

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Aus den Entscheiden	5
1.	OR 319; Passivlegitimation: Einzelfirma oder Kollektivgesellschaft?	5
2.	OR 321c, 329d; Bonus statt Überstunden und Ferien?	7
3.	OR 322; Nachweis der Lohnauszahlung	9
4.	OR 324; Ungefährtes Arbeitspensum	10
5.	OR 324a; Lohnfortzahlung zu 100%, dafür Minusstunden	11
6.	OR 324a; Lohnanspruch während Untersuchungshaft?	12
7.	OR 324a; Lohnfortzahlung für Kinderbetreuung?	13
8.	OR 328b, DSG; Anspruch auf Personaldossier	14
9.	OR 329d; Verjährung von Ferienansprüchen	16
10.	OR 330a; Unterschiedliches Zwischen- und Schlusszeugnis	18
11.	OR 333; Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübernahm	18
12.	OR 335; Aufhebungsvereinbarung nach Meinungsverschiedenheit	21
13.	OR 335; Kündigungsankündigung, Gegenkündigung	23
14.	OR 335; Gefahren einer Kündigung per E-Mail	24
15.	OR 335, 336; Missbräuchliche Freistellung während der Schwangerschaft?	26
16.	OR 336b; Gültigkeit einer Einsprache per E-Mail – Unterschied zur elektronischen Signatur	27
17.	OR 336c; Krank vor oder nach Erhalt der Kündigung?	29
18.	OR 336c; Kündigungsschutz und Vertragsänderung	30
19.	OR 337; Unterbliebene Arbeitsaufnahme nach Krankheit	32
20.	GlG 4 und 5, OR 336c; Sexuelle Belästigung und Kündigung	33
21.	ArG 9; Definition der Sammelstelle für die Fahrt zum Einsatzort	36
22.	ArG 9; Betreuungstätigkeit in einem Privathaushalt	38
23.	L-GAV Gastgewerbe; Voraussetzungen für ein Praktikum	40
24.	ZPO/ZH 49; Klageberechtigung nach Lohnabtretung	40
II.	Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	43
III.	Juristische Abhandlung	
	Zwei Arten von Kündigungsschutz unter der Lupe	45
IV.	Statistischer Überblick	77

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

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

Das abgelaufene Jahr 2010 war nicht nur für uns bemerkenswert, weil es das letzte Jahr unter dem Regime unserer kantonalen Prozessgesetze war. Ab dem 1. Januar 2011 wird das Verfahren vor Arbeitsgericht ein anderes sein und vor allem durch die eidgenössische Zivilprozessordnung geregelt werden.

Für die Rechtsuchenden ist die wichtigste Neuerung im Kanton Zürich zu erwähnen: Arbeitsrechtliche Klagen gehören nicht mehr direkt an das Arbeitsgericht, sondern müssen bei einem der zahlreichen Friedensrichterämter erhoben werden.

Im Hinblick auf die neue (Bundes-) Zivilprozessordnung (ZPO) und das kantonale Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (Gerichtsorganisationsgesetz; GOG) setzten sich die Mitarbeitenden des Arbeitsgerichts intensiv mit den neuen Bestimmungen auseinander und nahmen auch an diesbezüglichen Weiterbildungen teil. Als bekannt wurde, dass am Jahreswechsel gleichzeitig auf eine komplett erneuerte EDV-Geschäftsverwaltung umgestellt wird, wurde bereits im Vorfeld einige Zeit dafür aufgewendet, alle notwendigen Formulare usw. entsprechend anzupassen. Am 1. Januar 2011 waren wir auf das gerüstet, was auf uns zukommt.

Die Paritätische Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz ist seit dem 1. Januar 2011 organisatorisch neu dem Arbeitsgericht Zürich angegliedert worden.

Speziell hinweisen möchten wir Sie auf unseren juristischen Beitrag zum Thema **«Zwei Arten von Kündigungsschutz unter der Lupe»**.

Im Übrigen machen wir Sie auf unsere Internetseite www.bezirksgericht-zh.ch Thema Recht/Arbeit aufmerksam. Auf dieser Website finden Sie einen Überblick zu verschiedenen Fragen, die sich im Arbeitsverhältnis häufig stellen. Sie können dort auch Musterschreiben und Formulare herunterladen. Und – last but not least – wird den Rechtsuchenden auch weiterhin die dem Arbeitsgericht Zürich angegliederte Rechtsauskunftsstelle bei den neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im Juni 2011

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

I. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

1. **OR 319; Passivlegitimation: Einzelfirma oder Kollektivgesellschaft?**

Die Klägerin war in einem Imbisslokal tätig, das von ihrem Ehegatten und einer Drittperson geführt wurde. Es gab einen Anstellungsvertrag, der aber nicht unterzeichnet worden war. Vor Gericht machte die Beklagte (die Drittperson) geltend, trotz des Arbeitsvertrags sei die Klägerin nicht Arbeitnehmerin, sondern wie ihr Ehemann Gesellschafterin gewesen. Zu prüfen war somit vorab die Passivlegitimation der Beklagten.

Aus dem Entscheid:

«Im Rahmen der Prüfung der Passivlegitimation ist die Rechtsfrage zu entscheiden, ob die Beklagte oder das Imbisslokal „Imbiss X.“ passivlegitimiert ist.

Die Beklagte mietete das besagte Imbisslokal zusammen mit dem Ehemann der Klägerin. Sie beteiligten sich je zur Hälfte am Mietzinsdepot des Lokals, führten das Imbisslokal gemeinsam und vereinbarten, die Gewinne untereinander aufzuteilen. Monatlich generierten sie einen Umsatz von rund Fr. 30'000.–.

Es gilt im Folgenden zu prüfen, ob die Beklagte und der Ehemann der Klägerin als Gesellschaft agierten, die das Gesetz als Kollektivgesellschaft im Sinne von Art. 552 ff. OR qualifiziert.

Bei einer Kollektivgesellschaft nach Art. 552 OR handelt es sich um „eine Gesellschaft, in der zwei oder mehrere natürliche Personen, ohne Beschränkung ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sich zum Zwecke vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben“. Im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft ist der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens erlaubt.

Der Begriff „ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe“ wird in Art. 52 aHRegV präzisiert. Gewerbe ist danach eine „selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit“. Als Gewerbe wird jede auf Umsatz gerichtete Tätigkeit verstanden, sofern sie selbständig und dauernd ist (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., § 4 N 36). Dem Erfordernis des dauernden Erwerbes kommt keine entscheidende Bedeutung zu; es reicht, wenn die organisierte Tätigkeit auf eine Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb abzielenden Geschäften gerichtet ist (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 4 N 40). Das Bundesgericht bezeichnet bereits einen Zeitraum von weniger als drei Monaten als „dauernd“ (BGE 84 I 187 ff.). Wenn der Gewerbetreibende in dem ihm gehörenden Betrieb tätig ist, liegt rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit vor. Es genügt aber, wenn eine von beiden gegeben ist (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 4 N 38 f.).

Die Beklagte und der Ehegatte der Klägerin – zwei natürliche Personen – haben sich vereinigt, um gemeinsam das Imbisslokal „Imbiss X.“ zu betreiben. Sie waren beide seit dem 1. März 2009 in diesem Imbisslokal tätig. Es war eine auf Dauer errich-

tete Gesellschaft, nicht bloss eine Verbindung zu einem einzelnen, einmaligen Gelegenheitsgeschäft.

Verlangt wird zudem eine „selbständige“ Tätigkeit. Da den Aussagen der Parteien nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist, darf von einer zeitlichen arbeitsorganisatorischen Freiheit der Tätigkeitsgestaltung auf eigenes finanzielles Unternehmerisiko ausgegangen werden. Die Getränke und Lebensmittel wurden in den Handel gebracht und in einem kaufmännisch geführten Gewerbe verwertet. Die Tätigkeit war auf Erwerb ausgerichtet, denn sie erfolgte in Umsatzabsicht. Art und Umgang des Betriebes erforderten einen kaufmännischen Betrieb und eine Buchführung. Den Aussagen der Parteien ist zu entnehmen, dass ein Herr Dr. Y. die Buchhaltung des Lokals machte.

Es müssen allerdings mindestens Fr. 100'000.– an jährlichen Roheinnahmen vorliegen (Art. 54 aHRegV). Gemäss Aussage der Beklagten generierten die Parteien einen Umsatz von circa Fr. 28'000.– bis Fr. 30'000.– pro Monat. Da die Umsatzsumme von Fr. 100'000.– gemäss Art. 54 aHRegV überschritten ist, müsste sich das Imbisslokal „Imbiss X.“ ins Handelsregister eintragen. Zwar haben die Parteien das Lokal nicht ins Handelsregister eintragen lassen, dieser Eintrag hat jedoch nur deklaratorische Wirkung, d.h. es liegt auch ohne einen Handelsregistereintrag eine Kollektivgesellschaft vor.

Die Gesellschafter traten weiter unter einer gemeinsamen Firma „Imbiss X.“ auf. Dass die Firma den Vorschriften über Gesellschaftsfirmer insofern nicht entsprach, als sie keinen Zusatz enthielt, der auf das Gesellschaftsverhältnis verweist (vgl. Art. 947 OR), ist jedenfalls hier für den Charakter der Gesellschaft als Kollektivgesellschaft ohne Bedeutung (Siegwart, Kommentar, Nr. 8 zu Art. 552 OR). Die Parteien gaben das Gesellschaftsverhältnis nach aussen, gegenüber Dritten bekannt. Nach den getroffenen Vereinbarungen waren die Gesellschafter zu gleichen Teilen berechtigt und verpflichtet. Eine Beschränkung der Haftung wurde damit auch nicht verbunden. Aufgrund des Betriebs eines kaufmännischen Unternehmens und des damit verbundenen gemeinsamen Aussenauftritts erscheint die Gesellschaft als Einheit. Die Beklagte und der Ehemann der Klägerin haben somit eine Vereinigung geschaffen, die alle Erfordernisse einer Kollektivgesellschaft erfüllt (Art. 552 Abs. 1 OR).

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, wer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Gemäss Art. 562 OR kann die Kollektivgesellschaft unter ihrer Firma, nebst dem Erwerb von Rechten, auch Verbindlichkeiten eingehen. Das Vermögen der Kollektivgesellschaft bildet damit Haftungs- und Vollstreckungssubstrat, d.h. primär haftet das Gesellschaftsvermögen des Imbisslokals „Imbiss X.“ (Art. 562 OR, Art. 567 Abs. 1 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 13 N 34). Erst wenn dieses zur Deckung der Schulden nicht ausreicht, haften subsidiär alle Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und solidarisch (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 13 N 35; Art. 568 Abs. 1 OR).

Es ist festzuhalten, dass somit nicht die Beklagte persönlich, sondern die Kollektivgesellschaft für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis haftet. Fehlt es mithin an der Passivlegitimation der Beklagten, ist die Klage abzuweisen.»

(AGer., AN090469 vom 22. Januar 2010)

2. **OR 321c, 329d; Bonus statt Überstunden und Ferien?**

Der Kläger war als Architekt tätig. Vereinbart war die Auszahlung einer freiwilligen Gratifikation mit dem Ziel: „13. Monatslohn und eventuell Bonus“. Für allfällige Überstunden war die Kompensation vorgesehen, falls bei mehr als 60 Stunden pro Jahr nicht möglich, Auszahlung oder Kompensation im folgenden Jahr mit Ferien. Nach seinem Austritt verlangte der Kläger für die Dauer der Anstellung die noch ausstehenden Überstunden- und Ferienzahlungen.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass die Mehrarbeit anlässlich der jeweiligen Mitarbeitergespräche am Jahresende besprochen worden sei; man habe sich jeweils darauf geeinigt, inwiefern die Mehrarbeit durch Ferien kompensiert werde und inwiefern ein Ausgleich in Geld erfolge. Der Geldausgleich sei jeweils unter dem Titel „Gratifikation/Bonus“ entrichtet worden.

Aus den Erwägungen:

«Die Themen des Mitarbeitergesprächs waren dem Kläger jeweils mit der Einladung bekannt gegeben worden. Unter diesen Themen figurierten unter anderem auch der Bonus und die Überzeit bzw. Überstunden. Die jeweilige Arbeitszeitstatistik des Klägers, woraus Minus- und Plusstunden jeweils aufgerechnet klar ersichtlich sind, lag bei diesem Gespräch unbestrittenermassen auf dem Tisch. Aus den Einvernahmen aller Zeugen geht klar hervor, dass man jeweils einen Schlusstrich unter das Jahr machen wollte und dass der arbeitsmässige Einsatz, das Engagement, die Arbeitsleistung (selbstverständlich und logischerweise auch stundenmässig) in den Bonus bzw. dessen Bemessung einflossen. Nicht relevant ist schliesslich, in welchem (prozentualen) Ausmass dies geschah und ob auch noch andere Kriterien und in welchem Anteil einflossen (z.B. Geschäftsgang, Motivation für das nächste Jahr). Es ist auch nicht entscheidend, ob dem Kläger all seine Überstunden abgegolten wurden. Es ging offensichtlich und für den Kläger klar erkennbar um eine Gesamtbetrachtung und nicht um eine mathematische Berechnung. Dieses Vorgehen ist zulässig, wenn es vergleichsmässig geschieht, und hat sich der Kläger jedenfalls entgegenhalten zu lassen, wenn er nicht remonstriert hat, dies jedoch hätte tun können, und sich somit konsensual verhalten hat. Der Kläger wusste um die genaue Anzahl seiner Überstunden, hat jedoch über Jahre in oder nach diesen Jahresendgesprächen nie etwas geltend gemacht bzw. seine Überstunden nie von sich aus thematisiert. Er konnte zudem jeweils feststellen, dass im Folgejahr auf den Arbeitszeitstatistiken kein Übertrag von Überstunden stattfand, und er hat trotzdem geschwiegen. Der Kläger war kein untergeordneter Arbeitnehmer, sondern mindestens in Zürich in führender Stellung tätig, wo man ihn auch nicht überwachen konnte und er in seiner Arbeitseinteilung völlig frei war.

Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs (vorliegend von Überstunden) ist nicht an sich schon ein Rechtsmissbrauch. Innerhalb der Verjährungsfrist können solche Forderungen noch geltend gemacht werden. Für eine Verwirkung müssen zum Zeitablauf weitere Umstände treten, welche die Geltendmachung in einen unvereinbaren Widerspruch mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers treten lassen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR). Genau dies

ist vorliegend gegeben. Der Kläger hat immer einen Bonus erhalten, obwohl die Beklagte vertraglich einen solchen nicht hätte auszahlen müssen, und er hat nie Überstunden geltend gemacht, geschweige denn aus seiner Sicht thematisiert. Insofern liegt jeweils eine vergleichsweise Einigung vor, auf welche die Beklagte abschliessend vertrauen durfte und nicht damit rechnen musste, dass der Kläger Jahre später noch eine zusätzliche finanzielle Abgeltung unter dem Titel Überstunden geltend machen würde. Das Verhalten des Klägers ist rechtsmissbräuchlich und nicht schützenswert (vgl. auch die Fälle in ZR Nr. 89 Nr. 24 und SJZ 106, 2010, Nr. 2, Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 4. März 2009, wo ebenfalls Rechtsmissbrauch angenommen wurde). Die Forderung des Klägers betreffend Überstunden ist demnach vollumfänglich abzuweisen.»

Zur Ferienabgeltung äusserte sich das Gericht wie folgt:

«Art. 329d Abs. 2 OR statuiert als zwingende Regelung, dass Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen. Allfällig per Ende Jahr noch nicht bezogene Ferien des Klägers durften daher nicht auch im Bonus berücksichtigt werden. Ein allfälliger Verzicht des Klägers diesbezüglich wäre nicht rechtsgültig. Dem Kläger steht insgesamt aus den Jahren 2000 bis 2006 noch eine Ferienrestanz von 208 Stunden zu, wobei diese Restanz vor allem in den Jahren 2000, 2001 und 2003 entstanden ist. Der Prozess ging am 10. März 2008 ein. Der Ferienanspruch verjährt zwar in fünf Jahren. Die Verjährung einer Forderung beginnt indessen erst mit deren Fälligkeit (Art. 130 OR). Der Ferienanspruch wird aber erst fällig, wenn die Ferien angeordnet werden, d.h. wenn der Zeitpunkt durch rechtsgestaltende Erklärung des Arbeitgebers festgelegt worden ist und dann die Ferien vom Arbeitnehmer nicht bezogen worden sind (vgl. H.-P. Egli, Strittige Fragen zum Thema Ferien, ArbR 2006 S. 132 mit Hinweisen). Eine Ferienanordnung durch die Beklagte in diesem Sinne fand vorliegend nicht statt. Hinzu kommt folgendes: Werden Ferien des Arbeitsverhältnisses sehr unregelmässig bezogen, ist die Verjährung in Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 OR zu beurteilen. Diese Bestimmung hält fest, ein Schuldner, der mehrere Schulden zu bezahlen hat, könne bei der Bezahlung erklären, welche Schuld er mit der Bezahlung tilgen wolle. Gibt er keine Erklärung ab, ist die Bezahlung auf die früher verfallene, also auf die älteste Schuld anzurechnen. Analog wird bei den Ferien verfahren. Bezieht ein Arbeitnehmer Ferien, sind noch aus mehreren Jahren Ferienguthaben offen und gibt der Arbeitnehmer keine Erklärung ab, welche er beziehen will, wird angenommen, mit dem Ferienbezug werde die älteste Ferienschuld getilgt (vgl. Egli, a.a.O.; ZR 105 Nr. 6). Der Kläger kann demnach noch die ganzen 208 Stunden Ferien vorliegend geltend machen. Die vom Kläger vorgenommene Stundenverteilung auf die Jahre 2005 und 2006 ist zutreffend. In den Stundenlohn ist allerdings kein Bonusanteil einzuberechnen, da der Bonus gemäss Vertrag nur eventualiter erwähnt wird und dieser daher, auch wenn während den sechs Jahren ein Bonus ausbezahlt wurde, nur schon wegen seiner geringen Höhe nie zum Lohnbestandteil wurde.»

(AGer., AN080178 vom 17. Dezember 2010; zum Thema Verjährung von Ferienansprüchen siehe auch hinten, Entscheid Nr. 9)

3. **OR 322; Nachweis der Lohnauszahlung**

Der Kläger war zuerst für die Einzelfirma seiner Schwiegermutter tätig. Dieser Betrieb wurde dann von einer GmbH, der Beklagten, übernommen, deren Geschäftsführer der Schwiegervater ist. Nach der Trennung von seiner Frau kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis. Vor Gericht machte er u.a. geltend, er habe in den Jahren 2002 bis 2004 rund Fr. 100'000.– Lohn zu wenig erhalten und deshalb Euro 40'000.– von seinen Verwandten ausleihen müssen. Die Beklagte machte im Wesentlichen geltend, dem Kläger sei der Nettolohn entweder auf sein Konto, ihm persönlich oder dessen ehemaligen Ehefrau in bar übergeben worden. Im Verlass auf das innige Vertrauensverhältnis habe der Geschäftsführer der Beklagten die Barzahlungen nicht immer quittieren lassen. Die Beklagte reichte keine Beweisantrittungsschrift ein, weshalb das Gericht auf die vorhandenen Unterlagen abstellte.

Aus dem Entscheid:

«Dass effektiv Zahlungen für die dreiköpfige Familie des Klägers geflossen sind, vermag die Beklagte hingegen mit dem Quittungsbuch der Post zu beweisen, wonach in der Zeit von Dezember 2002 bis Juli 2004 monatlich durchschnittlich Fr. 3'339.– für Familienausgaben einbezahlt worden sind (Mieten, Natels, Krankenkassenbeiträge, Arztrechnungen, Blaue Zone, Sunrise, Auto, Kreditkarten, Strom, Swisscom, Bussen etc.), wobei z.B. das Essen (Kauf der Lebensmittel) hier noch gar nicht eingeschlossen ist. Sodann wäre überhaupt nicht nachvollziehbar, dass der Kläger für das ganze Jahr 2004 keinen Rappen Lohn beansprucht haben will, wenn Lohnbeträge nicht anderweitig an die Ehefrau des Klägers zum Unterhalt der Familie bezahlt worden sein sollen und er sinnemäss damit einverstanden war. Der Kläger hätte mit seinem Lohn ja auch die Familie unterhalten müssen. Dass dies über die damalige Ehefrau des Klägers ging, ist wegen der vorliegenden familiären Verhältnisse (Kläger als Schwiegersohn im Geschäft des Schwiegervaters, damalige Ehefrau holte jeweils das gemeinsame Kind bei den Schwiegereltern und beim Arbeitgeber des Klägers ab) und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Bankkonto des Klägers oft im Minus gewesen sein soll, durchaus nachvollziehbar. Die Beklagte führte sodann für die ganze Zeit des Arbeitsverhältnisses des Klägers die AHV ab, was sie wohl kaum getan hätte, wenn sie überhaupt keine Löhne für den Kläger weitergeleitet haben würde. Weiter deklarierte und unterzeichnete der Kläger auf seinen Steuererklärungen auch entsprechende Saläreingänge bei ihm, was wiederum kaum erfolgt wäre, wenn der Kläger davon ausgegangen wäre, auch über seine Ehefrau für den Unterhalt der Familie nichts von der Beklagten erhalten zu haben. Unter diesen Umständen darf davon ausgegangen werden, dass die damalige Ehefrau des Klägers jeweils den Lohn für die Bezahlung der laufenden Rechnungen und für die Verköstigung der Familie erhalten hat und der Kläger seine damalige Ehefrau sinnemäss damit beauftragt hat bzw. mit dieser Vorgehensweise einverstanden war. Auf die diesbezüglichen glaubhaften Zeugenaussagen von X. (in einem Strafverfahren) darf ohne weiteres abgestellt werden. Die Klage ist daher bezüglich der Lohnansprüche des Klägers abzuweisen.»

(AGer., AN060997 vom 4. November 2010)

4. OR 324; Ungefähres Arbeitspensum

Die Parteien vereinbarten im Teilzeitarbeitsvertrag eine – mit Einschluss der Präsenzzeit – durchschnittliche monatliche Arbeitszeit von 70 Stunden. Das Arbeitsverhältnis wurde seitens des Beklagten ordentlich gekündigt und endete fünf Monate nach Stellenantritt wieder. In dieser Zeit kam die Klägerin statt auf jeweils 70 gerade mal auf durchschnittlich 52.56 Stunden pro Monat. Es war zu prüfen, ob sie Anspruch auf die 70 Stunden pro Monat hat.

Aus dem Entscheid:

«Eigentlich sind sich die Parteien einig darüber, was vertraglich abgemacht wurde, nämlich „Die durchschnittliche monatliche Arbeitszeit mit Einschluss der Präsenzzeit beträgt 70 Stunden.“ Irgendwelche mündlichen Nebenabreden werden nicht behauptet. Die Parteien sind sich nur uneinig, was das heissen soll. Ein tatsächlicher Konsens der Parteien über die Bedeutung wird von den Parteien gar nicht behauptet. Irgendwelche Umstände im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen, die einen Schluss auf den wahren Willen der Parteien zulassen, wurden nicht behauptet und waren deshalb auch nicht zum Gegenstand des Beweisverfahrens zu machen.

Der Wortlaut der Bestimmung ist klar. „Durchschnittlich“ bzw. „Durchschnitt“ ist als mittlerer Wert bzw. Schnitt oder Querschnitt zu verstehen, wonach also im vorliegenden Fall die Gesamtzahl der geleisteten Arbeitsstunden durch die Anzahl Monate zu teilen wäre, während welchen die Klägerin gearbeitet hatte. Im Durchschnitt hatte die Klägerin also monatlich 70 Stunden zu arbeiten und hatte der Beklagte der Klägerin monatlich 70 Stunden zuzuweisen.

An dieser Verpflichtung, die Klägerin durchschnittlich 70 Stunden monatlich zu beschäftigen, ändert auch nichts, wenn von den Aussagen des Beklagten ausgegangen wird. Er selber liess anlässlich der Hauptverhandlung einräumen, die 70 Arbeitsstunden pro Monat als ungefähren Richtwert verstanden zu haben, dessen zumindest annäherndes Erreichen im Hinblick auf einen Jahresdurchschnitt nicht unmöglich gewesen wäre, weshalb die 70 Stunden nicht völlig unreal gewesen seien. Wenn ein Richtwert vereinbart wurde, ist dieser Richtwert auch einzuhalten. Wenn 70 Stunden als Richtwert abgemacht wurden, waren der Klägerin auch ungefähr 70 Arbeitsstunden anzubieten.

Zwischen der Klägerin und dem Beklagten besteht nämlich ein eigentlicher Teilzeitarbeitsvertrag, welcher die Grundlage in Art. 319 Abs. 2 OR hat und den Bestimmungen des L-GAV Gastgewerbe untersteht. Teilzeitarbeit bedeutet eine gegenüber dem normalen zeitlichen Pensum reduzierte Arbeitszeit. Letztere ist gleichbedeutend mit der betrieblichen Arbeitszeit (auch Rahmenarbeitszeit) in der entsprechenden Berufsgattung. Die Arbeitszeit muss aber auch beim Teilzeitarbeitsverhältnis bestimmt oder mindestens bestimmbar sein, wie es hier der Fall ist (70 Stunden pro Monat). Als weitere Voraussetzung ist gemäss Art. 319 Abs. 2 OR erforderlich, dass die Arbeit regelmässig erfolgt. In welchem Umfang Arbeit geleistet werden soll, unterliegt der vertraglichen Vereinbarung. Dies hat zur Folge, dass keine der Parteien den Umfang der Teilzeitarbeit von sich aus nach oben oder unten abändern

kann. Es ist dem Arbeitgeber nicht möglich, auf dem Weisungswege die Arbeitszeit zu verändern. Reduziert er sie dennoch, gerät er in Annahmeverzug. Erhöht er sie einseitig, ist es dasselbe, wie wenn er Überstunden anordnet. Im Übrigen sind die Teilzeitarbeitnehmer den Vollzeitarbeitnehmern gleichgestellt, was Rechte und Pflichten betrifft (H.-P. Egli in SJZ 2000 S. 206 ff.).

Wie bereits ausgeführt, arbeitete die Klägerin vom 1. November 2008 bis 31. März 2009 gesamthaft 262.81 Stunden, was 52.56 Stunden pro Monat entspricht. Erwiesenermassen erreichte sie den Schnitt von 70 Arbeitsstunden pro Monat nicht annähernd.

Die Ausführungen des Beklagten, er sei mit der Klägerin bewusst ein Teilzeitarbeitsverhältnis eingegangen, um auf die Geschäftslage reagieren und jene entsprechend einmal mehr und einmal weniger in seinem Betrieb einsetzen zu können, sind somit insofern unbehelflich, als der Beklagte der Klägerin dadurch, dass er die Kündigung ausgesprochen hatte, nicht annähernd die Möglichkeit einräumte, im Schnitt die 70 Arbeitsstunden pro Monat zu erreichen.

Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet wäre, wenn die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann oder dieser aus anderen Gründen mit der Annahme in Verzug kommt.»

Aufgrund des Beweisverfahrens kam das Gericht zum Schluss, dass die Klägerin ihre Arbeitsleistung genügend angeboten hatte und hiess die Klage im Umfang der Differenz zwischen den effektiv geleisteten und den vereinbarten Stunden gut.

(AGer., AN090885 vom 30. Juni 2010)

5. OR 324a; Lohnfortzahlung zu 100%, dafür Minusstunden

Der Kläger war während seiner Anstellung an rund 80 Arbeitstagen arbeitsunfähig. Entgegen der Regelung im GAV, der eine Lohnfortzahlung von 80% vorsah, zahlte der Arbeitgeber 100% des Lohnes aus, zog die zuviel ausgerichteten 20% aber am Ende des Arbeitsverhältnis unter dem Titel Minusstunden wieder ab.

Aus den Erwägungen:

«Vorliegend ist zu prüfen, ob die von der Beklagten vorgesehene Lösung, wonach bei Krankheit und Unfall zwar 100% des Lohnes ausbezahlt, gleichzeitig aber nur 80% der Arbeitszeit gutgeschrieben werden, zulässig ist. Dass die Lösung gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR sein könnte, ergibt sich aufgrund der rechnerischen Äquivalenz sowie dem Umstand, dass der Kläger – wie die Beklagte behauptet – die Wahl zwischen der üblichen Regelung nach GAV und der abweichenden Parteiregelung gehabt haben soll. Immerhin wäre erst noch genau zu prüfen, ob mit Hinblick auf die von der Sozialversicherungspflicht befreiten Versicherungstaggelder und sozialversicherungspflichtigen Lohnzahlungen der Beklagten tatsächlich eine Stundenkürzung um genau 20% ausgewiesen ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten han-

delt es sich bei ihrer Handhabe der Zeit- und Lohngutschriften im Falle von Arbeitsunfähigkeit jedenfalls mitnichten um eine rein „soziale“ Regelung, die den Arbeitnehmer bloss besser stellt. Die Regelung hat vielmehr die wenig soziale Folge, dass der Arbeitnehmer nach einer längeren gesundheitsbedingten Abwesenheit entsprechend lange „gratis“ für die Arbeitgeberin arbeiten muss oder sich – wie vorliegend – bei kurzfristiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit massiven Lohnkürzungen konfrontiert sieht.

Mit guten Gründen lässt sich daher die Gleichwertigkeit der von den Parteien getroffenen Regelung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR in Frage stellen. Auch mathematisch kann jedenfalls von einer für den Arbeitnehmer günstigeren Regelung, als in Art. 47 f. GAV vorgesehen, nicht die Rede sein. Damit lässt sich aber die Auffassung vertreten, die (angebliche) Parteivereinbarung hätte zumindest der Schriftform bedurft (Art. 324a Abs. 4 OR), sollte sie nicht ohnehin nichtig sein (Art. 357 Abs. 2 OR). Dies gilt umso mehr, als mit der (angeblichen) Parteiregelung einerseits Art. 324a Abs 1 OR insoweit verletzt wird, als dem Kläger implizit die Nacharbeitspflicht für krankheitsbedingte Fehlzeiten überbunden, andererseits seine Kündigungsfreiheit zumindest faktisch tangiert wird, indem seine Kündigung mit Lohnkürzungen und/oder Mehrarbeit verbunden wäre. Weiter besteht die Gefahr, dass im Ergebnis mit dem Modell der Beklagten die Überstundenregelung nach Art. 33 GAV umgangen werden kann: Leistet ein Arbeitnehmer mehr als 2184 Jahresstunden, gilt die Mehrzeit als Überstundenarbeit, die zu kompensieren oder mit einem Zuschlag von 25% ausbezahlt ist. Während Krankheit lassen sich Überstunden aber grundsätzlich nicht kompensieren. Wird das Zeitpensum gleichwohl gekürzt, dafür aber 100% Lohn ausbezahlt, kann das deshalb im Ergebnis dazu führen, dass implizite Überstunden ohne Lohnzuschlag ausbezahlt werden.

In Anbetracht der empfindlichen Konsequenzen kann eine Regelung, wie die Beklagte sie vorsieht, jedenfalls nur dann gültig zustande kommen, wenn sie dem Mitarbeitenden deutlich kommuniziert wird und dieser sich Rechenschaft ablegen kann, dass die laufenden Lohnzahlungen gleichsam einen Lohnvorschuss enthalten.»

Das Gericht kam zum Ergebnis, dass es an einer genügenden Transparenz fehle, weshalb die am Ende des Arbeitsverhältnisses aus Krankheit und Unfall resultierenden Minusstunden nicht in Abzug gebracht werden könnten.

(AGer., AN100092 vom 19. Oktober 2010)

6. OR 324a; Lohnanspruch während Untersuchungshaft?

Am 22. Dezember 2009 war der Kläger mit dem von ihm einzuarbeitenden neuen Mitarbeiter in eine tätliche Auseinandersetzung am Arbeitsplatz verwickelt, in deren Verlauf er ungerechtfertigterweise sämtliches Notengeld aus der Ladenkasse an sich genommen und das Ladenlokal mitsamt dem Geld fluchtartig verlassen haben soll. Die anschliessend angehobene Strafuntersuchung wurde in der Folge betreffend Raub eingestellt und mündete hinsichtlich der tätlichen Auseinandersetzung in einen Strafbefehl

wegen einfacher Körperverletzung. Ab dem Zeitpunkt dieses Vorfalles arbeitete er nicht mehr. Ob im Januar 2010 eine ordentliche Kündigung mit Freistellung oder eine fristlose Kündigung erfolgt war, konnte offen bleiben, da das Gericht zum Schluss kam, dem Kläger stehe der Lohn noch bis Ende Februar 2010 zu.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss eigenen Ausführungen an der Hauptverhandlung befand sich der Kläger als direkte Folge der tätlichen Auseinandersetzung vom 22. Dezember 2009 insgesamt 18 Tage in Untersuchungshaft. Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 324a Abs. 1 OR). Als Verhinderung, für die der Arbeitgeber aufzukommen hat, wird auch unverschuldete Untersuchungshaft angenommen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 324a/b OR N 19). Da der Kläger im Verlauf der Strafuntersuchung eingestanden hatte, den neuen Mitarbeiter im Verkaufsgeschäft mit offenen Händen und seinen Fäusten geschlagen und sich mithin der einfachen Körperverletzung schuldig gemacht zu haben und da deshalb ein Strafbefehl ergangen ist, liegt keine unverschuldete Untersuchungshaft vor. Die Beklagte trifft deshalb für die 18 Kalendertage, während derer sich der Kläger in Untersuchungshaft befunden hatte, keine Lohnfortzahlungspflicht.»

(AGer., AN100198 vom 30. April 2010; auf eine Berufung trat das Obergericht am 9. Juli 2010 nicht ein.)

7. OR 324a; Lohnfortzahlung für Kinderbetreuung?

Zu prüfen war, ob ein Lohnanspruch für eine Absenz zwecks Betreuung des Kindes besteht, nachdem die Kinderkrippe wegen des Schweinegrippevirus vorübergehend geschlossen worden war.

Aus den Erwägungen:

«Wird die Arbeitnehmerin aus Gründen, die in ihrer Person liegen ohne ihr Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihr der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 324a OR). Eine Voraussetzung der Lohnfortzahlung ist mithin, ob die Verhinderung in den persönlichen Verhältnissen der Arbeitnehmerin liegt oder auf objektive Ursachen zurückzuführen ist.

Klargestellt haben Lehre und Praxis, dass auch die Pflege erkrankter Angehöriger, insbesondere die Pflege des erkrankten Kindes durch die Mutter unter Art. 324a Abs. 1 zu subsumieren ist (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 20 zu Art. 324a/b OR mit weiteren Hinweisen). Darum geht es vorliegendenfalls allerdings nicht, nachdem eine Krankheit des Kindes nicht erwiesen ist. Vielmehr sah sich die Klägerin ausser Stande ihrer Arbeit nachzugehen, weil die Kinderkrippe zufolge mit dem Schwei-

negrippevirus infizierter Kinder und des Risikos weiterer Ansteckungen geschlossen worden ist. Die Gründe für die Arbeitsverhinderung liegen damit nicht in den persönlichen Verhältnissen der Klägerin, sondern es handelt sich um ein objektives (allgemeines) Leistungshindernis (Schliessung der Kinderkrippe zur Verhinderung einer Ausbreitung des Virus, letztlich vergleichbar mit Seuchengefahr: Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 324a/b OR), das dazu geführt hat, dass die Klägerin den Sohn zu betreuen hatte und nicht zur Arbeit gehen konnte. Von der Schliessung der Kinderkrippe war nicht nur die Klägerin betroffen, sondern gleichermassen alle berufstätigen Eltern, deren Kinder in der fraglichen Krippe betreut worden sind. Alle diese Eltern sahen sich grundsätzlich vor die nämlichen Schwierigkeiten wie die Klägerin gestellt.

Für die beiden Fehltagte besteht damit keine Lohnzahlungspflicht des Beklagten.»

(AGer., AN090655 vom 16. August 2010)

8. OR 328b, DSG; Anspruch auf Personaldossier

Rund eineinhalb Jahre nach dem Austritt stellte die Beklagte dem Kläger auf dessen Ersuchen den gesamten Inhalt seines damaligen Personaldossiers in Kopie zu. Kurz darauf vereinbarten die Parteien gegenseitig, dass die Beklagte gewisse Originalakten aus dem Dossier (eine Abmahnung, eine Ergänzung einer Zielvereinbarung betreffende E-Mail an den Kläger sowie damit zusammenhängende Korrespondenz) aus diesem entferne, was gemäss deren Angaben auch geschehen sei. Schliesslich re-tournierte die Beklagte dem Kläger dessen Bewerbungsunterlagen im Original.

Kurz darauf reichte der Kläger Klage ein und verlangte, die Beklagte habe ihm alle ihn betreffenden Personalakten im Original herauszugeben.

Aus dem Entscheid:

«Art. 328b OR erlaubt dem Arbeitgeber die Datenbearbeitung – als Bearbeitung von Daten gilt auch deren Aufbewahrung (Art. 3 lit. e DSG) – bezüglich eines Arbeitnehmers nur, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betrifft oder für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich ist. Sobald die Personendaten nicht mehr benötigt werden, sind sie grundsätzlich zu vernichten (Art. 21 Abs. 2 [zur analogen Anwendung dieser Bestimmungen auf Private vgl. BSK DSG-Winterberger-Yang, a.a.O., Art. 21 N 6] in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 DSG). Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind also all diejenigen Akten durch die Arbeitgeberin aus dem Personaldossier des früheren Mitarbeiters zu vernichten, die weder aus sozialversicherungs- oder steuerrechtlichen Gründen noch zur Wahrnehmung nachvertraglicher Fürsorgepflichten wie spätere Berichtigung eines Arbeitszeugnisses oder Erteilung von Referenzauskünften noch zur Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes oder anderer Rechte des Arbeitgebers erforderlich sind (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 328b OR). Wie lange die übrigen Personendaten aufbewahrt werden dürfen

oder sogar müssen, lässt sich nicht generell festlegen. Im Hinblick auf Art. 127 OR dürfte grundsätzlich eine Dauer von zehn Jahren angemessen sein (vgl. BSK DSG-Winterberger-Yang, a.a.O., Art. 21 N 9).

Diesbezüglich sei erwähnt, dass der Kläger von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt die Vernichtung seines Personaldossiers forderte, sondern immer dessen vollständige Herausgabe im Original verlangte. Da eine Herausgabe der Originalakten an den Kläger nichts daran ändern würde, dass diese noch vorhanden wären, wenn auch bei einer anderen Partei, würde eine Vernichtung weitergehend zu einem Totalverlust des Personaldossiers führen. Das Herausgabebegehren des Klägers kann daher nicht dahingehend interpretiert werden, dass es ein Vernichtungsbegehren miteinfassen würde. Es kann daher im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht darüber entschieden werden, ob und welche Akten aus dem Personaldossier von der Beklagten zu vernichten sind.

Anzumerken ist einzig, dass ein fortgeschrittener Zeitablauf allenfalls dazu führen könnte, dass die Beklagte als frühere Arbeitgeberin des Klägers verpflichtet wäre, die nicht mehr benötigten Daten zu seiner Person zu vernichten, nicht aber eine Herausgabepflicht zur Folge haben könnte (Art. 21 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 DSG; Art. 328b OR; BSK DSG-Winterberger-Yang, a.a.O., Art. 21 N 6 ff.).

Zuletzt ist noch auf die Eigentumsverhältnisse an den im Personaldossier des Klägers enthaltenen Daten einzugehen. Die vom Arbeitnehmer der Arbeitgeberin vor Abschluss des Arbeitsvertrags ausgehändigten Bewerbungsunterlagen, bei denen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie im Eigentum des Arbeitnehmers verbleiben und dem Arbeitgeber nur für die Dauer des Bewerbungsverfahrens – und regelmässig des Arbeitsverhältnisses – zur Verwendung überlassen wurden, wurden im konkreten Fall von der Beklagten bereits an den Kläger herausgegeben. Bei den restlichen Akten in dessen Personaldossier dürfte es sich aber vorwiegend – wenn nicht ausschliesslich – um von der Beklagten erstellte Dokumente handeln, an denen diese originär Eigentum erwarb. Ohnehin ist das Eigentum der Beklagten aufgrund ihres Besitzes zu vermuten (Art. 930 Abs. 1 ZGB), einen allfälligen Gegenbeweis hätte der Kläger zu erbringen. Sodann sei angemerkt, dass es sich beim Auskunftsrecht im Sinne von Art. 8 DSG zwar im Kern um ein „Recht an eigenen Daten“ handelt, dieses aber nicht etwa so weit geht, wie die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Rechte am eigenen Bild, an der eigenen Stimme oder am eigenen Wort, und der betroffenen Person insbesondere kein Recht auf ausschliessliche Verwendung oder gar Eigentum an den sie betreffenden Personendaten verschafft (BSK DSG-Gamigna/Maurer/Lambrou, a.a.O., Art. 8 N 1).

Der Kläger behauptete zwar in seiner Eingabe an das Gericht, gestützt auf Art. 15 DSG seien die Original-Akten seines Personaldossiers nicht mehr im Eigentum der Beklagten. Abgesehen davon, dass er damit noch nicht sein eigenes Eigentum am genannten Personaldossier postulierte, lässt sich ebenso wenig aus Art. 15 DSG ableiten, wie diese Bestimmung zum Eigentumsverlust der früheren Arbeitgeberin an den genannten Unterlagen führt bzw. deren Nichteigentum statuiert. Da der Kläger die Vermutung von Art. 930 Abs. 1 ZGB auch nicht auf andere Weise zu widerlegen vermochte und sich sein Eigentum oder eine sonstige dingliche Berechtigung an den strittigen Personalakten auch aus keiner anderen gesetzlichen Vorschrift ableiten lassen,

verfügt der Kläger gegenüber der Beklagten auch über keinen sachenrechtlichen Herausgabeanspruch.»

(AGer., AN090993 vom 18. Januar 2010)

9. OR 329d; Verjährung von Ferienansprüchen

Der Kläger verlangte unter anderem den Lohn für nicht bezogene Ferientage. Der kumulierte Feriensaldo betrug per Ende 2001 rund 63 Tage. Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger habe die Ferien jeweils bis Ende März des Folgejahres beziehen müssen. Der Ferienanspruch für das am weitesten zurückliegende Jahr, nämlich das Jahr 2001, sei deshalb spätestens Ende März 2007 verjährt gewesen. Die erste Unterbrechungshandlung sei mit der Klageeinleitung am 11. Juni 2007 erfolgt.

Aus dem Entscheid:

«Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn [...] zu entrichten. Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR). Ist der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitleistung verhindert, so kann der Arbeitgeber die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen (Art. 329b Abs. 1 OR).

Die Lohnzahlung für die Ferienzeit muss den Arbeitnehmer gleich stellen, wie wenn er gearbeitet hätte (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 329d OR). Da dies bei unregelmässigen Einkommen schwierig ist, wird in solchen Fällen auf den bisherigen Durchschnittslohn während einer bestimmten Referenzperiode abgestellt. Als Referenzperiode wird in der Regel das Dienstjahr vor dem Ferienbezug verwendet, bei kürzerer Anstellung oder wenn inzwischen eine grössere Änderung von Stundenzahl oder Lohnhöhe stattgefunden hat, auf eine kürzere Periode. Das Bundesgericht scheint eine möglichst lange Referenzperiode zu favorisieren, was namentlich bei Lohnänderungen zu neuen Komplikationen führt. Zahlungen, die gestützt auf Art. 324a OR erbracht wurden, sind bei der Bestimmung des Ferienlohnes zu berücksichtigen. Soweit aufgrund von Krankheit oder Unfall nur 80 % des Lohnes bezahlt wurden, ist für die Berechnung des Ferienlohnes der Betrag um die fehlenden 20 % zu erhöhen, denn die Kürzung des Ferienguthabens gemäss Art. 329b OR ist die einzige Sanktion für die Verhinderung; eine zusätzliche Einbusse in der Höhe des Ferienlohnes pro Zeiteinheit ist nicht vorgesehen. Wird der aufgelaufene Feriensaldo am Ende der Anstellung ausbezahlt, ist ein Anteil 13. Monatslohn zusätzlich zu bezahlen.

Nicht bezogene Ferien werden automatisch auf das neue Jahr übertragen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 329c OR). Ein widersprechendes Reglement ist ungültig (JAR 1993 S. 168f.). Auf die Ferien und den Ferienlohn kann ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und binnen eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten (Art. 341 Abs. 1 i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR).

Umstritten ist die Dauer der Verjährungsfrist für Ferienansprüche. Die Mehrheit geht von der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR aus. Das Bundesgericht liess diese Frage bisher offen. Die Gerichtspraxis geht von fünf Jahren aus. Dabei beginnt die Verjährungsfrist mit der Fälligkeit zu laufen. Bei fehlender Anordnung beginnt die Verjährung nie zu laufen (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 5. Juni 2001, Geschäft Nr. AN000851). Von einer Anordnung der Ferien ist dann auszugehen, wenn der Zeitpunkt des Ferienbezugs durch rechtsgestaltende Erklärung des Arbeitgebers festgelegt worden ist (H.-P. Egli, Strittige Fragen zum Thema Ferien, S. 132, in: ArbR 2006).

Vorliegend muss eine Verjährung der Ferien deshalb verneint werden, weil das Reglement, auf welches sich die Beklagte im Zusammenhang mit der Anordnung der Ferien bezieht, lediglich festhält, dass die Ferien jeweils bis spätestens Ende März des Folgejahres bezogen werden müssten. Dies stellt jedoch keine Ferienanordnung im Sinne der obigen Erwägungen dar, da kein Zeitpunkt des Ferienbezugs festgelegt, sondern lediglich ausgeführt wird, wann die Ferien in etwa bezogen werden sollten. Deshalb kann offen bleiben, ob das Reglement dem Kläger auch tatsächlich überreicht wurde.»

Das Obergericht hielt dazu fest:

«Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede verworfen. Die Verjährungsfrist beginne mit der Fälligkeit zu laufen. Bei fehlender Anordnung beginne die Verjährung nie zu laufen. Von einer Anordnung der Ferien sei dann auszugehen, wenn der Zeitpunkt des Ferienbezugs durch rechtsgestaltende Erklärung des Arbeitgebers festgelegt worden sei. Das Reglement der Beklagten halte lediglich fest, dass die Ferien jeweils bis spätestens Ende März des Folgejahres bezogen werden müssten. Dies stelle jedoch keine Ferienanordnung im Sinne der obigen Erwägungen dar, da kein Zeitpunkt des Ferienbezugs festgelegt, sondern lediglich ausgeführt werde, wann die Ferien in etwa bezogen werden sollten. Der Ferienanspruch sei daher nicht verjährt.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verjährt der Ferienanspruch mit Ablauf von fünf Jahren. Der Ferienanspruch jedes einzelnen Dienstjahres verjährt gesondert. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR). Die Fälligkeit des Ferienanspruchs tritt im Zeitpunkt des vertraglich vorgesehenen oder des vom Arbeitgeber bestimmten Ferienbezugs ein (Art. 329c Abs. 2 OR). Mangels vertraglicher Regelung oder arbeitgeberseitiger Anordnung tritt die Fälligkeit am letzten Tag des Dienstjahres ein, an dem der vollständige Bezug der Ferien innerhalb des entsprechenden Dienstjahres noch möglich ist (BGE 136 III 94 f.; BGE 4A_44/2010).

Da die Beklagte selber davon ausgeht, dass aufgrund ihres Reglements der Ferienbezug bis Ende März des Folgejahres möglich war, trat die Fälligkeit des Ferienanspruchs gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jeweils am letzten Tag im März des Folgejahres ein, an dem der vollständige Bezug der Ferien bis Ende März noch möglich war. Bei Klageeinleitung am 11. Juni 2007 waren daher die vom Kläger geltend gemachten Ferienansprüche verjährt. Damit entfällt aber auch ein Entschädigungsanspruch für nicht bezogene Ferien.»

(AGer., AN070417 vom 18. Januar 2010; OGer., LA100009 vom 2. März 2011; siehe auch Entscheid vorn Nr. 2)

10. OR 330a; Unterschiedliches Zwischen- und Schlusszeugnis

Der Kläger verlangte von der Beklagten im Prozess u.a. die Ausstellung eines neuen Schlusszeugnisses mit der Begründung, sie habe dieses gegenüber dem Zwischenzeugnis vom August 2009, welches ihn in allen Teilen gut qualifizierte, abgeändert und erheblich verschlechtert.

Aus den Erwägungen:

«Der Kläger hält fest, dieses Zwischenzeugnis sei zutreffend, die dortigen Qualifikationen entsprächen den Tatsachen und seit dem Tag der Freistellung bzw. dem Tag der Ausstellung des Zwischenzeugnisses habe sich an den Tatsachen nichts geändert. Die Beklagte beschränkte sich darauf festzustellen, dass sie nicht bereit sei, das ausgestellte Schlusszeugnis zu verbessern.

Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen. Diese Bestimmung beinhaltet demzufolge auch den Anspruch auf ein Zwischenzeugnis. An dieses sind deshalb dieselben Anforderungen zu stellen wie an Schlusszeugnisse. Auch sie müssen aussagekräftige, wahrheitsgemässe Beurteilungen der Leistung und des Verhaltens enthalten (BK-Rehbinder/Stöckli, N 11 zu Art. 330a OR). Stellt der Arbeitgeber ein sehr gutes Zwischenzeugnis, hingegen ein schlechteres Schlusszeugnis aus, hat er zu behaupten und zu beweisen, dass sich die Situation dergestalt verändert hat, dass sich ein solch schlechteres Schlusszeugnis rechtfertigt.

Vorliegend macht der Arbeitgeber nicht geltend, Leistung und Verhalten des Klägers hätten sich seit Ausstellung des Zwischenzeugnisses auch nur geringfügig geändert. Das wäre auch schlecht möglich gewesen, wurde doch der Kläger bereits Ende Juli 2009 freigestellt. Mit anderen Worten, von der Ausstellung des Zwischenzeugnisses bis zu der des Schlusszeugnisses arbeitete der Kläger keine einzige Stunde mehr. Seine Leistung und sein Verhalten konnten sich zwangsläufig nicht mehr ändern und auch sonst ereignete sich nichts, was eine Änderung des Arbeitszeugnisses indiziert hätte.»

(AGer., AN100442 vom 8. November 2010)

11. OR 333; Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübernahme

Der Kläger war für eine AG seit November 2008 tätig. Ab Juni 2009 erhielt er den Lohn nur noch teilweise. Ab Oktober 2009 führte X. bzw. die Y. GmbH das Geschäft der Beklagten in deren Räumlichkeiten weiter. Der Kläger lehnte es in der Folge ab, für X. zu arbeiten. Die Beklagte ging davon aus, er habe ihr gegenüber Lohnansprüche nur bis Ende September 2009, da er ab Oktober für die Folgegesellschaft tätig gewesen sei.

Aus dem Entscheid:

«Betriebsübernahme

Zur Beurteilung der klägerischen Ansprüche ist sodann zu prüfen, ob vorliegend von

einer Betriebsübernahme i.S.v. Art. 333 OR auszugehen ist und welche Rechtsfolgen eine solche hätte.

Soweit Art. 181 Abs. 4 OR die Bestimmungen des FusG (Fusionsgesetz, SR 221.301) für anwendbar erklärt, ist anzumerken, dass eine Vermögensübertragung und mithin ein Betriebsübergang grundsätzlich danach abgewickelt werden kann. Allerdings ist die Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG lediglich als Ergänzung zu Art. 181 OR zu verstehen und es bleibt weiter auch für im Handelsregister eingetragene Rechtsträger zulässig, ihre Aktiven auf dem Wege der Singularsukzession und die Passiven auf dem Wege von Art. 175 ff. OR zu übertragen (vgl. Tschaeni-BSK OR I, N 6 zu Art. 181; Malacrida-BSK FusG, N 3 zu Art. 69).

Aufgrund dessen, dass die Parteien vorliegend keine Anhaltspunkte vorgebracht, die auf die Abwicklung der Betriebsübernahme gemäss Art. 69 ff. FusG schliessen liessen, ist im Folgenden nicht weiter auf die Regelungen des FusG einzugehen.

Ein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR liegt vor, wenn es sich dabei um denselben Betrieb handelt bzw. die Identität des Betriebs bewahrt bleibt, was dann gegeben ist, wenn der Betriebszweck, die Organisation und der individuelle Charakter im Wesentlichen beibehalten bleiben (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 6 zu Art. 333 OR m.w.H.). Es muss auch nicht der ganze Betrieb übertragen werden. Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR genügt bereits die Übernahme eines Betriebsteils. Bei einer Betriebsübernahme gehen die Arbeitsverhältnisse integral mit allen Bestandteilen auf den Erwerber über. Im Gegensatz zum Rechtszustand vor 1994 muss die Übernahme von Arbeitsverhältnissen nicht mehr vereinbart werden, sondern ist die Folge des Betriebsübergangs selbst (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 333 OR).

Beide Parteien erklärten an der Hauptverhandlung, X. habe die Räumlichkeiten, die Infrastruktur sowie das gleiche Personal übernommen und dieselbe Tätigkeit weitergeführt wie zuvor die Beklagte. Übereinstimmend erklärten sie auch, X. resp. die Y. GmbH habe ab Oktober 2009 den Betrieb übernommen. Deshalb und auch da den Akten nichts Gegenteiliges entnommen werden kann, hat ein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR von der Beklagten auf X. per Anfang Oktober 2009 stattgefunden. Damit ist grundsätzlich auch das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger als Arbeitnehmer und der Beklagten als Arbeitgeberin mit Wirkung ab 1. Oktober 2009 auf X. bzw. die Y. GmbH übergegangen. Unklar blieb jedoch in diesem Zusammenhang, ob und zu welchem Zeitpunkt das Geschäft durch die Y. GmbH – wie dies von den Parteien behauptet wurde – hätte geführt werden sollen. Aus dem Handelsregister geht diesbezüglich lediglich hervor, dass die Y. GmbH durch Handelsregistereintrag vom xx. Oktober 2009 entstanden ist. Nach den Parteivorbringen ist davon auszugehen, dass diese in der Folge den Betrieb weitergeführt hat, wobei allerdings das genaue Datum nicht bestimmbar ist. Festzuhalten ist hierzu, dass X. gemäss Handelsregister bereits zum Gründungszeitpunkt als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer und Gesellschafter amtierte, worauf zurückzukommen sein wird.

Der Arbeitnehmer kann den Übergang seines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich ablehnen (Art. 333 Abs. 1 OR). In welcher Frist er eine Ablehnungserklärung abzugeben hat, ist umstritten. In der Lehre wird pauschal eine Frist von einem Monat als angemessen erachtet und z.T. ausdrücklich aus Gründen der Rechtssicherheit

gefordert. Im Falle der Ablehnungserklärung nimmt der Arbeitnehmer ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht wahr. Allerdings liegt keine Kündigung vor, weshalb die Ablehnung nicht gemäss Art. 335 Abs. 2 OR begründet werden muss und Art. 336d OR sowie die Formvorschriften nicht anwendbar sind. Die Kündigung ist gegenüber dem Arbeitgeber abzugeben, d.h. vor dem Betriebsübergang gegenüber dem Veräusserer, nach Vollzug gegenüber dem Erwerber. Das Ablehnungsrecht ist dispositiver Natur (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu 333 OR m.w.H.; Portmann-BSK OR II, N 28 zu Art. 333 OR).

Gemäss unbestrittenem Sachverhalt hat es der Kläger abgelehnt, unter dem Erwerber X. bzw. der Y. GmbH weiterzuarbeiten, zumal ihm auch von seiner Rechtsanwältin bestätigt worden sei, er könne für X. nicht mehr arbeiten. Gegen Ende Oktober 2009 habe er zudem eingesehen, dass es „nicht so schlecht sei“, nicht für die neue Gesellschaft zu arbeiten, da er sich weiter in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten erachte und er sich zudem darüber unklar gewesen sei, ob X. überhaupt ein „legitimer Nachfolger“ der Beklagten sei. In welcher Form der Kläger die Ablehnung dem Erwerber gegenüber erklärt hat, ist zwar nicht nachgewiesen, jedoch aufgrund fehlender Formvorschriften auch nicht weiter relevant. Ebenfalls unklar blieb der Zeitpunkt der Ablehnungserklärung. Nach den – von der Beklagten unbestritten gebliebenen – Ausführungen des Klägers fanden zwischen ihm und X. resp. der Y. GmbH die entsprechenden Gespräche im Zeitraum Mitte bis Ende Oktober 2009 statt. Die Erklärung wurde somit auch innert der von der herrschenden Lehre für angemessen befundenen 30-tägigen Frist ab Betriebsübernahme (1. Oktober 2009) abgegeben.

Rechtsfolge der Ablehnung des Übergangs ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 333 Abs. 2 OR auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist. Diese Frist gilt auch, sofern die vertragliche Kündigungsfrist länger ist. Soweit nun Forderungen bis zum Zeitpunkt fällig werden, zu welchem das Arbeitsverhältnis nach Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird, haftet der bisherige Arbeitgeber solidarisch mit dem Übernehmer (Art. 333 Abs. 3 OR). Diese Solidarhaftung besteht für alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 333 OR).

Da der Kläger die Ablehnung Ende Oktober 2009 erklärt hat, endete das Arbeitsverhältnis gemäss der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat per 30. November 2009 (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 335c Abs. 1 OR) und nicht per Ende September 2009, wie dies die Beklagte behauptet. Die Beklagte als vorgängige Arbeitgeberin trifft daher eine Solidarhaftung mit dem Übernehmer für alle Forderungen, die bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses fällig wurden.

Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 333a OR

Zum Vorbringen des Klägers, er sei von der Beklagten nicht vorgängig über die Betriebsübernahme informiert worden, und der damit verbundenen sinngemässen Rüge der Verletzung von Informationspflichten des Arbeitgebers ist Folgendes anzumerken: Die Informationspflicht des Arbeitgebers im Rahmen einer Betriebsübernahme ist letztlich nicht von Relevanz für die Frage, ob ein Betriebsübergang gegeben ist

und die damit verbundenen Rechtsfolgen eingetreten sind. Fest steht, dass es die Beklagte unterliess, wie sie selbst in wenig kongruenten Schilderungen zugegeben hat, ihre Mitarbeiter vor dem „Vollzug des Übergangs“ zu informieren, zumal dieser bereits per 1. Oktober 2009 vollzogen wurde. Allerdings hat der Kläger nicht weiter eine Verletzung der Informationspflicht und auch nicht einen allfälligen damit einhergehenden Schadenersatzanspruch geltend gemacht, weshalb auf die Verletzung von Art. 333a OR nicht weiter einzugehen ist.»

(AGer. AN091072 vom 12. Mai 2010)

12. OR 335; Aufhebungsvereinbarung nach Meinungsverschiedenheit

Die Klägerin war als Serviceangestellte tätig. Nachdem Ende Mai 2009 ein langjähriger Mitarbeiter den Betrieb verlassen hatte, kam es wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien betreffend seiner Nachfolge. Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gab sodann auch der Umstand, dass im Dezember 2009 zwei Mitarbeiter des Beklagten gesundheitsbedingt arbeitsunfähig wurden und die Klägerin wiederholt Verschiebungen ihres freien Tages und damit eine Beeinträchtigung ihrer Freizeitplanung hinnehmen musste. Es kam immer wieder zu Diskussionen zwischen den Parteien, im Laufe welcher der Beklagte der Klägerin mehrmals mitteilte, sie könne ja gehen, wenn es ihr nicht passe. Die zunehmend angespannte Situation nahm ihren Höhepunkt am 15. Dezember 2009: Die Klägerin hatte nach der Sandwichbestellung einer Stammkundin realisiert, dass vom dafür vorgesehenen Brot nichts mehr übrig war, weil es irrtümlich für Suppe und Salat verwendet worden war. Sie wandte sich mit dem Problem an den Beklagten, worauf dieser erklärte, das Thema – welches gleichentags schon einmal besprochen worden war – sei nun erledigt und sie solle sich wieder auf ihre Arbeit konzentrieren. Diese „Kleinigkeit“, als welche sie den Vorfall selbst bezeichnet, veranlasste die seit längerem emotional angespannte Klägerin, sich weinend ans Buffet zurückzuziehen. Als der Beklagte sie dort aufsuchte und fragte, was los sei, antwortete die Klägerin, sie könne nicht mehr und es „stinke“ ihr. Der Beklagte meinte mehrmals, sie könne ja gehen, wenn es ihr nicht passe, und die Klägerin warf darauf ihr Serviceportemonnaie hin. Dies quittierte der Beklagte mit der Bemerkung, sie solle zunächst noch abrechnen. Dieser Aufforderung leistete die Klägerin Folge: Sie kassierte ein, rechnete ab, packte ihre Sachen und gab den Schlüssel ab. Beim Hinausgehen der Klägerin sagte der Beklagte schliesslich zu ihr, wenn sie jetzt gehe, brauche sie nicht mehr wieder zu kommen. Tags darauf sandte die Klägerin dem Beklagten ein Arztzeugnis zu, welches ihr vom 16. Dezember 2009 bis auf Weiteres eine einhundertprozentige Arbeitsunfähigkeit attestierte. Der Beklagte retournierte das Arztzeugnis am 22. Dezember 2009 an die Klägerin, zusammen mit einer Schlussabrechnung und dem Hinweis, dass er das Arbeitsverhältnis als per 15. Dezember 2009 in gegenseitigem Einvernehmen aufgelöst betrachte. Er zahlte ihr den Lohn für 15 Arbeitstage im Dezember 2009, die verbleibenden Ferien und den 13. Monatslohn aus.

Das Gericht kam zum Ergebnis, eine fristlose Kündigung seitens des Arbeitgebers sei nicht gegeben und prüfte anschliessend, ob sich die Parteien einvernehmlich auf eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses verständigt hätten.

Aus den Erwägungen:

«Es ist somit zu prüfen, ob der Beklagte, der durch den Satz „wenn es dir nicht passt, kannst du gehen“, eine sofortige Aufhebung der Anstellung anbot, die Reaktion der Klägerin nach dem Vertrauensprinzip als Akzept seiner Offerte auslegen durfte.

Als unmittelbare Antwort auf den Hinweis des Beklagten, sie könne ja gehen, warf die Klägerin das Serviceportemonnaie hin. Dieses Verhalten ist als konkludente Erklärung zu interpretieren, dass die Klägerin zur ordentlichen Beendigung der laufenden Arbeitsschicht nicht mehr gewillt war, und es kann dabei offenbleiben, ob die Klägerin – wie der Beklagte behauptet – ihre Absichten noch verbalisierte. Dies muss umso mehr gelten, als die Klägerin danach auf entsprechende Aufforderung des Beklagten hin noch einkassierte, aufräumte und sich von den Gästen verabschiedete: Dadurch manifestierte sie immerhin noch minutenlang ihren Willen zu gehen und sie änderte ihr Verhalten auch nicht, als der Beklagte ihr mit dem Satz: „Wenn du jetzt gehst, brauchst du nicht mehr wieder zu kommen“, unmissverständlich klar machte, dass ein Niederlegen der Arbeit am betreffenden Tag einer endgültigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleichkäme.

Die Einwendung der Klägerin, dass der Moment für sie eben ein sehr emotionaler gewesen sei, ist im Lichte des relativierten Vertrauensprinzips zu würdigen: So stellt sich die Frage, ob der Beklagte unter den bekannten Umständen, namentlich der offensichtlichen Erschöpfung der (weinenden) Klägerin, nicht verpflichtet war, ihr Verhalten zurückhaltend zu bewerten und ihr in einem ruhigeren Moment eine Stellungnahme zu ermöglichen, anstatt ihr Verhalten kategorisch als Zustimmung zum Aufhebungsvertrag auszulegen. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Handlung der Klägerin nicht allein durch eine momentane Gemütsbewegung zu erklären ist. Immerhin hat sie auf Geheiss des Beklagten noch aufgeräumt und abgerechnet. Dies gab der Klägerin einerseits Gelegenheit, sich die Sache noch einmal durch den Kopf gehen zu lassen, andererseits war das routinierte Abschliessen der Schicht geeignet, beim Beklagten den Eindruck einer gewissen Abgeklärtheit zu hinterlassen. Deshalb ist Letzterer in seinem Vertrauen auf die zustimmende Willensäusserung der Klägerin zu schützen – nicht zuletzt, weil er wusste, dass die Klägerin sich im Vorfeld bereits um einen Stellenwechsel bemüht hatte und weil er, der als Geschäftsführer eines Kleinbetriebs nur über beschränkte organisatorische Ausweichmöglichkeiten verfügt, auf klare Verhältnisse angewiesen war. Es ist somit von einem zustande gekommenen Aufhebungsvertrag auszugehen. Dieses Resultat steht auch in Einklang mit der Praxis dieses Gerichts, wonach – wenn weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer eine fristlose Entlassung beweisen können – von einer einvernehmlichen Auflösung auszugehen ist, solange die Äusserungen der Parteien einen gemeinsamen Willen zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erkennen geben (Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich 2008, Nr. 20 S. 28).

Es bleibt somit zu prüfen, ob der Aufhebungsvertrag nichtig ist gemäss Art. 361 Abs. 2 sowie Art. 362 Abs. 2 OR. Diese Bestimmungen erklären jede Abweichung

von den zwingenden Gesetznormen 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 (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 10 zu Art. 335 m.w.H.). Diese Rechtsprechung – obwohl nicht unumstritten – erscheint im Hinblick auf die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit als sachgerecht. Es ist vorliegend zudem kein Grund ersichtlich, weshalb von ihr abgewichen werden sollte, da beide Parteien am 15. Dezember 2009 nicht mehr zusammenarbeiten wollten.»

(AGer., AN100376 vom 17. August 2010; im Berufungsverfahren wurde der Entscheidung am 12. November 2010 bestätigt; LA100025.)

13. OR 335; Kündigungsankündigung, Gegenkündigung

Der Beklagte interpretierte eine E-Mail der Klägerin vom 19. Oktober 2007 als Kündigung per Ende des Monats, welcher er am 29. Oktober 2007 zustimmte. Dagegen wiederum protestierte die Klägerin am 31. Oktober 2007. Am 24. Oktober 2007 meldete sich die Klägerin krank und nahm die Arbeit auch nicht mehr auf. Der Beklagte seinerseits stellte sie am 8. November 2007 auf den Zeitpunkt ihrer Genesung von der Arbeit frei. Am 23. November 2007 kündigte der Beklagte der Klägerin per 29. Februar 2008. U.a. war zu prüfen, auf wann das Arbeitsverhältnis beendet wurde.

Aus dem Entscheid:

«Mit E-Mail vom 19. Oktober 2007 teilte die Klägerin der Ehegattin des Beklagten (unter Kopie an diesen selbst) u.a. mit: „sehe ich leider keinen sinn mehr im xyz weiterzuarbeiten. Sie erhalten per ende oktober meine schriftliche kuendigung und koennen dann so einen monatslohn einsparen.“

Diese E-Mail durfte der Beklagte nicht bereits als Kündigung (und schon gar nicht im Sinne einer Beendigung des Anstellungsverhältnisses per Ende Oktober 2007) verstehen, sondern lediglich als Kündigungsankündigung (ohne Gestaltungswirkung). Der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien sah ausdrücklich eine schriftliche Kündigung vor. Die vorgesehene Schriftform ist Gültigkeitserfordernis (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 335 OR). Dieser Formvorschrift genügt die E-Mail der Klägerin vom 19. Oktober 2007 nicht. Das lässt darüber hinaus aber auch keine andere Interpretation des Schlusssatzes in dieser E-Mail zu, dass die Klägerin dem Beklagten nämlich noch – wie im Arbeitsvertrag vorgesehen – die schriftliche Kündigung per Ende Oktober zukommen lassen werde.

Im Weiteren sieht der Arbeitsvertrag eine Kündigungsfrist von drei Monaten vor. Schon alleine aufgrund dieser vorgesehenen Kündigungsfrist von drei Monaten kann im Hinweis der Klägerin „sie ... können dann so einen monatslohn einsparen“ keine sofor-

tige Kündigung per Ende Oktober verstanden werden, andernfalls die Klägerin hätte vermerken müssen, „sie können dann so drei monatslöhne einsparen“. Die – zugegebenermassen nicht gerade klare – Wortwahl der Klägerin lässt mit Hinblick auf die arbeitsvertragliche Kündigungsfrist nur die Interpretation zu, dass der Beklagte mit einer Kündigung noch Ende Oktober einen Monatslohn weniger zu bezahlen habe, als wenn die Kündigung der Klägerin erst anfangs November erfolgen würde. Hat die Klägerin ihre Wortwahl aber mit dem zeitlichen Hinweis „dann“ verbunden, hat sie damit den Charakter einer Kündigungsankündigung ihrer E-Mail dahingehend verstärkt, dass der Beklagte beim (dereinstigen) Eingang der schriftlichen Kündigung noch per Ende Oktober 2007 (dann zusätzlich noch) wird einen Monatslohn sparen können.

Zusammenfassend konnte und durfte der Beklagte die E-Mail der Klägerin vom 19. Oktober 2007 weder als (ordentliche) Kündigung noch als Angebot zu einer „eilvernehmlichen“ Vertragsauflösung per Ende Oktober verstehen (welches Angebot im Übrigen nach 10 Tagen und nachdem sich die Klägerin aus gesundheitlichen Gründen zwischenzeitlich als arbeitsunfähig gemeldet hatte, auch gar nicht mehr annahmefähig gewesen wäre: Art. 5 OR).

Wenn der Beklagte im Weiteren aufgrund zweier zwar „vorsorglicher“, aber eindeutiger Arbeitgeberkündigungen von einer „eilvernehmlichen“ Kündigung per Ende Februar 2008 ausgeht, fehlt in seinem Vorbringen jeder Hinweis dafür, dass sich die Parteien entgegen des Wortlauts von act. 11/15 mit übereinstimmenden Willensäusserungen auf eine Beendigung des Arbeitsvertrages geeinigt hätten.

Es ist demnach von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Februar 2008 durch eine Arbeitgeberkündigung auszugehen, was auch die Klägerin anerkennt, allerdings mit Hinblick auf ein weiteres Kündigungsschreiben vom 23. November 2007.»

(AN080639 vom 2. Juni 2010; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 1. Juli 2010 durch Rückzug erledigt.)

14. OR 335; Gefahren einer Kündigung per E-Mail

Am 20. November 2009 wurde der zu diesem Zeitpunkt wegen Krankheit zu Hause weilenden Klägerin die Kündigung sowohl mündlich als auch mittels an ihre private E-Mailadresse versandter E-Mail mit angehängtem Kündigungsschreiben mitgeteilt. Die Klägerin druckte dieses aus, bestätigte den Empfang und legte es wunschgemäss am folgenden Montag dem abwesenden Chef auf den Tisch. Als der Chef erfuhr, dass eine Kündigung während der Krankheit nichtig sei, sandte er der Klägerin am 24. November 2009 erneut eine E-Mail mit folgendem Inhalt: „I wanted to follow up and confirm that you have signed this letter and you are returning a copy to me? Perhaps you can scan and email back so we have a confirmation?“

Nach Erhalt dieser E-Mail nahm die Klägerin gleichentags das bereits am 20. November 2009 von ihr unterzeichnete Kündigungsschreiben wieder aus dem Postfach ihres Chefs, scannte es ein und schickte es am 25. November 2009 per E-Mail an

ihren Chef zurück. Nachdem die Rechtsvertreterin der Klägerin anfangs Januar 2010 auf die Nichtigkeit der Kündigung hinwies, hielt die Beklagte an der Kündigung fest, sprach vorsorglich noch eine Kündigung per Ende März aus und stellte die Klägerin frei. Zu prüfen war, wann das Arbeitsverhältnis geendet hat.

Aus den Erwägungen:

«Nachdem die Beklagte erkannte, dass ihre Kündigung vom 20. November 2009 ungültig ist, liess A. der Klägerin am 24. November 2009 erneut eine E-Mail zukommen mit der Bitte, das Kündigungsschreiben vom 20. November 2009 zu unterzeichnen und ihm eine Kopie davon zukommen zu lassen. So hiess es in der E-Mail: „I wanted to follow up and confirm that you have signed this letter and you are returning a copy to me?“. Wie aus dem Ausdruck dieser E-Mail, die in Kopie unter anderem an die X. Treuhand AG versandt wurde, hervorgeht, war ihr eine Anlage mit der Bezeichnung „Klägerin 20-11-09.doc“ angehängt. Dabei handelte es sich um dasselbe Kündigungsschreiben, das bereits der E-Mail vom 20. November 2009 von A. an die Klägerin angehängt war. Die Frage kann dahingestellt bleiben, weshalb das Kündigungsschreiben vom 20. November 2009 bzw. der Anhang „Klägerin 20-11-09.doc“ lediglich auf dem Ausdruck des Empfängers „X. Treuhand AG“ ersichtlich ist, nicht aber auf dem Ausdruck der Klägerin als Empfängerin derselben E-Mail, denn aus act. 8/2 geht klar hervor, dass die X. Treuhand AG die fragliche Anlage mit dieser E-Mail erhalten hat. Da es aus technischen Gründen nicht möglich ist, dass die Anlage lediglich bei der Empfängerin X. Treuhand AG angehängt war, bei der Klägerin jedoch nicht, muss davon ausgegangen werden, dass mit dieser E-Mail auch die Klägerin die Anlage bzw. eben das Kündigungsschreiben vom 20. November 2009 erhalten hat. Sodann erklärte die Klägerin in der Hauptverhandlung selbst, dass sie sich nicht mehr erinnern könne, ob oder welcher Anhang bei der E-Mail vom 24. November 2009 dabei gewesen sei. Diese der E-Mail angehängte Anlage, also das Kündigungsschreiben vom 20. November 2009, musste die Klägerin nicht mehr öffnen, denn dessen Inhalt war ihr, wie sie an der Hauptverhandlung selbst sinngemäss ausführte, bereits bekannt. Da A. in seiner E-Mail vom 24. November 2009 mit den Worten „this letter“ klar auf das der E-Mail angehängte Kündigungsschreiben vom 20. November 2009 verweist, konnte und musste die Klägerin diese E-Mail mit dem ihr bekannten Attachment-Inhalt im Sinne des Vertrauensprinzips als klare und unmissverständliche (erneute) Kündigung der Beklagten verstehen. So erklärte die Klägerin an der Hauptverhandlung selbst, dass sie das Schreiben sowieso nicht mehr gebraucht habe, weil sie es ja schon unterschrieben habe.

Die mit E-Mail vom 24. November 2009 erfolgte Kündigung war somit rechtmässig. Daraus folgt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten am 31. Januar 2010 endete und der Klägerin daher auch keine Lohnforderungen mehr zustehen.»

(A Ger., AN100588 vom 1. Dezember 2010; vom Obergericht bestätigt am 29. April 2011; LA100036.)

15. OR 335, 336; Missbräuchliche Freistellung während der Schwangerschaft?

Die Klägerin war als Kadermitarbeiterin in der Funktion als Einkäuferin Kindermode tätig. Als sie im April die Arbeitgeberin über ihre Schwangerschaft und vermutliche Geburt im Oktober orientierte, teilte diese ihr mit, die wirtschaftliche Situation lasse keinen längeren Arbeitsausfall zu. Aus diesem Grund werde ab 1. August eine neue Mitarbeiterin ihre Funktion übernehmen und sie werde ab diesem Zeitpunkt freigestellt. Nach Ablauf des Mutterschutzes werde gekündigt werden.

Vor Gericht beantragte die Klägerin, die Freistellung sei zu beseitigen und die Beklagte habe sie weiter zu beschäftigen. Allenfalls sei die Freistellung als diskriminierend zu betrachten. Der Beklagten sei ausserdem zu verbieten, die angedrohte Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist auszusprechen.

Aus den Erwägungen:

«Ob eine Persönlichkeitsverletzung zufolge Nichtbeschäftigung vorliegt, ist somit anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Erforderlich ist eine Beeinträchtigung von gewisser Intensität, wie sie sich etwa aus der langen Dauer der Nichtbeschäftigung oder aus kränkenden Umständen ihrer Anordnung ergeben kann. Persönlichkeitsverletzend ist eine Freistellung insbesondere, wenn sie ohne jeden sachlichen Grund oder sogar in schikanöser Absicht erfolgt. Das Recht auf Beschäftigung findet seine Grenze jedoch in den überwiegenden Interessen des Arbeitgebers wie etwa Auftragsmangel, Absatzstockung, Betriebsunterbrechungen, Unfähigkeit des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung oder Störung des Arbeitsfriedens (Blesi, a.a.O., S. 72, Rz 198; Portmann, S. 121 f.; BK-Rehbinder-Stöckli, N 13 zu Art. 328 OR).

Im vorliegenden Fall wirkt das Verhalten des Arbeitgebers auf den ersten Blick stossend, indem er sich der Arbeitnehmerin „entledigte“, indem er sie frestellte, nur weil diese schwanger geworden war. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin durch die Freistellung in irgendeiner Weise benachteiligt worden wäre. Sie erhält trotz fehlender Arbeitspflicht den vollen Lohn. Die Freistellung wurde weder an schikanöse Auflagen oder gegen Treu und Glauben verstossende Bedingungen geknüpft, noch liegt ein vertragliches Freistellungsverbot vor. Zudem handelt es sich um eine relativ kurze Freistellungsdauer von rund drei Monaten (19. Juli 2010 bis zur geplanten Niederkunft Ende Oktober 2010).

Sodann ist die Klägerin als Kindermodeverkäuferin nicht zu den Berufsgruppen mit einem grundsätzlichen Beschäftigungsanspruch zu zählen. Auch wenn als „Kadermitarbeiterin“ angestellt, kann sie sich zweifellos nicht zu den sogenannten höheren Angestellten zählen. Es darf ausgeschlossen werden, die Klägerin verliere durch die Freistellungsdauer von rund drei Monaten ihre Reputation und ihre beruflichen Fähigkeiten oder ihr wirtschaftliches Fortkommen werde beeinträchtigt, zumal sie zufolge des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubes von mindestens acht Wochen für eine ähnlich lange Zeit an der Arbeitsleistung verhindert sein wird.

Nicht ausser Acht zu lassen ist jedoch die kränkende Wirkung, welche eine Arbeitsbefreiung auf eine Arbeitnehmerin haben kann (BK-Rehbinder, N 11 zu Art. 328 OR). Gerade bei der Klägerin als Kadermitarbeiterin und insbesondere als Mitarbeiterin mit zeitweiligem Kunden- und ständigem Lieferantenkontakt ist die Beeinträchtigung des Ansehens durch die Freistellung nicht zu unterschätzen (Blesi, a.a.O., S. 54 f., Rz 152).

Auch in diesem Falle müssen aber die Interessen der Beklagten als Arbeitgeberin mitberücksichtigt werden. Die Beklagte hat diesbezüglich ausgeführt, ihre wirtschaftliche Situation erfordere es, dass die Arbeit ohne Unterbrüche und teilweise mit erheblicher Mehrbelastung ausgeführt werde.

Entscheidend ist aber Folgendes: Der schwangeren Klägerin kommt von Gesetzes wegen die Möglichkeit zu, auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fern zu bleiben oder die Arbeit zu verlassen (Art. 35a Abs. 2 ArG). Zusätzlich ist die Beklagte als Arbeitgeberin verpflichtet, die Arbeitsbedingungen schwangerer Mitarbeiterinnen so zu gestalten, dass ihre Gesundheit und diejenige ihres werdenden Kindes nicht beeinträchtigt werden (Art. 35 ArG). Die Beklagte muss daher bereits in der Schwangerschaftszeit vor dem Mutterschaftsurlaub ständig mit Ausfällen oder Arbeitsunterbrüchen der Klägerin rechnen und ist in ihrer Möglichkeit, der Klägerin auch nur vorübergehende, anstrengende Mehrarbeit abzuverlangen, eingeschränkt. Sie hat daher ein berechtigtes Interesse daran, für diese Zeit ersatzweise eine voll einsatzfähige Arbeitskraft einzusetzen. In einem Zeitraum, in welchem es der Arbeitnehmerin von Gesetzes wegen jederzeit erlaubt ist, der Arbeit fern zu bleiben, muss dem Arbeitgeber die Möglichkeit offenstehen, seinerseits auf die Arbeit zu verzichten, um dem Risiko, dass die Arbeitnehmerin eben für ihn völlig unvorbereitet (zu Recht!) die Arbeit niederlegt, zu entgehen.

Insgesamt ergibt sich, dass die Klägerin für sich keinen Beschäftigungsanspruch beanspruchen kann, weshalb die Freistellung – zumindest unter diesem Gesichtspunkt – nicht unzulässig erfolgte. Selbst im umgekehrten Fall ist vorzumerken, dass der Klägerin daraus kein Schaden erwachsen wäre; sie macht jedenfalls keinen solchen geltend.»

Das Gericht stellte fest, dass die Freistellung aus den gleichen Gründen nicht diskriminierend erfolgt sei und – auch für die in Aussicht gestellte (aber noch nicht ausgesprochene) Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist – keine Anhaltspunkte für die Zahlung einer Genugtuung gegeben seien.

(AGer., AN100566 vom 30. November 2010; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig.)

16. OR 336b; Gültigkeit einer Einsprache per E-Mail – Unterschied zur elektronischen Signatur

Im folgenden Fall war zu prüfen, ob eine Einsprache per E-Mail den gesetzlichen Erfordernissen genügt.

Aus den Erwägungen:

«Was schriftlich bedeutet, sagt Art. 13 OR: „Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.“ Gemäss Art. 14 Abs. 1 OR ist die Unterschrift eigenhändig zu schreiben. Nach Absatz 2bis von Art. 14 OR ist der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt die qualifizierte elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über die elektronische Signatur beruht.

Der Kläger selber behauptet nicht, er habe eine Einsprache schriftlich im vorhin genannten Sinne erhoben, also mit eigenhändiger Unterschrift oder elektronischer Signatur versehen. Das E-Mail vom 24. Dezember 2009, auf das der Kläger sich beruft, genügt den gesetzlichen Anforderungen an die Schriftlichkeit nicht. Es enthält keine eigenhändige Unterschrift und keine elektronische Signatur im Sinne des Gesetzes. Wenn der Kläger davon spricht, das E-Mail trage eine Signatur, sonst hätte die Beklagte gar nicht an ihn herantreten können, dann spricht er nicht von einer zertifizierten elektronischen Signatur, sondern allenfalls von einer „Signatur“, wie sie Microsoft im Programm „Outlook“ nennt. Was aber Microsoft unter „Signatur“ versteht, ist hier nicht relevant.

Der Kläger hat zwar recht, wenn er darauf hinweist, dass im Geschäftsverkehr E-Mails Usanz seien. Dem Umstand, dass E-Mails immer wichtiger werden, hat der Gesetzgeber eben gerade Rechnung getragen durch den am 1. Januar 2005 neu eingefügten und bereits erwähnten Absatz 2bis von Art. 14 OR, wo die zertifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt wird. Der Gesetzgeber hat sich also entschieden: Ein gewöhnliches E-Mail wird nicht erwähnt, ist also einer eigenhändigen Unterschrift nicht gleichgestellt. Nur nebenbei sei dem Kläger auch gesagt, dass E-Mails als Eingaben an die zürcherischen Gerichte bis heute nicht genügen. Erst die neue, ab 1. Januar 2011 geltende schweizerische Zivilprozessordnung sieht in Art. 130 vor, dass Eingaben „in Papierform oder elektronisch“ einzureichen sind und dass sie zu unterzeichnen sind (Abs. 1). Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument mit einer „anerkannten elektronischen Signatur der Absenderin oder des Absenders versehen sein“ (Abs. 2). Der Gesetzgeber hat also gleich wie bei der Ergänzung von Art. 14 OR entschieden. Ein gewöhnliches E-Mail wird auch in Zukunft als Eingabe ans Gericht nicht genügen.

Ob der von den Parteien zitierte Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich vom 12. November 1998 (ZR 99/2000 Nr. 88), der im Ergebnis bereits damals dem Gesetzeswortlaut widersprach, damals richtig oder falsch war, braucht heute nicht erörtert zu werden. Auf alle Fälle ist er überholt, weil eben der Gesetzgeber der tatsächlichen Entwicklung im Bereich der Kommunikation Rechnung getragen hat, indem er die zertifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt hat.

Was schliesslich den Einwand des Klägers anbelangt, das Verhalten der Beklagten widerspreche Treu und Glauben, so ist folgendes festzuhalten: Da Art. 336b Abs. 1 OR absolut zwingend ist, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte sich auf die

Ungültigkeit der Einsprache beruft oder nicht. Das Gericht hat ohnehin von Amtes wegen zu prüfen, ob eine korrekte Einsprache vorliegt. Der Kläger behauptet im Übrigen selber nicht, die Beklagte habe ihn von einer formell korrekten Einsprache in irgendeiner Weise abgehalten. Im Gegenteil: Die Beklagte hat das E-Mail des Klägers vom 24. Dezember 2009 sogar dem früheren (und vermeintlich damals noch amtierenden) Rechtsvertreter des Klägers weitergeleitet. Eine weitergehende Fürsorgepflicht der Beklagten, etwa dahingehend, den Kläger darüber zu beraten, wie er gegen sie rechtlich korrekt vorzugehen habe, bestand selbstverständlich nicht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine gültige Einsprache gegen die Kündigung nicht erfolgt ist. Der Anspruch auf eine Entschädigung für die angeblich missbräuchliche Kündigung ist verwirkt.»

(AGer., AN100312 vom 20. September 2010)

17. OR 336c; Krank vor oder nach Erhalt der Kündigung?

Die Klägerin war während ihrer einjährigen Anstellung wiederholt arbeitsunfähig, zuletzt vom 18. Januar 2008 bis 5. Februar 2008. Am 18. Februar 2008 erfolgte die Kündigung durch die Beklagte. Ab demselben Tag war die Klägerin gemäss ärztlichem Zeugnis erneut arbeitsunfähig. Am 21. Februar 2008 erging eine „letzte Verwarnung“ der Beklagten mit diversen Vorwürfen an die Klägerin. Zu prüfen war unter anderem, ob die Kündigung nichtig war oder ob sich nur die Kündigungsfrist erstreckte.

Aus den Erwägungen:

«Entsprechend dem üblichen Zeitablauf hat die Klägerin die Kündigung vom 18. Februar 2008 am 19. Februar 2008 erhalten. Gleichtags stellte der Arzt das ärztliche Zeugnis mit einer Arbeitsunfähigkeit ab 18. Februar 2008 aus. Da es sich bei einer Kündigung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist im Kontext der Frage der Nichtigkeit der Kündigung weniger bedeutsam, ob die Klägerin am 18. Februar 2008 bereits krank gewesen ist; entscheidend ist vielmehr, ob sie im Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung, mithin am 19. Februar 2008 arbeitsunfähig war.

Dass die Klägerin im Zeitpunkt der Konsultation des Arztes arbeitsunfähig gewesen ist, darf aufgrund des ehemals ausgestellten ärztlichen Zeugnisses und der ergänzenden Auskünfte des Arztes als erwiesen erachtet werden: Im Rahmen dieser Konsultation konnte der Arzt aufgrund eines persönlichen Eindruckes die starke Nervosität, die emotionale Labilität und Unruhe feststellen, wobei er ergänzend, nahe-liegenderweise für eine psychische Erkrankung, auf die Angaben der Klägerin abzustellen hatte. Wenn er daher für den Zeitpunkt der Konsultation und ein paar anschließende Tage die Klägerin für arbeitsunfähig erklärt hat, ist das nachvollziehbar.

Anders liegen die Verhältnisse für die Zeit vor der Konsultation des Arztes vom 19. Februar 2008 um 11:00 Uhr, für welche der Arzt einzig auf die Angaben der Klägerin abstellen konnte.

Erklärtermassen hat die Klägerin die Kündigung am gleichen Tag erhalten. Damit ist es vorstellbar, dass ihr diese Kündigung – ungeachtet ihrer gegenteiligen Angaben – vor dem Arztbesuch zugegangen ist. Vorstellbar ist auch, dass der Erhalt der Kündigung die Klägerin überhaupt erst in einem Masse belastet hat, das die anschliessende Attestierung einer Arbeitsunfähigkeit zufolge starker Nervosität rechtfertigen konnte. Mit dem ärztlichen Zeugnis und der ergänzenden Auskunft kann deshalb eine Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Empfanges der Kündigung nicht als erstellt erachtet werden.

Ein allerdings schwaches Indiz für eine bereits am Vortag eingetretene Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit stellt der Umstand dar, dass die Klägerin bereits an diesem Montag nicht mehr zur Arbeit erschienen ist. Weiter hat die Beklagte jedenfalls im Rahmen der Lohnabrechnung Februar 2008 das ärztliche Zeugnis noch anerkannt: Sie vergütete der Klägerin Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 1'180.30, was genau den 10 Krankheitstagen (1.–5. und 18.–22. Februar: Fr. 4'500.–/Mt. x 12 Mt. : 366 Kalendertage x 80% = Fr. 118.03 Taggeld) entspricht.»

Mangels Angaben der Parteien (bezüglich der Track and Trace-Nummer der Post) konnte nicht festgestellt werden, wann genau die Klägerin das Kündigungsschreiben abgeholt hatte.

«Im Ergebnis ist demnach offen, ob die Klägerin im Zeitpunkt des Empfangs des Kündigungsschreibens bereits krank gewesen ist oder ob allenfalls erst die Kenntnisnahme der Kündigung die Gesundheit der Klägerin mit Krankheitswert beeinträchtigt hat. Es ist mit anderen Worten nicht erstellt, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung krank gewesen ist mit der Folge, dass die Kündigung sich als nichtig erwiese. Die Lohnzahlungspflicht der Beklagten endet daher mit Ablauf der Kündigungsfrist Ende März 2008.»

(AGer., AN080837 vom 25. November 2010)

18. OR 336c; Kündigungsschutz und Vertragsänderung

Die Klägerin gebar am 13. Dezember 2008 ein Kind und bezog dann ihren Mutterschaftsurlaub. Sie machte geltend, die Parteien hätten sich am 30. April 2009 auf die Weiterarbeit mit einem 60% Pensum geeinigt.

Der Beklagte geht hingegen von der Aufhebung der bisherigen Arbeitsbedingungen aus. Die Klägerin hätte für die Monate Mai/Juni 2009 noch befristet nicht mehr für ihn, sondern für die Rechtsanwältin GmbH tätig sein sollen. Ein 13. Monatslohn sei nicht vereinbart worden. Zudem habe die Klägerin die Kündigung per Ende Juni 2009 bestätigt. Sie habe nach dem Mutterschaftsurlaub ihre Arbeit verweigert und könne daher keine weiteren Ansprüche mehr stellen.

Aus dem Entscheid:

«Am 30. April 2009 ist der mit dem Beklagten abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 20. März 2007 noch nicht gültig gekündigt gewesen. Der Beklagte gibt das Geburts-

datum des Sohnes der Klägerin mit 13. Dezember 2008 an. Die in Art. 336c Abs. 1 lit. c OR vorgesehene Sperrfrist von 16 Wochen lief damit erst am 5. April 2009 ab, womit die bereits am 25. März 2009 erklärte Kündigung nichtig ist (Art. 336c Abs. 2 OR). Soweit sich die Parteien nicht auf eine sofortige Änderung der ursprünglichen Anstellungsbedingungen verständigten, hatten diese für die Monate Mai/Juni 2009 weiterhin Gültigkeit.

Nachdem der Beklagte selbst die von der Klägerin geschuldete Arbeitszeit auf der Basis eines 60% Pensums abrechnet, hat als unbestritten zu gelten, dass die Klägerin kein 100% Pensum mehr zu leisten hatte und der ursprüngliche Vertrag insoweit (zumindest konkludent) modifiziert worden ist. Das indiziert auch die Abrechnung für Mai 2009, womit der Klägerin ausgehend von Fr. 8'000.–/Mt. bei 100% nur noch ein Lohn von Fr. 4'800.– ausbezahlt worden ist, mithin genau 60% des vormaligen Lohnes.

Aus dem Umstand alleine, dass die Klägerin dem Beklagten eröffnete, sie sei auf eine Beschäftigung im Teilzeitpensum angewiesen, kann nicht geschlossen werden, sie habe anerkannt, dass die bisherigen Anstellungsbedingungen umfassend keine Geltung mehr beanspruchen könnten. Im Wunsch, nur noch Teilzeit zu arbeiten, ist vorab eine Offerte zur Reduktion des bisherigen Arbeitspensums zu sehen, nicht aber das Anerkenntnis, sämtliche vormaligen Anstellungsbedingungen sollten keine Gültigkeit mehr haben.

Dass das Vorbringen des Beklagten hinsichtlich einer Einigung über die Anstellungsbedingungen nicht kohärent ist, wurde oben ausgeführt und widerspricht der von ihm geltend gemachten vollständigen Neuregelung des Arbeitsverhältnisses.

Wenn – so der Beklagte – mit der Klägerin am 30. April 2009 vereinbart worden sein sollte, dass „sie im Mai und Juni 2009 in den neuen Büroräumlichkeiten der Rechtsanwältin GmbH arbeitet“, hätten sich die Parteien auf ein bis Ende Juni 2009 befristetes Arbeitsverhältnis verständigt, allenfalls auf eine einvernehmliche Beendigung per Ende Juni 2009. Weshalb es dann gleichwohl noch einer Kündigung seitens der Arbeitgeberschaft bedurft hätte, bliebe unergründlich. Sollte die vom Beklagten behauptete, oben zitierte Einigung hingegen nicht den Charakter einer bloss noch befristeten Anstellung oder einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gehabt haben, wäre aufgrund seines weiteren Vorbringens davon auszugehen, man habe sich ab sofort und für unbestimmte Dauer auf einen tieferen Lohn der Klägerin verständigt, indem der 13. Monatslohn entfallen soll. Handelt ein Arbeitgeber aber am selben Tag für die Fortdauer einer unbefristeten Anstellung zunächst einen tieferen Lohn aus, um im Anschluss an eine diesbezügliche Einigung der Arbeitnehmerin postwendend zu kündigen mit der Folge, dass er für die Kündigungsfrist nur noch den tieferen Lohn zu bezahlen hätte, müsste dies als treuwidrig bezeichnet werden, was mit Bezug auf einen Rechtsanwalt nicht eben anzunehmen ist.

Zusammenfassend liegt nichts dafür vor, dass sich die Parteien am 30. April 2009 umfassend im Sinne der vom Beklagten behaupteten Regelung verständigt hätten. Sämtliche Indizien sprechen vielmehr dagegen und lassen das Vorbringen des Beklagten als Konstrukt erscheinen.»

Das Gericht hiess in der Folge den Lohnanspruch für Juni 2009 sowie den 13. Monatslohn für Mai/Juni 2009 im Grundsatz gut.

(AGer., AN090655 vom 16. August 2010)

19. OR 337; Unterbliebene Arbeitsaufnahme nach Krankheit

Die Klägerin befand sich in psychiatrischer Behandlung, bevor sie einen Arbeitsvertrag zu 50% abschloss. In der Folge hatte die Klägerin immer wieder Absenzen, wobei dafür nur teilweise Arztzeugnisse vorhanden waren. Arbeitsaufforderungen brachten auch nichts. Am 30. Juli 2009 erschien die Klägerin nicht zur Arbeit, obwohl sie vom Beklagten erwartet wurde. Von der Ärztin erfuhr er, dass die Klägerin nicht mehr arbeitsunfähig sei. Nach einer nutzlosen Arbeitsaufforderung und Verwarnung vom 31. Juli 2009 wurde der Klägerin am 4. August 2009 fristlos gekündigt, da sie seit dem 30. Juli 2009 unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei.

Aus dem Entscheid:

«Nach Lehre und Rechtsprechung ist unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz für sich allein im Allgemeinen zu wenig schwerwiegend, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen, erlangt jedoch bei Wiederholung trotz Abmahnung das dazu notwendige Gewicht (Urteil des Bundesgerichts 4C.222/2003 vom 2. September 2003, mit Verweisen). Besondere Regeln gelten, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit dem Arbeitsplatz fernbleibt. Da die unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung in keinem Fall eine fristlose Entlassung rechtfertigt (Art. 337 Abs. 3 OR), kann diese nur ausgesprochen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer erfolglos aufgefordert hat, entweder ein Arztzeugnis einzureichen oder die Arbeit wieder aufzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 4C.244/2000 vom 30. November 2000, mit Verweisen).

Wie bereits dargelegt, war die Klägerin nur in der Zeit vom 7. Juli 2009 bis 10. Juli 2009 sowie vom 23. Juli 2009 bis und mit 29. Juli 2009 vollständig arbeitsunfähig. In der restlichen Zeit zwischen dem 1. April 2009 bis mindestens 4. August 2009 war sie – bezogen auf ein 100%-Pensum – zu 50% arbeitsunfähig, oder anders gesagt zu 50% arbeitsfähig.

Massgebend zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung ist die Verwarnung vom 31. Juli 2009, worin der Klägerin die fristlose Entlassung ausdrücklich angedroht wurde, sollte sie ihre Absenz ab 30. Juli 2009 nicht begründen. Nachdem der Beklagte aufgrund des am 28. Juli 2009 erhaltenen Zeugnisses davon ausgehen konnte und durfte, dass die Klägerin nach Ablauf der siebentägigen 100%-Arbeitsunfähigkeit am 30. Juli 2009 wieder wie gewöhnlich zur Arbeit erscheinen werde und dies auch so von der Ärztin telefonisch bestätigt wurde, verwarnte er die Klägerin mit Schreiben vom 31. Juli 2009 zurecht für ihre unentschuldigte Absenz. Wie vorangehend ausgeführt, war die Klägerin ab dem 30. Juli 2009 ja wieder zu 50% arbeitsfähig. Bereits mit Schreiben vom 26. Juli 2009 wurde sie gebeten, sich zu mel-

den oder ein Arztzeugnis einzureichen. Aufgrund der Rückstufung des Arbeitsunfähigkeitsgrades von 100% auf 50% durch den Arzt ab dem 30. Juli 2009 wäre die Klägerin verpflichtet gewesen, ihre Arbeit unverzüglich wieder anzutreten. Trotz dieser ersten Aufforderung, die der Klägerin zwar verspätet, aber dennoch vor der fristlosen Kündigung zuzuging und trotz der Androhung der fristlosen Kündigung im Schreiben vom 31. Juli 2009, unterliess es die Klägerin hingegen in Verletzung ihrer arbeitsrechtlichen Treuepflicht, sich beim Beklagten zu melden bzw. zur Arbeit zu erscheinen. Selbst wenn man davon ausgehen müsste, dass der Klägerin nicht klar gewesen sein sollte, dass sie am 30. Juli 2009 wieder zur Arbeit zu erscheinen hatte, hätte sie dies selber klären müssen und nicht einfach nicht zur Arbeit kommen dürfen. Da der Beklagte die Klägerin genügend aufgefordert hatte, die Arbeit wieder aufzunehmen bzw. ein ärztliches Zeugnis beizubringen, erfolgte die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages seitens des Arbeitgebers rechtmässig.»

(AGer., AN090712 vom 21. September 2010)

20. GIG 4 und 5, OR 336c; Sexuelle Belästigung und Kündigung

Die Klägerin war in einem Lebensmittelgeschäft tätig. Nach ein paar Monaten wurde sie vom Geschäftsführer in sein Büro zitiert, um die folgende Woche zu planen. Dabei wurde sie von ihm sexuell belästigt (Details siehe nachfolgend), konnte aber aus dem Büro fliehen. Anschliessend wurde sie arbeitsunfähig geschrieben. Vor Gericht verlangte sie eine Entschädigung wegen diskriminierender Kündigung (vier Monatslöhne = rund Fr. 14'000.–) und eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GIG (keine Präventionsmassnahmen gegen sexuelle Belästigungen) in der Höhe von rund Fr. 26'500.–.

Aus dem Entscheid (für die Beklagte ist unentschuldigt niemand zur Verhandlung erschienen, weshalb auf die klägerische Darstellung abgestellt wurde):

«Sexuelle Belästigung durch X.

Da die Beklagte nicht gehört werden konnte, ist in objektiver Hinsicht erstellt, dass X. (Geschäftsführer mit Einzelunterschrift) die Klägerin am 9. April 2009 auf den Hals geküsst sowie versucht hat, sie auf den Mund zu küssen. Dass es sich bei diesem (teilweise versuchten) Körperkontakt um einen Angriff auf die Persönlichkeit der Klägerin handelt, welcher einen sexuellen Inhalt oder zumindest eine sexuelle Komponente hat, ist offenkundig und gibt zu keinen weiteren Ausführungen Anlass. Diesem Verhalten kommt – sofern es durch die betroffene Person nicht gebilligt wird – gemäss dem durchschnittlichen Empfinden (einer weiblichen Person) ein belästigender Charakter zu. Überdies ist durch das Verhalten von X. auch die geschützte Intimität der Klägerin verletzt worden.

In subjektiver Hinsicht ist ebenso erstellt, dass X. sich gegen den Willen der

Klägerin verhalten hat. Er durfte nicht von einer stillschweigenden Einwilligung der Klägerin in sein Verhalten ausgehen: Einerseits zeigte die Klägerin gegenüber X. stets ein distanzierendes Verhalten, indem sie ihn als ihren Vorgesetzten trotz dessen Angebot weiterhin nicht geduzt hatte. Andererseits offenbarte die Klägerin – als sie zu Beginn ihrer Tätigkeit bei der Beklagten von X. zu einem Abendessen eingeladen worden war – diesem eindeutig und unmissverständlich, sie habe kein Bedürfnis auf körperliche Nähe. Das unterstrich sie, indem sie es nicht zulies, dass X. ihr zur Begrüssung drei Küsse auf die Wange gab. X. durfte aufgrund der gesamten Umstände nicht davon ausgehen, die Meinung der Klägerin habe sich geändert. Demnach könnte er sich nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen. Sein Verhalten ist in subjektiver Hinsicht als belästigend zu werten.

Damit ist die sexuelle Belästigung der Klägerin im Sinne von Art. 4 GIG durch X., den Geschäftsführer der Beklagten, hinreichend erstellt.

Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG

Gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf eine Entschädigung, wenn die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses besteht. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohnes errechnet.

Der Tatbestand setzt zunächst eine rechtsgültige Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses voraus, die obendrein diskriminierend zu sein hat (Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Rz 43 zu Art. 5 GIG). Demnach ist zunächst die Rechtsgültigkeit der ergangenen Kündigung zu prüfen.

Der Klägerin wurde durch die Beklagte mit Schreiben vom 27. April 2009 ordentlich gekündigt. Die Kündigung ging ihr am 28. April 2009 zu. Zudem war die Klägerin vom 9. April 2009 bis (mindestens) am 31. Mai 2009 zu 100% Prozent für die Arbeitsstelle bei der Beklagten arbeitsunfähig geschrieben.

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen.

Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin wurde durch die widerrechtliche sexuelle Belästigung durch X. hervorgerufen und nicht von der Klägerin verschuldet. Da ihr die Kündigung am 19. Tag der Arbeitsunfähigkeit und damit innerhalb der Sperrfrist zugegangen ist, treten die Rechtsfolgen gemäss Art. 336c Abs. 2 OR ein, wonach die Kündigung nichtig ist. Eine Kündigung kann aber nicht gleichzeitig nichtig und missbräuchlich sein, denn eine nichtige Kündigung bewirkt keinerlei Rechtsfolgen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 14 zu Art. 336c OR m.w.H.).

Damit ist vorliegend die wesentliche Anspruchsgrundlage nach Art. 5 Abs. 2 GIG – das Vorliegen einer rechtsgültigen Kündigung – nicht erfüllt, weshalb die Klägerin daraus keine Rechte abzuleiten vermag und ihr unter diesem Titel keine Entschädigung zuzusprechen ist.

Höhe der Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 GlG

Die Festlegung der Entschädigung erfolgt unabhängig weiterer Ansprüche wie Genugtuung oder Schadenersatz (Art. 5 Abs. 5 GlG). Festzuhalten ist, dass die Entschädigung infolge mangelnder Prävention weder Genugtuungs- noch Schadenersatzcharakter hat. Vorausgesetzt wird also keine psychische oder materielle Schädigung. Fehlt eine genügende Prävention, hat das Gericht eine Entschädigung in Würdigung des einzelnen Sachverhalts, der Dauer und Intensität der sexuellen Belästigung sowie der persönlichen und beruflichen Folgen für die Betroffenen festzusetzen (Kaufmann, in: Schwander/Schaffhauser, S. 72 f.). Die Höhe der zuzusprechenden Entschädigung bestimmt sich mithin nach den genannten Umständen des Einzelfalls (Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], N 56 zu Art. 5 GlG; ZR 99 [2000] Nr. 111 = Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, S. 61).

Die Klägerin verzichtete auf einzelne Ausführungen zur Schwere der Widerhandlungen sowie zur Bezifferung der Anzahl geschuldeter Monatslöhne.

Zur Bestimmung der Höhe (Anzahl monatliche Medianlöhne) sind insbesondere die Schwere der Rechtsverletzung und das Ausmass der durch die sexuelle Belästigung verursachten Persönlichkeitsbeeinträchtigungen, welche sich mithin aufgrund der Belastungsintensität und -dauer beurteilen, massgebend. Bei der Bemessung ist zudem das Verschulden des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Von entscheidender Wichtigkeit ist die Frage, ob der Arbeitgeber gar nichts oder nur zu wenig des gesetzlich Verlangten gemacht hat (ZR 99 [2000] Nr. 111, S. 295).

Insgesamt handelt es sich vorliegend im Rahmen einer Klassifizierung möglicher sexueller Belästigungen nicht um einen schwerwiegenden, aber auch nicht mehr nur um einen leichten Fall. Das Verschulden ist zunächst deshalb eher als leicht zu qualifizieren, weil es sich um ein singuläres Ereignis von relativ kurzer Dauer handelte. Die Tatsache, dass die Klägerin X. ohne grosse Mühe entkommen konnte, zeigt, dass sich der Angriff ohne körperliche Gewalt ereignet hat. Andererseits zeigte X. als Geschäftsführer der Beklagten sowie als Vorgesetzter der Klägerin ein egoistisches und triebgesteuertes Verhalten. Er liess jegliche Vernunft für die Situation der Klägerin vermissen. Als Angestellte der Beklagten befand sich die erst 19-jährige und vor Gericht jugendlich wirkende Klägerin in einem grossen Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber, personifiziert durch X. Dass ihr hernach von der Beklagten – wenn auch nicht rechtsgültig – gekündigt worden ist, verstärkt ihr Fehlverhalten. Das Verhalten von X. ist der Beklagten anzurechnen und läuft deren Pflichten diametral entgegen. Das Fehlen jeglicher Präventionsmassnahmen wirkt sich erschwerend aus. Das insgesamt nicht mehr als leicht zu qualifizierende Verschulden von X. ist daher auch zur Bemessung des Verschuldens der Beklagten ausschlaggebend.

Die Auswirkungen auf die betroffenen Personen sind gleichfalls verschuldensrelevant, wobei auf das Empfinden einer durchschnittlich reagierenden Person abzustellen ist. Die Klägerin macht geltend, die Vorfälle hätten sie gesundheitlich beeinträchtigt, weshalb sie sich fachlich habe beraten lassen müssen. So liess sie sich wegen ihrer Panik- und Angstzustände bei ihrer Frauenärztin psychologisch betreuen. Ebenfalls nahm sie die Dienste der Beratungsstelle „Nottelefon für Frauen; gegen sexuelle

Gewalt“ in Anspruch. Sie war wegen des Vorfalles vom 9. April 2009 bis (mindestens) 31. Mai 2009 für ihre Arbeitsstelle bei der Beklagten arbeitsunfähig.

Die Rechtsprechung zur Entschädigungshöhe im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GlG ist nicht gerade reichhaltig. Ein neueres Urteil des Bundesgerichts vom 17. Januar 2008 (BGer 4A_330/2007) kam in einem deutlich schwereren Fall auf eine Entschädigung von fünf Monatslöhnen. Im vorliegenden Prozess geht es um eine sexuelle Belästigung, die zwar zu verurteilen, aber von weit geringerer Schwere ist, weshalb sich die beantragte Entschädigung von vier Monatslöhnen als zu hoch erweist. Eine solche von gut zwei Monatslöhnen ist den konkreten Umständen weit eher angemessen. Die Höhe des Durchschnittslohnes, der von der Klägerin auf Fr. 6'617.– beziffert worden ist, wurde von der Beklagten zwar im Quantitativ nicht bestritten. Dagegen erweist sich dieser Durchschnittslohn nicht als massgebend, weshalb – wie bereits ausgeführt – auf den Medianlohn in der Höhe von Fr. 5'823.– pro Monat abzustellen ist.

Deshalb ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 12'000.– netto zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.»

(AGer., AN091048 vom 1. April 2010)

21. ArG 9; Definition der Sammelstelle für die Fahrt zum Einsatzort

Der Kläger wies auf Art. 23 Abs. 1 LMV hin, wonach der Weg zum und vom Arbeitsort nicht als Arbeitszeit gelte und wonach bezüglich Reisezeit Art. 54 LMV gelte. Die Sammelstelle habe sich jeweils beim Lindenplatz in Zürich befunden. Der Arbeitsort sei Rheinfelden auf der deutschen Seite gewesen. Die tägliche Netto-Fahrzeit vom Lindenplatz in Zürich zum Arbeitsort (ein Weg) betrage im Durchschnitt 50 Minuten. Diese Zeiten seien zu vergüten.

Die Beklagte hielt fest, als üblicher Arbeitsort sei die Baustelle in Rheinfelden vereinbart gewesen. Obwohl es grundsätzlich in der Verantwortung des Arbeitnehmers liege, von seinem Wohnort zum Arbeitsort zu gelangen, habe die Einsatzfirma täglich kostenlose Mitfahrgelegenheiten (Shuttlebusse mit Fahrer) für ihre Mitarbeiter zur Verfügung gestellt, die von verschiedenen Treffpunkten losgefahren seien. Einer dieser Treffpunkte sei der Bahnhof Schlieren gewesen, den der Kläger genutzt habe. Er habe auch nie geltend gemacht, dass der Arbeitsweg von seinem Wohnort zum üblichen Arbeitsort zeitlich vergütet werden müsse. So habe er diese Fahrzeit nicht auf dem Arbeitsrapport eingetragen.

Aus den Erwägungen:

«Die Ausführungen helfen bei der Auslegung des Begriffs Sammelstelle nur teilweise. Immerhin wird klar, was der Sinn und Zweck von Art. 54 LMV ist. Der Arbeitnehmer, der von einer Baufirma angestellt wurde, soll nicht darunter leiden müssen, dass er ausserhalb der Arbeitszeit, also in seiner Freizeit, zu oft weit entfernt liegenden, immer wieder wechselnden Baustellen fahren muss, zu Baustellen

an Orten, von denen er im Zeitpunkt der Anstellung naturgemäss nichts wissen kann.

Der vorliegende Fall ist insofern untypisch, als der Kläger unbestrittenermassen während der gesamten Anstellungszeit bei der Beklagten immer auf der gleichen Baustelle gearbeitet hat. Speziell ist am vorliegenden Fall aber auch, dass der Kläger von der Zweigniederlassung Zürich der Beklagten, einer Personalverleiherin, angestellt wurde, sein Arbeitsort sich aber weit weg bei der X. in Rheinfelden befand. Zu bedenken ist, dass die X. in Rheinfelden, die Y. und die Beklagte ein grosses Interesse haben mussten, für die riesige Baustelle des neuen Wasserkraftwerkes Rheinfelden Personal nicht nur aus der näheren Umgebung, sondern auch aus der übrigen Schweiz, unter anderem Zürich, zu rekrutieren. Vor diesem Hintergrund dürfte es nicht nur reine Menschenliebe und uneigennütziges Grosszügigkeit gewesen sein, dass ein Treffpunkt in Schlieren (faktisch dann aber Bahnhof Altstetten) vereinbart wurde, von der direkt bei der Y. angestellte Mitarbeiter, aber auch temporär angestellte Mitarbeiter wie der Kläger, mitfahren konnten. Immerhin wäre es für den Kläger kaum möglich gewesen, bereits um 06.45 Uhr auf der Baustelle in Rheinfelden zum Einsatz bereit zu sein (vgl. Einsatzverträge), wenn er mit öffentlichen Verkehrsmitteln hätte anreisen müssen. Der erste Zug wäre nämlich erst um 06.36 Uhr im Bahnhof Rheinfelden angekommen. Insofern bestand für den Einsatzbetrieb geradezu eine Notwendigkeit, einen Treffpunkt und einen Fahrdienst anzubieten, damit die Arbeiter rechtzeitig in Rheinfelden auf der Baustelle zum Einsatz bereit waren. Und auch für den Kläger war es praktisch unerlässlich, sich jeweils am Treffpunkt einzufinden.

Insofern erscheint der vorliegende Fall eben doch vergleichbar mit den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer von einem Bauunternehmen angestellt wird und auf immer wieder wechselnden, teilweise weit vom Sitz des Bauunternehmens und vom Wohnort entfernt liegenden Baustellen eingesetzt wird.

Unter diesen Umständen können die Einsatzverträge nicht ernsthaft so verstanden werden, dass „Rheinfelden“ als Anstellungsort vereinbart wurde. Der Kläger wurde in Zürich rekrutiert und angestellt. Die Verträge wurden in Zürich unterschrieben. Der vereinbarte „Treffpunkt“ ist daher ohne weiteres als „Sammelstelle“ im Sinne von Art. 54 LMV zu verstehen.

Das bedeutet, dass die Reisezeit des Klägers von der Sammelstelle beim Bahnhof Altstetten bis zur Baustelle in Rheinfelden und zurück nicht zur Jahresarbeitszeit gehört und zum Grundlohn zu entschädigen ist, soweit sie 30 Minuten im Tag übersteigt.

In quantitativer Hinsicht ist unbestritten geblieben, dass die durchschnittliche Fahrzeit für einen Weg mit 50 Minuten berechnet werden kann. Es ist also von einer täglichen Reisezeit von 100 Minuten auszugehen. Davon sind 30 Minuten abzuziehen. Zu entschädigen bleiben somit 70 Minuten pro Arbeitstag.»

(AGer., AN100308 vom 22. Dezember 2010; eine dagegen erhobene Berufung ist noch hängig.)

22. ArG 9; Betreuungstätigkeit in einem Privathaushalt

Die Klägerin übernahm die Betreuung der Mutter der Beklagten. Zur Tätigkeit gehörte auch die Erledigung von anfallenden Arbeiten im Haus und im Garten. Während ihrer Anwesenheit im Haushalt stand der Klägerin ein eigenes Zimmer mit Fernseher, Bett und eigenem Telefonanschluss zur Verfügung. Laut Darstellung der Klägerin betrifft der Hauptteil der Klage die exorbitante Arbeitszeit der Klägerin, habe sie doch eine Sollarbeitszeit von 112 Stunden pro Woche einhalten müssen. Solche Arbeitszeiten würden gegen fundamentale Grundsätze und Werte der Schweizer Rechtsordnung verstossen und stellen eine Gesundheitsgefährdung der Klägerin dar. Sie würden zudem nicht nur gegen schweizerisches Recht verstossen, sondern auch gegen den internationalen Pakt über wirtschaftliche und kulturelle Rechte (Uno-Pakt I). In einem solchen Fall sei ein richterliches Eingreifen notwendig, die beiden Arbeitsverträge also als teilnichtig zu erklären und entsprechend anzupassen.

Das Gericht prüfte vorab die Anwendbarkeit des ArG sowie ob eine Verletzung des erwähnten Uno-Pakts I vorliege.

Aus den Erwägungen:

«Damit kann nicht davon ausgegangen werden, Uno-Pakt I sei auf einzelarbeitsvertragliche Verhältnisse in der Schweiz direkt anwendbar. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Bestimmung von Art. 7 Uno-Pakt I, welche sich in erster Linie an die Vertragsstaaten und nicht an die einzelnen Bürgerinnen und Bürger derselben wendet, höchstens im Zusammenhang mit der Anwendung anderer Normen über die Begrenzung der Arbeitszeit im Sinne einer Auslegungshilfe herangezogen und berücksichtigt werden (BGE 130 I 113 E. 3.3).

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass weder die Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes noch jene des Normalarbeitsvertrages eine taugliche Rechtsgrundlage darstellen können, um anhand der im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen Präsenzzeiten ein bestimmtes Normalpensum auszuschneiden (für welches der vereinbarte Monatslohn geschuldet wäre), um derart ein Überstunden- oder Überzeitpensum zu ermitteln, für welches ein Basisstundenlohn mit einem Zuschlag zu vergüten wäre (beispielsweise dahingehend, dass sämtliche ein Wochenpensum von 50 Stunden übersteigende Arbeitszeit gestützt auf Art. 9 ArG als Überzeit zu qualifizieren wäre mit der Folge, dass diese Überzeit nach Art. 13 ArG zusätzlich zum vereinbarten Monatslohn zum Basisstundenlohn zuzüglich 25% zu entschädigen wäre.»

Das Gericht prüfte im Folgenden, ob eine allgemeine Bestimmung des Vertragsrechts eine Grundlage für die von der Klägerin erhobenen Ansprüche bilden könnte. Es kam zum Schluss:

„Von der durchschnittlichen wöchentlichen Präsenzzeit von 108,4 Stunden sind damit maximal 50 Stunden der eigentlichen beruflichen Tätigkeit der Klägerin zuzuordnen; die weiteren gut 58 Stunden haben dagegen als Schlafpikett und damit Erholungspausen zu gelten. Ergänzend bleibt daran zu erinnern, dass dieses Präsenzpensum ab 1. Juni 2006 reduziert worden ist.

An diesem Ergebnis vermag der von der Beklagten erstellte Antrag auf

Hilflosenentschädigung nichts zu ändern. Die dort ausgewiesenen Hilfeleistungen lassen sich durchaus mit dem Ergebnis der Zeugenaussagen in Einklang bringen (An-/Auskleiden, Körperpflege), auch das gelegentliche Einnässen/Einkoten, schliesslich aber auch der Betreuung rund um die Uhr im Sinne des feststehenden Schlafpiketts. Vielmehr ist umgekehrt zu berücksichtigen, dass die von der Klägerin geltend gemachten, auf die Überbeanspruchung zurückzuführenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht ansatzweise nachgewiesen sind, indessen davon auszugehen wäre, dass bis zu sechs aufeinanderfolgende Einsätze pro Woche mit insgesamt 143 Stunden (Sa 08.00 – Mo 08.00 und sodann Mo/Di, Di/Mi, Mi/Do, Do/Fr, Fr/Sa je 19h) effektiver beruflicher Tätigkeit wohl tatsächlich zu gesundheitlichen Beschwerden (Burnout) hätten führen müssen.

Gemäss Vollzugsverordnung zum zürcherischen Personalgesetz werden sowohl hauswirtschaftliche Angestellte wie auch Pflegehelferinnen in den Lohnklassen 5 – 9 eingereiht und damit (Stand 1. April 2009) mit zwischen Fr. 48'867.– und 80'615.– (brutto) entlohnt. Salarium (www.lohnrechnerbfs.admin.ch) ermittelt für das Gesundheits- und Sozialwesen (Region Zürich/pflegerische Tätigkeit/einfach und repetitiv/keine Kaderfunktion/43 Stunden-Woche/54-jährige Angestellte/Schweizerin) einen üblichen Bruttolohn in der Bandbreite von Fr. 3'570.– bis 4'445.–. Die Klägerin erhielt für das Maximalpensum einen Bruttolohn von Fr. 6'380.20 (zuzüglich 13. Monatslohn, exkl. Spesen), erreichte mithin das Maximum des im zürcherischen Personalgesetz vorgesehenen Lohnes für eine pflegerische und/oder hauswirtschaftliche Angestellte und weit mehr als der vorgesehene Durchschnittslohn. Der der Klägerin ausgerichtete Lohn kann damit nicht als unangemessen gering für ein eigentliches Arbeitspensum von maximal 50 Stunden pro Woche und einer damit verbundenen zusätzlichen Präsenz für Erholungszeit/Schlafpikett von weiteren gut 50 Stunden erachtet werden.

Was die zeitliche Gesamtbelastung der Klägerin betrifft, bleibt ergänzend festzuhalten, dass sie gemäss ursprünglichem Arbeitsvertrag mindestens zwei Wochenenden pro Monat und in einer Woche mindestens entweder am Freitag oder aber am Samstag frei hatte, worin keine übermässige Einschränkung ihrer Freiheit zu sehen ist, zumal ihren Anliegen entsprechend das Pensum wiederholt reduziert worden ist. [...]

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die von der Klägerin übernommene (maximale) Präsenzzeit keineswegs mit der Zeit eigentlicher beruflicher Tätigkeit gleichgesetzt werden kann, sondern sich aus eigentlicher Arbeitszeit und Schlafpikett/Erholungszeit zusammensetzt. Die konkrete Ausgestaltung der Präsenzzeit (max. 50 Stunden berufliche Verrichtung, Rest Erholung) führt – unter Berücksichtigung der guten Entlohnung der Klägerin – weder zur Unsittlichkeit des Vertrages noch kann darin – unter Berücksichtigung der verbleibenden freien Zeit, aber auch der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit – eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Klägerin angesehen werden.

Die Klage der Klägerin gegen die Beklagten ist daher abzuweisen, soweit die Klägerin aufgrund ihrer Anwesenheit im Haushalt der Beklagten eine zusätzliche lohnwerte Entschädigung fordert.»

Das Gericht wies auch eine geltend gemachte Genugtuung aus den gleichen Gründen ab.

(AGer., AN080423 vom 9. August 2010)

23. L-GAV Gastgewerbe; Voraussetzungen für ein Praktikum

Die Klägerin arbeitete vom April 2008 bis Dezember 2008 im Guesthouse der Beklagten. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen. Als Lohn wurden Fr. 1'500.– pro Monat vereinbart. Die Aufgabe der Klägerin war es, E-Mails und Telefonate zu beantworten und Check-ins von Gästen vorzunehmen. Laut der Beklagten kam das Arbeitsverhältnis in Form eines Praktikums zustande, da die Klägerin über keinerlei Berufserfahrung verfügt habe. Die Klägerin ging hingegen davon aus, sie habe als Receptionistin bei der Beklagten gearbeitet. Die Beklagte bestritt zudem, unter den L-GAV zu fallen.

Das Gericht kam zum Schluss, die Beklagte beherberge also Gäste gegen Entgelt und gebe Speisen und Getränke zum Genuss an Ort und Stelle ab und falle somit, unabhängig vom massgebenden Mehrwertsteuersatz, in den Anwendungsbereich des L-GAV. Demzufolge sei der L-GAV auch auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin als deren Mitarbeiterin anwendbar. Zur Frage des Praktikums äusserte sich das Gericht wie folgt:

Aus den Erwägungen:

«Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin im Rahmen eines Praktikums zu einem Lohn von Fr. 1'500.– angestellt worden sei.

Gemäss Art. 11 L-GAV hätte der monatliche Mindestbruttolohn für Praktikanten im Jahre 2008 Fr. 2'115.– betragen. Als Praktikanten im Sinne von Art. 11 L-GAV gelten jedoch ausschliesslich Schüler der Schweizer Fachschulen (vgl. Kommentar zu Art. 11 L-GAV). Da die Klägerin zum Zeitpunkt ihrer Anstellung bei der Beklagten keine Fachschule absolvierte, kann sie demnach auch nicht als Praktikantin mit dem entsprechenden Lohn gemäss Art. 11 L-GAV gelten.

Für Vollzeitmitarbeiter ohne Berufslehre betrug der Mindestlohn im Jahre 2008 Fr. 3'300.– (Art. 10 Abs. 1 Ziff. I L-GAV). Dieser Lohn darf grundsätzlich nicht unterschritten werden und garantiert sämtlichen, dem L-GAV unterstellten Mitarbeitern einen monatlichen Mindestbruttolohn. Der Mindestlohn gemäss Art. 10 L-GAV gilt für eine Vollzeitbeschäftigung. Teilzeitmitarbeiter und Aushilfen haben grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie Vollzeitmitarbeiter, jedoch gemessen am Beschäftigungsgrad (Art. 1 Abs. 3 L-GAV).»

(AGer., AN080924 vom 9. September 2010)

24. ZPO/ZH 49; Klageberechtigung nach Lohnabtretung?

Mit Zessionserklärung vom 11. September 2009 trat der Kläger sämtliche noch fälligen Lohnansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber der Beklagten mit sofortiger Wirkung an den Bereich Soziales der Stadt Y. ab. In der Hauptverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt und unter Genehmigung durch die Zessionarin der Forderung, die Stadt Y., ab. Erst nach der

Hauptverhandlung zeigte die Stadt Y. gegenüber dem Gericht die Vollmacht des Klägers zu ihrer Vertretung im vorliegenden Verfahren an. Innert Frist widerrief der Kläger den Vergleich und nahm noch einmal zu den prozessualen materiellen Streitfragen Stellung.

Aus den Erwägungen:

«Hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen für die Forderungsklage machte der Kläger geltend, es treffe zwar zu, dass er seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten an den Bereich Soziales der Stadt Y. abgetreten habe, er habe jedoch auch ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses, da sein Anspruch gegenüber der Beklagten denjenigen der Stadt Y. ihm gegenüber betragsmässig übersteige. Zudem habe er die Zessionarin um eine Vollmacht zur Vertretung im vorliegenden Prozess ersucht. [...]

Nach Art. 164 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit dem nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Mit einer Zession geht die Forderung aus dem Vermögen des Zedenten unverändert in das Vermögen des Zessionars über. Damit verliert der Zedent die Verfügungsmacht und kann sie nicht mehr in eigenem Namen geltend machen und nicht mehr als Forderung erheben (Girsberger, BSK, a.a.O., N 46 zu Art. 164 OR). Die Aktivlegitimation, d.h. die Berechtigung des Klägers, einen Anspruch überhaupt geltend zu machen, gehört zur Begründetheit des Klagebegehrens und ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 66 zu §§ 27/28).

Der Kläger trat mit Zessionserklärung vom 11. September 2009 sämtliche noch fälligen Lohnansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber der Beklagten mit sofortiger Wirkung an den Bereich Soziales der Stadt Y. ab. Die Zession erfolgte formell und materiell einwandfrei. Es ist zudem unbestritten, dass unter den Begriff der „Lohnansprüche“ auch (und gerade) allfällige Gewinne des Klägers aus Ausübung der fraglichen Aktienoptionen fallen. Somit war die geltend gemachte Forderung bereits zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit vorliegender Streitsache am 6. April 2010 vollumfänglich an die Stadt Y. abgetreten. Die Forderung konnte dannzumal ausschliesslich namens der Rechtsnachfolgerin, der Stadt Y., erhoben werden, während der Kläger und Zedent diese jedoch in eigenem Namen geltend machte. Es wäre der Stadt Y. bei dieser Sachlage auch verwehrt, zufolge Parteiwechsels nach § 49 ZPO/ZH in den Prozess einzutreten.

Schliesslich ist es unbeachtlich, dass die Stadt Y. nach Durchführung der Hauptverhandlung die Vollmacht des Klägers vom 27. April 2010 zur Vertretung der Zessionarin im vorliegenden Prozess nachreichte, haben die Vertretungsverhältnisse doch auf die Sachlegitimation keinen Einfluss.

Die Forderungsklage betreffend den Gewinn aus Ausübung der Aktienoptionen ist daher mangels Aktivlegitimation abzuweisen.»

(AGer., AN100283 vom 17. Juni 2010)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2009:

Zu Nr. 3.:

Dieses Verfahren wurde nach Konkurs am 12. Mai 2011 als durch Klageanerkennung erledigt abgeschlossen.

Zu Nr. 4.:

Das Obergericht hiess einen Bonus in der Höhe von Fr. 276'000.– gut (Urteil vom 20. April 2011; LA100004).

Zu Nr. 8.:

Die Berufung wurde am 5. Mai 2010 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.

Zu Nr. 11.:

Dieses Verfahren ist am Obergericht hängig.

Zu Nr. 15. und 20.:

Dieses Verfahren ist rechtskräftig erledigt. Der Rekurs bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen wurde am 7. Dezember 2010 erledigt; LS100001.

In der Publikation 2007:

Zu Nr. 15.:

Das nach der Rückweisung neu angelegte Verfahren ist am 19. August 2009 durch Vergleich erledigt worden (AN090347).

III. JURISTISCHE ABHANDLUNG ZWEI ARTEN VON KÜNDIGUNGSSCHUTZ UNTER DER LUPE

Einige Überlegungen zum Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR und zur Rache Kündigung nach Art. 10 GIG

von Dr. Hans-Peter Egli, Präsident Arbeitsgericht Zürich

Inhaltsverzeichnis

A Der Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR

1. Einleitung
 - 1.1 Vorgeschichte
 - 1.2 Neue Vorlage des Bundesrates
2. Schutz der Arbeitnehmervertreter
 - 2.1 Das geltende Recht
 - 2.2 Sinn und Zweck der Bestimmung
 - 2.3 Der «begründete Anlass»
 - 2.4 Fazit
3. Die Gesetzesnovelle zum Schutz der Arbeitnehmervertreter
 - 3.1 Kein Bestandesschutz
 - 3.2 Erhöhung der Strafzahlung
 - 3.3 Die Gerichtspraxis
 - a) 1. Grund: Verfahrensregeln
 - b) 2. Grund: Die Streitwertgrenze von CHF 30'000.–
 - c) 3. Grund: Vergleiche
 - d) 4. Grund: Überlegungen beim richterlichen Ermessen
 - 3.4 Das Vernehmlassungsverfahren

B Der Kündigungsschutz nach Art. 10 GIG

1. Das geltende Recht
2. Diskriminierende Kündigungen und Rachekündigungen
 - 2.1 Kündigung nach Art. 5 GIG
 - 2.2 Kündigung nach Art. 10 GIG

3. Voraussetzungen einer Kündigungsanfechtung nach Art. 10 GIG
 - 3.1 Arbeitsverhältnis nach Obligationenrecht
 - 3.2 Beschwerde oder Anrufen einer Behörde
 - 3.3 Diskriminierung
 - 3.4 Kündigung während der Schutzfrist
 - 3.5 Gerichtliche Klage
 - 3.6 Kein begründeter Anlass zur Kündigung

4. Vorsorgliche Massnahmen
 - 4.1 Vorgeschichte
 - 4.2 Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen
 - 4.3 Das Verfahren
 - 4.4 Urteil und Vollstreckung

5. Beispiel des Prozesses AN100934-L
 - 5.1 Sachverhalt
 - 5.2 Gerichtliche Erwägungen im vorsorglichen Massnahmeverfahren

6. Fazit

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit zwei verschiedenen Arten von Kündigungsschutz. Derzeit ist die Vernehmlassung über eine bundesrätliche Vorlage betreffend eine Änderung der Kündigungsbestimmungen von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR und über die Erhöhung der Entschädigung bei missbräuchlichen und ungerechtfertigten Kündigungen abgeschlossen. Die Fragen, die sich dabei stellen, sollen in einem ersten Teil beleuchtet werden. Der zweite Teil wendet sich dem Schutz vor Rachekündigungen gemäss Art. 10 des Gleichstellungsgesetzes zu, einer Bestimmung, die bislang praktisch toter Buchstabe geblieben ist.

A. Der Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR

1. Einleitung

1.1 Vorgeschichte

a) Der Kündigungsschutz¹ im schweizerischen Arbeitsrecht ist verglichen mit unseren umliegenden und andern europäischen Staaten relativ dürftig ausgestaltet. Das Bekenntnis zur arbeitsrechtlichen Kündigungsfreiheit ist ein fester Bestandteil des schweizerischen Arbeitsrechts². Damit eine Kündigung rechtmässig ist, bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe³. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich mit einer Ausdehnung des Kündigungsschutzes immer schwer getan. Dieser dürfe nicht so weit gehen, dass die Kündigungsfreiheit der Arbeitgeber übermässig eingeschränkt werde. Als Beispiel, wie es Vorstössen zur Verbesserung des Kündigungsschutzes in der Regel ergeht, sei die parlamentarische Initiative von Nationalrätin Anita Thanei vom 15. Dezember 1999 erwähnt, welche die Verbesserung des Kündigungsschutzes in den Artikeln 336 ff. OR im Sinne des Übereinkommens Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) sowie der revidierten Sozialcharta verlangte⁴. Diese geht von einem verglichen mit der schweizerischen Regelung sehr viel weitergehenden Kündigungsschutz aus. Ein Arbeitsverhältnis kann nur dann einseitig aufgelöst werden, wenn ein «triftiger Grund» vorliegt, der mit der Fähigkeit oder dem Verhalten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers zusammenhängt oder sich auf die Erfordernisse der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes stützt. In einem Anfechtungsverfahren soll überprüft werden können, ob ein triftiger

¹ Im Bewusstsein, dass das schweizerische sachliche Kündigungsschutzrecht im wesentlichen, logischerweise mit Ausnahme von Art. 336 Abs. 2 OR, paritätisch ausgestaltet ist, wird im vorliegenden Aufsatz aus Gründen der Relevanz nur von Arbeitgeberkündigungen gesprochen.

² Kurt Pärli, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in: AJP/PJA 2010, 715.

³ BGE 132 III 115, 131 III 535.

⁴ http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/1999/d_bericht_n_k12_0_19990459_01.htm.

Grund für die Kündigung vorliegt. Dabei ist namentlich auch die besondere Situation von älteren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu berücksichtigen. Liegt kein triftiger Grund für die Kündigung vor, muss die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer grundsätzlich weiterbeschäftigt werden. Entschädigungen sollen nur dann möglich sein, wenn die Weiterbeschäftigung unzumutbar ist⁵. Die Mehrheit der mit der Vorberatung befassten Rechtskommission des Nationalrates kam bereits damals zum Schluss, der Initiative keine Folge zu geben. Ihrer Meinung nach könne sich ein erweiterter Kündigungsschutz bloss negativ auswirken. Ein Blick auf die Länder mit schärferem Kündigungsschutz zeige nämlich, dass dort gewisse Betriebe diese Bestimmungen zu umgehen versuchten, indem sie befristet Beschäftigte einstellen würden, da man sich von diesen leichter und mit weniger Kostenaufwand trennen könne als von Festangestellten. Solche Arbeitskräfte auf Abruf würden über keinen sozialen Schutz verfügen. Aus einer Studie der OECD (erschieden im «Employment Outlook» im Juni 1999, «Employment Protection and Labour Market Performance»; S. 47–129) gehe obendrein hervor, dass sich strikte Kündigungsregelungen negativ auf die Arbeitnehmerinnen sowie auf junge und ältere Arbeitnehmer auswirkten. Die Flexibilität des schweizerischen Kündigungsrechts habe eine grössere Anpassungsfähigkeit des Personals zur Folge. Somit könne dieses optimal eingesetzt und die Produktivität der Schweizer Betriebe erhöht werden. Ein ausgebauter Kündigungsschutz gefährde den Standortvorteil der Schweiz und habe auch negative Auswirkungen für die Arbeitnehmer.

b) Die herrschende Lehre stellt sich grundsätzlich hinter die Kündigungsfreiheit, auch wenn in einigen Fällen eingeräumt wird, ein zu liberales Kündigungsrecht

⁵ Internationale Arbeitsorganisation
Übereinkommen 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber vom 23. November 1985

Artikel 4

Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers darf nur dann beendet werden, wenn ein triftiger Grund hierfür vorliegt, der mit der Fähigkeit oder dem Verhalten des Arbeitnehmers zusammenhängt oder sich auf die Erfordernisse der Tätigkeit des Unternehmens, Betriebs oder Dienstes stützt.

Artikel 5

Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten insbesondere nicht als triftige Gründe:

- a) die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder die gewerkschaftliche Betätigung ausserhalb der Arbeitszeit oder, mit Zustimmung des Arbeitgebers, während der Arbeitszeit;
- b) die Tatsache, dass sich jemand um die Funktion eines Arbeitnehmervertreters bewirbt, eine solche Funktion ausübt oder ausgeübt hat;
- c) der Umstand, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Gesetzesvorschriften gegen den Arbeitgeber eine Klage eingebracht oder sich an einem Verfahren gegen ihn beteiligt oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen hat;
- d) Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Familienstand, Familienpflichten, Schwangerschaft, Glaubensbekenntnis, politische Meinung, nationale Abstammung oder soziale Herkunft;
- e) Abwesenheit von der Arbeit während des Mutterschaftsurlaubs [...]

Artikel 10

Gelangen die in Absatz 1 von Artikel 8 dieses Übereinkommens erwähnten Stellen zu der Überzeugung, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gerechtfertigt ist, und sind sie auf Grund der innerstaatlichen Gesetzgebung und Praxis nicht befugt oder erachten sie es auf Grund dieser Gesetzgebung und Praxis nicht für angezeigt, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für unwirksam zu erklären und/oder die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers anzuordnen oder vorzuschlagen, so müssen sie befugt sein, die Zahlung einer angemessenen Entschädigung oder einen anderen als zweckmässig angesehenen Ausgleich anzuordnen.

könne einen möglichen Standortnachteil bedeuten. Ein international tätiger Konzern baue vornehmlich dort Stellen ab, wo es rechtlich am einfachsten möglich sei und das betreffe dann meistens die Schweiz⁶.

1.2 Neue Vorlage des Bundesrats

In Kürze werden sich die eidgenössischen Räte mit einer Teilrevision des Obligationenrechts über Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung befassen. Der Vorentwurf des Bundesrats stammt vom September 2010. Er zielt auf eine partielle Verstärkung des Kündigungsschutzes. Vorgeschlagen wird, die Entschädigung im Fall einer missbräuchlichen oder nicht gerechtfertigten fristlosen Kündigung auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen, was einer Verdoppelung der bisherigen Höchststrafe von sechs Monatslöhnen entspräche⁷. Ferner solle ein gewählter Arbeitnehmervertreter einen erhöhten Kündigungsschutz geniessen. Ihm dürfte zukünftig nur noch aus Gründen, die in seiner Person liegen, gekündigt werden und nicht mehr aus wirtschaftlichen⁸. Abmachungen, die für beide Vertragsparteien oder zumindest für den Arbeitnehmer günstiger sind, seien zulässig.

Im erläuternden Bericht dazu betont der Bundesrat einmal mehr die Kündigungsfreiheit. Der freie (Kündigungs-)Wille finde seinen Ausdruck auch darin, dass die ordentliche Kündigung nicht eigens zu begründen sei. Die den Vertrag kündigende Partei müsse ihren Entschluss gemäss Art. 335 Abs. 2 OR nur dann begründen, wenn der Vertragspartner dies verlange. Die Verpflichtung zur Begründung bleibe in jedem

⁶ Pärli, op. cit., S. 716 mit weiteren Verweisen.

⁷ Art. 336 Abs. 2, 337c Abs. 3 OR.

⁸ Art. 336 Abs. 2 Bst. b und Abs. 4 (neu)

² Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

b. während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Anlass zur Kündigung hatte.

⁴ Von den Absätzen 1–3 kann durch Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag oder Abrede abgewichen werden, wenn die Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers erfolgt oder sie für diesen und den Arbeitgeber in gleicher Weise günstiger ist.

Art. 336a Abs. 2, erster Satz, und Abs. 4 (neu)

² Die Entschädigung wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwölf Monate entspricht.

⁴ Von den Absätzen 1–3 kann durch Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag oder Abrede abgewichen werden, wenn die Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers erfolgt oder sie für diesen und den Arbeitgeber in gleicher Weise günstiger ist.

Art. 337c Abs. 3 (neu)

³ Das Gericht kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die es nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für zwölf Monate nicht übersteigen.

Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel bleiben vorbehalten.

Art. 361 Abs. 1

Zeile zu Art. 336 und Zeile zu Art. 336a streichen

Art. 362 Abs. 1

Zeile zu Art. 337c ersetzen durch:

Artikel 337c Absätze 1 und 3 (Folgen bei ungerechtfertigter Entlassung).

Fall ohne Auswirkung auf die Gültigkeit der Kündigung⁹. Die Freiheit, ohne Grund zu kündigen, bleibe damit die Regel und nur Missbräuche würden geahndet. An der Tatsache, dass auch eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis auflöse, wird nicht gerüttelt¹⁰.

2. Schutz der Arbeitnehmervertreter

2.1 Das geltende Recht

a) Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer der Unternehmung angeschlossenen Einrichtung ist und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hat. Es geht bei alledem um einen sachlichen Kündigungsschutz mit zeitlicher Komponente zugunsten des Arbeitnehmervertreters, der in Gremien des Unternehmens oder in einer diesem angeschlossener Einrichtung die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer möglichst ohne Angst vor Sanktionen des Arbeitgebers wahren soll¹¹. Der Kündigungsschutz dauert an, solange der Arbeitnehmer im Amt ist¹². Der Nachweis, dass ein begründeter Anlass für die Kündigung vorliegt und dass die Kündigung aus diesem Grund ausgesprochen worden ist, ist Sache des Arbeitgebers¹³. Damit wird die Beweislast umgekehrt und es liegt der im Obligationenrecht einzige Fall vor, in welchem bestimmte Arbeitnehmende einen echten Kündigungsschutz geniessen. Die Umkehr der Beweislast verstärkt den Schutz, den das Gesetz der gewählten Arbeitnehmervertreterin gewährt, um ihr eine wirkungsvolle Vertretung von Arbeitnehmerinteressen zu ermöglichen¹⁴.

b) Als begründeter Anlass gilt jeder Grund, welcher für vernünftige und besonnene Arbeitgeberinnen die Kündigung als unvermeidliche und letzte Lösung erscheinen lässt¹⁵. Der begründete Anlass darf dabei nicht mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter zusammenhängen, sondern muss leistungs-, verhaltens- oder betriebsbedingt sein¹⁶. Misslingt dem Arbeitgeber der Beweis, so ist die Kündigung missbräuchlich.

⁹ Erläuternder Bericht über die Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) vom September 2010, S. 6.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 7.

¹¹ ZK-Staehlin, N 32 zu Art. 336 OR.

¹² Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 6. A., N 12 zu Art. 336 OR.

¹³ JAR 1998 S. 199, BGER. vom 12. August 1997.

¹⁴ BGE 133 III 512 E. 6.1.

¹⁵ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., N 10 zu Art. 336 OR.

¹⁶ BSK OR I-Portmann, N 18 zu Art. 336 OR.

2.2 Sinn und Zweck der Bestimmung

a) Gemäss Gesetz sollen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor missbräuchlichen Kündigungen geschützt werden, solange sie gewählte Arbeitnehmervertretung in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung sind. Der zeitlich begründete Kündigungsschutz für die Dauer des Amtes als gewählter Arbeitnehmervertreter kommt in der Bezeichnung «während» zum Ausdruck. Dass der zeitliche Aspekt eine bedeutsame Rolle spielt, zeigt sich ferner darin, dass sämtliche übrigen Fälle missbräuchlicher Kündigungen auf einem sachlichen Grund beruhen müssen und keinen zeitlichen Bezug aufweisen¹⁷. Gleichwohl liegt keine Sperrfrist vor, wie sie in Art. 336c OR vorgesehen ist, was schon aus der Systematik des Gesetzes, mithin aus der Einordnung unter die Fälle des sachlichen Kündigungsschutzes hervorgeht. Vielmehr soll der Arbeitnehmer für die Zeit, während er als gewählter Arbeitnehmervertreter amtiert, einen besonderen Schutz geniessen.

b) Bereits in der Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984 wurde festgehalten, dass «den Mitgliedern solcher Vertretungen ein besonderer Kündigungsschutz gewährt werden soll, damit sie das Mandat, das ihnen vom Gesetz oder vom Gesamtarbeitsvertrag erteilt wird, unbehindert ausüben können und damit freie Wahlen nicht durch ein praktisches Vetorecht des Arbeitgebers unterlaufen werden können»¹⁸. Die Norm will «den Chagenträgern von Arbeitnehmerseite den erforderlichen Schutz geben, um die Arbeitnehmerinteressen effektiv vertreten zu können»¹⁹. Vorzugsweise sollen sie «die Interessen der Arbeitnehmer möglichst ohne Angst vor Sanktionen des Arbeitgebers wahren» können²⁰. Deshalb darf ihnen gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR nur aus begründetem Anlass gekündigt werden können.

2.3 Der «begründete Anlass»

a) Die Botschaft hielt unter Hinweis auf Art. 340c Abs. 2 OR bzw. aArt. 360 Abs. 2 OR fest, dass der Begriff des «begründeten Anlasses» dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht seit 1912 bekannt und von Lehre und Rechtsprechung bereits genügend geklärt sei²¹. Der Begriff findet sich beispielsweise beim Wegfall des Konkurrenzverbots gemäss Art. 340c Abs. 2 OR. Diese Bestimmung sieht nämlich vor, dass das Konkurrenzverbot dahin falle, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihr der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat. Zu dieser Frage besteht eine umfangreiche Rechtsprechung, während über den begründeten Anlass im Zusammenhang mit Art. 336 Abs. 2 lit. b OR nur spärliche Entscheide vorliegen. Allerdings sind auch bei der Rechtsprechung zum Konkurrenzverbot die Entscheide häufiger, bei denen die Arbeitnehmerin kündigt und einen begründeten

¹⁷ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., N 10 zu Art. 336 OR.

¹⁸ BBl 1984 II 609.

¹⁹ Streiff/von Kaenel, op. cit., N 12 zu Art. 336 OR.

²⁰ ZK-Staehelin, N 32 zu Art. 336 OR.

²¹ BBl 1984 II 609.

Anlass behauptet. Hier interessieren aber bloss jene, wo die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auflöst und auf dem Weiterbestehen des Konkurrenzverbots beharrt, mit andern Worten einen begründeten Anlass geltend macht. Analog zu Art. 336 Abs. 2 lit. b OR angewendet werden kann logischerweise nur die Praxis zu Art. 340c Abs. 2 OR bei Arbeitgeberkündigungen.

Neben dem Hinweis auf Art. 340c Abs. 2 OR definiert der Bundesrat den Begriff des «begründeten Anlasses» über die Abgrenzung zum «wichtigen Grund» gemäss Art. 337 OR. Laut der bundesrätlichen Botschaft vom 9. Mai 1984 gilt «jeder Grund, welcher bei vernünftiger Betrachtungsweise die Kündigung rechtfertigt, selbst wenn er nicht schwerwiegend genug ist, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen» als begründeter Anlass im Sinne des Gesetzes²². Damit ist erst einmal klar, dass der «begründete Anlass» nicht die Intensität des «wichtigen Grundes» im Falle einer fristlosen Kündigung gemäss Art. 337 OR erreichen muss, was auch in der Lehre so anerkannt wird²³.

b) Nach Meinung von HAEFLIGER besteht ein begründeter Anlass bereits, «wenn nach vernünftigen Erwägungen ein erheblicher Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt». Wann jedoch ein begründeter Anlass vorliege, habe der Richter nach Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. HAEFLIGER nennt in seinen Beispielen, wann ein Richter diese Frage bejahen würde, ausschliesslich Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, so zum Beispiel ungebührliches Benehmen, Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflicht etc.²⁴. Die auslegungsbedürftige Formulierung, dass «jeder Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung geben kann, auch wenn er die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen würde» als begründeten Anlass im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann, findet sich auch bei STAEHELIN im Zürcher Kommentar²⁵. Im Berner Kommentar (REHBINDER) wird «jeder Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf die Dauer unzumutbar macht» als begründeter Anlass angeführt²⁶. Der Begriff «unzumutbar» deutet darauf hin, dass der Kündigungsgrund personen- oder verhaltensbedingt sein muss. Gemäss STREIFF/VON KAENEL wird eine «Intensität der Störung vorausgesetzt, die weniger weit geht als bei den wichtigen Gründen gemäss Art. 337 OR, aber doch eine erhebliche Trübung der Beziehung bedeutet, welche bei vernünftiger Betrachtungsweise die Kündigung rechtfertigt». Eine geringfügige Vertragsverletzung wie eine einmalige unentschuldigte Absenz genüge nicht²⁷. Nach der Meinung weiterer Kommentatoren ist «jeder Grund, der bei vernünftiger und ausgewogener Überlegung die Kündigung als unvermeidliche und letzte Lösung erscheinen lässt, selbst wenn er nicht schwerwiegend genug ist, um

²² BBI 1984 II 609.

²³ Vgl. Streiff/von Kaenel, op. cit. N 12 zu Art. 336 OR; BSK OR I-Rehbinder, N 17 zu Art. 336 OR; ZK-Staehelin, N 33 zu Art. 336 OR; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit. Art. 336 OR S. 239).

²⁴ Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1974, S. 90 ff.

²⁵ ZK-Staehelin, N 33 zu Art. 336 OR.

²⁶ BK-Rehbinder, N 9 zu Art. 336 OR.

²⁷ Streiff/von Kaenel, op. cit., N 12 zu Art. 336 OR.

eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen» als begründeter Anlass zu verstehen²⁸. Für PORTMANN/STÖCKLI sind es Pflichtverletzungen, die nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden können²⁹. In Anlehnung an Art. 340c Abs. 2 OR versteht FRITZ unter dem begründeten Anlass einen «Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung bilden kann und sich in der Person des Arbeitnehmers – also nicht durch rein objektive Gründe (Produktionsrückgang etwa) – verwirklicht hat³⁰». In ähnlicher Weise argumentiert HUMBERT, der einen begründeten Anlass sieht, «wenn der Arbeitnehmervertreter durch sein Verhalten in nicht leichtzunehmender Weise seine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt oder infolge eines in seiner Person eingetretenen Zufalls über die Sperrfristen von Art. 336c OR hinaus an der Arbeit verhindert ist³¹».

c) Zusammenfassend kann der Schluss gezogen werden, dass sich der begründete Anlass ursprünglich in der Person des Arbeitnehmers verwirklichen muss. Rein objektive Gründe reichen nicht aus, den Kündigungsschutz wegfallen zu lassen. So lässt eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht arbeiten kann, den Schutz nicht hinfällig werden³². Haben beide Vertragspartner Gründe für die Kündigung gegeben, ist auf das überwiegende Verschulden abzustellen. Liegt dieses beim Arbeitnehmer, kann der Kündigungsschutz wegfallen.

d) Strittig war lange Zeit, ob auch wirtschaftliche Gründe eine Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR als begründeten Anlass rechtfertigen dürfen. Das Bundesgericht hat diese Frage zunächst offen gelassen³³.

Das Arbeitsgericht Zürich erachtete in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 die Kündigung eines Arbeitnehmers als missbräuchlich, obwohl wirtschaftliche Gründe den Ausschlag zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hatten³⁴. In besagtem Verfahren war der Kläger seit mehreren Jahren gewählter Präsident der Personalkommission der Beklagten gewesen. Als ihm am 27. Mai 2009 auf den 31. Oktober 2009 gekündigt worden war, erhob er rechtzeitig Einsprache. Er erachtete die Kündigung als missbräuchlich, da er als gewählter Arbeitnehmervertreter dem Schutz von Art. 12 Mitwirkungsgesetz und Art. 336 Abs. 2 lit. b OR unterstehe und zudem das Konsultationsverfahren vor der Massenentlassung den Anforderungen von Art. 335f OR nicht genüge. Er verlangte eine Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung gestützt auf Art. 336 Abs. 2 lit. b OR. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, sie habe dem Kläger

²⁸ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., Art. 336 OR S. 239; BSK-Rehbinder, N 17 zu Art. 336 OR.

²⁹ Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Söckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Rz 835.

³⁰ Max Fritz, Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes, Handkommentar, Zürich 1988, N 10 zu Art. 336 OR.

³¹ Denis Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht, Diss., Winterthur 1991, S. 106.

³² Gemäss Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Rz 2 zu Art. 340c OR.

³³ BGE 105 II 201 E. 3; BBl 1984 II 629, FN 58.

³⁴ Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Juli 2010, i. S. S. c. T. AG (Proz. Nr. AN091060).

aus wirtschaftlichen Gründen und damit rechtmässig gekündigt, da aus objektiven Gründen auch ein Mitglied der Personalkommission entlassen werden dürfe und die Kündigung in keinem Zusammenhang mit seinem Engagement als Arbeitnehmervertreter stehe.

Wenn mitten in einem Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR bzw. in einem laufenden Verhandlungsverfahren über einen Sozialplan rein objektive Gründe als begründeter Anlass für eine Kündigung zugelassen würden, werde diese Bestimmung ihrer Bedeutung beraubt, so das Arbeitsgericht Zürich in seiner Begründung. Gerade bei Massenentlassungen, welche häufig aus wirtschaftlichen Gründen erfolgen, «muss die Arbeitnehmervertretung ihre Rolle zur Verteidigung der Interessen aller Umstrukturierungsgesamter unter den Arbeitnehmenden wirksam wahrnehmen können»³⁵. Die Arbeitnehmervertretung müsse gestützt auf Art. 335f OR in das Verfahren der Massenentlassung einbezogen werden, um die Rechte der Arbeitnehmerinnen wahren zu können. Eine wirkungsvolle Arbeitnehmervertretung funktioniere generell, aber insbesondere in der schwierigen Situation von Massenentlassungen und in der Verhandlung um das Zustandekommen eines Sozialplans nur, wenn die Vertreter ohne Angst um ihren Arbeitsplatz auf Augenhöhe mit der Unternehmensleitung verhandeln könnten. Wenn es aber möglich sei, einem gewählten Arbeitnehmervertreter mitten in einem Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR und während eines Verhandlungsverfahren über einen Sozialplan zu kündigen, könne eine genügende Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in dieser schwierigen Situation nicht mehr gewährleistet sein. Der Arbeitnehmervertreter könne, im Ungewissen über seine Zukunft, nicht mehr wirkungsvoll die Interessen aller Arbeitnehmer wahren. Im konkreten Fall seien die Mitglieder der Personalkommission die Kontaktpersonen sämtlicher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs und würden gerade in schwierigen Zeiten durch verschiedene Schicksale von diversen Arbeitnehmern belastet, deren Interessen und Rechte sie gegenüber der Unternehmensleitung wahrzunehmen hätten, was allerdings durch die Belastung der Ungewissheit in Bezug auf die eigene Zukunft verunmöglicht werde. Solche Szenarien müssten durch den erhöhten Kündigungsschutz von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR vermieden werden, weshalb objektive Gründe als begründeter Anlass im Sinne dieser Bestimmung nur beschränkt zuzulassen seien, und zwar nur dann, wenn keine Verhandlungen zwischen Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmervertretung laufen würden oder in Aussicht stünden³⁶. Das Arbeitsgericht stellte sich zusammengefasst auf den Standpunkt, objektive und insbesondere wirtschaftliche Gründe seien grundsätzlich zwar zulässig, eine Kündigung eines Arbeitnehmervertreters zu begründen, jedoch nicht währenddem dieser seine Funktion auszuüben habe. Die Dauer dieser Zeit wäre noch zu definieren, denn gewisse Arbeitnehmervertreterinnen, beispielsweise Vertreter in der Pensionskasse, haben regelmässig Geschäfte zu besorgen.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies auf Berufung der beklagten Partei hin die Klage ab, d. h. es schützte die Kündigung der Arbeitgeberin³⁷. Zwar räumte die

³⁵ Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez op. cit., Art. 336 S. 239 OR.

³⁶ Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Juli 2010, S. 21/22.

³⁷ Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 24. Mai 2011, i. S. T. AG c. S., Proz. Nr. LA100023-O.

I. Zivilkammer ein, es möge zutreffen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmervertreters während des Konsultationsverfahrens oder während Verhandlungen über Sozialpläne die gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmer tangiere und die Tätigkeit der Arbeitnehmervertretung beeinträchtigt werden könne. Es sei nicht von der Hand zu weisen, ein solchermaßen gekündigter Arbeitnehmervertreter könne sich nicht mehr mit der gleichen Vehemenz für die Erhaltung von Arbeitsstellen einsetzen. Eine solche Lösung, wie sie das Arbeitsgericht getroffen habe, schaffe aber einen zeitlichen Kündigungsschutz, d. h. eine Sperrfrist, die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht gedeckt sei³⁸. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich sei eigentlich richtig, doch fehlten dazu die rechtlichen Grundlagen, so liesse sich die Meinung des Obergerichts Zürich auf den Punkt bringen.

In der Tat hatte das Bundesgericht in einem neueren Entscheid festgestellt, auch eine Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen müsse grundsätzlich zulässig sein, soweit kein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter bestünde, da Art. 336 Abs. 2 lit. b OR an das Motiv der Kündigung anknüpfe. Wenngleich in der Lehre häufig der schlechte Geschäftsgang oder Arbeitsmangel als Beispiel für eine zulässige, durch wirtschaftliche Gründe motivierte Entlassung genannt werde, sei es nicht notwendig, dass der Restrukturierungsbedarf durch die schlechte Geschäftslage klar erwiesen sei, da es sonst der Arbeitgeberin verunmöglicht werde, durch frühzeitige Restrukturierungsmassnahmen schlechte Geschäftslagen zu vermeiden. Soweit in der Lehre wirtschaftliche Gründe zur Rechtfertigung der Kündigung eines Arbeitnehmervertreters abgelehnt würden, weil die Arbeitnehmer gerade in diesen Zeiten auf eine Arbeitnehmervertretung angewiesen seien, gelte es zu bedenken, dass sich ein über ein gewisses Mass hinausgehender Schutz des Arbeitnehmervertreters zu Ungunsten der übrigen Arbeitnehmer auswirken könne, indem es dem Arbeitgeber verunmöglicht werde, die effizientesten und sozialverträglichsten Massnahmen zu ergreifen, sofern diese den Arbeitnehmervertreter betreffen. Als Folge davon würden die Einsparungen an anderer Stelle durchgeführt und wären allenfalls weniger sozialverträglich oder betreffen mehr Personen. Der Arbeitgeber, so das Bundesgericht weiter, dürfe Optimierungsmassnahmen treffen, ohne dass er einen schlechten Geschäftsgang abwarten müsse; er dürfe Lohnkosten dort einsparen, wo es sich als betriebswirtschaftlich besonders sinnvoll erweise oder am ehesten sozialverträglich abwickeln lasse, auch wenn Arbeitnehmervertreter davon betroffen sein sollten. In dieser Hinsicht bestünde kein Unterschied zu den übrigen Arbeitnehmerinnen, da die Regelung grundsätzlich keinen absoluten Bestandesschutz bezwecke. Freilich dürften die wirtschaftlichen Gründe nicht bloss vorgeschoben werden, um einen Arbeitnehmervertreter loszuwerden, beispielsweise indem die angeblich einzusparende Stelle durch eine neu eingestellte Person wieder besetzt werde³⁹.

Der Bundesrat fasst die geltende Rechtslage so zusammen, dass namentlich die wirtschaftliche Lage auf jeden Fall ein Grund sei, einem gewählten Arbeitnehmer kün-

³⁸ Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 24. Mai 2011, S. 10.

³⁹ BGE 133 III 512 S. 514/515.

digen zu können. Dabei brauche die von der Arbeitgeberin geltend gemachte Restrukturierung nicht Ausdruck der schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu sein⁴⁰.

2.4 Fazit

a) Es lässt sich kaum verhehlen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2007 die Bestimmung von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR nicht nur sehr arbeitgeberschonend interpretiert, sondern ihr damit endgültig die Zähne gezogen hat. Falls ein Arbeitgeber einen ihm missliebigen Arbeitnehmervertreter tatsächlich loswerden will, wird er auch Restrukturierungsmassnahmen finden, die ihm zu diesem Zweck hilfreich sein können. Eine wirtschaftliche Notwendigkeit braucht ja nicht vorzuliegen. Ferner steht ein Arbeitnehmender prozessual vor einer beträchtlich hohen Hürde, will er dem Arbeitgeber nachweisen, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Zweck der Restrukturierung habe lediglich dazu gedient, den mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter verbundenen Aufwand wegzurationalisieren. Ob es der Wille des Gesetzgebers ist, einen solch unwirksamen Schutz der Arbeitnehmervertretungen beizubehalten, wird durch das Schicksal der korrigierend eingreifenden Vorlage des Bundesrates geklärt werden.

b) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Vorschriften von Art. 336 Abs. 1 OR zu den beidseitig, Abs. 2 jedoch zu den einseitig zwingenden Normen gehört. Die Arbeitsvertragsparteien dürfen demnach den Schutz der Arbeitnehmer und damit der Arbeitnehmervertreter verbessern. In zahlreichen Gesamtarbeitsverträgen ist das auch so vereinbart worden⁴¹.

3. Die Gesetzesnovelle zum Schutz der Arbeitnehmervertreter

3.1 Kein Bestandesschutz

a) Der ursprüngliche Grund für die Vorlage einer Revision von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR liegt in einer Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes vom 14. Mai 2003 bei der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO). Der zuständige ILO-Ausschuss gab am 17. November 2004 dem Bundesrat die Empfehlung ab, mit den interessierten Parteien Gespräche aufzunehmen und allenfalls Massnahmen zu ergreifen, die einen wirksameren Rechtsschutz bieten würden. Diese Gespräche endeten ergebnislos, da sich die Sozialpartner nicht einigen konnten. Daraufhin unterbreitete der ILO-Ausschuss dem Bundesrat am 15. November 2006 die Empfehlung, für Opfer von gewerkschaftsfeindlichen Kündigungen einen Kündigungsschutz nach Art des Gleichstellungsgesetzes⁴² mit der Möglichkeit der Wiedereinstellung vorzusehen⁴³.

⁴⁰ Erläuternder Bericht, S. 11.

⁴¹ Vgl. die Auflistung dieser Gesamtarbeitsverträge in Erläuternder Bericht, S. 13/14.

⁴² Art. 10 GIG.

⁴³ Erläuternder Bericht, S. 4.

b) Die Gesetzesnovelle ist das Resultat. Allerdings hält der Bundesrat zum Vornherein fest, der persönliche Charakter des Arbeitsverhältnisses und der Respekt vor dem Wunsch der kündigenden Partei würden es verbieten, die Entschädigungslösung durch eine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Kündigung zu ersetzen. Dies sei ein gesetzgeberischer Grundsatzentscheid. Zudem sei eine Entschädigung, die mit einer Strafkomponeute versehen sei, durchaus geeignet, verpönte Kündigungen wirkungsvoll zu ahnden, besonders dann, wenn gleichzeitig der Rahmen der möglichen Strafzahlungen erhöht werde. Ferner kritisiert der Bundesrat die Praxis des Bundesgerichts zum «begründeten Anlass», welche diesem Begriff einen grossen Teil seiner Wirkung entzogen habe. Es sei einerseits nicht sinnvoll zu verlangen, jeder in der Person des Arbeitnehmers liegende Kündigungsgrund müsse eine gewisse Qualität ausweisen, um den Kündigungsschutz wegfallen zu lassen, wenn andererseits jeder wirtschaftliche Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtige⁴⁴. Schliesslich seien seit Einführung des Kündigungsschutzrechts 1988 zahlreiche Bestimmungen geschaffen worden, die zum Gegenstand haben, Arbeitnehmervertreter in den Geschäftsgang auf irgendeine Art und Weise miteinzuschliessen⁴⁵.

Rechtlich findet sich der Kündigungsschutz des Arbeitnehmervertreters auch nach dem bundesrätlichen Vorschlag systematisch immer noch unter dem sachlichen Kündigungsschutz, denn dieser sei zwar zeitlich begrenzt, gelte aber nicht absolut, da das Arbeitsverhältnis nach wie vor aufgelöst werden könne, wenn der Arbeitnehmervertreter persönlich einen Kündigungsgrund setze. Der Arbeitgeber würde auch so nicht gezwungen, unerträgliche Arbeitsverhältnisse gegen seinen Willen beibehalten zu müssen.

3.2 Erhöhung der Strafzahlung

Heute bestimmen die Art. 336a und 337c OR⁴⁶, dass der Arbeitgeber dem Arbeitneh-

⁴⁴ Erläuternder Bericht, S. 21.

⁴⁵ Beispielhaft: Art. 333a und 335d OR, Art. 9 Abs. 2 MitwG, Art. 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 49 Abs. 1, 50 Abs. 1, 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 FusG und 333a OR.

⁴⁶ Art. 336a OR

b. Sanktionen

¹ Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten.

² Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten.

³ Ist die Kündigung nach Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe c missbräuchlich, so darf die Entschädigung nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen.

Art. 337c OR

b. bei ungerechtfertigter Entlassung

¹ Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre.

² Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.

³ Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen.

mer im Falle einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten fristlosen Kündigung eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen bezahlen muss. Bei der Berechnung des massgeblichen Lohns sind alle Bestandteile wie Provisionen, 13. Monatslohn, Boni etc. zu berücksichtigen⁴⁷. Die Höhe der Entschädigung ist in das pflichtgemässe Ermessen des Richters gestellt. Hinsichtlich der «Würdigung aller Umstände» hat sich in den Jahren seit Inkrafttreten des Kündigungsschutzrechts eine reichhaltige Rechtsprechung herausgebildet. Da es sich einerseits um eine Entschädigung sui generis und andererseits um eine Strafzahlung, d. h. eine Rechtsverletzungsbusse handelt, hat sie die Funktion der Wiedergutmachung wie auch der Strafe und ist auch geschuldet, wenn kein Schaden entstanden ist. Demzufolge sind unzweifelhaft das Verschulden des Kündigenden, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten und dessen Mitverschulden zu berücksichtigen. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses soll ebenso eine Rolle spielen wie die Art und Weise der Kündigung, die Schwierigkeiten bei der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle und die finanzielle Situation der Beteiligten⁴⁸. Elemente der wirtschaftlichen und sozialen Situation sind ebenfalls zu berücksichtigen.

Der Bundesrat hält fest, der heutige Höchstbetrag der beiden Entschädigungen sei das Resultat eines politischen Kompromisses während der Beratungen zur Revision des Kündigungsschutzes im Jahre 1988. Er habe damals bereits zwölf Monatslöhne vorgeschlagen. Der Gesetzgeber habe jedoch die Belastung, welche vor allem kleineren und mittleren Unternehmen durch die Zahlung einer Entschädigung entstehen könne, stärker gewichtet als deren Wirksamkeit⁴⁹. Weiter hebt der Bundesrat hervor, die Gerichte hätten bislang darauf verzichtet, systematisch hohe Entschädigungen festzulegen und damit deren präventiven Charakter zu betonen. Doch habe das Bundesgericht in neuerer Zeit in verschiedenen Urteilen den Rahmen ausgeschöpft oder sogar zusätzlich eine Genugtuung zugesprochen, weil die Entschädigung von sechs Monatslöhnen nicht ausgereicht habe. Es müsse vermieden werden, dass ein Arbeitgeber «eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung aus der Portokasse finanzieren» könne⁵⁰. Mit Blick auf die verschiedenen der Sanktion zukommenden Funktionen stehe heute fest, dass der Höchstbetrag von sechs Monatslöhnen nicht mehr genüge, um in schwerwiegenden Fällen eine genug hohe Entschädigung festlegen zu können⁵¹.

3.3 Die Gerichtspraxis

In der Tat lässt sich – schaut man sich die Praxis zu den Fällen von missbräuchlichen und ungerechtfertigten fristlosen Kündigungen näher an – der Vorwurf aus dem erläuternden Bericht, die Gerichte würden den Entschädigungsrahmen nicht aus-

⁴⁷ Streiff/von Kaenel op. cit., N 3 zu Art. 336a OR.

⁴⁸ Erläuternder Bericht, S. 9. Ablehnend dazu BK-Rehbinder, der die erwähnten Kriterien als unmassgeblich zur Festsetzung einer Rechtsverletzungsbusse erachtet.

⁴⁹ Erläuternder Bericht, S. 17.

⁵⁰ Erläuternder Bericht, S. 19.

⁵¹ Erläuternder Bericht, S. 19/20.

schöpfen, nicht widerlegen, wobei merkbare Unterschiede zwischen den Kantonen auszumachen sind.

Aus der Sicht des Richters und aus Sicht des Arbeitsgerichts Zürich fallen einem zunächst vier wesentliche Umstände ins Auge, welche entscheidend zu solch tiefen Entschädigungen beitragen.

a) **1. Grund: Verfahrensregeln**

aa) Die zürcherische Prozessordnung bestimmte, dass ein klagender Arbeitnehmer, der vom Arbeitgeber eine Entschädigung verlangt, seine Forderung bei Klageeinleitung genau zu beziffern hatte⁵². Das Obergericht Zürich bestätigte dieses Erfordernis⁵³. Das Arbeitsgericht Zürich hat sich in den letzten beinahe zwanzig Jahren daran gehalten und die unbezifferte Entschädigungsklage nicht zugelassen bzw. ist auf die Klage nicht eingetreten, wenn sich der Arbeitnehmer geweigert hat, die Entschädigung von Anfang an genau zu beziffern. Als Folge davon wurden von den klägerischen Parteien und ihren Rechtsvertretern aus Gründen des Prozessrisikos hohe Entschädigungsbeträge äusserst zurückhaltend eingeklagt, da eine gerichtliche Herabsetzung der Entschädigung immer auch mit entsprechenden negativen Kosten- und Entschädigungsfolgen verbunden waren. Diese Rechtsprechung stiess in der arbeitsgerichtlichen Lehre jedoch zunehmend auf Ablehnung⁵⁴.

bb) Ob derselbe Zustand unter der Herrschaft der eidgenössischen Zivilprozessordnung weiterhin Geltung haben wird, kann heute noch nicht gesagt werden, da – soweit ersichtlich – noch keine Entscheide vorliegen. Zwar fordern Art. 84 Abs. 2 und Art. 221 Abs. 1 lit. b und c ZPO bei der Einleitung des Prozesses die Bezifferung des Rechtsbegehrens und die Angabe des Streitwertes. Das ist eine Prozessvoraussetzung, welche das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat. Unterlässt es die klagende Partei, so hat ihr das Gericht eine Nachfrist zur Verbesserung des Mangels anzusetzen oder es muss den Mangel an einer Instruktionsverhandlung beheben⁵⁵. Art. 85 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die klägerische Partei eine unbezifferte Forderungsklage erheben darf, wenn es ihr «unmöglich oder unzumutbar» ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Zweifellos ist es jedem Arbeitnehmer möglich, seine Entschädigungsforderung nach Art. 336a oder Art. 337c OR zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Aber ist es ihm auch zumutbar? Die Kommentatoren sind sich nicht einig. GASSER/RICKLI vertreten die Meinung, ein unbeziffertes Begehren sei zulässig, wenn die Höhe der Leistung vom gerichtlichen Ermessen abhänge⁵⁶. MOHS unterscheidet nicht zwischen Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, sondern setzt voraus, beides sei gegeben, wenn erst nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nachdem die beklagte Partei Auskunft erteilt habe, Informationen über die Höhe der Forderung vorlägen⁵⁷. MEIER

⁵² §§ 95 und 106 Abs. 1 ZPO-ZH.

⁵³ JAR 1991 S. 397–400, OG ZH.

⁵⁴ Z. B. BK-Rehbinder, N 5 zu Art. 336a OR.; Streiff/von Kaenel, op. cit., N 6 zu Art. 336a OR.

⁵⁵ BSK ZPO-Frei/Willisegger, N 10 zu Art. 221.

⁵⁶ Dominik Gasser/Brigitte Rickli, ZPO Kurzkommentar, N 3 zu Art. 85.

⁵⁷ Florian Mohs in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer, ZPO Kommentar, N 2 zu Art. 85.

fordert, für beide Parteien müsse Unklarheit über die Höhe des Anspruchs bestehen oder aber die klagende Partei könne den Anspruch nicht beziffern, weil ihr Informationen von der Gegenpartei fehlen⁵⁸, damit eine unbezifferte Forderungsklage möglich sei. MEIER unterstreicht weiter, für diejenigen Fälle, bei denen sich die Unvorhersehbarkeit der Höhe des im Urteil zugesprochenen Betrages aus dem Ermessensspielraum des Gerichtes ergebe, sei eine unbezifferte Forderungsklage unzulässig⁵⁹. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI lassen es – der Botschaft folgend – dabei bewenden zu konstatieren, ausnahmsweise müsse die Klage nicht beziffert werden, namentlich wenn es sich um Fälle von Schadenersatz handle⁶⁰. OBERHAMMER definiert die Begriffe der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit nicht näher, plädiert aber dafür, bei der Auslegung einen grosszügigen Massstab anzuwenden⁶¹, umso mehr als ein Missbrauchspotential nicht ersichtlich sei. Bei einer unrichtigen Bezifferung bestünde jedenfalls die Möglichkeit, die Klage später einzuschränken oder auszudehnen, beispielsweise mit einer zweiten Teilklage. Der Kommentator lässt eine verdeckte echte Teilklage ohne Weiteres zu, weshalb der Kläger nicht der Gefahr ausgesetzt sei, den Anspruch «ins Blaue hinein» zu beziffern⁶². Auch ohne Vorbehalt müsste es der klagenden Partei erlaubt sein, eine Entschädigung nach Art. 336a oder Art. 337c OR im Laufe des Verfahrens noch zu erhöhen, wenn sich aus den Ausführungen der Beklagten oder aus dem Beweisverfahren ergebe, dass sich beispielsweise das Verschulden des Arbeitgebers weit grösser erweise, als anfänglich angenommen⁶³. Schliesslich ist gemäss FÜLLEMANN das Beziffern einer Forderung dann unmöglich oder unzumutbar, wenn der Kläger die Höhe seines Anspruchs nicht kennen kann, da diese von Informationen bzw. Tatsachen abhängig ist, über die er nicht verfügt oder von denen er erst nach weiteren prozessualen Schritten erfährt⁶⁴. Unzumutbar sei eine Bezifferung dann, wenn eine solche nach Treu und Glauben nicht verlangt werden dürfe⁶⁵. Die BOTSCHAFT hält fest, die klagende Partei sei «ausnahmsweise» nicht verpflichtet, ihr Rechtsbegehren zu beziffern und äussert sich nicht darüber, wann Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit vorlägen⁶⁶. Das Bundesgericht konnte sich verständlicherweise bislang noch nicht zur neuen ZPO äussern. Im letzten bekannten Entscheid ging es um die Bezifferung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 2 OR. Das höchste Gericht hielt damals fest, es sei den Kantonen nicht verwehrt, in Forderungsklagen die genaue Bezifferung des Forderungsbetrages zu verlangen, es sei denn, das Bundesrecht sehe unbezifferte Rechtsbegehren ausdrücklich vor. Überdies dürfe ein genau beziffertes

⁵⁸ Z. B. Provisionsansprüche.

⁵⁹ Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht. Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, S. 223/224.

⁶⁰ Karl Spühler/Annette Dolge/Myriam Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 6. Kap., Rz 3.

⁶¹ BSK ZPO-Oberhammer, N 4 zu Art. 85.

⁶² BSK ZPO-Oberhammer, N 2 zu Art. 85.

⁶³ BSK ZPO-Oberhammer, N 5–7 zu Art. 88.

⁶⁴ Daniel Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, N 2 zu Art. 85.

⁶⁵ Füllemann, op. cit., N 3 zu Art. 85 ZPO.

⁶⁶ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 7287.

Begehren auch nicht verlangt werden, wenn das Bundesrecht das Gericht auf sein Ermessen verweise, wie beispielsweise in Art. 42 Abs. 2 OR, und sich die bezifferbare Forderung erst aus dem festgestellten Sachverhalt ergebe. Die kantonale Prozessordnung dürfe allerdings eine genaue Bezifferung ohne Weiteres erzwingen, wenn das materielle Recht dem Gericht nicht bezüglich des erheblichen Sachverhalts ein Ermessen einräume, sondern einzig bezüglich der Rechtsfolge⁶⁷.

Einig sind sich die Kommentatoren, dass die Partei in jedem Fall einen Mindestbetrag zu nennen hat⁶⁸.

cc) Es versteht sich von selbst, dass Art. 336a und Art. 337c OR dem Gericht ein Rechtsfolgeermessen einräumt. Es geht dabei nicht um ein Ermessen bezüglich der Sachverhaltsfeststellung wie bei Art. 42 Abs. 2 OR. Die Frage, ob in diesem Fall eine unbezifferte Forderungsklage nach der neuen ZPO zulässig ist, wird von den Kommentatoren bisher nicht eindeutig beantwortet. Geht man aber davon aus, dass grundsätzlich eingefordert wird, die Bestimmung von Art. 85 Abs. 1 ZPO grosszügig auszulegen und dass das Gesetz die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Teilklage tiefer heruntergeschraubt hat, kommt man zum Schluss, ein unbeziffertes Rechtsbegehren müsse zugelassen werden⁶⁹. Dazu kommt, dass der einer missbräuchlichen oder einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung zugrunde liegende Sachverhalt nicht selten umstritten ist und zuweilen erst nach Durchführung eines Beweisverfahrens feststeht, ob überhaupt eine solche Kündigung vorliegt und wie hoch das Verschulden des Arbeitgebers, aber auch das Mitverschulden des Arbeitnehmers sind. Zudem weiss der klagende Arbeitnehmer bei Einleitung der Klage oft noch nicht, was von Arbeitgeberseite hinsichtlich des seiner Klage zugrunde gelegten Sachverhalts bestritten und was eingeräumt wird.

Ein solches Vorgehen drängt sich umso mehr auf, wenn die Höchstentschädigung auf zwölf Monate festgelegt würde. Je nach Ausgang eines Beweisverfahrens könnte sich ein Arbeitnehmer derart überklagen, dass sich letztendlich ein gewonnener Prozess wegen der für ihn negativen Kosten- und Entschädigungsfolgen als eigentlicher Pyrrhus-Sieg erweisen würde.

b) 2. Grund: Die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.–

Diese Grenze ist der Übergang vom kostenlosen zum kostenpflichtigen Verfahren und stellt immer auch eine mögliche Grenze für die Höhe der Entschädigung dar. Bei einem Monatslohn von Fr. 6'000.– beispielsweise wird eine Arbeitnehmerin kaum sechs Monatslöhne verlangen, sondern sich von Anfang an mit viereinhalb bescheiden. Damit kommt sie auf einen Streitwert von Fr. 27'000.– und kann im kostenlosen Verfahren prozessieren, während sie sich bei einer maximalen Entschädigung und einem Streitwert von Fr. 36'000.– im kostenpflichtigen Verfahren bewegt. Bei den Klagen auf

⁶⁷ BGE 131 III 243, S. 245/256.

⁶⁸ Dominik Gasser/Brigitte Rickli, N 1 zu Art. 85 ZPO; Florian Mohs, op. cit., N 3 zu Art. 85 ZPO; Isaak Meier, op. cit., S. 224; Spühler/Dolge/Gehri, op. cit., 6. Kap. Rz 3; BSK ZPO-Oberhammer, N 7 zu Art. 85; Füllemann, op. cit., N 3 zu Art. 85 ZPO; Botschaft, S. 7287.

⁶⁹ D. h. mit Bezifferung eines Mindestbetrages.

Entschädigungen nach Art. 337c OR sind mit der Entschädigung regelmässig noch Forderungen nach Lohn während der hypothetischen Kündigungsfrist verbunden, so dass der Spielraum für den Arbeitnehmer noch kleiner wird, will er kostenlos prozessieren. Dieser Trend wird sich unter der neuen ZPO mit Bestimmtheit noch verstärken, weil das ordentliche Verfahren gemäss Art. 219 ZPO bei einem Streitwert von über Fr. 30'000.– vorsieht, dass von der klagenden Partei ein Kostenvorschuss verlangt werden darf⁷⁰.

c) 3. Grund: Vergleiche

Die gerichtlichen Bemühungen, arbeitsgerichtliche Prozesse vergleichsweise zu erledigen, haben erfahrungsgemäss tiefere Entschädigungen zur Folge. Bei Vergleichsgesprächen in einem Verfahren über eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung wird der Arbeitgeber im günstigsten Fall einen Fehler einsehen und den Lohn für die Kündigungsfrist zähneknirschend nachbezahlen. Dass er darüber hinaus noch eine Entschädigung bezahlen soll, wird ihm aber viel schwerer einleuchten und er wird sich in den Vergleichsgesprächen energisch wehren, unter diesem Titel auch nur einen Rappen zu bezahlen. Für den Arbeitnehmer stellt sich die Sachlage psychologisch zwar umgekehrt, aber in ähnlicher Weise dar. Er wird zunächst froh sein, seinen Lohn zu erhalten. Die Entschädigung ist ein Aufgeld, ein Zusatzeinkommen. Sie steht eher zur Diskussion als der zum Leben notwendige Lohn, denn – hätte sich die Arbeitgeberin von Anfang an korrekt verhalten – hätte er davon ohnehin nie etwas gesehen. Diese psychologische Ausgangslage hat zur Folge, dass in gerichtlichen Vergleichsgesprächen auf die Höhe der Entschädigung ein Druck nach unten ausgeübt wird und infolgedessen in gerichtlichen Vereinbarungen eher tiefe Entschädigungen vereinbart werden. Auf das richterliche Ermessen im Urteilsfall gemäss Art. 336a Abs. 2 und Art. 337c Abs. 3 OR dürfen diese Umstände selbstredend keinen Einfluss haben. Vergleiche mit tiefen Entschädigungen erwecken indessen nach aussen den Eindruck, diese würden durch die Gerichte durchgängig tief angesetzt.

d) 4. Grund: Überlegungen beim richterlichen Ermessen

Sich dem Entschädigungsrahmen von Art. 336a und 337c OR gegenübergestellt zu sehen, ist für das Gericht mit der Situation im Strafprozess vergleichbar, wo ebenfalls ein mehr oder weniger grosser Strafrahmen zur Verfügung steht, welcher bloss eine erste Richtlinie abgibt, die Strafe zuzumessen. Die in der Regel sehr weitgesteckten Strafrahmen legen Eckpunkte fest, innerhalb welcher sich die Strafe zu bemessen hat. Die Strafrahmen selbst enthalten keinen Massstab für die Einordnung des Falles. Innerhalb des Strafrahmens fehlt eine Bezugsgrösse, an welcher der Richter den Sachverhalt bewerten könnte. Das hat zur Folge, dass die schweizerische Praxis in aller Regel die Strafen im unteren und mittleren Teil des Strafrahmens festlegt⁷¹.

Ein gleiches oder ähnliches Verhalten und eine gleiche Zurückhaltung der Gerichte lässt sich auch beim Festlegen einer der beiden Entschädigungen im Kündigungsschutzrecht feststellen. Zum einen fehlen mehr oder weniger generalpräventive Überlegungen, die im Strafrecht – zu Recht oder zu Unrecht – zu einer

⁷⁰ Art. 98 ZPO.

⁷¹ Vgl. dazu BSK Strafrecht I-Wiprächtiger, N 15 zu Art. 47 StGB.

höheren Strafe führen könnten, und zum andern kann sich das Gericht immer ein oder mehrere Beispiele von schwerwiegenderen Fehlverhalten einer Arbeitgeberin vorstellen. Deshalb ist es darauf bedacht, keine sehr hohe und schon gar keine Höchstentschädigung zuzusprechen. Ein schlimmerer Fall ist immer vorstellbar.

Schaut man sich die Praxis des Arbeitsgerichts Zürich genauer an und nimmt die letzten zehn Urteile unter die Lupe, bei welchen Entschädigungen nach Art. 336a OR wegen missbräuchlicher Kündigung ausgesprochen worden sind, ergibt sich eine durchschnittliche Entschädigungshöhe von 2,17 Monatslöhnen⁷². Ein noch weit desolateres Resultat ergibt sich bei den Entschädigungen gemäss Art. 337c OR wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Da ergeben die letzten zwölf Urteile eine durchschnittliche Entschädigung, die bei 1,68 Monatslöhnen liegt⁷³. Das ist jedoch eine Momentaufnahme und es wäre vermessen, allein aus diesen Resultaten voreilig Schlüsse zu ziehen. Der Löwenanteil aller Prozesse wird vergleichsweise erledigt. Diese wurden dabei nicht berücksichtigt. Oft ist ein Vergleichsbetrag das Resultat von verschiedenen offenen Fragen, die durch die Vereinbarung gelöst worden sind, weshalb sich die tatsächlich bezahlten Entschädigungen in den vergleichsweise erledigten Verfahren im Nachhinein gar nicht mehr rekonstruieren lassen.

Diese Praxis des Arbeitsgerichts müsste für die Arbeitgeber insofern beruhigend sein, als dass wohl auch bei einer Heraufsetzung der Höchstgrenze die Entschädigungen kaum plötzlich nach oben explodieren würden. Wohl darum wurde in einer Vernehmlassungsantwort – eigentlich bestechend einfach – der Vorschlag gemacht, eine Erhöhung erübrige sich, der Bundesrat müsse nur die Gerichte auffordern, den möglichen Rahmen voll auszuschöpfen. Leider ist das mit den geltenden Bestimmungen nicht vereinbar, hat man es doch dem richterlichen Ermessen überlassen, die Entschädigungen festzulegen. Damit hat sich das Gericht lediglich an Recht und Billigkeit zu halten und nicht an anderweitige Vorschriften.

3.4 Das Vernehmlassungsverfahren

a) Das offizielle Resultat des Vernehmlassungsverfahrens, das am 14. Januar 2011 geschlossen worden ist, liegt zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Zeilen noch nicht vor. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit kann eingeschätzt werden, dass die Kantone die Vorlage des Bundesrates mehrheitlich positiv beurteilen. Die Erhöhung der Höchstentschädigung von sechs auf zwölf Monatslöhne trifft auf mehr Zuspruch als der Kündigungsschutzausbau für die Arbeitnehmervertreter. Unter den Parteien sind die Meinungen erwartungsgemäss geteilt. Die FDP, DIE LIBERALEN lehnen sämtliche Änderungen ab, da sie einen weiteren Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellen und den Standort Schweiz weiter schwächen würden. Die abschreckende Wirkung von zwölf Monatslöhnen gehe von einem falschen Arbeitgeberbild aus, da diese keine vorzeitigen Kündigungen aussprächen. Aus wirtschaftlichen Gründen müsse jedem Arbeit-

⁷² Prozessnummern AN050812, AN060245, AN070482, AN080797, AN090459, AN090842, AN091060, AN090311, AN090761, AN101025.

⁷³ Prozessnummern AN090065, AN090630, AN090018, AN070563, AN091065, AN091003, AN090314, AN100004, AN091013, AN080919, AN100907, AN110008.

nehmer gekündigt werden können, militante Gewerkschafter würden sonst einen totalen Kündigungsschutz geniessen⁷⁴. Die SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI SVP lehnt die Revision vollumfänglich mit der Begründung ab, der Kündigungsschutz sei in der Schweiz gut ausgebaut und bedürfe keiner Verschärfung mehr⁷⁵. Dasselbe gilt für die CVP SCHWEIZ, die das liberale Kündigungsrecht nicht gefährden will. Ein stärkerer Kündigungsschutz fördere befristete Arbeitsverträge⁷⁶. Dagegen befürwortete die SP SCHWEIZ die Revision, ja bemängelte sogar, sie gehe zu wenig weit und müsse verschärft werden. Gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer, denen missbräuchlich gekündigt worden sei, müssten wieder eingestellt werden können. Es sei dem Umstand zu begegnen, dass es im Land immer mehr antigewerkschaftliche Kündigungen gebe⁷⁷. Genau gleich argumentieren DIE GRÜNEN in ihrer Stellungnahme⁷⁸. Es versteht sich fast von selbst, dass der Schweizerische Arbeitgeberverband die Vorlage ebenso vehement ablehnt⁷⁹ wie sie der Schweizerische Gewerkschaftsbund begrüsst⁸⁰. Interessant ist es, einen Blick auf die Stellungnahme der Universität St. Gallen zu werfen, die von den ausgewiesenen Arbeitsrechtsspezialisten PROF. THOMAS GEISER und PROF. ROLAND MÜLLER verfasst worden ist. Sie stimmen einer Erhöhung der Entschädigung auf zwölf Monatslöhne zu, warnen aber vor der hohen Belastung für kleine und mittlere Unternehmen. Sie glauben, mit der Ausdehnung des Rahmens würden gerichtliche Vergleichsgespräche erschwert, weil die Verhandlungsbasis deutlich höher sei. GEISER und MÜLLER empfehlen, die Entschädigung auf zwölf Monate hinaufzusetzen, jedoch als Referenzgrösse den schweizerischen Durchschnittslohn anzunehmen. Auch den erhöhten Kündigungsschutz begrüsst die Universität St. Gallen, erachtet es indessen als notwendig, diesen zeitlich zu beschränken, damit es nicht zu einer «simplen Perpetuierung» der Arbeitnehmervertretung kommt. Der Schutz müsse so gestaltet werden, dass die Arbeitnehmervertretung diesen dann bekomme, wenn Probleme im Betrieb anstehen würden. Zu diesem Zweck liesse sich statt des Tatbestandes des begründeten Anlasses eine automatische Verlängerung der Kündigungsfrist von Arbeitnehmervertretern auf beispielsweise zwölf Monate vorstellen⁸¹.

b) Das wahrscheinliche Resultat aller Vernehmlassungen lässt für die bundesrätliche Vorlage nichts Gutes erahnen. Zweifelsohne liesse sich mit Kompromissbereitschaft der Parlamentsabgeordneten einen Weg finden, den schweizerischen Kündigungsschutz, der europaweit immer noch abgeschlagen das Schlusslicht bildet, ein Stückchen voran zu bringen. Der korrekte Arbeitgeber, der die Verträge gesetzeskonform schliesst und auflöst und seine Arbeitnehmenden einwandfrei behandelt, dürfte sowieso davon nicht betroffen sein.

⁷⁴ Vernehmlassung der FDP. Die Liberalen vom 11. Januar 2011.

⁷⁵ Vgl. www.svp.ch/g3.cm/s_page/78180/s_name/vernehmlassungen.

⁷⁶ Vernehmlassung der Christlichdemokratischen Volkspartei vom 14. Januar 2011.

⁷⁷ Vernehmlassung der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz vom 14. Januar 2011.

⁷⁸ Vernehmlassung der Grünen Partei der Schweiz vom 4. Januar 2011.

⁷⁹ Vernehmlassung des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes vom 7. Januar 2011.

⁸⁰ SGB-Newsletter 1/2011. Vernehmlassung des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) vom 29. November 2010.

⁸¹ Vernehmlassung der Universität St. Gallen (FAA-HSG) vom 10. Januar 2011.

B Der Kündigungsschutz nach Art. 10 GIG

1. Das geltende Recht

Wie vorstehend ausgeführt, waren sich Regierung und Parlament grossmehrheitlich einig und sind es auch heute noch, dass an der Kündigungsfreiheit nicht gerüttelt werden soll, weshalb gesetzgeberische Vorstösse, die darauf zielen, eine Kündigung für ungültig zu erklären, aufzuheben oder eine Wiedereinstellung zu fordern, samt und sonders chancenlos sind. Umso erstaunlicher ist es, dass im Gleichstellungsgesetz genau eine solche Norm ins geltende Recht Eingang gefunden hat. Es handelt sich um die Sanktionierung von Rachekündigungen. Die entsprechende Bestimmung von Art. 10 GIG, welche konkret dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, einen Arbeitgeber zur Wiedereinstellung einer gekündigten Arbeitnehmerin zu zwingen, lautet:

Art. 10 Gleichstellungsgesetz

1 Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber ist anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmer folgt.

2 Der Kündigungsschutz gilt für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus.

3 Die Kündigung muss vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden. Das Gericht kann die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind.

4 Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichten und stattdessen eine Entschädigung nach Artikel 336a des Obligationenrechts geltend machen.

5 Dieser Artikel gilt sinngemäss für Kündigungen, die wegen der Klage einer Organisation nach Artikel 7 erfolgen.

Obgleich diese Norm der weitestgehende Kündigungsschutz im schweizerischen Arbeitsrecht darstellt, fristet diese Bestimmung in Theorie und Praxis ein eigentliches Mauerblümchendasein⁸² und eine Rechtsprechung zu Art. 10 GIG gibt es praktisch nicht. Erklärungen dazu sind schwierig zu finden, z. T. wird ausgeführt, unter den Anwälten herrsche grosse Unsicherheit. Die Gerichte würden die Klagen als solche nicht erkennen und nur nach dem Obligationenrecht abhandeln⁸³. Gleichwohl sind auf der Webseite des Gleichstellungsgesetzes ein paar wenige Beispiele zu finden:

⁸² So Adrian von Kaenel, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, in ArbR 2008 S. 51 ff.

⁸³ Elisabeth Freivogel, Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, in AJP/PJA 2006, S. 1343–1350, S. 1350.

In einem Fall vor dem Kreisgericht Bern-Laupen wurde am 24. Juni 1998 die Wiederbeschäftigung einer Abteilungsleiterin eines Industrieverbandes verfügt. Der Appellationshof des Kantons Bern bestätigte die Weiterbeschäftigung. Im Rahmen der Lohndiskriminierungsklage einigten sich die Parteien in allen Punkten⁸⁴.

Eine Mitarbeiterin im Gastgewerbe hatte sich über zu tiefen Lohn beklagt und wurde entlassen. Das Kreisgericht Werdenberg SG verfügte am 23. April 2009 die provisorische Wiedereinstellung, die später aufgehoben wurde, weil die Klägerin eine neue Stelle angetreten hatte und statt Wiedereinstellung nur noch eine Entschädigung verlangte⁸⁵.

In wenigen übrigen Fällen wurde eine Rachekündigung nach Art. 10 GIG geltend gemacht, jedoch von Anfang an auf eine Wiedereinstellung verzichtet und bloss eine Entschädigungszahlung verlangt.

Umso erstaunlicher ist es, dass am Arbeitsgericht Zürich in den letzten Monaten gleich zwei Klagen eingegangen sind, welche eine Wiedereinstellung nach Art. 10 GIG zum Ziele hatten. Während das eine Verfahren noch rechtshängig ist und nicht Gegenstand dieser Ausführungen sein soll, wurde das andere – gestützt auf einen vor der I. ZK des Obergerichts abgeschlossenen Vergleich – am 9. Mai 2011 erledigt⁸⁶.

2. Diskriminierende Kündigungen und Rachekündigungen

2.1 Kündigung nach Art. 5 GIG

Das Gleichstellungsgesetz unterscheidet zwischen Entlassungen, welche ihrerseits eine (in)direkte Diskriminierung darstellen⁸⁷ und solchen, die als Folge davon ausgesprochen werden, weil sich eine Person gegen geschlechtsspezifische Diskriminierungen zur Wehr setzt (sog. Rachekündigung)⁸⁸.

Bei diskriminierenden Kündigungen nach Art. 5 GIG endet das privatrechtliche Arbeitsverhältnis und die betroffene Person hat lediglich Anspruch auf eine Entschädigung. Diskriminierende Kündigungen werden analog der missbräuchlichen gemäss Art. 336 OR behandelt, d. h. es ist bloss eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen geschuldet⁸⁹. Das wird in Art. 9 GIG noch betont, wo festgehalten ist, das Verfahren nach Art. 336b OR sei auch im GIG einzuhalten. Schon die Botschaft dazu hielt ausdrücklich fest, dass kein Bestandesschutz vorgesehen werde⁹⁰.

⁸⁴ Kreisgericht: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Nr. Z 98, Appellationshof Kanton Bern, Nr. 305/II/981065, zit. aus http://www.gleichstellungsgesetz.ch/html_de/103N1136.html.

⁸⁵ Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland, Nr. EV.2009.70-WS27K-RWI, zit. aus http://www.gleichstellungsgesetz.ch/html_de/103N1136.html.

⁸⁶ AN100934, i. S. S. W. c. S. AG. Vgl. unten Ziffer 5.

⁸⁷ Art. 3, Art. 5 i. V. mit Art. 9 GIG.

⁸⁸ Art. 10 GIG.

⁸⁹ Gemäss dem bundesrätlichen Entwurf würde Art. 5 Abs. 4 3. Satz GIG geändert und auch hier die höchste Entschädigung auf zwölf Monate angehoben.

⁹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) in BBl 1993, S. 1248–1333, S. 1299.

Die Rechtsbehelfe von Art. 5 Abs. 1 GIG sind ausgeschlossen; im Gesetzestext heisst es ausdrücklich, die durch Kündigung diskriminierten Arbeitnehmerinnen dürften lediglich eine Entschädigung verlangen. Einzig bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen besteht teilweise die Möglichkeit der Aufhebung des rechtswidrigen Entscheids und damit die Möglichkeit zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses.

2.2 Kündigung nach Art. 10 GIG

a) Ganz anders verhält es sich mit den Kündigungen nach Art. 10 GIG. Diese Norm sieht für Kündigungen, die der Arbeitgeber auf eine Beschwerde über eine Geschlechterdiskriminierung hin ausspricht, die Möglichkeit der Kündigungsanfechtung vor.

Grundlage dieser Bestimmung bilden die EU-Richtlinien 75/117/EWG vom 10. Februar 1975 und 76/207/EWG vom 9. Februar 1976. In letzterer heisst es in Artikel 7: «Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Massnahmen, um Arbeitnehmer vor jeder Entlassung zu schützen, die eine Reaktion des Arbeitgebers auf eine Beschwerde im Betrieb oder gerichtliche Klage auf Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung darstellt.»

Der Bundesrat erwog in der Botschaft, dass Frauen zu zurückhaltend seien, ihren Anspruch auf gleichen Lohn schon während des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, weil die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes eine zu grosse Rolle spiele. Der Verfassungsgrundsatz der Lohngleichheit verlange nun aber, dass Frauen auch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht diskriminiert werden dürfen und nicht erst nach dessen Beendigung den geschuldeten Lohn einklagen könnten. Damit indessen eine Arbeitnehmerin ihre Rechte bereits während des ungekündigten Arbeitsverhältnisses wahrnehmen könne, müsse eine Schutzfrist geschaffen werden, während der eine Kündigung für ungültig erklärt werden könne. Dieser Schutz ist indessen zeitlich befristet. Er dauert einmal während der Zeit des Verfahrens, darin eingeschlossen die Zeit, während der sich eine Arbeitnehmerin innerbetrieblich über eine Diskriminierung beklagt hat, und sechs Monate darüber hinaus. Nach Ablauf dieser Zeit verliert die Arbeitnehmerin den Kündigungsschutz nach Art. 10 GIG. Sie kann die Kündigung später nach Art. 336 ff. OR anfechten, hat dann aber bloss Anspruch auf eine Entschädigung.

b) Das Gericht muss die während dieser erwähnten Schutzfrist gemäss Art. 10 Abs. 2 GIG ausgesprochene Kündigung aufheben, sofern für sie kein begründeter Anlass besteht. Dieser damals für das Arbeitsrecht neuartige Bestandesschutz ist vergleichbar mit der Regelung im Mietrecht⁹², die sich dort als tauglich erwiesen hat⁹³. Wenn berücksichtigt wird, wie wenige Verfahren über diese, aber auch über andere Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag, vor den Arbeitsgerichten noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses stattfinden, kann man sich füglich fragen,

⁹¹ Botschaft S. 1307.

⁹² Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR.

⁹³ Allerdings dauert dort der Schutz drei Jahre über das Ende des Verfahrens hinaus.

ob de lege ferenda ein solcher Kündigungsschutz nicht für alle arbeitsrechtlichen Verfahren eingeführt werden sollte. Wie vorstehende Ausführungen gezeigt haben⁹⁴, erscheint das allerdings politisch wenig realistisch. Der Umstand, dass eine Arbeitnehmerin während des laufenden Arbeitsverhältnisses selbst dann nicht gegen den Arbeitgeber klagt, wenn ihre Ansprüche evident sind, ist einzig und allein auf den fehlenden Kündigungsschutz während eines Gerichtsverfahrens zurückzuführen.

c) Gemäss der Formulierung von Art. 10 GIG handelt es sich nicht um einen sachlichen, sondern um einen zeitlichen Kündigungsschutz. Gleichwohl kann die Analogie zu den zeitlichen Kündigungsschutzbestimmungen nicht gezogen werden, denn es existiert keine Sperrfrist. Eine während der Zeit einer innerbetrieblichen Beschwerde ausgesprochene Kündigung ist nicht etwa nichtig, wie beispielsweise eine Kündigung während der Schwangerschaft, sondern bloss anfechtbar⁹⁵. Die Anfechtung der Kündigung ist nur durch Klage beim Gericht möglich.

3. Voraussetzungen einer Kündigungsanfechtung nach Art. 10 GIG

3.1 Arbeitsverhältnis nach Obligationenrecht

Ein Arbeitsverhältnis muss vorliegen. Andere Dienstverhältnisse (Auftrag etc.) geniessen diesen Schutz nicht, öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse⁹⁶ hingegen schon.

3.2 Beschwerde oder Anrufen einer Behörde

Es muss eine Anrufung einer Schlichtungsbehörde, des Gerichts, hauptsächlich aber eine innerbetriebliche Beschwerde vorliegen. Dabei sollen die Voraussetzungen nicht allzu eng interpretiert werden. Der Arbeitgeber soll sich nicht aus der Verantwortung stehlen können, indem er die Stelle, wo die Arbeitnehmerin die Beschwerde eingereicht hat, als unzuständig für diese bezeichnet, weil in der Tat eine andere Anlaufstelle bestünde.

3.3 Diskriminierung

Sowohl die Anrufung von Schlichtungsstelle oder Gericht oder die betriebliche Beschwerde müssen zum Thema eine Diskriminierung haben. Eine direkte Diskriminierung ist gegeben, wenn sich eine Massnahme ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Merkmal bezieht, das nur von den Angehörigen eines der beiden Geschlechter erfüllt wird⁹⁷. Eine rechtswidrige Benachteiligung liegt auch bei

⁹⁴ Vgl. oben i. Teil Ziffer 3.1 b).

⁹⁵ Kathrin Klett in: Ivo/Schwander/René Schaffhauser, Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, St. Gallen 1996, S. 169.

⁹⁶ Von Kaenel, op. cit., S. 56.

⁹⁷ Botschaft, S. 1295; SGGVP 2009, S. 35 (Kantonsgericht St. Gallen).

Anknüpfungspunkt an den Zivilstand, die familiäre Situation oder die Schwangerschaft vor, und Ungleichbehandlungen unter Berufung darauf sind verboten⁹⁸. Eine Beschwerde über zu tiefe Raumtemperatur oder zu viele Überstunden bietet dagegen keinen Kündigungsschutz. Auch da dürfen die Anforderungen nicht allzu hoch gestellt werden. Es reicht, wenn sich die Arbeitnehmerin über einen Missstand beklagt, weil sie beispielsweise der Meinung ist, Frauen im Betrieb müssten mehr Überstunden leisten als Männer. Die Diskriminierung muss subjektiv als solche empfunden werden⁹⁹.

Wesentlich scheint es zu betonen, dass es für den Kündigungsschutz überhaupt nicht darauf ankommt, ob die behauptete Diskriminierung tatsächlich besteht. Es ist nicht einmal notwendig, dass die Beschwerde in guten Treuen erhoben worden ist. Der Kündigungsschutz fällt nur weg, wenn die Beschwerde rechtsmissbräuchlich, also bloss um eine Kündigung zu verunmöglichen, vorgebracht worden ist.

3.4 Kündigung während der Schutzfrist

Eine Kündigung während der Schutzfrist muss vorliegen. Der Schutz greift sowohl bei der ordentlichen Kündigung wie bei der fristlosen Entlassung. Hingegen kann eine Racheündigung, die zusätzlich in einer Sperrfrist von Art. 336c OR ausgesprochen worden ist, nicht angefochten werden, weil sie eben nichtig ist.

Dieser beschränkte zeitliche Kündigungsschutz beginnt mit dem Eingang der innerbetrieblichen Beschwerde, gilt während des Verfahrens, das eingeleitet wird, weil sich der Arbeitnehmer innerbetrieblich über eine Diskriminierung beklagt hat, und während sechs Monaten, nachdem der Arbeitgeber zur geltend gemachten Diskriminierung abschliessend Stellung genommen hat¹⁰⁰. Der Nachweis einer Kausalität zwischen der Gleichstellungsbeschwerde und der Kündigung ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn sie ohne begründeten Anlass, aus welchem Grund auch immer, in der Schutzfrist ausgesprochen worden ist¹⁰¹. Dieser Bestandesschutz ist einzigartig im schweizerischen Kündigungsschutz, wo normalerweise der Grundsatz gilt, dass eine missbräuchliche Kündigung lediglich zu einer Entschädigung führen kann, die Kündigung als solche jedoch bestehen bleibt¹⁰².

Schliesst sich ein Schlichtungs-¹⁰³ oder Gerichtsverfahren an, endet der Schutz sechs Monate nach dessen Abschluss. Zuweilen ist es nicht einfach festzustellen, wann das innerbetriebliche Beschwerdeverfahren seinen Abschluss gefunden hat. Macht die Arbeitgeberin geltend, die Kündigung sei verspätet angefochten worden, hat sie zu beweisen, dass das Beschwerdeverfahren seit mehr als sechs Monaten abgeschlossen worden ist.

⁹⁸ Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009, Rz 17 zu Art. 3 GIG; Botschaft, S. 1297.

⁹⁹ SGGVP 2009, S. 35 (Kantonsgesicht St. Gallen).

¹⁰⁰ Kaufmann/Steiger-Sackmann, op. cit., Rz 1 zu Art. 10 GIG; Botschaft, S. 1307.

¹⁰¹ Von Kaenel, op. cit., S. 63.

¹⁰² Kaufmann/Steiger-Sackmann, op. cit., Rz 2 zu Art. 10 GIG.

¹⁰³ Gemäss Art. 200 Abs. 2 ZPO.

3.5 Gerichtliche Klage

Die Kündigung muss durch eine gerichtliche Klage innerhalb der Kündigungsfrist angefochten werden. Das Anrufen der Schlichtungsbehörde reicht auch¹⁰⁴. Diese Frist kann recht kurz sein, was sich leicht rechtfertigen lässt. Denn wenn eben eine Wiederanstellung das Resultat sein kann, soll ein rasches Vorgehen auch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses begünstigen.

3.6 Kein begründeter Anlass zur Kündigung

Was ist nun ein begründeter Anlass? Der Bundesrat selber hat bei einer früheren Revision des Kündigungsschutzrechts festgehalten: «Als begründeter Anlass gilt jeder Grund, welcher bei vernünftiger Betrachtungsweise die Kündigung rechtfertigt, selbst wenn er nicht schwerwiegend genug ist, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen»¹⁰⁵. Der «begründete Anlass» taucht hier bereits wieder auf, wie schon bei Art. 336 Abs. 2 lit. b OR im ersten Teil. Es kann deshalb ohne Weiteres auf die vorstehenden Erwägungen dazu verwiesen werden¹⁰⁶. Die Beweislast für das Vorliegen eines begründeten Anlasses liegt beim Arbeitgeber¹⁰⁷.

4. Vorsorgliche Massnahmen

4.1 Vorgeschichte

Interessant ist nun Art. 10 Abs. 3 GlG. Die Wiederanstellung kann bereits auf dem Weg der vorsorglichen Massnahmen (einstweiliger Rechtsschutz) erfolgen, was naturgemäss eine wesentliche Weichenstellung ist.

Zunächst ist zu erwähnen, dass der bundesrätliche Entwurf des Gleichstellungsgesetzes die provisorische Wiederanstellung noch gar nicht vorsah. Diese kam erst in den parlamentarischen Beratungen ins Gesetz. Der dahinterstehende Gedanke war, dass mit dieser Bestimmung vermieden werden sollte, dass der vom Gesetzgeber gewollte Kündigungsschutz allein schon durch die Dauer des Verfahrens unterlaufen werden kann. Welcher Arbeitgeber will nach zwei bis drei Jahren eine längst gekündigte Arbeitnehmerin wieder einstellen müssen und welcher Arbeitnehmer will nach so langer Zeit wieder zu seinem alten Arbeitgeber zurück? Zwischenzeitlich dürfte die Arbeitgeberin die Stelle wieder besetzt und die Arbeitnehmerin eine neue gefunden haben.

4.2 Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen

Das Gericht kann die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin für die Dauer des Verfahrens in Form einer vorsorglichen Massnahme anordnen, wenn es

¹⁰⁴ Botschaft S. 1309.

¹⁰⁵ BBl 1984 II 609.

¹⁰⁶ Vgl. oben I. Teil, Ziffer 2.3.

¹⁰⁷ Von Kaenel, op. cit., S. 61.

wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind¹⁰⁸.

Um den Schutzzweck von Art. 10 GIG nicht zu unterlaufen, dürfen an die positive Entscheidungsprognose nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Im Allgemeinen ist auf provisorische Wiedereinstellung zu erkennen, wenn die klagende Partei die sachlichen und zeitlichen Voraussetzungen des Kündigungsschutzes glaubhaft macht und es dem Arbeitgeber nicht gelingt, einen begründeten Anlass für die ausgesprochene Kündigung sofort liquid nachzuweisen. Die provisorische Wiedereinstellung kann nur dann verweigert werden, wenn die summarische Prüfung ergibt, dass die Klage offensichtlich oder zumindest mit grosser Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg haben wird bzw. geradezu als mutwillig ergriffen erscheint¹⁰⁹. Namentlich ist es auch bei dieser Beurteilung nicht notwendig, dass eine tatsächliche Diskriminierung bewiesen oder auch nur glaubhaft gemacht werden kann.

4.3 Das Verfahren

a) Rechtlich ist diese Massnahme eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO. Dem Inhalt nach ist es eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes gemäss Art. 262 lit. b ZPO.

Der Entscheid über die Wiedereinstellung ist sofort zu treffen und kann selbstständig angefochten werden. Da für den Fall der Gutheissung der Klage im Hauptprozess die Klägerin so gestellt werden soll, wie sie es ohne Kündigung gewesen wäre, ist auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren die Wiedereinstellung auf das Datum der abgelaufenen Kündigungsfrist, d. h. gegebenenfalls rückwirkend anzuordnen, bei einer fristlosen Entlassung auf dieses Datum. Der Arbeitsvertrag wird fortgesetzt, wie wenn keine Kündigung ausgesprochen worden wäre. Dogmatisch wird keine Wiedereinstellung angeordnet, sondern die Kündigung aufgehoben, weshalb später auch ein erfolgreiches Urteil rückwirkend die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anordnet¹¹⁰. Das ist besonders wichtig für den Fall, dass das Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgelehnt, die Kündigung aber im Urteil gleichwohl aufgehoben würde. Die Arbeitsleistung kann naturgemäss nicht rückwirkend erbracht werden, während eine rückwirkende Bezahlung des Lohnes möglich bleibt¹¹¹.

b) Etwas sonderbar ist die Lage, wenn im vorsorglichen Massnahmeverfahren die provisorische Wiederanstellung verfügt wird, die Arbeitnehmerin später den Hauptprozess gleichwohl verliert. In diesem Fall kann nicht zurück abgewickelt werden, denn die Arbeit wurde ja de facto geleistet. Die Kündigung war während der Dauer des Verfahrens suspendiert und tritt mit dem Urteil nun wieder in Kraft. Allerdings hat das Gericht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Wahrung einer angemessenen Kündigungsfrist festzulegen, denn wäre das Arbeitsverhältnis mit dem Urteilsdatum

¹⁰⁸ Art. 10 Abs. 3 GIG; Kaufmann/Steiger-Sackmann, op. cit., Rz 45. zu Art. 10 GIG.

¹⁰⁹ Kaufmann/Steiger-Sackmann, op. cit., Rz 48 f. zu Art. 10 GIG.

¹¹⁰ Klett, op. cit., S. 175.

¹¹¹ Klett, op. cit., S. 176.

plötzlich beendet, würde das einer für beide Parteien eher unliebsamen fristlosen Auflösung gleichkommen¹¹².

c) Die Arbeitnehmerin hat nach Art. 10 Abs. 4 GIG die Möglichkeit, auf eine Wiederanstellung zu verzichten und stattdessen eine Entschädigung nach Art. 336a OR zu verlangen. Eine solche im vorsorglichen Massnahmeverfahren einzufordern, ist nicht möglich.

4.4 Urteil und Vollstreckung

a) Die provisorische Wiederanstellung endet mit dem rechtskräftigen Urteil im Hauptprozess. Obsiegt die Arbeitnehmerin, ändert sich nichts. Dann wird der im vorsorglichen Massnahmeverfahren geschaffene Zustand definitiv und das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung weitergeführt. Obsiegt dagegen der Arbeitgeber und wird die Kündigung rechtmässig, würde eigentlich die Rechtsfolge eintreten, dass das Arbeitsverhältnis rückwirkend als beendet erklärt würde und die Arbeitnehmerin dann ohne ein Vertragsverhältnis während längerer Zeit Arbeit geleistet hätte. Das ist eine Rechtsfolge, die nicht sein kann. Deshalb entfaltet die nachträglich als rechtmässig erklärte Kündigung ihre Wirkung nur ex nunc. Die Arbeitnehmerin hat tatsächlich gearbeitet und kann auch nicht zur Rückzahlung des bezogenen Lohnes gezwungen werden.

b) Problematisch wird es, wenn die Arbeitgeberin sich weigert, trotz Anordnung vorsorglicher Massnahmen oder trotz rechtskräftigem Urteil in der Hauptsache die Arbeitnehmerin wieder zu beschäftigen und ihr Arbeit zuzuweisen. Zwar bestimmt Art. 267 ZPO¹¹³, dass das Massnahmegericht auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen hat, doch lässt sich die Bestimmung über die Art solcher Massnahmen nicht aus¹¹⁴. *Manu militari* kann ein Arbeitgeber wohl nicht gezwungen werden, jemanden zu beschäftigen. Hingegen kann eine der in Art. 343 ZPO vorgesehenen Massnahmen direkt mit dem vorsorglichen Massnahmeentscheid angeordnet werden, nämlich eine Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB, Ordnungsbusse von bis zu Fr. 5'000.– oder Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung. Weigert sich der Arbeitgeber, gerät er zudem in den Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR und ist gleichwohl zum Bezahlen des Lohns verpflichtet.

5. Beispiel des Prozesses AN100934-L

Zur Illustration ist ein kurzer Exkurs auf eines der einleitend erwähnten Verfahren des Arbeitsgerichts Zürich lohnenswert.

¹¹² Klett, op. cit., S. 76/77.

¹¹³ Art. 267 ZPO:
Das Gericht, das die vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen.

¹¹⁴ BSK ZPO-Sprecher, N 7 zu Art. 267.

5.1 Sachverhalt

Eine Arbeitnehmerin (die Klägerin) war während ca. zehn Jahren bei einem weltweit tätigen IT-Unternehmen angestellt, vom 1. Januar 2005 an bei der Schweizer Tochtergesellschaft. Sie war als Juristin und Rechtsanwältin als Senior Corporate Counsel in der Rechtsabteilung tätig. Im Jahr 2008 wurde sie zum ersten Mal Mutter. Nach Rückkehr aus ihrem Mutterschaftsurlaub arbeitete sie mit einem reduzierten Pensum von 50 – 60 %. Am 7. März 2009 monierte sie bei ihrer vorgesetzten Stelle, gestützt auf ihre Leistungen erfülle sie die Voraussetzungen zu einer Beförderung und verlangte eine solche, was jedoch die Arbeitgeberin (die Beklagte) abschlägig beschied. Die Klägerin behauptete, man habe ihr ihre Schwanger- und Mutterschaft zum Vorwurf gemacht, was indessen von der Arbeitgeberin bestritten wurde. Ab dem 1. Mai 2009 an war sie wieder vollzeitbeschäftigt. Im Laufe des Jahres 2009 wurde die Klägerin ein zweites Mal schwanger und begab sich von Januar bis April 2010 erneut in den Mutterschaftsurlaub. Daran schloss sich ein unbezahlter Urlaub; sie sollte ihre Arbeit am 3. August 2010 wieder aufnehmen. Da im Jahr 2010 weder ein Mitarbeitergespräch noch eine Beförderung stattgefunden hatte, reichte sie am 27. Mai 2010 eine innerbetriebliche Beschwerde ein und machte geltend, sie werde wegen ihrer Schwanger- und Mutterschaft diskriminiert. Auf diese Beschwerde hin fand eine interne Untersuchung statt. Am 3. August 2010 nahm die Klägerin ihre Arbeit wieder auf. Noch am gleichen Tag wurde ihr ordentlich auf den 30. November 2010 gekündigt und sie wurde freigestellt.

Die Klägerin erhob am 19. November 2010 Klage unter anderem mit den Rechtsbegehren, die Kündigung sei aufzuheben, sie sei wiederzubeschäftigen und die Beklagte sei zudem zu verpflichten, sie während der Dauer des Verfahrens provisorisch wieder einzustellen. Die Beklagte machte demgegenüber geltend, es liege keine Diskriminierung vor, weil sie gar keine Männer im Rechtsdienst beschäftigt habe, gegenüber denen sie die Klägerin habe diskriminieren können.

5.2 Gerichtliche Erwägungen im vorsorglichen Massnahmeverfahren

a) Das Gericht hielt zunächst fest, die formellen Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung gemäss Art. 10 GlG seien erfüllt: Die Klägerin beschwerte sich mit E-Mail vom 27. Mai 2010 bei der Personalabteilung der Beklagten. Am 3. August 2010 wurde ihr per 30. November 2010 gekündigt, worauf sie am 19. November 2010 – mithin noch vor Ende der Kündigungsfrist – Klage einreichte. Damit war die Anfechtungsfrist gewahrt.

Die Klägerin fühlte sich von der Beklagten aufgrund ihrer Schwanger- bzw. Mutterschaft diskriminiert. Beides sind verpönte Anknüpfungsmerkmale im Sinne des Gleichstellungsgesetzes. Dass gleichzeitig zu der unterbliebenen Beförderung einer Frau tatsächlich ein Mann hätte befördert werden müssen, ist nicht erforderlich. Entscheidend war auch nicht, dass bei der Beklagten in der Rechtsabteilung auf höchster Führungsebene fast ausschliesslich Frauen arbeiteten. Massgebend war vielmehr, ob ein Mann mit gleichen Qualifikationen wie die Klägerin bei sonst gleichen Gegebenheiten befördert worden wäre, da er naturgemäss die vorgenannten verpönten Merkmale nicht erfüllt und die unterschiedliche Behandlung somit geschlechtlich

bedingt gewesen wäre. Folglich fiel der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes.

b) Für die provisorische Wiedereinstellung wird vorausgesetzt, dass der Erfolg der Anfechtungsklage wahrscheinlich erscheint. Es war daher nicht zu prüfen, ob die Klägerin zu Recht oder zu Unrecht nicht befördert worden war. Sie war vom 4. Januar 2010 bis zum 25. April 2010 im Mutterschaftsurlaub gewesen und hatte Ferien und unbezahlten Urlaub bezogen. Am 27. Mai 2010 erhob sie die Diskriminierungsbeschwerde bei der Beklagten. Die Beklagte beendete in der Folge am 3. August 2010, dem ersten Tag der Wiederaufnahme der Arbeit seit der Geburt, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Der nahe zeitliche Zusammenhang zwischen der innerbetrieblichen Beschwerde und der Kündigung ist ein starkes Indiz für das Vorliegen einer Racheündigung.

Weiter war aktenkundig, dass die Mutterschaft sowie die damit verbundene gänzliche oder teilweise Abwesenheit der Klägerin mehrfach in ihrer Mitarbeiterbeurteilung vom 7. März 2009 erwähnt worden war. Auch vor Gericht wurde ihr von der Arbeitgeberin vorgehalten, von ihrer ersten Schwangerschaft im Mai 2008 bis zur Kündigung im August 2010 nur gerade knapp 13 Monate anwesend gewesen zu sein. Aktenkundig war ferner, dass die Klägerin eine der dienstältesten Mitarbeiterinnen der Beklagten war. Vier von neun Mitarbeiterinnen waren erst seit 2007 bis 2009 bei der Beklagten tätig. Diesen allen war nicht gekündigt worden. Die Klägerin hatte während zehn Jahren bei der Beklagten gearbeitet und war zweimal befördert worden. Sie hatte bis zuletzt gute Qualifikationen erhalten. Hohe Fachkompetenz war ihr mehrfach attestiert worden. Die ihr jeweils vorgehaltenen Defizite in Führungs-, Kommunikations- und Kooperationsfähigkeiten hätten Grund für die unterbliebene Beförderung gewesen sein mögen, Anlass zur Kündigung hatte die Arbeit der Klägerin indes offensichtlich nicht geboten. Die Klägerin machte damit die sachlichen Voraussetzungen des Kündigungsschutzes glaubhaft, weshalb auf provisorische Wiedereinstellung zu erkennen war, namentlich weil es der Beklagten nicht gelang, einen begründeten Anlass für die ausgesprochene Kündigung sofort liquide nachzuweisen. Von einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch konnte ferner keine Rede sein, was von der Beklagten auch nicht behauptet wurde.

Das Begehren der Klägerin auf provisorische Wiedereinstellung während der Dauer des Verfahrens wurde daher gutgeheissen, von der Beklagten allerdings an das Obergericht des Kantons Zürich weitergezogen, wo die Parteien schliesslich einen Vergleich in der Sache selber schlossen.

6. Fazit

Die oft gehörte Kritik, einer provisorischen oder definitiven Wiederanstellung stünde das zerstörte Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien im Wege, ist plausibel und nicht unberechtigt. Allerdings zeigt die bescheidene Praxis zu Art. 10 GIG und die Rechtsprechung in den umliegenden Ländern zum Kündigungsschutz, der eine Wiederanstellung vorsieht, dass eine solche in vielen Fällen vergleichsweise durch eine Ent-

schädigungszahlung abgelöst wird. Nebst den oben unter Ziffer I/3.3 genannten Gründen, die zu einer tiefen Entschädigung führen, wäre dies ein Argument, das eher für höhere Entschädigungen sprechen könnte.

IV. STATISTISCHER ÜBERBLICK

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2009	2010
Übertrag Vorjahr	242	326
Klageeingänge von Arbeitnehmern	1101	1066
Klageeingänge von Arbeitgebern	33	32
Total	1376	1424
Erledigungen im laufenden Jahr	1050	1084
Pendenzen Ende Jahr	326	340

Erledigungsarten

	2009	2010
durch Urteil	174	190
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	724	764
anderweitig	152	130

Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2009	2010
Verhandlungen	818	823
Beweisverfahren	35	52
Entscheidbegründung	87	95

Streitwerthöhe

	2009	2010
bis Fr. 8'000.–	443	463
von Fr. 8'000.– bis Fr. 12'000.–	127	130
von Fr. 12'000.– bis Fr. 30'000.–	306	319
von Fr. 30'000.– bis Fr. 100'000.–	98	103
von Fr. 100'000.– bis Fr. 500'000.–	42	39
über Fr. 500'000.–	13	7

Prozessdauer der erledigten Fälle

	2009	2010
bis 1 Monat	211	212
1 bis 2 Monate	408	343
2 bis 3 Monate	189	214
3 bis 6 Monate	135	161
6 bis 12 Monate	56	102
1 bis 2 Jahre	32	33
über 2 Jahre	19	19