichkeitsverletzendes Rundschreiben der Firma über den Austritt eines Mitarbeiters	17
12.	OR 328; Schadenersatz und Genugtuung nach Tötlichkeiten	19
13.	OR 329c; Kurzfristige Ferienzuweisung ist unzulässig	20
14.	OR 329d; Freistellung und Ferienkompensation	21
15.	OR 330a; Erwähnung des Kündigungsgrundes und einer Krankheit im Zeugnis?	23
16.	OR 330a; Austrittsdatum bei vorzeitigem Stellenantritt nach fristloser Entlassung?	24
17.	OR 334; Befristung des Arbeitsverhältnisses und gleich lange Probezeit	25
18.	OR 335; Rechtliches Interesse an der Begründung der Kündigung?	26
19.	OR 335; Genugtuung wegen der Art der Entlassung	27
20.	OR 335; Wenn beide Parteien nicht mehr zusammenarbeiten wollen	28
21.	OR 335, 336c; Zulässige Befristung bis zum Erreichen des Pensionsalters	29
22.	OR 336 ff.; Kündigung als Antwort auf Gegenwehr bei sexueller Belästigung	30
23.	OR 337; Familienfehde in der Restaurantküche	32
24.	OR 337; Fristlose Entlassung nach vorangegangener Verwarnung	33
25.	OR 337a; Voreilige Kündigung bei Zahlungsproblemen	34
26.	OR 337d; Kostspieliges Verlassen der Arbeitsstelle	35
27.	OR 340; Konkurrenzverbot beim Velokurier?	36
28.	GVG 100; Vergleichsvorschlag und Ablehnungsbegehren	39
29.	ZPO 27; Parteifähigkeit einer Zweigniederlassung	40
30.	ZPO 84; Unentgeltliche Vertretung, wenn eine Rechtsschutzversicherung vorhanden ist?	40
II.	Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	43
III.	Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit - Probleme mit Arztzeugnissen	45
IV.	Statistischer Überblick	61

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Auch dieses Jahr freuen wir uns, Ihnen wieder einen bunten Strauss aus unseren zahlreichen Entscheiden vorlegen zu dürfen. Wenn Sie sich die Urteile zu Gemüte führen, bedenken Sie einen Moment, dass sie hier nur das Resultat, das Extrakt eines gelegentlich langen Verfahrens mit Hauptverhandlung, Versuchen zu gütlicher Einigung, Zeugenvernehmungen und einer Menge Akten vor sich sehen. Aus den Ihnen vorliegenden Urteilsauszügen ist die Arbeit aller Beteiligten, der Parteien, der Rechtsanwälte und des Gerichtes, sich zu bemühen, zu einem korrekten und richtigen Entscheid zu gelangen, nicht ohne weiteres ersichtlich.

Das vergangene Jahr 2008 war auch zugleich das letzte der abgelaufenen sechsjährigen Amtsdauer der Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter. Dies war für fast 40 Mitglieder unseres Gerichts Anlass zurückzutreten und neuen, teilweise jüngeren Kräften Platz zu machen. Wir möchten auch an dieser Stelle den zurückgetretenen Arbeitsrichterinnen und -richtern ganz herzlich für ihren geleisteten Einsatz danken. So interessant die Tätigkeit an unserem Gericht sein mag, kann es für viele Fachrichter manchmal auch anstrengend sein, langen Plädoyers mit schwer verständlichen juristischen Ausführungen aufmerksam zu folgen.

Gleichzeitig begrüssen wir die neuen Mitglieder, die ab 1. Januar 2009 bei uns tätig sind und hoffen natürlich, sie haben sich bei uns schon erfolgreich eingearbeitet.

Ob die neu gewählten Mitglieder das Ende ihrer Amtsdauer je erreichen werden, muss zumindest bezweifelt werden. Der Entwurf der kantonalen Justizdirektion für ein neues Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Straf- und Zivilprozess (GOG), das wegen den neuen eidgenössischen Prozessgesetzen notwendig geworden ist und auf den 1. Januar 2011 in Kraft treten wird, sieht die Arbeitsgerichte in ihrer heutigen Form nicht mehr vor und will die Fachrichter abschaffen.

Die Arbeitgeber- wie auch die ArbeitnehmerrichterInnen sind – wie wir – gegen diese Neuerung und wollen sich in ihren entsprechenden politischen Gremien engagieren, so dass wir davon ausgehen dürfen, dass hier das letzte Wort noch nicht gesprochen worden ist.

Schliesslich weisen wir Sie auf einen kurzen Aufsatz in diesem Heft hin über ein Thema, das immer schon ein Problem war und immer eins bleiben wird: Krankheit und Arztzeugnisse!

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

Zürich, im April 2009

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

I. AUS DEN ENTSCHEIDEN

1. OR 319; Unechter Abrufvertrag: Kein Anspruch auf Zuweisung von Arbeit

Die Klägerin war seit 1. Juni 2004 für die Beklagte als Koordinatorin in der Umzugshilfe tätig. Sie erhielt einen Stundenlohn zuzüglich Ferienentschädigung und 13. Monatslohn. Am 10. Oktober 2007 schlossen die Parteien einen Zusatzvertrag ab, wonach die Klägerin als Aushilfe im Reinigungsdienst angestellt wurde. Ab dem 6. Dezember 2007 war sie infolge eines Unfalls vollständig arbeitsunfähig. Vor Gericht machte sie den Lohn für die Kündigungsfrist geltend, soweit dieser noch nicht bezahlt worden war.

Aus den Erwägungen:

«Die Parteien hielten übereinstimmend fest, dass von der Beklagten zu erledigende Umzugsaufträge per E-Mail allen Koordinatorinnen angezeigt worden seien. Den Koordinatorinnen habe es dann frei gestanden, sich für einen oder mehrere dieser Aufträge zu melden. Hätten sich mehrere Koordinatorinnen für den nämlichen Auftrag gemeldet, habe die Beklagte diesen nach Zweckmässigkeitskriterien vergeben und dabei berücksichtigt, welche der interessierten Koordinatorinnen in der Nähe des Umzugsortes wohne oder seit längerem nicht mehr berücksichtigt worden sei. Auch die Klägerin habe gelegentlich Absagen erhalten, weil ein Auftrag anderweitig vergeben worden sei. Vorliegend ist unbestritten, dass die Klägerin nicht ein geregeltes Vollzeitpensum zu erfüllen hatte, sondern lediglich teilzeitlich eingesetzt wurde.

Arbeit auf Abruf stellt demnach einen Sonderfall der Teilzeitarbeit dar: Im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses wird Zeitpunkt und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze durch Parteivereinbarung (unechte Arbeit auf Abruf) oder einseitig vom Arbeitgeber (echte Arbeit auf Abruf) festgelegt (Roncoroni Giacomo, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, in: AJP/PJA 12/98, S. 1411).

Davon zu unterscheiden ist die Gelegenheits- oder Aushilfsarbeit, die für jeden Einsatz auf einem besonderen Einzelarbeitsvertrag beruht. Der entscheidende Unterschied zur Arbeit auf Abruf ist, ob die Arbeitsbedingungen bei jedem neuen Einsatz neu vereinbart werden oder ob sich ein Rahmenvertrag herausbildet, sodass ein fortdauerndes einheitliches Arbeitsverhältnis besteht (JAR 2004 S. 587 ff.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 18 zu Art. 319 OR).

Der Arbeitsvertrag der Klägerin als Umzugshilfe-Koordinatorin legt nur die Rahmenbedingungen – insbesondere die Funktion, den Lohn pro Stunde + Zulagen, die Sozialversicherungsbeiträge – und die Vertragsdauer vom «1. Juni 2004 bis auf Weiteres» fest. Die Klägerin macht selbst nicht geltend, über zeitlichen Umfang und Lage ihrer Tätigkeit seien damals irgendwelche Absprachen getroffen worden.

Aufgrund der Art und Weise, wie schliesslich die einzelnen Einsätze der Klägerin zustande gekommen sind, qualifiziert sich das Rechtsverhältnis der Parteien

als unechte Arbeit auf Abruf: Die Beklagte offerierte jeden dieser Einsätze nicht nur der Klägerin, sondern sämtlichen Koordinatorinnen. Die Klägerin war frei, sich darum zu bewerben oder nicht, worauf die Beklagte der Klägerin oder aber auch einer anderen interessierten Koordinatorin den Auftrag zuwies.»

Die Klägerin forderte den Lohn für die Dauer der vereinbarten Kündigungsfrist (obwohl keine Kündigung erfolgt war), da ihr nicht mehr genügend Einsätze zugewiesen worden seien. Dazu hielt das Gericht fest:

«Zwar darf das wirtschaftliche Risiko des Arbeitgebers nicht auf den Arbeitnehmer überwältigt werden. Bei der unechten Arbeit auf Abruf kann der Arbeitnehmer jedoch ohne Weiteres einen Einsatz ablehnen, ohne dies begründen zu müssen. Der Arbeitgeber sieht sich hier seinerseits also mit dem Risiko konfrontiert, bei einer guten Auftragslage womöglich keine einsatzwilligen Arbeitnehmer zu finden. Den Ausführungen der Klägerin ist denn auch zu entnehmen, dass sie ihre dem Vertragsverhältnis der Parteien immanenten Freiheiten tatsächlich genutzt hat und beispielsweise im Jahr 2006 zweimal einen ganzen Monat ferienabwesend war. Die hier vertretene Auffassung führt damit jedenfalls im konkreten Fall nicht zu einem Ungleichgewicht der Interessen. Vielmehr entstünde ein “nicht zu rechtfertigendes Ungleichgewicht” der Interessen, wenn der Arbeitgeber beim unechten Vertrag auf Abruf zwar Arbeit zuweisen, der Arbeitnehmer jedoch nicht arbeiten muss (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 18 zu Art. 319 OR).

Kann die Klägerin damit aufgrund der konkreten Ausgestaltung und Abwicklung der Vertragsbeziehungen der Parteien im Sinne eines unechten Vertrages auf Abruf keinen Anspruch auf Zuweisung von Einsätzen erheben, ist ihre Klage abzuweisen, soweit sie damit Lohnansprüche zufolge ungenügender Auftragserteilung erhebt.

Selbst wenn der hier vertretenen Auffassung nicht gefolgt würde, wäre die Klage abzuweisen, soweit damit Ansprüche für das Jahr 2007 geltend gemacht werden. Der Lohn für Dezember 2007 entsprach zirka demjenigen für Dezember 2006; für diesen Monat ist damit keine “abrupte” Einsatzreduktion auszumachen. Erstmals am 10. Dezember 2007 hat die Klägerin im weiteren ihre Arbeit wieder angeboten, wodurch die Beklagte erst in Verzug gesetzt worden wäre mit entsprechender anschliessender Lohnzahlungspflicht.»

Bezüglich der Lohnfortzahlung während der Dauer des Unfalls hielt das Gericht fest, die Unfallmeldung sei bei der Versicherung noch in Bearbeitung und gemäss Art. 324a und 324b OR sei der Arbeitgeber nicht vorschusspflichtig.

(AGer., AN070920 vom 11. Juni 2008)

2. OR 319; Praktikum nach abgeschlossener Lehre; Verspätete Anfechtung wegen Täuschung

Nach Abschluss der Lehre anfangs August 2007 unterbreitete der Arbeitgeber der Dentalassistentin einen auf sechs Monate befristeten Praktikumsvertrag mit einem entsprechenden moderaten Lohn, gemäss welchem sie durch Unterrichtung durch

geeignete Personen ihre Ausbildung vertiefen sollte. Nach einer fristlosen Entlassung focht sie den Vertrag wegen Irrtum, Täuschung und Übervorteilung an und forderte den ihr zustehenden Lohn für eine ausgebildete Dentalassistentin sowie eine Entschädigung wegen fristloser Entlassung. Wie sich zeigte, fehlte es an der angeblichen Aus- und Weiterbildung; die Klägerin bildete vielmehr selber eine Lehrtochter aus. Das Gericht kam daher zum Schluss, der Vertrag sei wegen Täuschung anfechtbar.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 31 OR gilt der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag als genehmigt, wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist dem anderen weder eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert.

Mit Schreiben vom 21. Januar 2008 und damit innert der gesetzlichen Frist hat die Klägerin den Vertrag wegen Willensmangels angefochten.

Der Willensmangel kann allerdings nicht nur durch Zeitablauf aufgehoben werden, sondern auch durch ausdrücklichen Verzicht auf Anfechtung oder durch konkludentes Verhalten, das auf eine Genehmigung des Vertrages schliessen lässt (Schmidlin, BK, N 119 ff. zu Art. 31 OR).

Insoweit ist vorliegend – im Gegensatz zum Sachverhalt, der dem in den Entscheiden des Arbeitsgerichtes 2/2004 publizierten Urteil zugrunde liegt – klarzustellen, dass der Praktikantenvertrag innerhalb der vereinbarten Frist von sechs Monaten jederzeit auf vier Wochen gekündigt werden konnte.

Erklärermassen hat die Klägerin sich sodann beim Beklagten bereits im September/Oktober 2007 erkundigt, ob er nicht bereit wäre, den Lohn ihren Arbeitsleistungen anzupassen. Obwohl die Praxis wunderbar gelaufen sei, habe er ihr erwidert, er könne ihr keinen höheren Lohn entrichten, da die Praxis (noch) nicht laufe wie gewünscht. Später liess sie präzisieren, zunächst habe ihr Vater den Beklagten darauf hingewiesen, sie erhalte für die zu leistende Arbeit einen sehr tiefen Lohn; der Beklagte habe geantwortet, er könne nicht mehr bezahlen. Die Klägerin selbst habe im Oktober/November auf eigene Anfrage diese Antwort erhalten.

Hat die Klägerin damals aber, nachdem sie bereits zwei bis drei Monate für die Lehrtochter die (Mit-)Verantwortung zu tragen hatte, das Missverhältnis zwischen den von ihr effektiv – und entgegen dem Praktikantenvertrag – zu erbringenden Arbeitsleistungen und dem vom Beklagten ausgerichteten Lohn erkannt, hat sie auch erkannt, dass die Praxis – entgegen den Angaben des Beklagten – wunderbar gelaufen ist, wäre sie gehalten gewesen – sofern sie selbst sich der Möglichkeit einer Vertragsanfechtung nicht bewusst gewesen ist –, den Praktikumsvertrag innert der vorbehaltenen Frist zu kündigen. Hat sie dagegen in Kenntnis der Fakten und ohne weiteren Protest zu den bisherigen Lohnbedingungen die bisherigen, im Praktikantenvertrag nicht vorgesehenen Arbeitsleistungen weiterhin erbracht, hat sie den ursprünglich mit einem Willensmangel behafteten Vertrag genehmigt.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass der Beklagte die Klägerin bei Vertragsabschluss zwar hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistungen (Absolvie-

zung eines Praktikums) getäuscht hat, die Klägerin den mit einem Willensmangel behafteten Vertrag hingegen im Spätherbst 2007 konkludent genehmigt hat. Sie konnte sich daher im Januar 2008 nicht mehr auf einen Willensmangel berufen.»

(AGer., AN080317 vom 16. Dezember 2008; eine Berufung ist noch hängig)

3. OR 321a; Nichteinhalten von Vorschriften bei Eigengeschäften: Gewinnabschöpfung zulässig?

Nachdem sich ein Direktionsmitglied bei Eigengeschäften nicht an die reglementarischen Vorgaben gehalten hatte, stellte sich die Frage, ob die Beklagte den dadurch erzielten Gewinn im Sinne einer Konventionalstrafe wieder zurückverlangen kann.

Aus den Erwägungen:

«Es ist zu prüfen, ob die vorliegende Konventionalstrafenregelung zulässig ist. Die Treuepflicht kann grundsätzlich durch vertragliche Konventionalstrafen (Art. 160 ff. OR) abgesichert werden. Allerdings müssen disziplinarische Massnahmen im Arbeitsvertrag klar umschrieben, verhältnismässig und vorbestimmt sein. Die Statuierung einer allgemeinen Disziplinargewalt nach Gutdünken des Arbeitgebers ist unzulässig. Bei Sanktionen in Form von Bussen handelt es sich um Konventionalstrafen, die für den Arbeitnehmer kalkulierbar sein müssen (JAR 1994 S. 132 = BGE 119 II 162 E. 2).

Somit müssen zunächst die Tatbestände und die disziplinarischen Massnahmen im Arbeitsvertrag klar umschrieben und damit vorherbestimmt sein. Laut dem AVR (Arbeitsvertragsreglement) entspricht die Konventionalstrafe dem aus der Verletzung des Eigengeschäfts resultierenden Gewinn. Beim Gewinn handelt es sich um eine objektiv festgelegte Grösse, die der Willkür des Arbeitgebers entzogen ist. Als Tatbestand, welcher die Konventionalstrafzahlung auslöst, nennt das AVR die Verletzung von Weisungen für Eigengeschäfte. Die entsprechenden Weisungen werden in den Eigenhandelsrichtlinien konkretisiert. Der Kläger hat die Richtlinien mit der Unterzeichnung des Übernahmevertrags zur Kenntnis genommen und insbesondere die explizit erwähnte Haltefrist nicht beanstandet. Sein handschriftlicher Vorbehalt bezog sich lediglich auf Ziff. 8.2. Damit waren die disziplinarischen Massnahmen genügend bestimmt.

Des Weiteren muss die Konventionalstrafe im Verhältnis zur Vertragsverletzung und zum Verschulden verhältnismässig sein. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die vorliegende Konventionalstrafe von Fr. 5'264.–, anders als eine Busse, nicht zu einer effektiven Vermögensverminderung des Klägers, sondern lediglich zu einer Nichtvermehrung der Aktiven führte. Durch die Rückzahlung des erzielten Gewinns wird lediglich der Zustand wieder hergestellt, der ohne Verletzung der Eigenhandelsrichtlinien bestanden hat.

Zusammenfassend erweist sich die Gewinnabschöpfung mit dem Instrument der Konventionalstrafe als zulässig.

Gewinnberechnung

Der Kläger bestreitet in seiner Klage ausserdem den Umfang des Gewinns der monierten Transaktion von Fr. 5'364.–. Die Beklagte erläuterte die Gewinnberechnung im Rahmen ihrer Klageantwort detailliert und gestützt auf die Belege "Börsenabrechnung" nachvollziehbar. Die Berechnung blieb denn auch in der Replik seitens des Klägers unbestritten. Nachdem der Kläger Fr. 100.– an eine gemeinnützige Institution überwiesen hat, ist der Betrag von Fr. 5'264.– ausgewiesen.

Verrechnungsrecht

In Art. 120 ff. OR sind die Voraussetzungen des Verrechnungsrechts geregelt. Für das Arbeitsvertragsrecht enthält Art. 323b Abs. 2 OR die Einschränkung, dass der Arbeitgeber Gegenforderungen mit dem Lohn nur verrechnen darf, soweit der Lohn pfändbar ist. Eine Verletzung des Existenzminimums steht vorliegend nicht zur Debatte. Hingegen beruft sich der Kläger auf das AVR Direktion, welche Bestimmung festlegt, wann die Firma berechtigt ist, vom Salär des Direktionsmitglieds Abzüge vorzunehmen oder mittels Lastschriftverfahren dem Konto zu belasten. Nebst Sozialversicherungsbeiträgen, Krankentaggeldprämien, freiwilligen Personalversicherungen nennt die Klausel "andere Abzüge, soweit sie mit dem Direktionsmitglied vereinbart worden sind." Der Kläger beanstandet die Verrechnung gestützt auf die letzte Bestimmung mit der Begründung, dass der Abzug sein Einverständnis vorausgesetzt hätte. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich das AVR nicht auf das allgemeine Verrechnungsrecht bezieht. Eine systematische und terminologische Auslegung der Bestimmung ergibt klar, dass es sich dabei um die Regelung der Abzüge aus dem Sozialversicherungsbereich und nicht um Verrechnungsforderungen handeln muss. Dass es sich nicht um eine abschliessende Regelung handelt, ergibt sich auch aus einer weiteren Bestimmung des AVR, wo die Verrechnung von Schadenersatzansprüchen mit Salärguthaben geregelt ist. Vorliegend sind sämtliche Voraussetzungen nach Art. 120 ff. OR, welche zur Verrechnung berechtigen, erfüllt, insbesondere kann aus dem AVR nicht ein Verrechnungsverzicht des Schuldners im Sinne von Art. 126 OR abgeleitet werden.

Zusammenfassend war der Lohnabzug durch die Beklagte berechtigt und das entsprechende Rechtsbegehren ist somit abzuweisen.»

(AGer., AN070249 vom 28. Januar 2008)

4. OR 321c; Mehrarbeit: Gleitzeit- oder Überstundenarbeit?

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstand ein Streit darüber, ob es sich um Überstunden oder um Gleitzeit handelt und ob die Überstunden mit einem Zuschlag zu entschädigen sind.

Aus den Erwägungen:

«Wird Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet worden, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn

zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von 25 % bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Im Arbeitsvertrag vom 2. Mai 2005 vereinbarten die Parteien folgende Arbeitszeit-/Überstundenregelung: Normalarbeitszeit für das 100%-Pensum = 42 Stunden pro Woche; der Arbeitnehmer ist nur nach gegenseitiger Vereinbarung verpflichtet, Überstunden zu leisten; grundsätzlich werden keine Überzeiten ausbezahlt; sollten Überzeiten anfallen, so ist deren Kompensation mit der Geschäftsleitung abzusprechen.

Sinn und Zweck der Vertragsbestimmung ergibt, dass die Beklagte mit der Bezeichnung "Überzeiten" rechtlich "Überstunden" meinte. Damit wurde die Überstundenentschädigung rechtsgültig ausgeschlossen. Es fragt sich allerdings, ob diese Vertragsbestimmung durch das gegenteilige Verhalten der Beklagten, indem sie dem Kläger (zumindest gewisse) Überstunden (ohne Zuschlag) bezahlt hat, aufgehoben wurde. Die Beklagte bringt vor, dass sich diese ausbezahlten Überstunden auf bestimmte Projekte bezogen hätten. Der Kläger bestreitet, dass nur projektbezogene Überstunden ausbezahlt wurden. Aus der Aufstellung in den Akten sei ersichtlich, dass bis Ende 2005 sämtliche Überstunden (ohne Zuschlag) ausbezahlt worden seien.

Sollten vom 1. April 2002 bis 31. Dezember 2005 tatsächlich sämtliche Überstunden 1:1 ausbezahlt worden sein, wäre durch das konkludente Verhalten der Beklagten der Grundlohn für Überstunden geschuldet. Der 25%-Zuschlag wurde indessen durch Vertragsbestimmung gültig wegbedungen. Folglich schuldet die Beklagte den Überstundenzuschlag nicht, unabhängig davon, ob sämtliche oder nur projektbezogene Überstunden bezahlt worden sind.

Betreffend Barabgeltung des Überstundenguthabens per 31. März 2007, wäre somit ebenfalls höchstens der Grundlohn ohne Zuschlag geschuldet. Beim vom Kläger unter diesem Titel geltend gemachten Guthaben von 18.25 Stunden per Ende März 2007, handelt es sich gemäss Stundenlisten und gemäss Aufstellung des Klägers nicht um Überstunden, sondern um einen Gleitzeitüberhang.

Mehrarbeit in Form von Gleitzeitarbeit zeichnet sich dadurch aus, dass sie vom Arbeitnehmer freiwillig, in Wahrnehmung seiner im Rahmen eines Gleitzeitsystems gegebenen Zeitautonomie geleistet wird. Es unterliegt damit auch der Verantwortung des Arbeitnehmers, dass Gleitzeitsaldi innert ordentlicher Kündigungsfrist abgebaut werden können. Ist dies aufgrund des Umfangs nicht mehr möglich, entfallen sie entschädigungslos. Anders nur, wenn die Kompensation wegen betrieblicher Bedürfnisse in der ausserhalb der Blockzeit zur Verfügung stehenden Gleitzeit nicht mehr möglich ist. Der Kläger hat selber ordentlich per Ende Mai gekündigt und beabsichtigte eine Kompensation seiner Saldi. Aufgrund der fristlosen Kündigung wurde ihm dies verwehrt. Da die April- und Mailöhne infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung jedoch dennoch als Schadenersatz geschuldet sind, rechtfertigt es sich, den Gleitzeitsaldo diesen beiden Löhnen anzurechnen.

Zusammenfassend schuldet die Beklagte dem Kläger weder den Überstundenzuschlag auf die in bar abgeholzten Überstunden der Jahre 2002 bis 2005 noch die Bezahlung des Gleitzeitsaldos per Ende März 2007.»

(AGer., AN070318 vom 6. Mai 2008)

5. OR 322a; Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher

Nach seinem Ausscheiden verlangte der Geschäftsführer u.a. die Edition der kompletten Buchhaltung samt Belegen der Jahre 2002 bis 2003 von der Beklagten. Er wollte damit belegen, dass ihm rückwirkend eine höhere Gewinnbeteiligung zustehe. Es zeigte sich aber, dass er vorher solche Auskünfte nie verlangt hatte.

Aus den Erwägungen:

«Art. 322a OR (Anteil am Geschäftsergebnis) hält fest in Absatz 2: “Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist.” Absatz 3: “Ist ein Anteil am Gewinn des Unternehmens verabredet, so ist dem Arbeitnehmer überdies auf Verlangen eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung des Geschäftsjahres zu übergeben.”

Entgegen den wenig überzeugenden Ausführungen des Klägers konnte er mindestens bezüglich der Jahre 2000 bis 2002 seine Kontrollrechte wahrnehmen. Der Kläger war Geschäftsführer der Beklagten, Verwaltungsrat der X. AG (Holdinggesellschaft) und der Y. AG. Er war seit mehreren Jahrzehnten in leitender Stellung tätig und erhielt jedes Jahr Gewinnbeteiligungen, die er offensichtlich widerspruchlos akzeptierte. Der Kläger erarbeitete bezüglich der MBO (Management-Buy-Out) mehrere Übernahmeverträge und musste deshalb über die finanzielle Lage im Bilde gewesen sein. Das operative Ergebnis hat er – wie er selber ausführen lässt – direkt beeinflussen können. Der Cash Flow (vor Abschreibungen) wäre für ihn selber ermittelbar gewesen; jedenfalls verlangte er nie substantiiert eine Abrechnung oder reklamierte die Höhe der ausbezahlten Gewinnbeteiligungen, die er selber als fair und grosszügig betrachtete. Dass angebliche Restzahlungen seitens der Beklagten versprochen worden wären, ist haltlos, andernfalls dies in den vom Kläger als Aktionär an der Generalversammlung genehmigten Jahresrechnungen hätte beinhaltet sein müssen, was der Kläger jedoch selber nicht geltend macht. Dass der Kläger allenfalls wegen des MBO und der Liquiditätserhaltung nicht mehr Geld beansprucht haben will, ist seine alleinige Entscheidung, die er jedoch nie substantiiert gegenüber der Beklagten transparent machte. Dasselbe gilt für die angebliche Verrechnungsmöglichkeit mit dem Kaufpreis. Der Kläger war kein gewöhnlicher, einfacher Arbeitnehmer; er ist auf folgenden Aussagen zu behaften: Ja, er habe einmal an der Cash Flow Berechnung gezweifelt; “Als kleiner Minderheitsaktionär sah ich, dass das Resultat durch übermässige Rückstellungen heruntergedrückt wurde. Aber umgekehrt hat mich Herr X. immer fair und gut entlohnt. Ich hatte keinen Grund zum Reklamieren. Daher habe ich mit so etwas nicht insistiert”. Die Jahresrechnungen wurden nicht nur von der Revisionsstelle, sondern auch vom Kläger als Aktionär akzeptiert. Es hilft ihm demnach nichts, wenn er Jahre später mit Zahlen einer “provisorischen” Saldobilanz (für das Jahr 2000) und durch nichts belegten Schätzungen höherer Cash Flows (für die Folgejahre) kommt, und damit höhere Gewinnbeteiligungen geltend macht. Ein solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich (mindestens bezüglich der

Jahre 2000 bis 2002). Die vom Kläger für die Jahre 2000 bis 2002 zusätzlich verlangten Beträge an Gewinnbeteiligungen sind daher abzuweisen.»

(AGer., AN040613 vom 13. November 2008)

6. OR 322b; Volles Lohnrisiko beim Arbeitnehmer ist unzulässig

Der Kläger war Verkaufsleiter (so der Kläger) bzw. als Coach (so die Beklagte) in einem Telefon-Callcenter tätig gewesen. In dieser Funktion hatte er vier Agenten zu coachen und zusammen mit einer Teamleiterin das Team zu leiten. Als er ohne sachlichen Grund zum gewöhnlichen Verkäufer zurückgestuft wurde, legte er zu Recht die Arbeit nieder. Vor Gericht wurde im Weiteren über den Lohn gestritten.

Aus den Erwägungen:

«Die Parteien sind sich einig, dass kein Fixlohn vereinbart wurde. Die Entschädigung sollte abhängig sein davon, wie viele Termine der Kläger mit seinem Team erreichte. Beim Erreichen von 600 Terminen sollte die Entschädigung Fr. 5'000.– zuzüglich Fr. 500.– Spesen sein. Auch darin sind sich die Parteien einig. Bei Nichterreichen der 600 Termine sollte der Kläger Fr. 500.– Spesen (nach Behauptung der Beklagten) oder Fr. 2'500.– zuzüglich Fr. 500.– (nach Behauptung des Klägers) erhalten. Damit haben die Parteien nichts anderes als eine Provision vereinbart.

Gemäss Art. 349a Abs. 2 OR, der entgegen des engen Wortlautes gemäss einhelliger Meinung nicht nur für Handelsreisende gilt (Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 322b OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 322b OR), ist eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, nur dann gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden (hier also des Arbeitnehmers) ergibt. Für eine Probezeit von höchstens zwei Monaten kann durch schriftliche Abrede der Lohn frei bestimmt werden. Ist das Schriftformerfordernis nicht eingehalten oder die Angemessenheit der Provision nicht gewahrt, so schuldet der Arbeitgeber den orts- oder branchenüblichen Lohn. Das Gericht kann sowohl das Fixum wie auch die Provision erhöhen (Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 349a OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 349a OR).

Die Parteien sind sich einig, dass eine schriftliche Vereinbarung fehlt. Die mündliche Abmachung über die Entlohnung, sei es nun die vom Kläger behauptete oder sei es die von der Beklagten behauptete, ist also nicht gültig.

Dass die von der Beklagten behauptete Vereinbarung, wonach bei Nichterreichung der 600 Telefonate lediglich eine Spesenpauschale von Fr. 500.– zu bezahlen wäre, nicht zu einer angemessenen Entlohnung führt, ist offensichtlich. Bei der vom Kläger behaupteten Vereinbarung, bei Erreichen der 600 Telefonate seien Fr. 5'000.– und bei Nichterreichen Fr. 2'500.– (je zuzüglich Fr. 500.– Spesen) zu bezahlen, kann gerade noch davon gesprochen werden, es ergebe sich ein angemessenes Entgelt für die Leistungen des Klägers. Es rechtfertigt sich also, den angemessenen Lohn der

Behauptung des Klägers entsprechend auf Fr. 2'500.– (brutto) festzusetzen. Eine tiefere Entlohnung wäre keinesfalls angemessen. Die vereinbarten Fr. 500.– Spesen hat der Kläger bereits erhalten.

Die Zusprechung von Fr. 5'000.– kommt nicht in Frage, weil die 600 Termine unbestrittenermassen vom Kläger nicht erreicht wurden und auch nach Meinung des Klägers bis 28. Mai 2008 nicht mehr hätten erreicht werden können.»

(AGer., AN080544 vom 5. Dezember 2008)

7. OR 323b; Anspruch auf Lohnabrechnungen usw.

Das Gericht hiess die Klage in Bezug auf den geltend gemachten Lohn – der Kläger hatte nie einen solchen erhalten – gut. Im Weiteren forderte der Kläger die Herausgabe diverser Dokumente sowie Auskünfte.

Aus den Erwägungen:

«Der Kläger fordert in seinem Rechtsbegehren, dass die Beklagte unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verpflichten sei, dem Kläger die Lohnabrechnungen für die Zeit vom Mai 2006 bis und mit November 2006 sowie einen Lohnausweis für das Jahr 2006 zu erstellen. Der Kläger macht geltend, dass, da ihm bisher nie Lohn ausbezahlt worden sei, ihm auch nie Lohnabrechnungen ausgestellt worden seien. Es seien ihm Lohnabrechnungen vom Mai 2006 bis 1. November 2006 auszustellen.

Weiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, bei welcher Pensionskasse er versichert wurde bzw. bei welcher Ausgleichskasse seine AHV-Beiträge einbezahlt wurden. Dies ebenfalls unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB. Zudem sei er nie dazu aufgefordert worden, der Beklagten eine AHV-Karte abzugeben. Es sei daher davon auszugehen, dass nie Sozialleistungen erfolgt seien. Der Kläger benötige daher unterzeichnete Lohnabrechnungen sowie einen Lohnausweis zuhanden der AHV-Ausgleichskasse. Zudem sei ihm nie mitgeteilt worden, bei welcher Pensionskasse er versichert worden sei. Es sei daher davon auszugehen, dass dies durch die Beklagte unterlassen worden sei, obwohl die Eintrittsschwelle für die obligatorische Versicherungspflicht klar überschritten werde.

Anlässlich der Hauptverhandlung führte die Beklagte aus, es gebe keine Lohnabrechnungen mehr, aus denen ersichtlich wäre, was abgezogen worden sei. Sie habe die Abrechnungen der Fremdenpolizei zugestellt. Es gebe davon keine Kopien. Weiter führte sie aus, dass sie den Kläger weder bei der Sozialversicherung angemeldet noch mit der Ausgleichskasse abgerechnet habe. Es sei ein kurzfristiges Arbeitsverhältnis gewesen. Bei einer kurzfristigen Bewilligung aus einem Nicht-EU-Staat werde nur die Quellensteuer abgerechnet. Für Künstler existierten spezielle Formulare für die Quellensteuer. Diese werde jeweils auf die Gage berechnet.

Gemäss Ziff. 3 des Arbeitsvertrages sind von der Beklagten zumindest die Hälfte der AHV-Beiträge und eventuell die Hälfte der Leistung an die 2. Säule abzu-

führen. Die Beklagte hat während der Hauptverhandlung selber eingeräumt, dass sie den Kläger weder bei der Sozialversicherung angemeldet, noch mit der Ausgleichskasse abgerechnet habe. Dazu wäre sie aber gemäss Arbeitsvertrag verpflichtet gewesen. Ob das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger kurzfristig gewesen ist, ist dabei irrelevant. Die Beklagte hat dem Kläger den Nachweis zu erbringen, dass sie die Quellensteuer abgeführt hat. Das spezifische Formular sowie die entsprechenden Lohnausweise bzw. -abrechnungen und Unterlagen über die Pensionskasse sind dem Kläger auszuhändigen. Falls die Beklagte den Kläger bis jetzt bei keiner Sozialversicherung bzw. Vorsorgestiftung angemeldet hat, ist sie zu verpflichten, dies nachzuholen und die entsprechenden Beiträge abzuführen.»

Die Anträge wurden – verbunden mit der beantragten Strafandrohung – gutgeheissen.

(AGer., AN070744 vom 15. Dezember 2008)

8. OR 323b; Rückwirkender Abzug von BVG-Beiträgen zulässig?

Nachfolgend war zu prüfen, ob nicht abgezogene BVG-Beiträge im Nachhinein mit dem Lohn verrechnet werden dürfen.

Aus dem Entscheid:

«Mit Urteil vom 4. September 2007 hiess das Arbeitsgericht die Klage im Nettobetrag von Fr. 1'216.35 gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen und die Kündigung zu begründen. Mit Begründung, der Anspruch sei verwirkt, verwarf das Arbeitsgericht dabei unter anderem eine Verrechnungseinrede der Beklagten, wonach der Forderung des Klägers eine Forderung der Beklagten für die von ihr bezahlten BVG-Beiträge (Arbeitnehmeranteil) für die ersten drei Monate der Anstellung gegenüber stehe.

Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 26. Januar 2008 erzog die III. Zivilkammer des Obergerichtes hinsichtlich der Verrechnungsforderung der Beklagten aus BVG-Beiträgen (Arbeitnehmeranteil), dem Kläger müsse das Wissen entgegengehalten werden, dass die Pensionskassenbeiträge von Gesetzes wegen obligatorisch vom ersten Tag der bezahlten Arbeitsleistung an geschuldet seien. Seit der Lohnabrechnung August 2006 habe er auch gewusst, dass sein Arbeitnehmeranteil an der BVG-Prämie Fr. 518.90 pro Monat betrage. Die Beklagte dürfe daher die irrtümlich unterlassene Nachforderung der Beiträge Mai, Juni und Juli 2006 grundsätzlich bis zum Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist verlangen, insbesondere auch erst mittels Verrechnungserklärung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die III. Zivilkammer des Obergerichtes schützte daher insoweit die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten, hob Dispositiv Ziff. 1 und 5 des erstinstanzlichen Urteils auf und wies das Verfahren zum neuen Entscheid an das Arbeitsgericht zurück. Im Übrigen hat die III. Zivilkammer des Obergerichtes die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit sie darauf eingetreten ist.

Das Arbeitsgericht ist an den Rückweisungsentscheid der III. Zivilkammer des Obergerichtes und an die Rechtsauffassung gebunden, welche ihm zugrunde liegt (§ 104 a GVG).

Dieser Rechtsauffassung folgend ist entgegen den Erwägungen im insoweit aufgehobenen Entscheid des Arbeitsgerichtes vom 4. September 2007 die seitens der Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung aus BVG-Beiträgen (Arbeitnehmeranteil) für die ersten drei Anstellungsmonate nicht verwirkt, sondern die Beklagte berechtigt, diese Prämien vom Kläger nachzufordern und insbesondere mit seinem Lohnrestguthaben zu verrechnen. Die Höhe des vom Kläger zu übernehmenden Prämienanteils von monatlich Fr. 518.90 ist unbestritten, ergebend für die drei Monate Mai, Juni und Juli 2006 einen Gesamtbetrag von Fr. 1'556.70.

Steht damit dem Restlohnanspruch des Klägers von netto Fr. 1'216.35 eine Gegenforderung der Beklagten von Fr. 1'556.70 gegenüber, hat die Forderung zufolge der Verrechnungseinrede der Beklagten als in vollem Umfange getilgt zu gelten, was zur Abweisung der Forderungsklage des Klägers führt.»

(AGer., AN080067 vom 1. Februar 2008)

9. OR 324a; Verspätetes und widersprüchliches Arztgutachten

Nachdem ein Mitarbeitergespräch stattgefunden hatte, meldete sich die Klägerin arbeitsunfähig und sandte entsprechende Arztzeugnisse ein. Kurz darauf verlangte die Beklagte eine vertrauensärztliche Untersuchung. Dieser Arzt hielt fest, dass die Klägerin fünf Tage nach Therapiebeginn wieder arbeitsfähig sei. Hierauf forderte die Beklagte die Klägerin auf diesen Zeitpunkt zur Arbeitsaufnahme auf und erkundigte sich bei der Klägerin mehrmals über verschiedene Angelegenheiten. Die beigezogene Rechtsanwältin wies die Beklagte mit beigelegten Arztzeugnissen darauf hin, dass die Klägerin bis auf Weiteres krank geschrieben sei. Hierauf drohte die Beklagte der Klägerin die fristlose Kündigung an, falls sie nicht zur Arbeit erscheine und entliess sie dann auch fristlos.

Hausarzt, Therapeutin für Atem- und Körpertherapie sowie weitere Personen gingen klar davon aus, dass die Klägerin arbeitsunfähig sei, während der Vertrauensarzt nur von einer leichten depressiven Verstimmung ausging. Demgegenüber stellte die Fachpsychologin, zu der die Klägerin notfallmässig gelangte, eine depressive Episode fest. Das Gericht kam daher zum Schluss, die Krankheit sei für die gesamte fragliche Dauer ausgewiesen. Gegen Ende des Verfahrens reichte die Beklagte ein weiteres Gutachten zu den Akten.

Aus den Erwägungen:

«Nach der Definition der Internationalen Klassifikation psychischer Störungen handelt es sich dabei um eine depressive Stimmung, Verlust von Interesse oder Freude und erhöhte Ermüdbarkeit. Die Mindestdauer für die gesamte Episode beträgt etwa zwei Wochen. Der Betroffene leidet unter den Symptomen und hat Schwierigkeiten,

seine normale Berufstätigkeit und seine sozialen Aktivitäten fortzusetzen, gibt aber die alltäglichen Aktivitäten nicht vollständig auf. Demgegenüber überzeugt die nachfolgende Beurteilung von Prof. Dr. med. X. vorliegend nicht. Die Beklagte reichte nach durchgeführtem Beweisverfahren und bereits erfolgter Fristansetzung zur Stellungnahme zum Beweisergebnis ein von ihr eingeholtes Gutachten von Prof. Dr. med. X., Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie an einer Universität in Deutschland, zu den Akten. Das Gutachten trägt den Titel "Gutachten nach Aktenlage". Zusammenfassend kommt Prof. Dr. med. X. zum Schluss, dass sich aus den übersandten Akten keine Hinweise dafür ergeben, dass die Klägerin im fraglichen Zeitraum an einer psychischen Krankheit gelitten hat, zumindest nicht unter Zugrundelegung der üblichen diagnostischen Standards. Prof. Dr. med. X. hat die Klägerin jedoch weder je gesehen noch dazumal untersucht. Er schreibt auf 4 1/2 Seiten seines Gutachtens, was er aus dem Protokoll der Beweisverhandlung sowie aus diversen Unterlagen entnimmt. Dieses Parteigutachten, welches im Übrigen zu spät eingereicht wurde und wofür die Voraussetzungen von § 115 ZPO nicht erfüllt sind, wird der Komplexität der Erkrankung der Klägerin nicht gerecht und würdigt die verschlimmernden Umstände des ständigen Bedrängtwerdens der Klägerin durch die Beklagte in keiner Weise. Es kann daher nicht auf dieses Parteigutachten abgestellt werden. Für das Gericht ist nach dem Gesagten klar erstellt, dass die Klägerin auch in der fraglichen Zeit bis zur fristlosen Entlassung krank und nicht arbeitsfähig war.»

(A Ger., AN060207 vom 17. Dezember 2008; eine Berufung ist noch hängig)

10. OR 327b; Privatbenutzung des Fahrzeugs zu Lasten des Arbeitgebers?

Der Vertrag enthielt den Passus: "Betriebskosten (Wert ca. CHF 10 000.–/a) des Privatwagens (Abschreibung, 19 Rp/Km, Steuern, Versicherung, Benzin, Service, Räder etc.) zu Lasten der Beklagten. Autoabstellplatz." Der Kläger ging davon aus, die Beklagte habe ihm auch den Arbeitsweg und Privatfahrten zu vergüten.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 327b Abs. 2 OR sind nur die geschäftlichen Fahrten zu entschädigen. Klar nicht dazu gehört die Fahrt vom Wohnort des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitsplatz (ZK-Staehelin, a.a.O., N 4). Der Arbeitsweg ist keine Arbeitszeit und die Fahrt Wohnort-Arbeitsort auch keine geschäftliche. Hingegen hat die Arbeitgeberin die Fahrt zur Arbeit zu entschädigen, wenn diese nicht am vertraglichen Arbeitsort ausgeübt wird, sondern an einem dritten Ort, wie z.B. hier in Dübendorf. In diesem Fall hat die Arbeitgeberin den Weg vom vertraglichen Arbeitsort zum Einsatzort zu bezahlen. Allerdings ist der Weg vom Wohnort des Klägers nach Dübendorf ZH kürzer als derjenige nach Zürich an den Sitz der Zweigniederlassung der Beklagten (ca. 57 gegenüber 61 Kilometer).

Da Art. 327b Abs. 2 OR zu den relativ zwingenden Normen des Arbeitsrechts gehört (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6), ist eine einzelvertragliche Vereinbarung zu

Ungunsten des Arbeitnehmers nicht gestattet. Zweifellos ist es aber den Parteien freigestellt zu verabreden, die Arbeitgeberin bezahle auch die Kosten für die privaten Fahrten des Arbeitnehmers.

Das bringt der Kläger effektiv vor. Allerdings behauptet er nicht eine mündliche ergänzende Abrede, sondern macht geltend, das sei schriftlich im Memo vereinbart worden.

Eine solche Abrede, wie sie der Kläger behauptet, findet sich weder im Arbeitsvertrag noch im Memo. Er verweist auf die Regelung der Natelspesen, wo aufgeführt ist: "Natelbetrieb zu Lasten der Beklagten nach der Probezeit (sofern Privatanteil in fairem Rahmen)". Dem Kläger ist beizupflichten, dass sich die Arbeitgeberin mit dieser Formulierung verpflichtet hat, auch den privaten Betrieb des Mobiltelefons zu finanzieren, sofern dieser nicht ein exzessives Ausmass annimmt. Der Kläger zieht einen Umkehrschluss und folgert daraus, weil eine solche Regelung fehle, habe sich die Beklagte verpflichtet, für sämtliche Kosten des privaten Gebrauchs aufzukommen. Das ist unzulässig. Gerade weil die Beklagte beim Mobiltelefon ausdrücklich festhielt, der (vernünftige) private Gebrauch werde auch von der Arbeitgeberin finanziert, hätte sie wohl die gleiche oder eine ähnliche Formulierung verwendet, hätte sie beim Auto eine nämlliche Regelung treffen wollen. Das unterblieb, weshalb der Schluss, die für das Handy getroffene oder eine noch weitergehende Regelung gelte auch für das Auto, nicht zulässig ist.

Aus der im Memo für die Autospesen getroffene Regelung lässt sich nicht interpretieren, die Beklagte bezahle den privaten Gebrauch des privaten Fahrzeugs.

Allenfalls hätte die Textstelle "(Wert ca. Fr. 10'000.-/a)" den Kläger zu einer solchen Schlussfolgerung verleiten lassen. In der Tat wird hier eine hohe Entschädigungssumme genannt, allerdings bloss als zirka Betrag und offenbar in Unkenntnis darüber, wie viele Kilometer der Kläger jedes Jahr für die Beklagte geschäftlich zurückzulegen haben werde.

Es ist deshalb festzuhalten, dass die Parteien hinsichtlich des Gebrauchs des Privatfahrzeugs durch den Kläger keine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung getroffen haben.»

Das Gericht kam zum Schluss, wenn man von den geltend gemachten Fr. 0.70 pro Kilometer ausgehe, habe der Kläger die Auslagen für den auf geschäftsbedingte Fahrten bezahlten Betrag bereits erhalten.

(AGer., AN080417 vom 8. Juli 2008)

11. OR 328; Persönlichkeitsverletzendes Rundschreiben der Firma über den Austritt eines Mitarbeiters

Die Beklagte orientierte sämtliche ihrer Mitarbeiter sowie sämtliche Mitarbeiter einiger weiteren Firmen darüber, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger beendet worden sei, und gab auch gleich die Gründe dafür an (siehe unten). Der Kläger sah darin eine schwere Persönlichkeitsverletzung und verlangte ein Entschuldigungsschreiben sowie eine Genugtuung.

Aus den Erwägungen:

«Es ist die Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Diese Pflicht dauert, genau wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers auch, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort (BGE 130 III 699 E.5.1.). Sie findet ihre Grenzen in den berechtigten Eigeninteressen des Arbeitgebers.

Es ist objektiv gerechtfertigt, dass ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter über den Austritt eines Arbeitnehmers informiert. Auch die Tatsache, dass diese Information an den gesamten Konzern versandt wurde, vermag für sich betrachtet keine Persönlichkeitsverletzung des austretenden Arbeitnehmers zu bewirken. Vielmehr erscheint es aus betrieblichen Gründen sinnvoll, sämtliche Mitarbeiter über den Personalbestand auf dem Laufenden zu halten – zumindest jedoch die Mitarbeiter derjenigen Gesellschaft, für welche der Austretende unmittelbar tätig war. Es kann von einem Arbeitgeber grundsätzlich nicht verlangt werden, Personalmutationen geheim zu halten, da dies die internen Abläufe unnötig verkomplizieren und dem Ansehen des Unternehmens gegen aussen schaden könnte. Allein im Versand einer Informations-E-Mail betreffend des Austritts des Klägers ist daher keine Persönlichkeitsverletzung zu erblicken, da hier berechnete Eigeninteressen des Arbeitgebers – in Gestalt der betriebsinternen Transparenz – entgegenstanden.

Die Tatsache, dass die Beklagte in dieser E-Mail die Gründe für die Entlassung des Klägers aufführt (“Aufgrund klarer Verstösse gegen den Code of Ethics, fehlender Loyalität gegenüber unserer Unternehmung und wiederholtem schlechten Benehmen...”), wurde jedoch vom Kläger als schwere Verletzung seiner beruflichen Ehre empfunden. X. (Vorgesetzter) deutete in seinem Schreiben mit der Formulierung “..., ob die erwähnten Vorfälle allfällige Konsequenzen haben werden.” sogar an, dass sich der Kläger womöglich strafbar gemacht haben könnte. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es notwendig gewesen sein soll, der gesamten Belegschaft die Gründe für die Entlassung des Klägers mitzuteilen. Eine einfache und sachliche Information hätte vollends ausgereicht, um die Belegschaft in Kenntnis zu setzen. Auch wenn sich die Beklagte in ihrem “Code of Ethics” zum Ziel gesetzt hat, intern offen zu kommunizieren, so befreit sie dieser Grundsatz keineswegs von ihren Verpflichtungen ihren Angestellten gegenüber.

Durch ihr Vorgehen hat die Beklagte die Persönlichkeit des Klägers in objektiv schwerer Art und Weise verletzt. Da diese Verletzung vom Kläger auch subjektiv als schwer empfunden wurde, hat er Anspruch auf eine Genugtuung aus Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 28 ZGB.»

Da der Vorfall schon zwei Jahre zurücklag, entschied das Arbeitsgericht, ein Entschuldigungsschreiben an einen zum Teil neuen Personenkreis würde die Vorfälle erneut zu einem Gesprächsthema machen, was den Interessen des Klägers zuwiderlaufen würde. Stattdessen hiess es den geltend gemachten Genugtuungsanspruch in der Höhe von Fr. 3'000.– gut. Das Obergericht hielt dazu fest:

Aus dem Entscheid des Obergerichts:

In diesem Punkt kann den vorinstanzlichen Erwägungen grundsätzlich zugestimmt werden. Ohne Zweifel war die Beklagte berechnete, den fraglichen Firmen das Ausscheiden des Klägers mitzuteilen. Allerdings wäre eine Mitteilung mit dem Inhalt,

dass der Kläger aus der beklaglichen Firma ausgeschieden sei, vollkommen ausreichend gewesen. Wie dargelegt, begründete die Beklagte dem Kläger gegenüber die Kündigung mit strukturellen und organisatorischen Änderungen in der Firma. Die Beklagte hat nie dargelegt, weshalb sie nicht auch diese Begründung Dritten gegenüber hätte bekannt geben können, wenn sie schon eine Begründung anführen wollte. Indem die Beklagte im fraglichen E-Mail als Kündigungsgründe klare Verstösse gegen den Code of Ethics, fehlende Loyalität gegenüber der Beklagten und wiederholtes schlechtes Benehmen anführte, hat sie den Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, konnte er sich doch hiergegen nicht zur Wehr setzen. Besonders gravierend wirkt sich zu Lasten der Beklagten aus, dass sie dem Kläger relativ kurz zuvor ein positives Zwischenzeugnis ausgestellt hat. Damit hat sie sich gegenüber dem Kläger und Dritten äusserst widersprüchlich verhalten.

Bei dieser Sachlage ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen, und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 3'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen.»

(AGer., AN060777 vom 4. September 2008; OGer., LA080026 vom 26. Januar 2009)

12. OR 328; Schadenersatz und Genugtuung nach Tätlichkeiten

Nach einem Streit über die Auszahlung des Lohnes kam es zu Tätlichkeiten, die unter anderem einen kurzen Spitalaufenthalt notwendig machten. Mit Strafbefehl war der Beklagte wegen einfacher Körperverletzung, Drohung und Tätlichkeit verurteilt worden. Das Arbeitsgericht erachtete die Tätlichkeiten ebenfalls als erwiesen an und sprach der Klägerin für die Kosten des erlittenen Körperschadens (Arzt- und Spitalkosten) Schadenersatz zu. Im Weiteren verlangte die Klägerin eine Genugtuung.

Aus dem Entscheid:

«Vorliegend hat der Angriff des Beklagten zu einer Körperverletzung, die im Strafverfahren als leichte Körperverletzung beurteilt worden ist, geführt. Der Beklagte hat die Klägerin vor allem ins Gesicht und ganz allgemein in den Kopfbereich geschlagen. Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass Schläge im Kopfbereich grundsätzlich schmerzhafter empfunden werden als in vielen anderen Körperbereichen, ist festzuhalten, dass sie vorliegend weder zu Bewusstlosigkeit noch zu Amnesie geführt haben. Aus diesem Grund ist zu vermuten, dass die Klägerin sehr wohl starke Schmerzen erlitten hat, die aber noch nicht das Ausmass von bedeutenden physischen Schmerzen, die für sich alleine zu einem Genugtuungsanspruch führen, erreicht haben. Bei der Klägerin mussten keine operativen Eingriffe vorgenommen werden und sie konnte das Krankenhaus bereits nach zwei Tagen wieder verlassen. Allein wegen des Krankenhausaufenthaltes, der nur von sehr kurzer Dauer war, kann ihr damit keine Genugtuung zugesprochen werden. Zu bedenken ist aber, dass die Klägerin im Anschluss an den Krankenhausaufenthalt noch bis zum 4. März 2007 krankgeschrieben war (ca. 14 Tage) und sie zumindest die erste Zeit nach dem Krankenhausaufent-

halt offenbar auch noch unter einer starken akuten Traumatisierung litt. Des Weiteren ist zu beachten, dass dem Vorfall, der zu den Verletzungen geführt hat, bereits ein anderer tätlicher Übergriff vorausgegangen ist. Beim Täter handelt es sich ausserdem um den Arbeitgeber und gleichzeitigen Freund der Klägerin. Sämtliche dieser Umstände lassen darauf schliessen, dass die Klägerin neben den oben erwähnten körperlichen sicher auch unter bedeutenden seelischen Schmerzen gelitten haben muss. Deshalb und in Berücksichtigung der physischen Schmerzen sowie des kurzen Spitalaufenthaltes ist ein Genugtuungsanspruch zu bejahen.

Da die Klägerin aber keine bleibenden Schäden davon getragen hat und da die üblichen Anhaltspunkte für die Zusprechung einer Genugtuung, nämlich die sehr starken Schmerzen, ein langer Spitalaufenthalt oder eine Mehrzahl von Operationen nicht oder nur bedingt vorgelegen haben, ist der geforderte Betrag von Fr. 1'000.– auf Fr. 800.– zu reduzieren.»

(AGer., AN070870 vom 8. Dezember 2008)

13. OR 329c; Kurzfristige Ferienzuweisung ist unzulässig

Der nachfolgende Entscheid zeigt auf, unter welchen Umständen der Arbeitgeber einseitig Ferien zuweisen oder zugebilligte Ferien wieder absagen kann.

Aus dem Entscheid:

«Der Anspruch auf Ferien soll es einem Arbeitnehmer ermöglichen, sich bei gleichzeitiger Lohnfortzahlung zu erholen. Selbst wenn von der Regel ausgegangen wird, dass es das Recht des Arbeitgebers ist, den Bezug von Ferien anzuordnen, dürfen ein- bis zweitägige Absenzen nicht als Ferientage verbucht werden, wenn sie nicht der Erholung dienen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N zu 329a OR). Einzig auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers kann dieser einzelne Freitage oder gar Halbtage unter Anrechnung auf den Ferienanspruch beziehen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 329c OR). Auch darf der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht Ferientage verbuchen, wenn sich ersterer im Verzug befindet, weil er nicht genügend Arbeit anbieten kann. Vielmehr ist er nach Art. 324 OR verpflichtet, für diese Zeit dem Arbeitnehmer den vereinbarten Lohn zu bezahlen, ohne dass eine Nachleistungspflicht besteht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 324 OR). Selbst für schuldhafte Absenzen des Arbeitnehmers ist es dem Arbeitgeber nicht erlaubt, nachträglich Ferien zu verbuchen. Hingegen kann er die nächste Lohnzahlung entsprechend kürzen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 329a OR).

Betriebsferien hat sich ein Arbeitnehmer nur dann anrechnen zu lassen, wenn sie ihm im Voraus bekannt gegeben wurden. Werden sie erst 14 Tage vor ihrem Anfang bekannt gegeben, so muss der Arbeitnehmer sie nicht als Teil seiner Ferien akzeptieren (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 329c OR, mit Verweisen).

Daraus folgt, dass der Beklagte wegen der fehlenden Vorankündigung der Betriebsferien weder im August noch im Dezember 2007 berechtigt war, dem Kläger unter diesem Titel Ferientage abzubuchen. Auch hat sich der Kläger an jenen Tagen

keine Ferien anrechnen zu lassen, an denen er mangels genügender Arbeit vom Beklagten nach Hause geschickt wurde. Der Kläger war – abgesehen vom Monat Januar 2008, in welchem er seine bewilligten und im Voraus geplanten Ferien bezogen hat – während des gesamten Arbeitsverhältnisses bereit, seiner Arbeitspflicht vollumfänglich nachzukommen. Dies gilt insbesondere auch für die Zeit der Betriebsferien im August und im Dezember 2007. (...)

Schliesslich stellt sich die Frage, ob der Kläger berechtigt war, im Januar 2008 sein Ferienguthaben in natura zu beziehen, obwohl ihn die Beklagte mit Schreiben vom 29. Dezember 2007 aufgefordert hatte, am 3. Januar 2008 zur Arbeit zu erscheinen.

Der Kläger besprach und buchte seine bewilligten Brasilienferien für Januar 2008 bereits im Sommer 2007. Dabei wurde der Zeitpunkt der Ferien insbesondere wegen der schlechten Auftragslage auf diesen Zeitpunkt festgelegt. Im Schreiben vom 7. Dezember 2007 wies der Kläger den Beklagten ausdrücklich darauf hin, er werde seine restlichen Ferien mit dessen Einverständnis im Januar 2008 beziehen. Trotz der vereinbarten und bewilligten Ferien forderte der Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 29. Dezember 2007 auf, für die restliche Kündigungsfrist im Januar 2008 bei einer anderen Firma arbeiten zu gehen.

Vereinbarte Ferien dürfen nicht einfach wieder abgeändert werden. Nur schwerwiegende Gründe, z.B. unvorhergesehene betriebliche Bedürfnisse würden eine Verschiebung unter Schadloshaltung des Arbeitnehmers rechtfertigen (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 329c OR).

Der Beklagte forderte den Kläger auf, im Januar 2008 bei einer anderen Firma arbeiten zu gehen, womit betriebliche Bedürfnisse von vornherein ausser Betracht fallen. Hinzu kommt, dass Ferien in natura zu beziehen sind und während der Kündigungsfrist sogar gegen den Willen des Arbeitgebers bezogen werden dürfen, wenn der Einsatz im Betrieb nicht dringend ist (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 329c OR). Somit bezog der Kläger seine restlichen Ferien im Januar 2008 zu Recht.»

(AGer., AN080135 vom 27. März 2008)

14. OR 329d; Freistellung und Ferienkompensation

Der Kläger unterschrieb eine Austrittsbestätigung, wonach er freigestellt wurde und die Ferien in dieser Zeit zu beziehen hatte. Er sei damit nicht einverstanden gewesen, habe aber unterzeichnet, da er dazu gezwungen worden sei. Die Beklagte ging hingegen davon aus, es habe sich nicht um einen Verzicht sondern um einen Bezug der Ferien während der Freistellung gehandelt. Das Gericht kam zum Schluss, diese Vereinbarung sei aufgrund absichtlicher Täuschung für den Kläger nicht verbindlich. Es sei somit davon auszugehen, dass die Parteien den Ferienbezug während der Freistellung nicht vereinbart hätten.

Aus dem Entscheid:

«Der Kläger musste allerdings trotz für ihn unverbindlicher Vereinbarung diese als

einseitige Anweisung zum Ferienbezug während der Freistellungsdauer verstehen. Der Ferienbezug auf einseitige Anordnung des Arbeitgebers während der Kündigungsfrist stellt gerade bei erforderlicher Stellensuche einen Konflikt zwischen dem Grundsatz des Ferienbezugs in natura und der Absicht, dem Arbeitnehmer erholsame Ferien zu verschaffen, dar, da dies praktisch ausgeschlossen ist, wenn dieser eine neue Stelle suchen muss (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 329c OR). Bei einer relativ kurzen Kündigungsfrist wird das Durchsetzen des Ferienbezugs de facto dem Ferienzweck widersprechen. Wird der Arbeitnehmer wie vorliegend freigestellt, hat er mehr Zeit für die Stellensuche, als dies während der Kündigungsfrist ohne Freistellung der Fall wäre. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem Ferienbezug während der Kündigungsfrist zwar entschieden, dass eine solche von zwei bis drei Monaten den Ferienbezug in der Regel ausschliesse, wenn eine Stelle gesucht werden müsse (BGE 117 II 270). Allerdings ist bei dieser Entscheidung zu beachten, dass dieser ohne Berücksichtigung einer Freistellung gefällt wurde. Vielmehr ging es um eine (ungerechtfertigte) fristlose Entlassung. Andernorts geht das Bundesgericht davon aus, dass die Freistellungsdauer das restliche Ferienguthaben stark übersteigen muss, damit dieses untergeht (BGE 128 III 271 ff.; weitere Hinweise auf die Praxis in Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 329c OR). Im letztgenannten Bundesgerichtsentscheid wird ausdrücklich festgehalten, dass jedenfalls nicht auf die im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung nach der Gerichtspraxis geltende Regel abgestellt werden dürfe, dass die Kompensation erst ab einer Freistellungsdauer von wenigstens zwei bis drei Monaten in Frage kommt. Massgebend sei vielmehr das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage (BGE 128 II 283).

In der Praxis wird davon ausgegangen, dass das Ferienguthaben dann durch die Freistellung als untergegangen betrachtet wird, wenn sich das Ferienguthaben zur Freistellungsdauer im Verhältnis ein Drittel zu zwei Dritteln bewegt. Zu beachten ist ausserdem, dass Ferien auch zu Hause bezogen werden können. (...)

Schlussfolgerungen

Der Kläger war vom 30. März 2007 bis 30. Juni 2007 freigestellt. Sein Ferienanspruch vor der Freistellung betrug 20 Tage. Die Freistellungsdauer umfasste unter Berücksichtigung der Feiertage 61 Arbeitstage. Da Ferien auch während der Kündigungsfrist grundsätzlich in natura zu beziehen sind und die Anordnung des Ferienbezugs sofort mit der Kündigung erfolgte, steht auch die Stellensuche des Klägers, unabhängig von deren Intensität dem Ferienbezug vorliegend nicht entgegen. Auch bei entsprechendem Ferienbezug hatte der Kläger mit den zwei verbleibenden vollen Monaten mehr als angemessene Zeit zur Stellensuche zur Verfügung, wird die während der Kündigungsfrist grundsätzlich für die Stellensuche zur Verfügung stehende Zeit doch mit einem halben Tag pro Woche beziffert, sofern nicht Umstände vorliegen, welche einen erhöhten Bedarf bewirken. Vorliegend standen dem Kläger ziemlich genau 2/3 jeder Woche zur Stellensuche zur Verfügung, also mehr als drei Tage. Dies reichte für die vom Kläger dargestellten Suchbemühungen vollends aus. Zwischen den Bemühungen konnte er ohne Weiteres er-

holsame Halbtage oder teilweise auch mehrere Tage zu Hause einschieben. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.»

(AGer., AN070555 vom 14. Februar 2008)

15. OR 330a; Erwähnung des Kündigungsgrundes und einer Krankheit im Zeugnis?

Die Klägerin verlangte unter anderem, im Arbeitszeugnis sei der Beendigungsgrund nur zu erwähnen, wenn er zur Würdigung des Gesamtbildes der Mitarbeiterin notwendig sei, was vorliegend aber nicht der Fall sei. Zudem sei es unzulässig, darauf hinzuweisen, dass das Arbeitsverhältnis infolge einer Arbeitsunfähigkeit verlängert worden sei. Aus diesen Gründen sei der 6. Absatz des Arbeitszeugnisses ersatzlos zu streichen.

Aus den Erwägungen:

«Zum gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt eines Vollzeugnisses gehört gemäss Art. 330a Abs. 1 OR auch die Angabe der Dauer des Arbeitsverhältnisses, d.h. Beginn und Ende. Nicht der letzte Tag, an dem tatsächlich Arbeit geleistet wird, ist für den Beendigungstermin massgebend, sondern der letzte Tag der vertraglichen Bindung zwischen den Vertragsparteien, der Tag der rechtlichen Beendigung (Janssen, a.a.O., S. 104 ff.). Weiter wird beim Beendigungsgrund zwischen demjenigen im engeren Sinne (“Wer hat gekündigt?”) und vom Motiv für die Beendigung unterschieden. Der Arbeitnehmer hat dabei einen Anspruch darauf, dass der Beendigungsgrund im engeren Sinn im Vollzeugnis festgehalten wird. Trägt der Beendigungsgrund jedoch nicht zur Würdigung des Gesamtbildes des Arbeitnehmers bei, kann jener verlangen, dass diesbezügliche Angaben gestrichen werden (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 330a OR).

Der Passus “Verlängerung infolge gesetzlicher Bestimmungen ...” ist für einen allfälligen neuen Arbeitgeber erklärungsbedürftig, was wiederum die Klägerin veranlassen müsste, diesem gegenüber ihre Krankheit während der Kündigungsfrist offen zu legen. Da diese Krankheit aber weder Einfluss auf die Leistung oder das Verhalten der Klägerin hatte noch das Arbeitsverhältnis deshalb aufgelöst werden musste, ist der Passus, der gleichsam zwingend zur Offenlegung dieser bedeutungslosen Krankheit führen müsste, zu eliminieren. Entsprechendes gilt vorliegend für den Kündigungsgrund im engeren Sinne (Arbeitgeberkündigung), zumal der Hinweis auf die mässig guten Leistungen der Klägerin im administrativen Bereich ebenfalls zu entfernen ist. Entgegen dem Vorschlag der Klägerin kann aber nicht darauf verzichtet werden, dass das Enddatum der Anstellung im Arbeitszeugnis ausgewiesen wird.»

(AGer., AN070363 vom 22. Februar 2008; vom Obergericht im Berufungsverfahren bestätigt)

16. OR 330a; Austrittsdatum bei vorzeitigem Stellenantritt nach fristloser Entlassung

Der Kläger wurde am 26. September 2007 zu Unrecht fristlos entlassen. Er trat aber vor Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist eine neue Stelle an, weshalb sich die Frage nach dem Beendigungs- und Ausstelldatum im Zeugnis stellte.

Aus dem Entscheid:

«Nach dem revidierten Kündigungsrecht endet das Arbeitsverhältnis auch bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung faktisch und rechtlich (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 337 OR). Folgerichtig müsste wegen der Wahrheitspflicht im Arbeitszeugnis der Zeitpunkt der fristlosen Entlassung als Enddatum der Anstellung angegeben werden.

Wird allerdings ein Beendigungsdatum im Zeugnis erwähnt, das nicht mit einem Monatsende übereinstimmt und für das auch sonst keine Rechtfertigung im Zeugnis zu finden ist, so kommt einem solchen Datum Erklärungswert zu. Der Leser eines solchen Zeugnisses wird auf eine ausserordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses schliessen und das in der Regel mit einer negativen Wertung des Arbeitnehmers (fristlose Entlassung) verbinden. Nach zürcherischer Praxis hat der ungerechtfertigt fristlos entlassene Arbeitnehmer deshalb in der Regel Anspruch darauf, dass in seinem Arbeitszeugnis – entgegen dem Prinzip der Wahrheitstreue – das Beendigungsdatum des Arbeitsverhältnisses auf den nächstmöglichen Kündigungstermin korrigiert wird. Damit soll dem Eindruck entgegengewirkt werden, er sei zu Recht fristlos entlassen worden. Ansonsten erhielte das Zeugnis gleichwohl einen Fingerzeig auf eine gerechtfertigte fristlose Entlassung, was der Arbeitnehmer nicht verdient hat (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 330a OR; ZR 101 Nr. 70; ZR 100 Nr. 77; ZR 96 Nr. 12; JAR 1996 S. 270 E.5c).

Im vorliegenden Fall trat der Kläger bereits am 1. November 2007 seine neue Stelle an, obwohl die ordentliche Kündigungsfrist hypothetisch bis zum 31. Dezember 2007 gedauert hätte. Es fragt sich daher, ob das Beendigungsdatum im Arbeitszeugnis trotzdem der 31. Dezember 2007 sein sollte. Das ist zu verneinen. Wäre das Enddatum des Zeugnisses der Beklagten der 31. Dezember 2007 und stellt der neue Arbeitgeber dem Kläger einst gleichfalls ein wahrheitsgetreues Zeugnis aus, hätte der Kläger eine Bestätigung für zwei Vollzeittätigkeiten während zwei Monaten. Ein Ding der Unmöglichkeit. Es kommt dazu, dass ein allfälliger neuer dritter Arbeitgeber ebenfalls aus den sich überschneidenden Arbeitszeugnissen auf eine problematische Beendigung des Arbeitsverhältnisses schliessen könnte. Somit kommt nur der 31. Oktober 2007 als Enddatum in Frage. So ergibt sich einerseits ein laufender Übergang zum neuen Arbeitsverhältnis, andererseits erwachsen dem Kläger aus diesem Enddatum keine ersichtlichen Nachteile. Schliesslich kann noch erwähnt werden, dass das Arbeitsverhältnis, wäre es nicht durch eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung beendet worden, mit dem Antritt einer neuen Stelle durch den Kläger am 31. Oktober 2007 sowieso rechtlich zu Ende gegangen wäre und nicht bis zum 31. Dezember 2007 gedauert hätte.

Eine andere Frage ist, wie das Zeugnis zu datieren ist. Das Arbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung dem Ausstellungsdatum eines Zeugnisses keinen Erklärungswert zugebilligt (JAR 1990 S. 217; AGer. ZH AN979657 vom 27. Mai 1998). Auch wenn dieses Datum nicht mit dem Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses übereinstimmt, kann allein daraus nicht gefolgert werden, es habe beim Zeugnis Probleme gegeben. Denn es bleibt dem Arbeitnehmer unbenommen, erst längere Zeit nach dem Ausscheiden noch ein Zeugnis zu verlangen. Das Arbeitszeugnis hat dabei das tatsächliche Datum zu tragen, auch wenn es erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellt wird. Nur in absoluten Ausnahmefällen darf von der Wahrheit abgewichen werden, wenn beispielsweise wegen Nachlässigkeit der Arbeitgeberin das Zeugnis erst viel später ausgestellt wird oder wenn viel später, gestützt auf ein gerichtliches Urteil ein neues Zeugnis ausgestellt werden muss (Janssen, a.a.O., S. 97 ff.).

Inwiefern dem Kläger ein Nachteil erwachsen sollte, indem als Ausstellungsdatum das tatsächliche Datum aufgeführt wurde, wurde weder von ihm vorgebracht noch ist es ersichtlich. Bei einem hypothetischen Enddatum am 31. Oktober 2007 ist es durchaus vorstellbar, dass die Arbeitgeberin das Arbeitszeugnis erst ca. zwei Wochen später ausstellt, hat sie dieses doch erst auf Verlangen zu erstellen. Dem entsprechenden Berichtigungsbegehren ist daher nicht stattzugeben.»

(AGer., AN070815 vom 8. April 2008; die vom Obergericht entschiedene Rückweisung ist in der Zwischenzeit am Kassationsgericht hängig)

17. OR 334; Befristung des Arbeitsverhältnisses und gleich lange Probezeit

Gestützt auf einen schriftlichen Einsatzvertrag und den Rahmenvertrag wurde die Klägerin für die Dauer von drei Monaten bei einer Drittfirma eingesetzt. Infolge Krankheit konnte die Klägerin ab dem 1. November 2007 nicht mehr arbeiten. Mit Schreiben vom 2. November 2007 kündigte die Beklagte den Einsatzvertrag auf den 6. November 2007. Das Gericht kam zum Ergebnis, dass die Parteien einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hatten, der vom 22. Oktober 2007 bis zum 22. Januar 2008 dauerte.

Aus dem Entscheid:

«Weiter ist zu prüfen, ob der Einsatzvertrag am 2. November 2007 gültig gekündigt werden durfte.

Gemäss Einsatzvertrag und Art. 7.2 des Rahmenvertrags durfte der von den Parteien abgeschlossene Einsatzvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Tagen von beiden Seiten gekündigt werden.

Grundsätzlich darf auch ein befristeter Arbeitsvertrag vorzeitig gekündigt werden (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 334 OR). Es ist daher rechtlich zulässig, einen befristeten Arbeitseinsatz mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit auf zwei (während der ersten drei Monate) oder sieben Tage (während dem 4. bis 6. Dienstmonat)

zu vereinbaren (J. Brühwiler, Auswirkungen des BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 auf den temporären Arbeitsvertrag SJZ (1991) S. 225 f., S. 226, m.w.V.). Da das AVG keine Spezialvorschriften über den Kündigungsschutz enthält, gelten jedoch die Kündigungsbeschränkungen gemäss Art. 336c und d OR, weshalb die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen darf (Brühwiler, a.a.O., S. 224). Zwar ist es möglich, durch spezielle Vereinbarung – auch in einem befristeten Einsatzvertrag – eine Probezeit von maximal drei Monaten zu vereinbaren, die zur Folge hätte, dass während ihrer Dauer die zeitlichen Kündigungsschutzbestimmungen ausgeschaltet sind. Bei einer Kombination von Probezeit und Befristung des Arbeitsvertrages ist aber zu beachten, dass die im konkreten Fall vereinbarte Probezeit kürzer sein muss als die vorgesehene Dauer des Arbeitsvertrages (Brühwiler, a.a.O., S. 226).

Der zum integrierenden Bestandteil erklärte Rahmenvertrag sieht in Art. 6 eine Probezeit von drei Monaten vor, sofern nichts anderes schriftlich vereinbart wurde. Im Einsatzvertrag wird keine Probezeit erwähnt. Weil dieser jedoch zum Vornherein auf drei Monate befristete war, gilt die im Rahmenvertrag vereinbarte Probezeit im konkreten Fall nicht.

Befand sich die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung nicht in der Probezeit, so sind die allgemeinen Bestimmungen von Art. 336 ff. OR anwendbar.»

(AGer., AN080201 vom 5. August 2008)

18. OR 335; Rechtliches Interesse an der Begründung der Kündigung?

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mündlich am 7. März 2006 unter Einhaltung der zweitägigen Frist auf den 9. März 2006. Gleichzeitig wurde die Klägerin freigestellt. Schriftlich wurde die Kündigung zwar bestätigt, nicht aber begründet.

Aus dem Entscheid:

«Die Partei, die den Arbeitsvertrag kündigt, muss auf Verlangen der anderen Partei die Kündigung schriftlich begründen (Art. 335 Abs. 2 OR). Von praktischem Wert ist die schriftliche Begründung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. unmittelbar nach einer fristlosen Kündigung zur allfälligen Prozessvorbereitung. Nach Ablauf der Fristen nach Art. 336b OR fällt das berechtigte Interesse an einer Begründung dahin bzw. es besteht kein Rechtsschutzinteresse mehr (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 335 OR).

Nachdem die Klägerin innert den gesetzlichen Fristen eine missbräuchliche Kündigung geltend gemacht hat und sich das Gericht in den obigen Erwägungen bereits zum Kündigungsgrund geäussert hat, besteht kein Rechtsschutzinteresse der Klägerin mehr an einer schriftlichen Kündigungsbegründung. Aus diesem Grund ist die Klage diesbezüglich abzuweisen.»

(AGer., AN060245 vom 18. April 2008; eine Berufung ist noch hängig)

19. OR 335; Genugtuung wegen der Art der Entlassung

Dass bei Kaderleuten nach erfolgter Kündigung eine Freistellung und Hausverbote üblich sind, zeigt nachfolgender Entscheid.

Aus den Erwägungen:

«Der Kläger macht hiezu geltend: Die Art der Kündigung sei für den Kläger erniedrigend gewesen. Mitarbeiter, Geschäfts- und Verbandskollegen sollten offenbar vermuten, der Kläger hätte irgendwelche illegalen Machenschaften vorgenommen. Die Art und Weise der Kündigung und die weiteren Umstände basierend auf dem Verhalten der Beklagten würden eine widerrechtliche und schwere Verletzung der Persönlichkeit des Klägers darstellen, welche eine Genugtuung von Fr. 5'000.– rechtfertigten. Der Kläger sei durch die Zutrittsverweigerung zu den Geschäftsräumen der Beklagten (Hausverbot) gezwungen worden, eine der Beklagten genehme Vertrauensperson zu organisieren, welche seine zurückgelassenen Gegenstände aus seinem Büro habe abholen dürfen. Die Instruktion des Rechtsvertreters des Klägers und die Besuche bei der Beklagten sowie Abtransport der persönlichen Utensilien des Klägers hätten zu einem Zeitaufwand des Rechtsvertreters von 10 Arbeitsstunden à Fr. 300.– geführt, weshalb ein Schadenersatzanspruch von Fr. 3'000.– ausgewiesen sei.

Die Beklagte führt hingegen folgendes aus: Die verlangte Genugtuung sei lächerlich; eine Verletzung der Persönlichkeit des Klägers habe nicht stattgefunden. Der Kläger lege nicht dar, aufgrund welchen Rechtsgrundes er einen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber der Beklagten haben wolle; ein Anspruch bestehe nicht. Die klägerischen Behauptungen zur bestrittenen Persönlichkeitsverletzung und der ebenfalls bestrittenen Schadenersatzpflicht seien im Übrigen völlig unsubstanziert und durch nichts belegt.

Die Beklagte hat den Kläger nicht fristlos entlassen, sondern aufgrund ihres Weisungsrechts am 18. August 2003 freigestellt. Die Freistellung eines Arbeitnehmers in der Position des Klägers ist eine im Geschäftsleben absolut übliche und rechtlich zulässig Massnahme. Üblich und rechtlich in Ordnung ist auch eine diesbezügliche Mitteilung an Kunden und Mitarbeiter. Wenn in der gleichentags erfolgten Mitteilung an alle Stakeholder der Firma X. erwähnt wird, dass der Kläger ab 18. August 2003 sämtlichen Funktionen enthoben wurde, ist dies zwar zugegebenermassen eine harte, aber vertretbare Wortwahl und impliziert lediglich die Freistellung und nicht das Begehen irgendwelcher strafbarer Handlungen. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass der Kläger sofort seinen Arbeitsplatz räumen musste. Es liegt sodann auch in der alleinigen Kompetenz der Beklagten, Hausverbote auszusprechen. Alle diese Momente bedingen die Zusprechung einer Genugtuungszahlung an den Kläger in keiner Weise. Desgleichen fehlt es auch an einem Rechtsgrund, die Beklagte zur Zahlung vorprozessualer Anwaltskosten des Klägers zu verpflichten, ganz abgesehen davon, dass diese nicht substantziert wurden. Die beantragten Forderungen betreffend Schadenersatz und Genugtuung sind daher abzuweisen.»

(AGer., AN040613 vom 13. November 2008; eine Berufung ist noch hängig)

20. OR 335; Wenn beide Parteien nicht mehr zusammenarbeiten wollen

Nach einer Auseinandersetzung mit dem Geschäftsführer am 26. Februar 2008 unterschrieb die Bardame gleichentags ein mit "Kündigung" betitelttes Dokument und verliess den Arbeitsplatz. Danach wurde sie nicht mehr für die Beklagte tätig.

Aus dem Entscheid:

«Disharmonie und ein emotionaler Streit schliessen einen Konsens betreffend die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses nicht aus. Offensichtlich war das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerrüttet. Für beide scheint eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr vorstellbar gewesen zu sein. Die Klägerin tat gegenüber dem Geschäftsführer auch offen kund, das Arbeitsverhältnis auflösen zu wollen, indem sie seine Frage, ob sie noch für die Beklagte arbeiten wolle, mit Nein beantwortete. Schon in dieser Äusserung ist der gemeinsame Wille zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkennbar. Danach verfasste der Geschäftsführer das Schreiben, in welchem von Kündigung auf den 26. Februar 2008 die Rede ist. In diesem Schreiben ist angesichts der Umstände keine Kündigungserklärung, sondern ein Antrag zur sofortigen Aufhebung des Arbeitsvertrages zu sehen. Mit ihrer Unterschrift gab die Beklagte ihr Akzept zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Betrachtet man diesen Aufhebungsvertrag als zulässig im Sinne von Art. 19 Abs. 1 OR, so war für die letzten beiden Tage im Februar sowie den Monat März kein Lohn, im Gegenzug aber auch keine Arbeitsleistung mehr geschuldet.

Es bleibt somit zu prüfen, ob der Aufhebungsvertrag nichtig ist gemäss Art. 361 Abs. 2 OR sowie Art. 362 Abs. 2 OR. Diese Bestimmungen erklären jede Abweichung von den zwingenden Gesetzesnormen nach Art. 361 f. OR zuungunsten der geschützten Partei für nichtig. Allerdings sind die Art. 361 f. OR gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in Fällen echter gegenseitiger Zugeständnisse nicht anzuwenden. Den vorliegenden Fall des Verzichts auf Lohnzahlung während der Kündigungsfrist bei gleichzeitigem Verzicht des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung erachtet das Bundesgericht demgemäss überwiegend als zulässig (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 335 OR, m.w.H.). Diese Rechtsprechung erscheint im Hinblick auf die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit als sachgerecht, ist aber nicht unumstritten. Es ist vorliegend jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb vorliegend von ihr abgewichen werden sollte. Beide Parteien wollten nach dem 26. Februar 2008 schlicht nicht mehr zusammenarbeiten. Es kann nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, zwei Parteien, die nicht mehr zusammenarbeiten wollen, durch arbeitsrechtliche Regelungen zur Zusammenarbeit zu zwingen.»

(AGer., AN080316 vom 11. Dezember 2008; eine Berufung ist noch hängig)

21. OR 335, 336c; Zulässige Befristung bis zum Erreichen des Pensionsalters

Am 12. September 2007 wurde der Klägerin die Pensionierung mitgeteilt. Der Beklagten war bekannt, dass sie gesundheitliche Probleme hatte und eine Operation bevorstand. Die Klägerin machte daher geltend, bei dieser Mitteilung handle es sich um eine Kündigung, weshalb sich die Kündigungsfrist verlängere.

Aus dem Entscheid:

«Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Mitteilung der Beklagten vom 12. September 2007 als Kündigung zu betrachten ist oder nicht, da sämtliche Ansprüche der Klägerin auf dieser Annahme basieren.

Das Erreichen des AHV- oder auch eines früheren Rentenberechtigungsalters bedeutet grundsätzlich nicht automatisch das Ende des Arbeitsvertrages (Streff/von Kaenel, a.a.O. N 4 zu Art. 335 OR). Der Arbeitsvertrag ist zu kündigen, wenn nicht eine Vereinbarung zwischen den Parteien oder eine Betriebsübung diesen Zeitpunkt als Ende der Anstellung festlegt (ZR 100 Nr. 81).

In der Willkommensbroschüre der Beklagten, welche ab Januar 2000 Vertragsbestandteil war, steht ausdrücklich, dass das Arbeitsverhältnis mit der Pensionierung des Mitarbeiters ohne Kündigung endet. Diese Bestimmung war durch das Reglement für die berufliche Vorsorge konkretisiert, gemäss welchem das Schlussalter am Monatsersten erreicht wird, welcher der Vollendung des 62. Altersjahres unmittelbar folgt, wobei man ab diesem Schlussalter Anspruch auf eine Altersrente hat. Dass das Arbeitsverhältnis damit grundsätzlich befristet ist, geht auch daraus hervor, dass die Zustimmung der Beklagten zur Weiterarbeit erforderlich gewesen wäre. Auch wenn das zur Zeit des Vertragsabschlusses anwendbare Regelement für die berufliche Vorsorge nicht vorliegt, bestreitet die Klägerin nicht, dass damals diesbezüglich dieselbe Regelung galt. Die Klägerin gab denn auch zu Protokoll, dass sie einmal gehört habe, dass man bei der Beklagten mit 62 Jahren pensioniert werde, und dass sie das damals anwendbare Reglement für die berufliche Vorsorge erhalten habe. Es sei ihr grundsätzlich bewusst gewesen, dass die Pensionierung mit 62 vorgesehen sei und allenfalls hinausgeschoben werden könne. Damit ist davon auszugehen, dass eine Parteivereinbarung, zumindest aber eine entsprechende Übung hinsichtlich der Befristung des Arbeitsverhältnisses durch die Vollendung des 62. Altersjahres zu bejahen ist. Eine Kündigung könnte in der Mitteilung vom 12. September 2007 somit nur erblickt werden, wenn vor diesem Zeitpunkt eine Einigung zwischen der Klägerin und der Beklagten darüber erzielt worden wäre, dass das Arbeitsverhältnis im Januar 2008 weitergeführt werde. Eine solche Vereinbarung über die Weiterarbeit hat die Klägerin aber nicht behauptet. Wenn sie ausführt, dass eine Frau X. von der Personalvorsorge ihr gesagt habe, dass sie weiterarbeiten könne, sofern es Arbeit gebe, und die Pensionskasse dann entsprechend sistiert werde, ist dies keine substantiierte Behauptung für eine solche Vereinbarung, zumal die Pensionskasse nicht Teil der Beklagten ist. Die Klägerin sagte, sie habe stillschweigend damit gerechnet, dass sie weiterarbeiten könne, und auch dem Stellvertreter ihrer Chefin einmal gesagt, dass sie bis zu ihrem

64. Altersjahr arbeiten wolle. Als sie erfahren habe, dass sie in Pension gehen sollte, habe sie gefragt, ob sie weiterarbeiten könne, worauf man ihr gesagt habe, dass man schauen müsse. Wie erwähnt habe sie darauf Frau X. von der Pensionskasse angerufen. Als sie anderntags zur Arbeit gekommen sei, habe man sie gefragt, ob sie die Pensionskasse anrufen habe, und man habe ihr gesagt, dass sie das grad vergessen könne. Aus den Ausführungen der Klägerin lässt sich somit keine Behauptung der Vereinbarung der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses ableiten.

Damit ging das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 2007 zufolge Befristung ohne Kündigung zu Ende, weshalb es sich bei der Mitteilung vom 12. September 2007 weder um eine Kündigung handelt, noch diese Mitteilung als solche zu behandeln wäre.»

(AGer., AN080171 vom 2. Juni 2008)

22. OR 336 ff.; Kündigung als Antwort auf Gegenwehr bei sexueller Belästigung

Nachfolgend hatte das Gericht zu prüfen, ob die Abwehr sexueller Annäherungsversuche für die Kündigung ausschlaggebend war. Da sich die Klägerin in einem Beweisnotstand befand, wurde sie zur Beweisaussage zugelassen.

Aus den Erwägungen:

«Die Klägerin bestätigte auch im Rahmen der Beweisaussage ihre Vorwürfe gegen X. (Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär). Dabei wiederholte sie die einzelnen Vorfälle hauptsächlich übereinstimmend mit ihren Aussagen an der Hauptverhandlung sowie in der persönlichen Befragung. Lediglich bei zwei Antworten gab die Klägerin neue Details bekannt. Das erste Mal in Bezug auf den Vorfall, als sie am Fenster stand: Auf die Frage, wie sie am Fenster gestanden sei, antwortete die Klägerin, sie habe sich hinausgelehnt. Es habe ein Verbotsschild gehabt und sie habe nicht gewusst, wo sie hinausfahren könne. Sie habe daher nach unten schauen müssen. Als der Einzelrichter sie darauf aufmerksam machte, dass sie mal gesagt habe, sie habe sich wegen der Sonne hinauslehnen müssen, erklärte die Klägerin, einmal habe sie sich wegen des Parkplatzes hinauslehnen müssen, einmal habe sie die Storen herunterlassen müssen. Sie wisse nicht mehr genau, wie es gewesen sei. Damals sei es aber um den Parkplatz gegangen. X. habe ihr gesagt, sie müsse sich hinauslehnen, zum Schauen. Zwar ist die Behauptung, sie habe einmal die Storen herunterlassen müssen, neu. In diesem Zusammenhang macht die Klägerin jedoch keine Vorwürfe an den Geschäftsführer geltend, weshalb der Vorfall nicht relevant war. Das erwähnte sie als Zeugin zum ersten Mal, um den Widerspruch in Bezug auf den Grund, wieso sie sich aus dem Fenster hinauslehnen musste, zu erklären. Den Vorfall, als sie sich wegen des Parkplatzes hinauslehnen musste, hat sie indes immer detailliert und übereinstimmend dargestellt. Er ist – bis auf den Umstand, dass X. ihr dabei sein Geschlechtsteil an ihr Gesäss gepresst haben soll – nicht bestritten. Das zweite neue Detail betrifft die Behauptung der Klägerin, X. habe einmal gesagt:

“Wenn ich doch nur jünger wäre, aber ich bin ja noch so fit”. Die Klägerin erwähnte zum ersten Mal in der Beweisaussage, X. habe sie dabei angeschaut, mit seinem Blick und seinem roten Gesicht, und das gesagt. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass es sich zwar um ein neues Detail handelt, dies aber den übrigen, übereinstimmenden Aussagen der Klägerin nicht widerspricht.

Keinen neuen Vorwurf stellt hingegen – und entgegen der Meinung des Rechtsvertreters der Beklagten – die Aussage der Klägerin dar, wonach X. ihr die Haare beiseite gestrichen habe. Dies hatte die Klägerin nämlich bereits in der persönlichen Befragung erwähnt. Kein Widerspruch lässt sich weiter in Bezug auf den Kussversuch erblicken. Auf die Frage, wie viele Male X. versucht habe, sie zu küssen, erwähnte die Klägerin in der Beweisaussage die Vorfälle, als es zu einem Abschluss kam sowie als X. von den Ferien zurückkehrte. Er habe versucht, sie auf den Mund zu küssen. Einmal seien es drei “Küssli” gewesen. Beim Abschluss habe er gesagt: “Juhui!” und er sei gerade an den Lippen gewesen. Auf Frage des Rechtsvertreters der Beklagten erklärte die Klägerin, dass sie mit dem Abschluss meine, dass sie jemanden zu Y. vermittelt habe. Diese Person habe nach drei Tagen aufgehört. Es sei also kein richtiger Abschluss gewesen. Tatsache ist, dass X. und die Klägerin zuerst davon ausgingen, dass die Vermittlung bzw. der Abschluss erfolgt sei und deswegen Grund zur Freude hatten. Dass es schlussendlich nicht zum Abschluss kam, erfuhren die Parteien erst später und ist für diesen Vorfall daher nicht relevant. Dass die Klägerin dies nicht von Anfang an präzisierte – später doch genau und übereinstimmend erklärte – tangiert somit die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen nicht. Den zweiten Kussversuch hatte die Klägerin bereits an der Hauptverhandlung erwähnt, indem sie erklärte, als X. aus den Ferien zurückgekommen sei, habe er sie zur Begrüssung küssen wollen. Dass sie diesen Vorfall in der persönlichen Befragung in Bezug auf den Kussversuch nicht erwähnt hat, ist jedoch plausibel: Dabei schilderte sie den Kussversuch auf den Mund detailliert und wurde anschliessend nur darüber befragt. Die drei “Küssli” waren in diesem Zusammenhang irrelevant und wurden gar nicht thematisiert. In der Zeugenbefragung ging es hingegen auch um die Frage, wie viele Male X. versucht habe, sie zu küssen, weshalb die Klägerin dabei auch noch die drei “Küssli” erwähnte.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin zu Vorfällen äussern musste, die sich fast zwei Jahre früher ereignet haben. Dass sie sich an gewisse – an sich nicht relevante – Details nicht mehr erinnert, ist daher durchaus verständlich und kann nicht negativ gewertet werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Sachverhaltsdarstellung der Klägerin als glaubhaft zu betrachten ist. Die Wahrscheinlichkeit, dass sie vom Geschäftsführer der Beklagten entlassen wurde, weil sie sich gegen die sexuelle Belästigung wehrte bzw. ihm keine Chance gab, ist hoch. Mangels eines anderen plausiblen Kündigungsgrundes ist somit davon auszugehen, dass die Kündigung missbräuchlich ist.»

In der Folge hiess das Gericht die geltend gemachte Entschädigung von weniger als einem Monatslohn gut.

(AGer., AN060245 vom 18. April 2008; eine Berufung ist noch hängig)

23. OR 337; Familienfehde in der Restaurantküche

Die Klägerin war als Serviceangestellte im Betrieb der Mutter tätig und half auch in der Küche aus. Nach einem Streit über die Sauberkeit in der Küche stellte sich die Frage, ob die Klägerin fristlos entlassen wurde.

Aus den Erwägungen:

«Da strittig ist, ob das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fristlos aufgelöst worden ist, ist vorab darüber zu befinden.

Wie eine ordentliche Kündigung erfordert auch die fristlose Kündigung Bestimmtheit und Klarheit. Der Kündigungswille, d.h. der Wille, den Vertrag per se fort zu beenden, muss klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden. Dabei müssen die Ausdrücke “fristlose Entlassung” oder “fristlose Kündigung” nicht unbedingt gebraucht werden. Massgebend ist, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Unklarheiten gehen zu Lasten des Kündigenden (ZK-Staehelin, N 4 zu Art. 335 OR).

Eine Arbeitgeberin, welche eine Arbeitnehmerin mit den Worten wegschickt: “Verreise, mach dass du weg kommst!” bzw. ihr sagt, sie solle verreisen, sie wolle sie nicht mehr sehen, gibt mit kaum mehr zu übertreffender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass sie das Arbeitsverhältnis sofort auflösen wolle. Daran ändert auch nichts, dass die Parteien Mutter und Tochter und zudem zwei “explosive” Damen sind, die schon früher solche Streitigkeiten ausgefochten haben. Die Klägerin durfte jedenfalls die Äusserung der Beklagten ohne weiteres als fristlose Entlassung auffassen.

Die fristlose Entlassung ist ungerechtfertigt. Die Beklagte bringt lediglich vor, die Klägerin sei in der Küche unsauber gewesen, es habe immer ein “totales Chaos” geherrscht und man habe vergammelte Lebensmittel wegwerfen müssen.

Das sind alles Gründe, welche die Arbeitsleistung und das Können der Klägerin betreffen und die Beklagte jedenfalls berechtigt hätten, das Arbeitsverhältnis ordentlich aufzulösen. Ungenügende Leistungen sind indessen kein Grund zu einer fristlosen Entlassung (ZK-Staehelin, N 21 zu Art. 337 OR).

Der Umstand, dass die Klägerin ihre Mutter vor Drittpersonen als “dreckige Sauschlampe” bezichtigte, wäre an und für sich Grund genug, ein Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Die Klägerin stiess diese beleidigenden Worte allerdings erst aus, nachdem sie bereits fristlos entlassen war, so dass diese Insultation nicht mehr als ursächlich berücksichtigt werden darf.

Die Klägerin wurde am 28. Mai 2008 zu Unrecht fristlos entlassen, weshalb die Beklagte ihr den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist schuldet.»

(AGer., AN080597 vom 26. November 2008)

24. OR 337; Fristlose Entlassung nach vorangegangener Verwarnung

Dem Arbeitnehmer wurde gekündigt. Gleichzeitig wurde er verwarnt, da er schon mehrfach der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben war. Als er erneut ohne nachweisbaren Entschuldigungsgrund der Arbeit fernblieb, wurde er fristlos entlassen.

Aus dem Entscheid:

«Als Pflichtverletzung und andere Unkorrektheiten am Arbeitsplatz gelten grobe Verletzungen der Arbeitspflicht wie trotz Verwarnung regelmässig zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz, wiederholtes unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz und wiederholte längere unerlaubte Arbeitsunterbrüche sowie ohne Verwarnung längeres unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz. In denjenigen Fällen, in denen eine bloss einmalige Pflichtverletzung in der Regel noch keine so gravierende Störung des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses bewirkt, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ab sofort und endgültig unzumutbar erschiene, ist eine vorangehende Verwarnung notwendig. Die Verwarnung muss dem betroffenen Arbeitnehmer die Pflichtverletzung vorhalten, zu künftigem pflichtgemässen Verhalten ermahnen und ihm im Wiederholungsfall explizit die fristlose Entlassung androhen. Wenn eine Kündigung bereits ausgesprochen ist, sind an eine fristlose Entlassung erhöhte Ansprüche zu stellen (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 2 und N 5 zu Art. 337 OR m.w.H.).

Vorliegend war der wichtige Grund für die fristlose Entlassung gemäss der Beklagten das Nichterscheinen des Klägers zur Arbeit am 2. Oktober 2007. Letzterer konnte seine Version der Ereignisse anlässlich der Hauptverhandlung nicht belegen. Weder reichte er die von ihm genannten E-Mails ein noch konnte er ein Arztzeugnis bzw. eine Bestätigung vorweisen, welches seinen Spitalaufenthalt nachgewiesen hätte. Des Weiteren wurde ihm durch das Gericht Frist angesetzt, um seine behauptete Untersuchung im Spital am 2. Oktober 2007 nachträglich urkundlich zu belegen. Es wäre ihm ohne weiteres zumutbar gewesen, rechtzeitig ein Arztzeugnis oder eine entsprechende Bestätigung des Spitals einzureichen, welches seine Abwesenheit entschuldigt hätte. Innert Frist reichte er jedoch nichts ein. Seine Abwesenheit von der Arbeit am 2. Oktober 2007 bleibt demnach unentschuldigt.

Es fragt sich, ob der Vorfall vom 2. Oktober 2007 den Anforderungen an den wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung genügt, insbesondere weil das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt worden war. Nachdem es jedoch in der Vergangenheit – wie in der Vereinbarung vom 17. September 2007 erwähnt und vom Kläger anerkannt – wiederholt gleichartige Vorfälle gegeben hatte, bei welchen der Kläger der Arbeit ohne Vorwarnung und ohne genügende Entschuldigung fern geblieben war, und die Beklagte ihn zumindest mit der oben genannten Vereinbarung in dieser Hinsicht verwarnt und die fristlose Kündigung für den Wiederholungsfall angedroht hatte, erscheint das am 2. Oktober 2007 Vorgefallene als genügender Grund für eine fristlose Entlassung. Es stellt die Konsequenz eines wiederholt pflicht- und treuwidrigen Verhaltens seitens des Klägers dar. Nach dem unterschreiben der oben genannten Vereinbarung musste ihm klar sein, dass diese als Ver-

warnung zu verstehen war und die Beklagte ein solches Benehmen in Zukunft nicht mehr tolerieren würde. Nichtsdestotrotz blieb er der Arbeit erneut unentschuldigt fern. Die Abwesenheit vom 2. Oktober 2007 erscheint somit als letzter Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte unzumutbar machte. Dieser Fall genügt somit den Anforderungen an den wichtigen Grund, weshalb sich die fristlose Kündigung als gerechtfertigt erweist.»

(AGer., AN070840 vom 19. August 2008)

25. OR 337a; Voreilige Kündigung bei Zahlungsproblemen

Ende März 2008 erhielt die Klägerin ihren Lohn nicht. Am 8. April 2008 setzte sie der Beklagten eine Frist bis zum 14. April 2008, um den ausstehenden Lohn zu bezahlen oder eine entsprechende Sicherheit zu leisten, ansonsten sie fristlos kündigen würde. Mit Schreiben vom 16. April löste sie das Arbeitsverhältnis fristlos auf; ihr letzter Arbeitstag war am 14. April 2008.

Aus den Erwägungen:

«b) Die Beklagte befand sich nach den zuvor mündlichen Mahnungen sowie der schriftlichen Abmahnung vom 8. April 2008 mit dem Märzlohn 2008 in Verzug (Art. 323 Abs. 1 OR; Art. 102 Abs. 1 OR).

Gemäss überwiegender Lehre und Rechtsprechung verlangt eine fristlose Auflösung wegen Zahlungsverzug des Arbeitgebers zusätzlich eine vorherige Verwarnung (Androhung der fristlosen Auflösung) mit entsprechender Fristansetzung (BK-Rehbinder, N 10 zu Art. 337 OR; ZK-Staehelin, N 27 zu Art. 337 m.w.V.; JAR 1987 S. 96; 1985 S. 146).

Die Klägerin ging zwar entsprechend vor. Sie setzte dem Beklagten am 8. April 2008 eine sechstägige Frist, den geschuldeten Lohn zu bezahlen. Die Frist bewegt sich unter Berücksichtigung der Gesamtumstände am unteren Rand des Zumutbaren. Die Beklagte teilte der Klägerin bereits vor dem 8. April 2008 mit, sie werde den ausstehenden Märzlohn 2008 mit dem Vorschuss ihrer Partnerfirma bis Ende Monat April 2008 bzw. sobald das Geld ausgerichtet würde, bezahlen. Die Klägerin wurde somit von der Beklagten über die vorübergehende Illiquidität informiert und aufgrund persönlicher Gespräche wusste sie auch, dass diese gewillt war, ihr den ausstehenden Märzlohn auszubezahlen und sich entsprechend darum bemühte.

Bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorlag, ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass nur eine Lohnzahlung für eine vergangene Lohnperiode ausstand und nicht ein wiederholt längerer Verzug mit Lohnzahlungen vorlag.

Entscheidend ist weiter festzuhalten, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein Notventil darstellt und entsprechend zurückhaltend zu handhaben ist. Sie ist daher ungerechtfertigt, solange andere, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stehen (BGE 116 II 142 E. 5c). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht der Arbeitnehmerin bei ausstehendem Lohn für eine vergangene

Lohnperiode das Recht zu, ihre Arbeitsleistung einstweilen einzustellen, bis der Rückstand getilgt ist. In Analogie zu Art. 324 Abs. 1 OR bleibt der Arbeitnehmerin trotz ausbleibender Arbeitsleistung der Lohnanspruch erhalten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 337a OR).

Die Klägerin wäre ab 15. April 2008 zweifellos berechtigt gewesen, ihre Arbeit niederzulegen bis der Rückstand geleistet worden wäre, und die Beklagte hätte ihr weiterhin Lohn bezahlen müssen. Dieses Leistungsverweigerungsrecht nahm sie nicht in Anspruch, obwohl sie sich aufgrund persönlicher Gespräche mit der Beklagten darauf einstellen durfte, der ausstehende Märzlohn würde bei Eingang des Vorschusses bezahlt werden.

Zu berücksichtigen ist demzufolge, dass am 16. April 2008 lediglich ein Monatslohn ausstehend gewesen ist, die fristlose Kündigung nicht der einzig verbleibende Ausweg für die Klägerin dargestellt hat und die Verfehlungen der Beklagten nicht schwerwiegender Art gewesen sind. Somit lässt sich der Schluss ziehen, dass das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses darstellt, nicht derart zerstört worden ist, dass dessen Fortsetzung für die Klägerin unzumutbar geworden wäre. Die fristlose Kündigung erweist sich daher als ungerechtfertigt.

Weil die fristlose Kündigung der Klägerin ungerechtfertigt erfolgt ist, endete die Lohnzahlungspflicht der Beklagten am letzten Arbeitstag der Klägerin, am 14. April 2008. Die Frage, ob die Klägerin das Arbeitsverhältnis in oder nach Ablauf der Probezeit aufgelöst hat bzw. wann der ordentliche Kündigungstermin gewesen wäre, ist damit obsolet.»

(AGer., AN080345 vom 10. Juni 2008)

26. OR 337d; Kostspieliges Verlassen der Arbeitsstelle

Als ein befristet angestellter Fussballer vor Ablauf der Frist – ohne sich zu verabschieden – die Arbeitsstelle und das Land verliess, verlangte die Arbeitgeberin Schadenersatz.

Aus dem Entscheid (der Beklagte ist unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen):

«Gemäss Art. 337d Abs. 1 OR schuldet der Arbeitnehmer, welcher ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle verlässt, auch den Ersatz des über die Pauschale des Lohnviertels hinausgehenden Schadens.

Das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten wurde per Ende September 2005 durch den Beklagten beendet. Ein Auflösungsvertrag oder dergleichen existiert nicht. Der Beklagte hat ohne Verabschiedung ca. am 19. September 2005 das Land verlassen. Mit dem Verlassen der Arbeitsstelle wurde das Arbeitsverhältnis konkludent seitens des Beklagten beendet. Es liegt in diesen Fällen gewöhnlich keine ausdrückliche, sondern eine qualifizierte Willensbestätigung durch schlüssiges Handeln vor, indem der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle nicht antritt oder fristlos verlässt (ZK-Staehelin, N 2 zu Art. 337d OR).

Durch das vorzeitige und ungerechtfertigte Verlassen der Arbeitsstelle hat der Beklagte den bis 30. Dezember 2005 befristeten Arbeitsvertrag verletzt und so der Klägerin einen Schaden verursacht. Vor allem insofern, als für die leihweise Überlassung des Beklagten von der Klägerin insgesamt die Summe von Fr. 300'000.– bezahlt wurde, der Beklagte die Arbeitsstelle aber ungerechtfertigterweise am 19. September 2005 verlassen hat. Die Rückforderung betrifft die für die Zeitspanne seit dem Abreisen des Beklagten – der Einfachheit halber machte die Klägerin nur die vollen Monate ab Oktober 2005 geltend – bis Ende 2005 von der Klägerin verbücht gemachten Aufwendungen gegenüber Dritten. Diese Aufwendungen sind als Schaden zu qualifizieren, da der Beklagte eine zeitlich beschränkte Arbeitsstelle mit fester Vertragsdauer übernommen hatte (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 337d OR).

Aus all diesen Gründen erweist sich die Klage als begründet. Der Beklagte ist daher antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin Fr. 75'000.– netto nebst Zins zu 5 % seit 28. August 2006 (Datum der Klageeinleitung) zu bezahlen.»

(AGer., AG060022 vom 8. Dezember 2008)

27. OR 340; Konkurrenzverbot beim Velokurier?

Die Klägerin verlangte vom ausgeschiedenen Velokurier eine Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes. Zum “Einblick in den Kundenkreis” führte die Klägerin aus, dass der Beklagte als Velokurier täglich mit dutzenden ihrer Kunden in direktem Kontakt gestanden sei. Über die Funkanlage habe er zudem ihren gesamten Geschäftsverkehr mitgehört. Der Beklagte sei bei seiner Tätigkeit nicht auf einen bestimmten Kundenkreis beschränkt gewesen. Seine Kontakte hätten vielmehr quer durch den gesamten Kundenstamm der Klägerin gereicht. Teilweise seien sowohl Absender wie auch Empfänger ihre Kunden gewesen. Zum Einblick in den Kundenkreis äusserte sich das Gericht wie folgt:

Aus dem Entscheid:

«Dass der Beklagte dadurch den nach Art. 340 Abs. 2 OR geforderten Einblick in den Kundenkreis erlangt haben soll, ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

aa) Der Beklagte konnte keinen Einfluss auf die effektiven Kundenkontakte nehmen, da ihm die Kurieraufträge fortlaufend von der Zentrale über Funk übertragen wurden und sich diese nach seiner Disponibilität richteten. Er hatte hinsichtlich der Aufträge keinen direkten Kontakt mit der Klientel. Der Kontakt zum einzelnen Kunden fand daher grundsätzlich nur punktuell statt.

bb) Da ein qualifizierter Kundenkontakt Voraussetzung ist, ändert auch die Argumentation der Klägerin nichts, der Beklagte habe als Kurier den intensiveren Kontakt mit den Kunden gehabt als die Disponenten oder die für die Akquisition zuständigen Personen. Im Gegensatz zu den letztgenannten Personen war es dem Beklagten als untergeordnetem und lediglich ausführendem Mitarbeiter kaum mög-

lich, auf spezielle Kundenbedürfnisse einzugehen und für eine kontinuierliche Kundenbetreuung zu sorgen.

Es ist anzunehmen, dass der Beklagte an ihn gerichtete Kundenwünsche und Reklamationen der Zentrale oder seinem Vorgesetzten weiterzuleiten hatte, damit diese bei der Erfüllung künftiger Aufträge berücksichtigt werden konnten. Nach der Sachdarstellung der Parteien konnte der Beklagte den Kunden jedenfalls nicht gewährleisten, dass er deren nächsten Kurierauftrag ausführen werde.

Daraus folgt, dass der Beklagte trotz des direkten Kundenkontakts die Wünsche und Bedürfnisse der einzelnen nicht hinreichend kennen lernen konnte.

cc) Die Kunden wurden grundsätzlich von allen Kurierern der Klägerin bedient, weshalb sie nicht ausschliesslich mit dem Teilzeit und in Schichten arbeitenden Beklagten in Kontakt standen. Der Grad an Selbständigkeit in der Kundenbetreuung und der Umstand, ob noch andere Arbeitnehmer mit denselben Kunden in Kontakt stehen, ist bei der Beurteilung, ob ein Arbeitnehmer "Einblick in den Kundenkreis" hat, ebenfalls massgebend. Dem Arbeitnehmer ist es diesfalls wegen der Vielzahl von Betreuern gar nicht möglich, den entscheidenden Einfluss auf die Kundschaft zu erlangen, womit auch der geforderte Einblick entfällt (Neeracher, a.a.O., S. 25 f.).

dd) Selbst durch das Mithören des Funks war es dem Beklagten nicht möglich, ein gesamtheitliches Bild der Bedürfnisse und Wünsche der einzelnen Kunden zu erlangen, da er in zeitlicher Hinsicht nur einen Teil aller Aufträge mithören konnte und keinen Einblick in die Monatsabrechnungen der Kunden hatte. Zu berücksichtigen sind auch die Umstände, unter denen der Beklagte den Funk mithörte. Er bewegte sich im Strassenverkehr fort und konnte sich keine Notizen der Informationen machen. Bei einer Stammkundschaft von 2000 Kunden war es ihm daher nicht möglich, über Funk die Eigenheiten der einzelnen Kunden genügend zu erfassen.

Der Beklagte führte dazu aus, sich in erster Linie auf den Strassenverkehr konzentriert zu haben und nur dann genauer auf den Funk gehört zu haben, wenn seine Nummer genannt worden sei.

ee) Wie der Beklagte zu Recht ausführt, ist sodann seine als Velokurier hierarchisch untergeordnete Stellung zu berücksichtigen. Ein solcher Arbeitnehmer steht in der Regel nur mit untergeordneten Angestellten der Kunden in Kontakt, was ebenfalls gegen einen "Einblick in den Kundenkreis" spricht.

Wenn beispielsweise eine Sendung einer Anwaltskanzlei per Velokurier zugestellt werden soll, so wird ihm diese kaum vom Inhaber oder Partner der Kanzlei übergeben, sondern wohl eher vom Sekretariat. Es widerspricht der Lebenserfahrung, anzunehmen, der Beklagte habe mit den Entscheidungsträgern auf Seiten der Kunden der Klägerin intensiven Kontakt gepflegt. Der Beklagte bezeichnet den Kundenkontakt lediglich als flüchtig.

ff) Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer einen sehr grossen Kundenkreis zu betreuen hat, spricht ebenfalls gegen die Einblicksmöglichkeit in den Kundenkreis (Neeracher, a.a.O., S. 26). Der Beklagte bediente kein ihm zugewiesenes Kundensegment, sondern führte Aufträge für die gesamte Stammkundschaft der Klägerin aus, welche rund 2000 Kunden umfasst, was ein relativ grosser Kundenstamm ist.

c) Die Klägerin vermag auch nicht darzutun, welche konkreten Tatsachen der

Beklagte kennen gelernt haben soll, die im Wettbewerb um die Kundschaft für den Verbleib bei der Klägerin bzw. für einen Wechsel mit dem Beklagten zur Firma X. entscheidend gewesen wären.

aa) Die erwähnten Vorteile, welche der Beklagte dadurch habe erlangen können, dass er bereits einmal einen Kunden bedient hat, gehören nicht zu den vom Konkurrenzverbot geschützten Kenntnissen über die Kundenbeziehung zwischen Arbeitgeber und Kunde.

bb) Die Kenntnis jener Kunden, die während der Einsätze des Beklagten bei der Klägerin wegen längerer Wartezeiten unzufrieden gewesen sind, wäre geeignet, um einen Wechsel zu einer anderen Kurierfirma herbeizuführen. Der Beklagte bestreitet diesbezüglich, der Firma X. neue Kunden verschafft zu haben.

Zur Beurteilung der Gültigkeit des Konkurrenzverbots ist jedoch massgebend, dass solche allfällige Wechsel zu konkurrenzierenden Kurierfirmen nicht auf die Kenntnis spezieller Kundenbedürfnisse durch den Beklagten, sondern auf die Unzufriedenheit der betroffenen Kunden mit der Dienstleistung der Klägerin zurückzuführen sind.

Die Klägerin führt selber aus, auf dem Kuriermarkt herrsche ein harter Konkurrenzkampf. Ein solcher Kundenverlust ist daher, wie der Beklagte zu Recht ausführt, in erster Linie auf leistungs- und marktbedingte Umstände zurückzuführen, womit es an der Kausalität zwischen der Verwendung von Spezialkenntnissen durch den Beklagten und des Kundenverlustes fehlt. Daher vermag die Kenntnis von unzufriedenen Kunden alleine nicht zur Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes führen.

d) Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass das Konkurrenzverbot der liberalen Wirtschaftsordnung in der Schweiz widerspricht und daher eher einschränkend auszulegen ist (ZR 97 Nr. 56 mit weiteren Hinweisen).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht davon ausgegangen werden kann, der von der Klägerin geltend gemachte persönliche Kontakt zwischen dem Beklagten und der Stammkundschaft der Klägerin während des dreimonatigen Teilzeit-Arbeitsverhältnisses habe die geforderte Intensität erreicht und diesem ermöglicht, ausreichende Kenntnis der Bedürfnisse und Wünsche der einzelnen Kunden in Erfahrung zu bringen. Daran ändern wie aufgezeigt auch die zusätzlichen Informationen über Funk nichts. Somit fehlt es am "Einblick in den Kundenkreis" im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR, weshalb das vereinbarte Konkurrenzverbot nicht verbindlich ist. Eine Prüfung der zwischen den Parteien ebenfalls umstrittenen erheblichen Schädigungsmöglichkeit der Klägerin ist somit obsolet.

Mangels Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots entfällt auch die Grundlage zur Durchsetzung der vereinbarten Konventionalstrafe (Art. 340 Abs. 2 OR). Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen.»

(AGer., AG080022 vom 9. Oktober 2008)

28. GVG 100; Vergleichsvorschlag und Ablehnungsbegehren

Nach durchgeführter Hauptverhandlung wurde den Parteien die vorläufige Meinung des Gerichts hinsichtlich Rechts- und Beweislage erläutert und es wurden Vergleichsvorschläge gemacht, welche von der Beklagten abgelehnt wurden. Im Anschluss an die gescheiterten Vergleichsgespräche warf der Vertreter der Beklagten dem Gericht Befangenheit vor.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

«1. Die Gesuchsteller lassen das Ablehnungsbegehren “formell” zunächst damit begründen, der Prozess habe rund vier Stunden gedauert, wovon das Zwiegespräch des Gerichtsvorsitzes mit dem Kläger ungefähr drei Viertel der Zeit besetzt habe.

Die Gesuchsteller waren anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung durch einen Rechtsanwalt sowie durch ihren Treuhänder vertreten. Dass die Plädoyers des Rechtsanwaltes der Gesuchsteller deutlich weniger Zeit beansprucht haben als die Befragung des Klägers, der ohne Rechtsbeistand vor Gericht erschienen war, ist wenig erstaunlich. Die Befragung des rechtsunkundigen und nicht vertretenen Klägers durch den Gerichtsvorsitz entspricht sodann den Vorschriften des Gesetzes (§ 55 ZPO). Von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Parteien kann somit keine Rede sein und ein Ablehnungsgrund im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist insoweit nicht gegeben.

2. Als weiteren Befangenheitsgrund lassen die Gesuchsteller geltend machen, der Kläger habe auf die Dienste der Dolmetscherin verzichtet, nachdem er die Subjektivität des Gerichtsvorsitzes erkannt habe.

Woraus sich die Subjektivität des Gerichtsvorsitzes ergeben soll, wird nicht näher ausgeführt. Falls die Gesuchsteller damit die in zeitlicher Hinsicht ausgedehnte Befragung durch den Gerichtsvorsitz meinen, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Ein Ablehnungsgrund ist auch insoweit nicht gegeben.

3. Die Gesuchsteller lassen sodann geltend machen, der Gerichtsvorsitz habe dem Kläger in der Argumentation geholfen.

Aus welcher Stelle des Protokolls sich diese Hilfeleistung ergeben soll, wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Ein Ablehnungsgrund ist damit nicht dargetan.

4. Der Gerichtsvorsitz habe seine Befangenheit dadurch ausgedrückt, dass er dem Beklagten (X., einer der beiden Beklagten) dessen Betreibungen vorgeworfen habe.

Auf welche Protokollstelle sich dieser nicht näher substantiierte Vorwurf abstützt, ist wiederum nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Ein Ablehnungsgrund ist damit auch in diesem Punkt nicht gegeben.

5. Der Gerichtsvorsitz habe schliesslich den belegten Tatbestand der Konkurrenzierung dem Beklagten auszureden versucht bzw. nicht als wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR berücksichtigt.

Offenbar nehmen hier die Gesuchsteller Bezug auf die vom Gericht aufgezeigten Vergleichslösungen. Ausdrücklich hat der Gerichtsvorsitz zu Beginn dieser Vergleichsgespräche darauf hingewiesen, dass es sich um eine vorläufige Meinungsäusserung sowohl bezüglich der Rechts- als auch der Beweislage handle. Damit wurde hinreichend klargestellt, dass eine spätere Korrektur dieser vorläufigen Beurteilung, ins-

besondere nach Durchführung eines allfälligen Beweisverfahrens, möglich ist. Dass der Gerichtsvorsitz im Rahmen der den Parteien unterbreiteten Vergleichsvorschläge unsachlich argumentiert hat, lässt sich dem Protokoll sodann nicht entnehmen. Auch insoweit erweist sich das Ablehnungsbegehren daher als unbegründet.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die geltend gemachten Ablehnungsgründe offenbar allein der subjektiven Überzeugung der Geschworenen bzw. ihres für sie handelnden Treuhänders entsprechen, während aus der Sicht eines objektiven und vernünftigen Dritten keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, welche auf eine Befangenheit der abgelehnten Mitglieder des Arbeitsgerichts schliessen liessen. Das Ablehnungsbegehren ist daher abzuweisen.»

(AGer., AN070363 vom 22. Februar 2008; im Berufungsverfahren wurde der Entscheidung vom OGer. bestätigt)

29. ZPO 27; Parteifähigkeit einer Zweigniederlassung

Der Hauptsitz der Beklagten befindet sich im Staate Q. Eine Zweigniederlassung existiert unter anderem seit 2004 auch in Zürich, gegen welche sich die Klage richtete.

Aus dem Entscheid:

«Eine Partei kann selbständig Prozesse führen, soweit sie handlungsfähig ist (§ 27 ZPO). Nicht parteifähig und daher auch nicht prozessfähig ist die Zweigniederlassung; sie bildet, auch wenn sie einen Gerichtsstand zu begründen vermag, mit der Hauptniederlassung eine rechtliche Einheit (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu §§ 27/28 ZPO). Daher ist vorliegend die Hauptniederlassung in Q. und nicht etwa deren Zweigniederlassung in Zürich passiv legitimiert.

Da die bloss fehlerhafte Parteibezeichnung durch die Klägerin heilbar ist (BGE 120 III 11), war mit Präsidialverfügung das Rubrum des vorliegenden Verfahrens dahingehend zu berichtigen, dass anstelle der X. in Zürich neu die X. in Q., Zustelladresse: Zweigniederlassung Zürich (Adresse), aufgeführt wird.»

(AGer., AN070363 vom 22. Februar 2008; im Berufungsverfahren wurde der Entscheidung vom OGer. bestätigt)

30. ZPO 84; Unentgeltliche Vertretung, wenn eine Rechtsschutzversicherung vorhanden ist?

Mit der Klage liess der Rechtsvertreter der Klägerin das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung stellen.

Aus dem Entscheid:

«Einer Partei, welcher die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und

die Familie die Kosten für das Gerichtsverfahren aufzubringen, wird auf Gesuch hin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 ZPO). Für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gelten dieselben Bedingungen. Zusätzlich wird verlangt, dass die Partei für die gehörige Führung eines Prozesses eines solchen bedarf (§ 84 und § 87 ZPO).

Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin setzt voraus, dass sie sämtliche verfügbaren Hilfsmittel wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft und ihren Kredit zur Finanzierung des Prozesses ausgeschöpft hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 84 ZPO). Massgebend für die Beurteilung der Mittellosigkeit sind die augenblicklichen Verhältnisse der Gesuchstellerin. Es kommt auf die Mittel an, die sie tatsächlich zur Verfügung hat (BGE 99 Ia 442, 101 Ia 34).

Zwar bestätigen die Sozialen Dienste Zürich im eingereichten Schreiben vom 21. August 2007, dass die Klägerin und deren Familie derzeit für die Lebenserhaltungskosten von den Sozialen Diensten unterstützt werde und dass diese Unterstützung gemäss den Richtlinien der Sozialbehörde der Stadt Zürich erfolge, dass die Klägerin also mittellos ist. Die Klägerin verfügt jedoch über eine Rechtsschutzversicherung, die offenbar eine Kostengutsprache für die anwaltschaftlichen Bemühungen erteilt hat. Damit bleibt kein Raum mehr für unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung. Mit der Kostengutsprache der Rechtsschutzversicherung ist der mittellosen Klägerin das ermöglicht worden, was auch das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege ermöglichen sollte, nämlich trotz der Mittellosigkeit zum Recht zu kommen.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist somit abzuweisen.»

(AGer., AN070870 vom 8. Dezember 2008)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2007:

Zu Nr. 3.:

Bestätigung des Entscheids. Die Pönalentschädigung wurde auf einen Monatslohn reduziert; OGer., LA070020 vom 25. April 2008.

Zu Nr. 5.:

Nichteintreten/Abweisung durch das Obergericht am 17. Mai 2008; PN080007. Das Bundesgericht trat auf die Berufung am 23. September 2008 nicht ein; 4D_88/2008.

Zu Nr. 6. und 25.:

Der Entscheid wurde am 19. Juni 2008 an das Arbeitsgericht zurückgewiesen; LA070032.

Zu Nr. 15.:

Dieser Entscheid ist noch am Obergericht hängig.

In der Publikation 2006:

Zu Nr. 5.:

Dieses Thema war vor Obergericht nicht mehr strittig; OGer., LA070002 vom 21. August 2008.

Zu Nr. 18.:

Das Obergericht kam zum Schluss, das Arbeitsverhältnis sei Ende Mai zu Ende gegangen, weshalb darüber hinaus kein Anspruch mehr bestehe; OGer., LA070004 vom 6. Mai 2008.

III. DER BEWEIS DER ARBEITSUNFÄHIGKEIT – PROBLEME MIT ARZTZEUGNISSEN

von Dr. Hans-Peter Egli, Vorsitzender Arbeitsgericht Zürich

1 Einleitung¹

Das Problem, das sich in einem Arbeitsverhältnis immer wieder stellt, ob nämlich ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist und zu Recht der Arbeit fernbleibt, ist wahrscheinlich so alt wie der politische Entscheid, dem Arbeitnehmer, der wegen Krankheit oder Unfall nicht mehr arbeiten kann, für eine beschränkte Zeit gleichwohl den Lohn ausrichten zu lassen.

Bereits im OR von 1881 wurde vorgesehen, eine Lohnfortzahlungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen einzurichten. Später galten lange für die Lohnfortzahlung die bekannten Skalen (Basler-, Berner- und Zürcher Skala), die heute noch immer von den Gerichten angewendet werden und in einem Rechtsstaat eigentlich ein Unding sind², insbesondere da sich Arbeitsgerichte ausserhalb Bern, Basel und Zürich recht willkürlich an diese Skalen halten.

Obwohl der Gesetzgeber bis heute auf eine Pflicht zur Krankentaggeldversicherung verzichtet hat, sind mittlerweile der grössere Teil aller Arbeitsverhältnisse Taggeld versichert, vor allem natürlich diejenigen, welche tarifvertraglich geregelt sind. Das macht die Sache nicht unbedingt einfacher, denn mit der Versicherung kommt ein Dritter hinzu und man bewegt sich in einem nicht immer einfachen Dreiecksverhältnis. Da es sich aber um eine Kollektivversicherung handelt, ist stets der Arbeitgeber Versicherungsnehmer und nicht der Arbeitnehmer, was zu Folge hat, dass die meisten Streitigkeiten über Krankheit und Arbeitsunfähigkeit nach wie vor an den Arbeitsgerichten, d.h. zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stattfinden, selbst wenn der Prozessgrund darin besteht, dass die Versicherung ihre Leistungen verweigert. Auch der versicherte Arbeitnehmer kann sich unmittelbar an seinen Arbeitgeber halten und muss in Streitfällen nicht die Versicherung einklagen.

2 Wann liegt Arbeitsunfähigkeit vor?

Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers liegt dann vor, wenn er an einer Krankheit oder den Folgen eines Unfalls leidet, die ihm das Arbeiten unmöglich machen. Das ist der Normalfall, der in der Regel keine rechtlichen Probleme aufwirft. Der Arbeit-

¹ Dieser Aufsatz ist die erweiterte Fassung eines Vortrags des Autors, gehalten am 19. November 2008 vor dem Verein Zürcher Handelsfirmen. Der Einfachheit halber werden nur männliche Bezeichnungen verwendet.

² «Ein Paradebeispiel, wie man Gesetze nicht machen sollte» und «der Wirkung nach sozialstaatswidrig», so Manfred Rehbindler, Berner Kommentar, N 28 zu Art. 324a OR.

geber nimmt die Krankmeldung zur Kenntnis, der Arbeitnehmer bleibt der Arbeit fern und der Arbeitgeber leistet (für eine beschränkte Zeit) Lohnfortzahlung.

Ein Arbeitnehmer kann aber auch dann arbeitsunfähig sein, wenn er zwar zu arbeiten in der Lage wäre, aber Schonung braucht, weil seine Krankheit sich sonst verschlimmern würde, wenn er sich einer medizinisch notwendigen Maßnahme, z.B. einer Operation unterzieht und erst dadurch an der Arbeit gehindert wird, oder wenn ein Hilfsmittel, das er bei seiner Tätigkeit benötigt, etwa eine Beinprothese, defekt ist.

Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, eine notwendige, aber grundsätzlich aufschiebbare Operation auf Wunsch des Arbeitgebers auch tatsächlich hinauszuschieben. Der Arbeitnehmer kann deren Zeitpunkt frei wählen³.

Im Übrigen definiert beispielsweise Art. 6 des BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts die Arbeitsunfähigkeit:

«Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.»

3 Selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit

Eine Lohnfortzahlung tritt nur dann ein, wenn der Arbeitnehmer “ohne sein Verschulden” der Arbeit fern bleibt, mit andern Worten braucht bei einer selbstverschuldeten Krankheit (oder Unfall) nicht bezahlt zu werden.

Da hier an den Verschuldensbegriff strengere Anforderungen gestellt werden, sind Fälle verschuldeter Arbeitsunfähigkeit an den Gerichten äußerst selten. Der Arbeitnehmer soll den Lohnanspruch nicht schon verlieren, wenn er bei gehöriger Sorgfalt hätte voraussehen können, sein Verhalten führe zu einer Arbeitsunfähigkeit und es ihm möglich gewesen wäre, sich anders zu verhalten⁴. Die Frage ist aber umstritten⁵. Da der Arbeitnehmer grundsätzlich selber bestimmt, wie er seine Freizeit verbringen will, kann ihm deswegen kein Vorwurf gemacht werden, wenn er eine gefahrenrächige Sportart betreibt, so lange er die Regeln dieser Sportart beachtet und sich nicht unbedacht verhält. Das gilt beispielsweise für Hängegleiten, Fallschirmspringen, Inline-Skating und Boxen.

Auch gewöhnliches gesundheitsschädliches Verhalten kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht vorwerfen, da jeder selbst entscheiden muss, ob er seine Gesundheit ruinieren will. Wenn etwa ein starker Raucher öfter als andere an Bronchitis erkrankt, wird ihm der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung nicht verweigern dürfen.

³ Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. A., Zürich 2006, N 10 zu Art. 324a/b.

⁴ Thomas Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in AJP/PJA 2003, S. 325.

⁵ Vgl. Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 23 zu Art. 324a OR.

Wer sich betrinkt oder Drogen konsumiert und dadurch seine Arbeitsunfähigkeit verursacht, ohne alkoholabhängig oder drogensüchtig zu sein, handelt zwar schuldhaft und hätte keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Das ist indessen ziemlich irrelevant, denn kein Arbeitnehmer wird zugeben, dass er sich deswegen das Bein gebrochen hat, weil er im Vollrausch die Treppe hinuntergefallen ist. Alkohol- oder Drogenabhängigkeit wird demgegenüber als eine Krankheit anerkannt und dem Arbeitnehmer kann kein Verschulden vorgeworfen werden.

4 Meldung der Arbeitsunfähigkeit

Mit dem Beginn einer Erkrankung, durch welche die Arbeitsausübung unmöglich oder wesentlich erschwert wird, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich über seine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer zu informieren. Dies gilt auch, wenn sich der Arbeitnehmer im Urlaub befindet. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern. Die Meldepflicht ist eine doppelte: Der Arbeitnehmer muss einerseits die Krankheit melden und andererseits nach einer gewissen Zeit ein Arztzeugnis beibringen.

Der Grund der Arbeitsunfähigkeit (die Art der Erkrankung) braucht der Arbeitnehmer nicht mitzuteilen, ausser wenn durch die Erkrankung eine Ansteckungsgefahr für die Mitarbeitenden besteht bzw. bestanden hat. Dann muss er den Arbeitgeber darüber in Kenntnis setzen, damit entsprechende Vorsichtsmassnahmen getroffen werden können.

Es ist unübersehbar, dass im Alltag in diesem Punkt oft gesündigt wird. Insbesondere bei Erkrankungen im Urlaub erfolgt die Krankmeldung vielfach nur ungenügend. Die damit verbundenen Ausreden lassen glauben, wir lebten noch im Postkutschen- und Brieftaubenzeitalter und nicht in dem der uneingeschränkten Informationsmöglichkeiten von Mobiltelefonen, SMS und E-Mails.

Das hat nicht zuletzt damit zu tun, dass die Krankmeldung und das Vorlegen von Arztzeugnissen blosse Ordnungsvorschriften sind⁶, deren Verletzung für den Arbeitnehmer letztlich ohne Konsequenzen bleibt. Selbst seine Weigerung, ein Arztzeugnis vorzulegen, berechtigt den Arbeitgeber nicht zum Einstellen der Lohnfortzahlung. Der Arbeitnehmer kann seine Krankheit auch anders beweisen und Beweisführungsverträge⁷ sind nach Art. 8 ZGB verpönt.

Gleichwohl muss vom Arbeitnehmer verlangt werden, dass er seine Krankmeldung unverzüglich, korrekt und sicher vornimmt, d.h. telefonisch oder schriftlich (Fax, auf Grund der Unverzüglichkeit nicht auf postalischem Weg) durch ihn selbst oder durch eine von ihm beauftragte Person. Die Krankmeldung muss einer zur Personalführung kompetenten Person mitgeteilt werden, also nicht einem zufällig anwesenden Kollegen.

⁶ JAR 2001, S. 221, OG BL.

⁷ Verträge, in denen vereinbart wird, wie etwas bewiesen werden soll oder etwas als unbestreitbar vereinbart wird.

5 **Krankheit in den Ferien**

Die Ferien sind grundsätzlich in gesundem Zustand zu verbringen⁸, denn sie haben der Erholung zu dienen. Bei einer Krankheit, welche den Erholungszweck vereitelt, hat der Arbeitnehmer Anspruch darauf, diese Ferien nachzuholen⁹.

Die Vereitelung des Erholungszwecks und die Unfähigkeit zu arbeiten, laufen nicht immer parallel. Denkbar sind Krankheiten, die einen Arbeitnehmer arbeitsunfähig machen, nicht aber den Erholungszweck der Ferien vereiteln. Eine Schnittverletzung am Finger führt bei einem Uhrmacher schnell zu Arbeitsunfähigkeit, sollte den Erholungszweck von Ferien allerdings nicht vereiteln. In einem solchen Fall besteht kein Anspruch, die Ferien nachzuholen. Auf der andern Seite können hartnäckige Kopfschmerzen die Erholung im Urlaub gründlich verderben, ohne dass der Arbeitnehmer deswegen voll arbeitsunfähig wäre. Im Fall, eine Krankheit führe zu Ferien-, nicht aber zu Arbeitsunfähigkeit, muss der Arbeitnehmer prinzipiell seinen Urlaub abbrechen und die Arbeit wieder antreten, sofern das technisch und organisatorisch möglich ist¹⁰.

Arbeitnehmer erkranken relativ häufig im Urlaub. Auch dort treffen sie die gleichen Pflichten, wie wenn sie sich im Inland aufhielten. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus dem Ausland vorlegen kann, die auch in der Landessprache abgefasst werden darf. Im Ausland ausgestellte ärztliche Atteste haben grundsätzlich denselben Beweiswert wie inländische¹¹.

Würde auf solche ausländischen Zeugnisse weniger abgestellt werden, würden ausländische Arbeitnehmer, die ihre Ferien im Heimatland verbringen und dort erkranken, diskriminiert. Gleichwohl erwecken häufige Erkrankungen im Urlaub, besonders gegen dessen Ende hin, welche auch noch die Rückreise und die rechtzeitige Wiederaufnahme der Arbeit verunmöglichen, verständlicherweise gewissen Argwohn. Es bleibt dem misstrauischen Arbeitgeber bloss die Möglichkeit, den Arbeitnehmer sofort zum Vertrauensarzt zu schicken, wenn er aus seinen Ferien oder seinem Heimaturlaub zurückgekehrt ist.

In der Europäischen Union gilt bezüglich des Beweiswerts einer ausländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Folgendes:

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes¹² ist die in einem Mitgliedstaat der EU getroffene Feststellung der Arbeitsunfähigkeit für den Arbeitgeber verbindlich. Es bleibt ihm jedoch unbenommen, die nicht vorliegende Krankheit des Arbeitnehmers zu beweisen. Nicht ausreichend ist es, wenn der Arbeitgeber ernsthafte

⁸ Geiser, S. 324.

⁹ Streiff/von Kaenel, N 10.

¹⁰ Geiser, S. 324.

¹¹ Manfred Reh binder, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in FS für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 199.

¹² U.a. EuGH 03.06.1992 - C 45/90.

Zweifel für eine Erschütterung an der Arbeitsunfähigkeit vorbringt. Dies wurde im Gegensatz dazu vor den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes vom deutschen Bundesarbeitsgericht als ausreichend erachtet. Hintergrund war die Vermeidung einer Beweisschwierigkeit des sich im Ausland befindenden Arbeitnehmers.

6 Arztzeugnisse

6.1 Zweifelhafte Zeugnisse

Auf Probleme mit Arztzeugnissen soll hier schwerpunktartig eingegangen werden. Vorauszuschicken ist, dass einem bewusst sein muss, dass dabei Missbräuche vorkommen. Solche finden sich in der Art, dass Arbeitnehmer ihre Ärzte hinters Licht führen, indem sie ihnen eine nicht bestehende Krankheit vorgaukeln, oder dass ein bestimmter Arzt sich dazu bewegen lässt, eine Arbeitsunfähigkeit zu diagnostizieren, wo keine ist und wo er das auch weiss oder zumindest vermutet. Aussagen darüber, ob in jüngerer Zeit solche Missbräuche zugenommen haben, sind schwer zu treffen. Das zu beurteilen, dürfte fast unmöglich sein, da insbesondere auch die Dunkelziffer vermutlich hoch ist.

Jedenfalls lässt sich vor Gericht immer häufiger feststellen, dass Arbeitgeber gegenüber Arztzeugnissen zunehmend argwöhnischer werden. Dabei sticht ein Fall besonders hervor und tritt in letzter Zeit – wie es scheint – häufiger auf: Nicht selten wird ein Arbeitnehmer kurze Zeit nach Erhalt der Kündigung oder sogar noch am selben Tag krank. Bei dieser Sachlage ist das Misstrauen des Arbeitgebers auch nachvollziehbar. Ein Beispiel: Einem Mitarbeiter, der am Vormittag normal gearbeitet hat, wird am 20. November, um 11 Uhr gekündigt. Er nimmt die Kündigung entgegen und bestätigt deren Empfang auf dem Doppel. Um 11:30 stempelt der Mitarbeiter aus und verlässt den Arbeitsplatz ohne Wissen des Arbeitgebers. Einen Tag später sucht der Mitarbeiter einen Arzt auf, welcher ihn rückwirkend ab dem 20. November bis zum 9. Dezember arbeitsunfähig schreibt. Das Arztzeugnis schickt er unverzüglich dem Arbeitgeber und macht geltend, die Kündigung sei nichtig, weil sie während seiner Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen worden sei.

Hierzu darf vorab angemerkt werden, dass dieses Zeugnis so oder so nicht über alle Zweifel erhaben ist. Als Beweismittel ist es wenig tauglich, weil der Arbeitnehmer während des Vormittags des 20. November gearbeitet und damit die Schlussfolgerung des Zeugnisses widerlegt hat, seine allfällig dann schon vorhandene Gesundheitsstörung habe zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt. Ferner dürfte sich zu jenem Zeitpunkt eine Arbeitsunfähigkeit von zweieinhalb Wochen in der Regel bloss als “voraussichtlich” oder als “mindestens” bezeichnen lassen. Letzteres dann, wenn eigentlich schon zu Beginn mit einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit zu rechnen ist.

Neustens stösst man zuweilen auf ärztliche Atteste, die nach einer Kündigung eine Arbeitsunfähigkeit nur für die betreffende Arbeitsstelle ausweisen. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer zwar nicht arbeiten, aber sonst tun und lassen kann, was ihm beliebt. Hier ist guter Rat teuer. Da die Arbeitsunfähigkeit immer eine psychische ist, müsste der Arzt angeben, auf welche Personen sich die Unmöglichkeit der

Zusammenarbeit bezieht. Möglicherweise lässt sich der (beschränkt) arbeitsunfähige Mitarbeiter in einem andern Umfeld beschäftigen, wo sich die Inkompatibilität mit andern Mitarbeitenden oder Vorgesetzten nicht auswirken kann.

6.2 Die Beweislage bei Arbeitsunfähigkeit

Missbräuche lassen sich nicht ausrotten, aber man kann versuchen, sie zu minimieren und sich geeignete Massnahmen zu überlegen.

Die Ausgangslage in solchen Verfahren ist ja die, dass der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleibt und behauptet, arbeitsunfähig zu sein. Der Arbeitgeber glaubt ihm nicht und bestreitet vor Gericht die Arbeitsunfähigkeit.

Hier ist grundsätzlich festzuhalten, dass es gemäss Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer ist, der seine Arbeitsunfähigkeit beweisen muss. Der Arbeitnehmer verlangt Lohn, d.h. eine Entschädigung für eine Zeit, in der er nicht arbeitet, und somit eine Ausnahme zum Normalfall Arbeit gegen Lohn. Dass diese Sachlage gegeben ist, hat der Arbeitnehmer zu beweisen. Der Arbeitgeber kann sich vorerst damit begnügen zu bestreiten.

In der Regel wird ein Arztzeugnis zu den Akten produziert, das zuweilen leserlich geschrieben, aber nicht immer sehr aufschlussreich ist. Solche Arztzeugnisse haben in jüngerer Zeit einen emphatischen Kritiker gefunden. Aufsehen erregt hat nämlich im Jahr 2007 eine Streitschrift von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ernst Zeller mit dem Titel «Krankheit und Arbeitsunfähigkeit»¹³. Sein im Eigenverlag herausgegebener Aufsatz geht von den Prämissen aus, sogenannter Absentismus, nämlich Fernbleiben von der Arbeit unter Vortäuschen einer nicht vorhandenen unverschuldeten Krankheit, sei die grösste Pflichtverletzung, die sich ein Arbeitnehmer zu schulden kommen lassen könne und solche Art Krankfeiern sei eine volkswirtschaftliche Seuche.

Ernst Zeller ist der Auffassung, ärztlichen Attesten sei grundsätzlich zu misstrauen. Dass er dabei geneigt ist, sämtliche Ärzte über einen Kamm zu scheren, tut der Ernsthaftigkeit seiner Ausführungen Abbruch und macht seinen Aufsatz zur Polemik. Zeller fordert, dass die Gerichte Arztzeugnissen jegliche Beweiskraft absprechen und selber Beweise erheben müssten. Das hätte über unabhängige Abklärungspersonen und neutrale Vertrauensärzte zu geschehen. Ferner seien Krankheitsgeschichten immer zu den Akten zu erheben. Schliesslich verlangt er indirekt auch eine strafrechtliche Verfolgung der Ärzte, da diese jedenfalls eventualvorsätzlich den Tatbestand eines falschen ärztlichen Zeugnisses erfüllen würden.

Zum Teil rennt Ernst Zeller offene Türen ein. Selbstverständlich schenken die Gerichte nicht blindlings jedem ärztlichen Attest einfach Glauben. Gleichwohl darf im Normalfall davon ausgegangen werden, ärztliche Zeugnisse würden von den Medizinern nach bestem Wissen und Gewissen ausgestellt, weshalb sie zumindest als Anscheinsbeweis gelten. Sie unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung¹⁴.

¹³ «Krankheit und Arbeitsunfähigkeit» von Prof. Dr. iur. Ernst Zeller, Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Zürich, Zürich und Uitikon, unter Mitarbeit von lic. iur. Philip R. Bornhauser, Mitarbeitender im Anwaltsbüro des Verfassers, Zürich, abrufbar über <http://www.rwi.uzh.ch/titzeller/publikationen/krankheitundarbeitsunfaehigkeitzuerich2007.pdf>.

¹⁴ Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 2006, N 9 zu Art. 324a OR.

So bestimmt Art. 34 der Standesordnung FMH vom 12. Dezember 1996:

Ärztliche Zeugnisse, Berichte und Gutachten sind Urkunden. Bei deren Ausstellung haben Arzt und Ärztin alle Sorgfalt anzuwenden und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszudrücken. Der Zweck der Schriftstücke, das Ausstellungsdatum und ihre Empfänger sind anzugeben.

Die Ausstellung von Gefälligkeitszeugnissen ist unzulässig.

Das bedeutet, dass grundsätzlich einmal davon ausgegangen werden darf, der ärztliche Befund sei richtig. Gleichwohl gibt es Ausnahmen, die meistens dann vorkommen, wenn bestimmte Umstände zusammentreffen:

- Die Arbeitsunfähigkeit wurde vom Arzt rückwirkend bestätigt¹⁵.
- Es werden innerhalb kurzer Zeit mehrere Zeugnisse vorgelegt, die jedes Mal von einem andern Arzt stammen, was den Verdacht nahe legt, der Arbeitnehmer gehe mit ein und derselben Erkrankung “hausieren”, um möglichst viel Arbeitsbefreiung herauszuholen.
- Der Arbeitnehmer hat nach einer Auseinandersetzung mit dem Vorgesetzten vor Kollegen angekündigt, er werde sich jetzt “krank schreiben lassen”.
- Beantragte Ferien sind nicht genehmigt worden, worauf eine Krankmeldung erfolgt, die sich auf den nämlichen Zeitraum bezieht.
- Der Arbeitnehmer wird während der Arbeitsunfähigkeit bei andern Tätigkeiten oder Freizeitaktivitäten beobachtet.
- Ehepaare erkranken während der Ferien wiederholt und sind zum selben Zeitpunkt wieder arbeitsfähig.
- Der Arzt ist für grosszügiges Krankschreiben bekannt.

6.3 Beweismittel

Bestreitet der Arbeitgeber aufgrund irgendeines Verdachts die Richtigkeit des ärztlichen Attestes, werden im Rahmen eines Beweisverfahrens weitere Beweise erhoben, denn einem gewöhnlichen Arztzeugnis kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein absoluter Beweiswert zu. Der Richter darf sich über den in einem ärztlichen Attest enthaltenen Befund hinwegsetzen, wenn sich aus den Umständen ergibt, die Arbeitsunfähigkeit könnte nicht bestanden haben¹⁶. Wenn solche begründeten Zweifel bestehen, ist in jedem Fall der ausstellende Arzt als Zeuge zu vernehmen. Einerseits erlaubt die Zeugenvernehmung dem Arzt, eine differenziertere Aussage zu machen als er im Formularzeugnis tun kann, wo es nur darum geht, arbeitsfähig ja oder nein. Andererseits wird eine falsche Zeugenaussage gemäss Art. 307 StGB mit einer Strafe von bis zu fünf Jahren Freiheitsentzug bedroht, während die Höchststrafe für die Fälschung eines ärztlichen Zeugnisses bloss bei drei Jahren Freiheitsstrafe liegt. Schliesslich sind Arztzeugnisse meist derart bruchstückhaft, dass eine

¹⁵ Vgl. aber unten Ziff. 6.5: Die Rückdatierung von Arztzeugnissen.

¹⁶ BGer. 4P.101/2005, Urteil vom 9. Juni 2005; JAR 1997, S. 132 (BGer.). Fehlen solche Zweifel und erfüllt das Arztzeugnis die Standards, kann auf dieses als Beweismittel abgestellt werden: LGVE 2006 I S. 67/68.

Vernehmung des Arztes fast unausweichlich ist. Nur so kann auch erst in Erfahrung gebracht werden, wenn ein Arztzeugnis ohne Konsultation ausgestellt worden ist, was nicht akzeptiert werden kann¹⁷. Arztzeugnisse, die lediglich auf den Angaben des Patienten, auf einer Ferndiagnose beruhen, haben keinen Beweiswert¹⁸.

Weigert sich der Arbeitnehmer, den Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden, müsste das Verhalten des Arbeitnehmers nach § 148 ZPO gewürdigt werden und seine Aussichten, die Arbeitsunfähigkeit zu beweisen, als gering eingeschätzt werden.

Die Forderung Ernst Zellers, wegen der Mangelhaftigkeit ärztlicher Zeugnisse Krankengeschichten immer zu den Akten zu nehmen, ist kategorisch abzulehnen. Krankengeschichten geben in der Regel auch über Krankheiten und Beschwerden Auskunft, die mit der zu beurteilenden Arbeitsunfähigkeit nichts zu tun haben und den Arbeitgeber sowieso nichts angehen. Und selbst bei der Krankheit, welche konkret die Arbeitsunfähigkeit verursacht haben soll, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, Ursache und ärztliche Diagnose zu erfahren¹⁹. Hingegen ist nichts dagegen einzuwenden, dass sich der Arzt als Zeuge auf die Krankengeschichte stützt und damit deren Inhalt ordentlich "gefiltert" zu Protokoll und den Akten geben kann.

Ferner ist auch die Forderung nach unabhängigen Gutachten, die Zeller erhebt, weltfremd. Medizinische Gutachten pflegen in der Regel mehrere Tausend Franken zu kosten. Es würden den Gerichten unverhältnismässig hohe Kosten entstehen, würden in solchen Streitfällen beständig Gutachten in Auftrag gegeben werden, weil die Kosten meistens wegen der kostenlosen Prozessführung²⁰ den Parteien nicht auferlegt werden können. Nur bei einem Streitwert von über Fr. 30'000.– wäre es dann aber so, dass die Parteien die Kosten vorschliessen müssten und die unterliegende Partei die Kosten eines ärztlichen Gutachtens zu tragen hätte.

Unzulässig und diskriminierend ist die Meinung Professor Zellers, bestimmte Gesundheitsstörungen faktisch als Krankheitsursachen nicht zuzulassen, wobei es sich bei seinen Vorschlägen meistens um psychische Erkrankungen handelt, aber auch um Schleudertraumata, hohen Blutdruck etc. Es ist schlicht eine Tatsache, dass dieselbe Gesundheitsstörung auf verschiedene Menschen unterschiedliche Auswirkungen haben kann. Nicht die Art der Behinderung ist entscheidend, sondern ob sie tatsächlich besteht und nicht nur simuliert wird.

6.4 Institution des Vertrauensarztes

Dessen ungeachtet werden in den einleitend genannten Fällen, wo ein Arbeitnehmer nach Erhalt der Kündigung erkrankt, Arbeitsunfähigkeiten nicht selten mit psychischen, und damit auch schwerer beweisbaren Erkrankungen begründet.

¹⁷ Im Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 9. April 2002, i. S. K. c. S. (AN000447) hatte das Gericht ein auf den ersten Blick unauffälliges Arztzeugnis zu beurteilen. Erst die Vernehmung des Arztes, welcher die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt hatte, ergab, dass er diese bloss nach einer telefonischen Konsultation ausgestellt hatte und es sich beim Arzt um einen Jugendfreund des Arbeitnehmers handelte.

¹⁸ BJM 2009, S. 116.

¹⁹ Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 9 lit. bzu Art. 324a OR.

²⁰ Art. 343 Abs. 3 OR.

Gerade hier, aber auch in andern Fällen drängt sich als wichtigste Massnahme die Institution des Vertrauensarztes auf. Der Arbeitnehmer ist im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, auf Aufforderung des Arbeitgebers sich von einem zweiten, von letzterem bezeichneten Arzt (Vertrauensarzt) untersuchen zu lassen, wenn objektiv gesehen Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit der eingereichten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung besteht. Dabei dürfen an diese Zweifel keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.

Eine solche Aufforderung stellt keine Persönlichkeitsverletzung dar, selbst wenn es um eine psychiatrische Untersuchung geht. Allerdings ist auch der Vertrauensarzt an seine Schweigepflicht gebunden und darf sich gegenüber dem Arbeitgeber nur über die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, nicht aber über die Art der Krankheit äussern. Der Besuch des Vertrauensarztes ergibt sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers. Sie muss deshalb im Arbeitsvertrag nicht speziell vereinbart werden, auch wenn sich das gleichwohl empfiehlt.

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an dem vom Arbeitnehmer eingereichten Zeugnis, ist er gehalten, den Arbeitnehmer unverzüglich zum Besuch des Vertrauensarztes aufzufordern, am besten mittels eingeschriebenem Brief. Er hat ihm diesen zu nennen, den Arbeitnehmer allenfalls sogar anzumelden. Für den Arbeitgeber gilt, lieber zu früh als zu spät reagieren; es gibt immer wieder Fälle, wo der Vertrauensarzt so spät aufgesucht werden musste, dass er wenig Sachdienliches mehr sagen konnte.

Was sind die Folgen, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, den Vertrauensarzt aufzusuchen? Das Appellationsgericht Tessin hat vor Jahren einmal entschieden, in einem solchen Fall gelte der Arbeitnehmer als gesund²¹. Soweit kann man kaum gehen und der Arbeitnehmer kann auch nicht zum Besuch des Vertrauensarztes gezwungen werden²². Weigert er sich aber, diesen aufzusuchen, verliert er seinen Lohnfortzahlungsanspruch²³, denn der Besuch des Vertrauensarztes ist eine Voraussetzung dazu. Das Bundesgericht hat sich darüber allerdings erst einmal und nicht mit der notwendigen Nachdrücklichkeit geäussert²⁴.

Was nun, wenn das Urteil des Vertrauensarztes anders lautet, als der Befund des Hausarztes des Arbeitnehmers? Der Arbeitgeber wird sich auf die Diagnose des Vertrauensarztes stützen, da dieser ja eben der Arzt seines Vertrauens ist, und den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit auffordern. Tut er das nicht, wird er seinen Lohnfortzahlungsanspruch verlieren. Im Streitfall wird das Gericht hier wohl nicht darum herumkommen, eine dritte (Gutachter-)Meinung einzuholen.

6.5 Rückdatierung von Zeugnissen

Ein weiteres Problem ist die Rückdatierung der Arbeitsunfähigkeit, die vielfach beanstandet wird. Es ist klar, dass sich Zweifel ergeben, wenn zwischen dem Beginn der

²¹ JAR 1993, S. 144.

²² Geiser, S. 333.

²³ Streiff/von Kaenel, N 12 zu Art. 324a/b OR mit weiteren Hinweisen.

²⁴ JAR 1997, S. 132, BGer.

attestierten Arbeitsunfähigkeit und der Erstkonsultation eine längere Zeit verstrichen ist. Hier ist einfach zu bedenken, dass man von einem kranken Arbeitnehmer nicht verlangen darf, am ersten Tag seiner Arbeitsunfähigkeit den Arzt aufzusuchen²⁵, es sei denn, er erkrankt so schwer, dass auch einem Laien bewusst sein muss, die Erkrankung würde lange dauern. In diesem Sinn müssen rückwirkende Aussagen des Arztes über die Arbeitsunfähigkeit von bis zu einer Woche selbst bei geringen gesundheitlichen Problemen möglich sein. Das gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer bei der Konsultation selbst noch krank ist²⁶. Würde man alle kranken Arbeitnehmer am ersten Tag zum Arzt schicken, würde unser Gesundheitssystem im Nu zusammenbrechen und die Kosten in schwindelerregende Höhen schnellen. In vielen Einzel- und Gesamtarbeitsverträgen finden wir die Bestimmung, dass ab dem dritten oder vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit ein Zeugnis verlangt wird. Diese Zeit sollte man dem Arbeitnehmer jedenfalls auch zugestehen, um einen Arzt aufzusuchen.

Allerdings gilt es zu beachten, dass die Meinung vertreten wird, wenn die Zeugnispflicht beispielsweise ab dem vierten Tag im Arbeitsvertrag oder in einem GAV selbst verankert werde, kehre die Beweislast bei Arbeitsunfähigkeiten bis zu vier Tagen um, d.h. wenn der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleibe, habe der Arbeitgeber zu beweisen, dass jener nicht krank gewesen sei²⁷. Da solche Negativbeweise praktisch nicht zu erbringen sind und der Arbeitgeber einen Mitarbeiter, der regelmässig verdächtige Kurzabsenzen aufweist, daher unter Dauerüberwachung stellen müsste, ist von solchen Bestimmungen aus Sicht des Arbeitgebers eher abzuraten.

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Beurteilung von Arbeitsfähigkeit bzw. -unfähigkeit keine mathematische Aufgabe ist, die ein einziges richtiges Resultat liefert, sondern in vielen Fällen ein mehr oder weniger hohes Ermessen des Arztes besteht. Menschen leiden immer wieder an gesundheitlichen Beeinträchtigungen, auf die sie körperlich und psychisch unterschiedlich reagieren. Es kommt weiter dazu, dass der eine Arzt der Meinung ist, der Arbeitnehmer müsse sich schonen und dürfe nicht arbeiten, während der andere zur Auffassung neigt, er könne sehr wohl arbeiten, wenn er nur etwas auf die Zähne beisse.

7 Lösungsansätze

Zum Schluss ist auf ein sinnvolles und beispielhaftes Projekt hinzuweisen, das der Arbeitgeber-Verband Rheintal vor drei Jahren gestartet hat, um einerseits das Gesundheitsmanagement zu fördern und andererseits eine möglichst befriedigende Lösung des Problems "Gefälligkeitszeugnisse" zu finden. Ein wichtiger Grund dafür lag darin, dass die Ärzte oft in Unkenntnis über die Bedingungen und Anforderungen

²⁵ Auch wenn eine solche Bestimmung in Arbeitsverträgen gelegentlich vorkommt.

²⁶ BJM 2009, S. 116/117.

²⁷ BSK-Portmann, N 24 zu Art. 324a OR; BJM 2009 S. 115.

am Arbeitsplatz sind. In dieser Hinsicht wurde auch von der Ärzteschaft ein stärkerer Dialog zwischen Arbeitgebern und ihnen gefordert²⁸.

Dazu wurde vom Arbeitgeber-Verband Rheintal einerseits und dem Ärzteverein Rohrschach-Rheintal andererseits ein Merkblatt "Betriebliches Gesundheits- und Absenzmanagement" geschaffen und ein Credo zwischen den erwähnten Parteien beschlossen²⁹.

Inhalt der Vereinbarung ist die Schaffung zweier verschiedener Arztzeugnisse. Vorab müssen die Arbeitgeber den betroffenen Arzt aber über die Tätigkeit des Patienten informieren und bei Bedarf eine exakte Arbeitsplatzbeschreibung abgeben³⁰. Als Maßstab für die Arbeitsunfähigkeit muss der Arbeitgeber immer die jeweilige vertraglich vereinbarte Tätigkeit des Arbeitnehmers zugrunde legen. Wer z.B. an einer Knieverletzung leidet, kann keine Arbeit im Stehen oder Gehen ausüben und keine Lasten tragen, ist aber möglicherweise zu einer sitzenden Tätigkeit in der Lage. Deshalb hat der Arzt nicht nur die Krankheit, sondern auch die Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen. Er hat den Arbeitnehmer "über Art und Umfang der tätigkeitsbedingten Anforderungen und Belastungen zu befragen und das Ergebnis der Befragung bei der Beurteilung von Grund und Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen". Ein erstes Zeugnis, das dem herkömmlichen Arztzeugnis mit etwas mehr Informationen entspricht, soll das normale bisherige Arztzeugnis ersetzen und kostenlos sein³¹. Ein zweites ausführlicheres Zeugnis kann vom Arbeitgeber für Fr. 60.– verlangt werden³².

Ferner bestimmen die Vertragsparteien zwei Vertrauensärzte für das ganze Vertragsgebiet, deren Aufwand von den Arbeitgebern entschädigt wird.

Ob anderswo ähnliche Regelungen getroffen worden sind, ist ebenso unbekannt wie die Erfahrungen im Kt. St. Gallen. Auf jeden Fall scheint das eine Möglichkeit zu sein, das Misstrauen zwischen Arbeitgebern und Ärzten abzubauen zu helfen.

²⁸ Vgl. dazu Dieter Kissling, Kommentar aus arbeitsmedizinischer Sicht, in Schweizer Ärztezeitung, 2007, S. 1807 (Eine Entgegnung auf die Kritik Ernst Zellers).

²⁹ ANHANG 1 (Seite 58).

³⁰ ANHANG 2 (Seite 59).

³¹ ANHANG 3 (Seite 60).

³² ANHANG 4 (Seite 61).

AGV
Arbeitgeber-Verband Rheintal

Ärzterein
Rorschach - Rheintal

Credo der Zusammenarbeit

zwischen dem

AGV Arbeitgeber-Verband Rheintal

und dem

Ärzterein Rorschach - Rheintal

Zielsetzung

Der AGV (Arbeitgeber-Verband) des Rheintals und der Ärzterein Rorschach - Rheintal verfolgen gemeinsam das Ziel, den Patienten / den Patientinnen bzw. den Arbeitnehmern / den Arbeitnehmerinnen bei Krankheit und Unfall einerseits eine optimale Rekonvaleszenz, andererseits aber auch eine rasche und gesicherte Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess zu ermöglichen. Durch koordinierte Zusammenarbeit sollen so Arbeitsausfälle aber auch Gesundheitskosten reduziert werden. Prioritär sind die Gesundheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie die Erhaltung des Arbeitsplatzes. Zur Erreichung dieser Ziele wird folgendes vereinbart:

Zusammenarbeit

1. Das einfache Arztzeugnis gemäss beiliegender Vorlage ist unentgeltlich und beinhaltet folgende Punkte: Name und Vorname des Patienten / der Patientin, Name des Arbeitgebers, Ursache der Arbeitsunfähigkeit (Krankheit / Unfall oder Schwangerschaft / Mutterschaft), Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit, Datum der nächsten Konsultation, Datum und Stempel sowie eigenhändige Unterschrift des behandelnden Arztes.
Rückwirkend ausgestellte Arztzeugnisse sollen nur in Ausnahmefällen resultieren.
2. Die Mitglieder des Ärztereins erklären sich bereit, auf Anfrage des jeweiligen Arbeitgebers ein detailliertes Arztzeugnis zu erstellen, das der beiliegenden Vorlage entspricht. Die Mitglieder des AGV erklären sich bereit, ein solches Arztzeugnis pauschal mit Fr. 60.-- zu entschädigen.
3. Die Mitglieder des AGV erteilen den Ärztinnen und Ärzten jederzeit die entsprechenden Informationen über die Tätigkeit und stellen bei Bedarf auch eine exakte Arbeitsplatzbeschreibung zur Verfügung.
4. Der AGV und der Ärzterein einigen sich auf zwei Vertrauensärzte / -ärztinnen. Um die Unabhängigkeit zu gewährleisten, sollten diese Vertrauenspersonen nicht im Rheintal, wohl aber aus Gründen der Erreichbarkeit in der benachbarten Region (Werdenberg und St. Gallen) praktizieren. Die Mitglieder des AGV behalten sich vor, zur Frage der Arbeitsunfähigkeit eine Stellungnahme dieses / dieser Vertrauensarztes / -ärztin einzuholen. Der Ärzterein empfiehlt seinen Mitgliedern auf Verlangen des Arbeitgebers und nach Einholung der Zustimmung des Patienten / der Patientin die relevanten Unterlagen dem Vertrauensarzt / der Vertrauensärztin zuzustellen und diesem / dieser die verlangten Auskünfte zu erteilen. Der Aufwand des Vertrauensarztes / der Vertrauensärztin wird durch den Arbeitgeber entschädigt.
5. Der Vorstand des Ärztereins und des AGV tauschen regelmässig Erfahrungen und Empfehlungen im Hinblick auf die Erreichung der vereinbarten Ziele aus.
6. Ärzte und Arbeitgeber haben sich darauf geeinigt, in der ersten Hälfte des Jahres 2005 eine Pilotphase durchzuführen. In dieser Zeit werden 25 vom Ärzterein angefragten Ärzte am Projekt teilnehmen. Seitens der Arbeitgeber beteiligen sich 15 grössere Industrieunternehmen der Region.

Heerbrugg, 11. Februar 2005

AGV
Arbeitgeber-Verband Rheintal

Ärzterein
Rorschach - Rheintal

Andreas Frank Peter Bürki
Präsident Sekretär

Dr. Felix Buschor
Präsident

Beilagen: Vorlagen "Einfaches Arztzeugnis" und "Detailliertes Arztzeugnis"

AGV Arbeitgeber-Verband Rheintal

Arbeitsplatzbeschreibung (dient als Grundlage für das detaillierte Arztzeugnis)

Name / Vorname Mitarbeitende/-r:

Geburtsdatum:

Arbeitgeber:

Stellenbeschreibung / Hauptaufgaben:

Besonderheiten:

Spezielle Anforderungen / Rahmenbedingungen:

- | | | |
|---|----------------------------------|---|
| <input type="checkbox"/> Sitzarbeitsplatz | <input type="checkbox"/> Lärm: | <input type="checkbox"/> Heben < 5kg |
| <input type="checkbox"/> Steharbeitsplatz | <input type="checkbox"/> Wärme: | <input type="checkbox"/> Heben > 5kg |
| <input type="checkbox"/> Sitz-Steharbeitsplatz | <input type="checkbox"/> Geruch: | <input type="checkbox"/> Heben > 10kg |
| <input type="checkbox"/> Bildschirmarbeitsplatz | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> Heben > 15kg (teilweise) |
| <input type="checkbox"/> Visuelle Kontrolltätigkeit | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |

Arbeitszeit:

- | | |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> Tagesbetrieb fix | <input type="checkbox"/> 3-Schichtbetrieb (rotierend) |
| <input type="checkbox"/> Tagesbetrieb gleitend | <input type="checkbox"/> nur Nachtschicht |
| <input type="checkbox"/> 2-Schichtbetrieb (rotierend) | <input type="checkbox"/> |

Bemerkungen:

Kontaktperson:

Name / Vorname:

Funktion:

Firma:

Adresse:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum:

Stempel / Unterschrift:

Einverständnis Mitarbeitende/-r

Ich bin einverstanden, dass ein detailliertes Arztzeugnis (ohne Befund/Diagnose) eingeholt wird.

Unterschrift Mitarbeitende/-r:

AGV Rheintal / Ärzteverein Rorschach – Rheintal

Detailliertes Arzzeugnis (Grundlage bildet die Arbeitsplatzbeschreibung)

Name und Vorname Patient / -in:

Geburtsdatum:

Arbeitgeber:

Datum Untersuch / Konsultation	Grad der Arbeitsunfähigkeit		Gültig ab	Unterschrift Arzt / Ärztin
	in % der Zeit	in % der Leistung		

Es handelt sich um: Krankheit Unfall Schwangerschaft / Mutterschaft

Er / Sie kann während der **reduzierten Arbeitsfähigkeit** die folgenden Tätigkeiten **nicht** ausführen:

Hingegen **kann** er / sie folgende Tätigkeiten ausführen:

Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit erfolgte auf Grund von:

- objektiv vom Arzt / der Ärztin festgestellten Befunden
- Angaben des Patienten / der Patientin.

Ab folgendem Datum können voraussichtlich **präzisere Angaben** zur **Arbeitsfähigkeit** gemacht werden:

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

	2007	2008
Übertrag Vorjahr	311	300
Klageeingänge von Arbeitnehmern	951	957
Klageeingänge von Arbeitgebern	35	39
Total	1297	1296
Erledigungen im laufenden Jahr	997	1052
Pendenzen Ende Jahr	300	244

Erledigungsarten

	2007	2008
durch Urteil	170	161
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	733	788
anderweitig	94	103

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2007	2008
Verhandlungen	895	856
Beweisverfahren	54	49
Entscheidbegründung	217	158

Streitwerthöhe

	2007	2008
bis Fr. 8'000.--	436	414
von Fr. 8'000.-- bis Fr. 12'000.--	113	130
von Fr. 12'000.-- bis Fr. 30'000.--	287	320
von Fr. 30'000.-- bis Fr. 100'000.--	109	110
von Fr. 100'000.-- bis Fr. 500'000.--	29	37
über Fr. 500'000.--	7	7

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2007	2008
bis 1 Monat	186	206
1 bis 2 Monate	367	342
2 bis 3 Monate	189	267
3 bis 6 Monate	120	120
6 bis 12 Monate	70	55
1 bis 2 Jahre	45	31
über 2 Jahre	20	30

