

# Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

## **Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012**

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

1.	OR 321c; Kompensation oder Verzicht auf geleistete Überstundenarbeit?	5
2.	OR 321c; Beweisbarkeit angeblicher Überstundenarbeit?	7
3.	OR 321e; Geltendmachung von Schadenersatz nach erfolgter Schlussabrechnung	8
4.	OR 322d; Bonus in Form einer Gratifikation	9
5.	OR 324a; Krankentaggeld im Lohn inbegriffen?	10
6.	OR 324a/b; Karenzfrist bei Unfall?	12
7.	OR 328; Angaben über Sozialversicherungen	13
8.	OR 328b; Personalakte, Akteneinsicht	13
9.	OR 330a; Zeugnisänderung	15
10.	OR 330a; Austrittsdatum und Schlussworte im Zeugnis	16
11.	OR 333, 336; Kündigungen im Hinblick auf eine Betriebsübertragung	17
12.	OR 333; Konkurs und Betriebsübergang	19
13.	OR 336; Nötigung zur Kündigung?	21
14.	OR 336b; Schlichtungsgesuch als gültige Einsprache?	22
15.	OR 336b; Gültige Einsprache per E-Mail?	24
16.	OR 336c; Sperrfrist auch bei minimaler Arbeitsverhinderung?	25
17.	OR 337; Fristlose Entlassung wegen sexueller Belästigung	27
18.	OR 337, 321e; Fristlose Entlassung wegen Sachbeschädigung?; Schadenersatz	29
19.	ZPO 208; Erneute Klage nach Vergleich vor der Schlichtungsbehörde (res iudicata)?	31
20.	ZPO 227; Wieweit sind Klageänderungen gegenüber der Klagebewilligung zulässig?	33
21.	ZPO 234; Zulässige Umgehung der mündlichen Verhandlung?	36
22.	ZPO 247; Mitwirkungspflichten der Parteien	38
23.	ZPO 328; Sinn und Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs	41

## II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden 43

## III. Der unbezahlte Urlaub 45

## IV. Statistischer Überblick 63

## EDITORIAL

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

Die eidgenössische Zivilprozessordnung ist nun seit zwei Jahren in Kraft. Die Anwendung der neuen Bestimmungen konnte erfolgreich umgesetzt werden. Gleichwohl tauchen ab und zu neue «Stolpersteine» auf. Aus aktuellem Anlass haben wir daher auch einige Entscheide zur ZPO eingefügt.

Während die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten (vor den Friedensrichterämtern) verglichen mit dem Jahr 2010 im Jahr 2011 aus nicht näher erklärbaren Gründen um rund 30 % zurückgingen, haben sie 2012 im Vergleich zu 2011 um rund 22 % zugenommen. Die Erledigungsquote der Friedensrichterämter stieg von 59 % auf 64 % an. Am Arbeitsgericht stieg die Zahl der Klageeingänge um 14 % an (vgl. dazu die Statistik im Anhang) und liegt damit immer noch markant tiefer als 2010. Die reinen Zahlen sind allerdings hinsichtlich der Qualität der dem Arbeitsgericht verbleibenden Prozesse wenig aussagekräftig. Naheliegenderweise werden dem Arbeitsgericht die eher komplexeren Streitigkeiten zur Beurteilung unterbreitet. Aus ebenso naheliegenden Gründen (Kostenvorschuss) ist eine Tendenz feststellbar, den Streitwert knapp unter Fr. 30'000.– zu halten. Insgesamt ist mit der neuen Zivilprozessordnung auch die Prozessleitung deutlich aufwändiger geworden. Im ordentlichen Verfahren ist ein erster Schriftenwechsel neu obligatorisch, aber auch im vereinfachten Verfahren ist er eher die Regel als die Ausnahme. Deutlich häufiger sind sodann Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und andere prozessuale Fragen (Höhe des Streitwertes, Zulässigkeit von Klageänderungen u.ä.) zu prüfen.

In personeller Hinsicht haben sich im Berichtsjahr einige Veränderungen ergeben und weitere haben sich angekündigt. Wie an dieser Stelle bereits mitgeteilt, hat einer der Präsidenten des Arbeitsgerichts per anfangs 2012 sein Pensum auf 50 % reduziert. Er hat deshalb per Ende 2012 sein Amt als Bereichsvertreter abgegeben, welches neu von Präsident lic. iur. Hans Jucker ausgeübt werden wird. Per Mitte 2013 hat sodann die Präsidentin des Arbeitsgerichts ihren Rücktritt erklärt.

Gerne weisen wir Sie auf den Aufsatz «Der unbezahlte Urlaub» hin, ein Thema, das auch immer wieder zu Diskussionen Anlass gibt.

Im Anhang findet sich schliesslich wie üblich ein statistischer Überblick. Wir weisen Sie zudem auf unsere Internetseite [www.bezirksgericht-zh.ch](http://www.bezirksgericht-zh.ch) Thema Recht/Arbeit hin, wo Sie einen Überblick zu verschiedenen Fragen, die sich im Arbeitsverhältnis häufig stellen, finden. Dort können Sie auch Musterschreiben und Formulare herunterladen. Und – last but not least – wird den Rechtsuchenden auch weiterhin die dem Arbeitsgericht Zürich angegliederte Rechtsauskunftstelle bei den neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im Mai 2013

**lic. iur. Hans Jucker, Präsident der 3. Abteilung/Bereichsvertreter  
Dr. Gerhard Koller, Leitender Gerichtsschreiber Arbeitsgericht**

## **I. AUS DEN ENTSCHEIDEN**

### **1. OR 321c; Kompensation oder Verzicht auf geleistete Überstundenarbeit?**

Der Kläger wurde für ein Projekt in Österreich eingesetzt. Einige Monate nach dessen Abschluss wurde das Arbeitsverhältnis aufgelöst und der Kläger rund vier Monate freigestellt. Vor Gericht machte er geltend, die erst Monate nach seiner Rückkehr geltend gemachte Mehrzeit könne nicht durch eine Vereinbarung wegbedungen werden.

#### **Aus den Erwägungen:**

«In der Erklärung vom 2. September 2011 bestätigte der Kläger einerseits, Ferienansprüche während der Zeit vom 5. September bis 31. Dezember 2011 zu beziehen, und andererseits, dass Überzeit- und Überstunden „somit“ abgegolten seien. Wie sich aus den obenstehenden Erwägungen ergibt, stehen dieser Erklärung keine Willensmängel entgegen.

Der Kläger macht geltend, er habe mit der Erklärung, dass Überzeit- und Überstunden abgegolten seien, auf diese verzichtet. Da ein Verzicht aufgrund der zwingenden Bestimmung von Art. 341 OR unzulässig sei, könne dieser ihm nicht entgegengehalten werden.

Die Erklärung, dass Überzeit- und Überstunden abgegolten seien, basiert unbestrittenermassen auf der Freistellung des Klägers durch die Beklagte ab 5. September 2011, d.h. während (fast) vier Monaten. Das ergibt sich auch aus dem vom Kläger unterzeichneten Austrittsformular mit letztem Arbeitstag am 5. September 2011 und dem Mail des Klägers vom 6. September 2011. Vorliegend ist daher zu prüfen, ob der Kläger mit Hinblick auf diese Freistellung Überstunden und allfällige Überzeit als abgegolten erklären durfte oder ob dem arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen (namentlich Art. 341 Abs. 1 OR) entgegenstehen.

Vereinbarungen, mit welchen der Arbeitnehmer auf Rechte verzichtet, welche auf zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts basieren, sind gemäss Art. 341 OR nichtig, wenn der Arbeitnehmer diese während des Arbeitsverhältnisses oder bis ein Monat nach dessen Beendigung unterzeichnet hat. Etwas anderes gilt für echte Vergleiche, an welche allerdings hohe Anforderungen zu stellen sind: Es geht dabei um eindeutige Fälle beidseitigen Entgegenkommens oder einer reichlichen Kompensation des Verzichtes durch zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers (BGE 4A\_103/2010 E. 2.2; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 341 OR). Die gemachten Konzessionen sind im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen (BGE 4A\_103/2010 E. 2.3.3).

Da es sich bei der Überstundenkompensation um eine absolut zwingende Bestimmung des Arbeitsrechts handelt (vgl. Art. 321c i.V.m. Art. 361 OR; analog Art. 13 ArG), wäre ein Verzicht auf diese ungültig. Allerdings ist eine Auszahlung der Mehrzeit nicht zwingend. Mit Zustimmung des Arbeitnehmers können sowohl

Überstunden als auch Überzeitstunden durch Freizeit gleicher Dauer kompensiert werden.

Vorliegend hatte der Kläger nach dem 5. September 2011 nicht mehr zu arbeiten, sondern konnte die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Dezember 2011 als freie Zeit beziehen. Wenn er am 2. September 2011 bestätigte, „dass Überstunden und allfällige Überzeit somit abgegolten sind“, handelt es sich dabei nicht um einen Verzicht auf jegliche Kompensation von Mehrzeit, sondern um die Zustimmung des Klägers, seine Zeitguthaben während der Kündigungsfrist durch Freizeit zu kompensieren. Dem Grundsatz nach verletzt die Erklärung des Klägers demnach weder Art. 341 OR noch Art. 13 ArG.

Zu prüfen bleibt, ob der Kläger in quantitativer Hinsicht seine gesamte Mehrzeit als abgegolten erklären konnte. Da während der Freistellungszeit vom 5. September bis 31. Dezember 2011 keine Ferien mehr zu beziehen waren, war der Kläger bei einem 42-Stunden-Wochenpensum für ca. 700 Stunden freigestellt (unter Berücksichtigung der Feiertage). Hätte die Beklagte, anstelle den Kläger freizustellen, seine Arbeitskraft in Anspruch genommen, hätte der Kläger grundsätzlich auch nur einen halben Tag pro Woche für die Stellensuche beanspruchen können (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 329 OR). Unabhängig von der Frage, ob die geltend gemachten 798 Mehrstunden tatsächlich ausgewiesen sind, steht demnach fest, dass eine Kompensation des grössten Teils der behaupteten Überzeit- und Überstunden möglich gewesen wäre. Eine solche Kompensation sieht im Übrigen das zwischen den Parteien anwendbare Arbeitszeit-Reglement, der GAV des kaufmännischen Personals oder das Gesetz ausdrücklich vor (Art. 321c Abs. 2 OR; Art. 13 Abs. 2 ArG). Nicht von Belang ist hingegen, wenn nun der Kläger behauptet, die intensive Stellensuche hätte die Kompensation von Überzeit- und Überstunden gänzlich verunmöglichlicht, da – wie gesehen – der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für die Beurteilung der Konzessionen massgebend ist. Überdies brauchen Mehrstunden – anders als Ferien – nicht zusammenhängend bezogen zu werden.

Weiter war und ist die Beweislage für den Kläger für den Umfang der geleisteten Mehrzeit nicht eben günstig. Eigene Aufzeichnungen des Arbeitnehmers genügen in den meisten Fällen nicht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 321c OR). Nach eigenen Angaben hat der Kläger aufgrund seiner Outlook-Einträge im Nachhinein Wochenrapporte erstellt. Gestützt darauf erarbeitete er das Dokument „XXX-Überstundenaufstellung“. Im Outlook-Kalender hat der Kläger allerdings nur für bestimmte Termine und Arbeiten Zeitblöcke eingetragen. Erst aus den Wochenrapporten ergibt sich, dass der Kläger auch dazwischen (weisse Felder) – abgesehen von der Mittagspause – durchgehend gearbeitet haben will, offenbar aber nicht immer. So finden sich im Outlook-Kalender unter dem 8. Januar 2010 beispielsweise gerade einmal 2 Einträge über insgesamt 2,5 Stunden. Identische Einträge finden sich am 22. Januar 2010. Gemäss den Wochenrapporten (und der Zusammenfassung) führten diese identischen Outlook-Einträge zwar am 22. Januar, nicht aber am 8. Januar 2010 zu Überstunden. Am 3. März 2010 hatte der Kläger gemäss Outlook-Kalender offenbar ab 07.45 Uhr frei. Wie diese Minderzeit vom Kläger erfasst worden ist, ergibt sich aus den der Beklagten unterbreiteten Unterlagen nicht.

Allein daraus erhellt, dass mit der der Beklagten unterbreiteten Zusammenstellung der Umfang der vom Kläger geleisteten Mehrzeit nicht zuverlässig nachgewiesen war.

Sodann ist der Beklagten beizupflichten, dass die Frage, ob der Kläger nicht gegen die arbeitsvertragliche Treuepflicht verstösst, wenn er während 1,5 Jahren angebliche Überzeit- und Überstunden nicht meldet, durchaus berechtigt ist. Diese Frage stellt sich umso mehr, weil die Beklagte aufgrund des externen Einsatzes des Klägers in Österreich über einen grossen Teil der geltend gemachten Überstunden keine Kenntnis haben konnte. Den Beweis, dass mit der Beklagten vereinbart war, Überzeit- und Überstunden erst nach Beendigung des Projekts zu melden, hätte der Kläger erst noch zu erbringen. Unbeantwortet bliebe dann immer noch die Frage, warum der Kläger die Beklagte erst im August 2011 mit der „Überstunden-Aufstellung“ konfrontierte, nachdem das Projekt bereits im März 2011 beendet war.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn sich die Parteien – ohne den genauen Umfang der vom Kläger geleisteten Mehrstunden im Detail abzuklären – darauf verständigten, dass mit der Freistellung allfällige vom Kläger geleistete Mehrzeit abgegolten sein soll. In Anbetracht der für den Kläger damals wie heute unsicheren Beweislage ist das Entgegenkommen der Beklagten, dem Kläger knapp vier Monate Freizeit zu gewähren, gleich gross zu gewichten, wie die Bereitschaft des Klägers, damit die angefallene Überzeit- und Überstunden als abgegolten zu betrachten, ohne diese genauer nachweisen zu müssen.

Die Bestätigung des Klägers, dass Überzeit- und Überstunden mit der Freistellungszeit von fast vier Monaten abgegolten seien, ist demnach verbindlich und die diesbezügliche Forderung ist abzuweisen.»

*(AN120017 vom 29. November 2012; siehe auch Entscheid Nr. 13)*

## **2. OR 321c; Beweisbarkeit angeblicher Überstundenarbeit?**

Die Klägerin machte geltend, sie habe in den Monaten Dezember 2010 bis Februar 2011 ab der zweiten Dezemberwoche wöchentlich 16,5 Überstunden geleistet. Die Beklagte bestritt das und hielt entgegen, die Klägerin habe 47 Minusstunden gehabt, welche ihr freiwillig bezahlt worden seien. In der Folge wurde ein ausführliches Beweisverfahren durchgeführt.

### **Aus dem Entscheid:**

«Auch aus der vom klägerischen Rechtsvertreter mit Blick auf den Zeitraum 1. Dezember 2010 bis 17. Januar 2011 angesprochenen Auffälligkeit, dass immer exakt neun Arbeitsstunden verbucht wurden, obwohl die Schliessungszeit der Bar offenbar variierte, lässt sich – selbst wenn man die Zeiterfassung als nicht korrekt unterstellen würde – nicht ohne Weiteres die Leistung von Überstunden ableiten, arbeitete die Klägerin doch gemäss den unterschiedlichen Tagesarbeitszeiten der Folgewochen regelmässig auch weniger als neun Stunden pro Tag.

Nicht unberücksichtigt bleiben darf schliesslich aber auch der Umstand, dass die Klägerin jeweils nicht bloss die Lohnabrechnungen, sondern auch die von der Beklagten geführten monatlichen Zeiterfassungstabellen gemäss L-GAV unterzeichnete. Auch wenn diese immerhin hinsichtlich der einzelnen Arbeitstage bzw. Ruhe-/Freitage mit der Arbeitszeitübersicht der Beklagten übereinstimmen, weichen sie betreffend die täglichen Arbeitszeiten (Dauer) zwar in weiten Teilen von der Arbeitszeitübersicht ab. Ein positiver Überstundensaldo zugunsten der Klägerin resultiert jedoch auch aus dieser Berechnungsgrundlage nicht.

Nachdem es der Klägerin bereits mit den von ihr bezeichneten Beweismitteln nicht gelungen ist, den Nachweis der Leistung von Überstunden zu erbringen, lässt sich dies auch nicht aus den von der Beklagten eingereichten Unterlagen folgern. Art. 42 Abs. 2 OR ist indes grundsätzlich nur anwendbar, soweit dem Gericht keine Zweifel am Bestehen abgeltungspflichtiger Mehrstunden bleiben, da dafür vorausgesetzt ist, dass aufgrund der vorgebrachten Umstände die Leistung solcher Überstunden nicht bloss im Bereich des möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint (Urteil des BGer 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.2). Zwar kann die Beweislasteichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur für das Ausmass der Überzeit, sondern auch für die Leistung als solche anwendbar sein. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich aufgrund der konkreten Umstände ein genauer Beweis als unmöglich oder unzumutbar erweist. Diese Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn der Beweis im konkreten Fall misslingt. Die fehlende Beweisbarkeit muss aus objektiven Gründen gegeben sein (Urteil des BGer 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2).

Dies ist vorliegend nicht der Fall, sind doch die von der Klägerin behaupteten Überstunden nicht per se nicht beweisbar. Vielmehr begnügte sich die Klägerin mit einer an einem einzigen Tag und mehrere Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus dem Gedächtnis erstellten Auflistung der geltend gemachten Überstunden über einen Zeitraum von beinahe drei Monaten, deren Beweiswert sich als unzureichend herausstellte. Auch die Aussagen der angerufenen Zeugen vermochten die klägerische Sachdarstellung nicht zu erhärten. Die von der Beklagten stammenden Unterlagen schliesslich weichen zwar bisweilen so stark voneinander ab, dass ihr Beweiswert ebenso in Frage steht. Dies allein zwingt aber keineswegs zum Schluss, dass die Klägerin Überstunden geleistet hat.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die geltend gemachten 198 Überstunden nicht ausgewiesen sind, weshalb die Klage in diesem Umfang abzuweisen ist.»

*(AH110130 vom 19. März 2012)*

### **3. OR 321e; Geltendmachung von Schadenersatz nach erfolgter Schlussabrechnung**

Im Verfahren ergab sich, dass nicht der Kläger gekündigt hatte, sondern dass er von der Beklagten fristlos entlassen worden war. Im Verfahren machte die Beklagte Verrechnung mit Gegenforderungen geltend.

**Aus den Erwägungen:**

«Die Beklagte macht Verrechnung mit angeblichen Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis in der Höhe von ca. Fr. 4'897.– geltend.

Da feststeht, dass die Beklagte dem Kläger fristlos gekündigt hat, besteht kein Anspruch der Beklagten auf Fr. 808.– aus Art. 337d Abs. 1 OR.

Bei der Haftung des Arbeitnehmers für den vom ihm verursachten Schaden im Sinne des Art. 321e OR wird im Fall, dass nach dem Feststehen eines Schadenfalls der Lohn monatelang vorbehaltlos vollumfänglich bezahlt wird, nach Treu und Glauben angenommen, auf die Ersatzforderung werde verzichtet. Die geltend gemachten Fr. 3'950.– betreffen zwar keinen Schadenfall, sondern werden unter dem Titel „vertragsgemässe Sanktion“ im Sinne von Art. 321d OR gefordert. Trotzdem muss auch hier nach Treu und Glauben von einem Verzicht der Forderung ausgegangen werden: Die Beklagte hat diese Forderung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nie geltend gemacht, auch nicht am 7. November 2011, als der Kläger und die Beklagte für eine Schlussabrechnung zusammenkamen und dem Kläger darauf ein Restguthaben ausbezahlt wurde. Angesichts dieser Überlegungen sind die Fr. 3'950.–, infolge Verzichts, nicht geschuldet.»

*(AH120024 vom 14. September 2012)*

**4. OR 322d; Bonus in Form einer Gratifikation**

Der Kläger betrachtete seine Entlassung als missbräuchlich, weshalb ihm auch für dieses Jahr ein Bonus zustehe.

**Aus den Erwägungen:**

«Das Arbeitsvertragsrecht des OR enthält keine Regelungen, die sich ausdrücklich auf den Bonus beziehen. Daher kommt es entscheidend auf die Willenserklärungen der Parteien an, welche rechtliche Bedeutung dem unter der Bezeichnung Bonus stehenden Geschäft im Einzelfall beizumessen ist. So kann sich der Bonus unter Umständen als Anteil am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR oder als sonstiger Lohnbestandteil erweisen. In der Regel wird er jedoch am ehesten einer Gratifikation gemäss Art. 322d OR entsprechen. Eine solche ist eine Sondervergütung aus bestimmtem Anlass, die eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers darstellt. Somit handelt es sich bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR um eine ausserordentliche Zulage, die in einem gewissen Masse immer vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Das hat zur Folge, dass ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag wie der 13. Monatslohn nicht als Gratifikation, sondern als Lohnbestandteil qualifiziert wird, der nicht der Bestimmung von Art. 322d OR untersteht und somit auch dann pro rata temporis auszurichten ist, wenn es an einer entsprechenden Vereinbarung fehlt.

Der Bonus im Bankbereich ist in Bezug auf Ausrichtung und Höhe grundsätzlich als freiwillige und variable Leistung der Bank konzipiert. Indessen kann nach der

Rechtsprechung eine ursprünglich freiwillige Gratifikation zu einer geschuldeten Leistung werden, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist, es sei denn der Bonus werde regelmässig unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit ausbezahlt. Ferner sind Boni, die den ordentlichen Lohn übersteigen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anders zu behandeln, was im vorliegenden Fall aber keine Rolle spielt, weshalb darauf nicht näher eingegangen wird.

Die erste vertragliche Grundlage für den zwischen den Parteien vereinbarten Bonus findet sich im Arbeitsvertrag, wo festgehalten ist, die Beklagte könne einem Direktionsmitglied aus Anlass des Abschlusses des Geschäftsjahres einen Bonus ausrichten. Weiter ist dem Vertragswerk zu entnehmen: „Der Bonus stellt eine freiwillige, variable Sondervergütung im Sinne von Art. 322d OR dar; ein Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus besteht nicht. Die Festlegung und Auszahlung des Bonus erfolgt jeweils im Frühjahr nach Vorliegen der massgebenden Bemessungsgrundlagen.“ Schliesslich wird betont: „Auch wenn über mehrere aufeinanderfolgende Jahre ein Bonus entrichtet worden ist, kann dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen oder eine bestimmte betragsliche Höhe des Bonus abgeleitet werden.“

Es besteht somit kein Zweifel, dass es sich bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Bonus um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt, die definitionsgemäss kein Lohnbestandteil ist und deren Ausrichtung im Ermessen der Beklagten liegt.

Es kommt dazu, dass gemäss Art. 322d Abs. 2 OR ein verhältnismässiger Teil der Gratifikation nur dann geschuldet ist, wenn es die Vertragsparteien so verabredet haben. Das taten die Prozessparteien nicht. Im Gegenteil. Der Arbeitsvertrag hält ausdrücklich fest, der Bonus werde nur ausgerichtet, wenn sich das Direktionsmitglied im Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befindet. Auch das „Arbeitsvertragsreglement Direktion“, auf das im Arbeitsvertrag verwiesen wird, enthält keine gegenteilig lautende Bestimmung. Es wird nochmals in ausführlicher Art und Weise betont, der Bonus sei in jeder Beziehung eine freiwillige Leistung, die zudem weder in gekündigtem Arbeitsverhältnis noch pro rata ausbezahlt werde.

Obwohl dem Kläger in den Jahren 2005 bis 2010 sechsmal ein Bonus ausbezahlt worden ist, hat er damit keinen Anspruch auf eine Bonuszahlung und die Klage ist in ihrem Rechtsbegehren 2 abzuweisen.»

*(AN110024 vom 20. März 2012; vom Obergericht bestätigt am 1. November 2012; LA120015; siehe auch Entscheide Nr. 8 und 14)*

## **5. OR 324a; Krankentaggeld im Lohn inbegriffen?**

Der Arbeitsvertrag enthielt folgende Regelung: „Ebenfalls [in der Entschädigung von Fr. 24.– pro Stunde] enthalten ist ein Beitrag an die persönliche Krankenversicherung des Mitarbeiters in der Höhe von 3% des AHV-Lohnes. Durch diesen Beitrag gilt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR als erfüllt.“

**Aus den Erwägungen:**

«Eine mindestens gleichwertige Regelung im Sinne von Art. 324a OR kann darin bestehen, dass der Arbeitnehmer regelmässig einen bestimmten Lohnzuschlag ausbezahlt erhält, um im Krankheitsfall auf eine Lohnfortzahlung zu verzichten. Eine solche Lösung ist aber keineswegs unproblematisch, weshalb im Hinblick auf die dem Arbeitgeber obliegende Mitverantwortung für die soziale Sicherheit des Arbeitnehmers gewisse Voraussetzungen eingehalten werden müssen. Der Lohnzuschlag muss erstens genügend hoch sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kosten bei Abschluss einer Einzelversicherung höher sind als bei einer Kollektivversicherung. Zweitens hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ausdrücklich darüber aufzuklären, dass dieser im Krankheitsfall überhaupt keine Ansprüche hat, wenn er keine Krankentaggeldversicherung abschliesst. Um dieser Verantwortung genügend nachzukommen, muss der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet werden, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Zudem hat sich der Arbeitgeber zu vergewissern, dass sich der Arbeitnehmer tatsächlich versichert hat (Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2003 Nr. 10; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 24 und 27 zu Art. 324a/b OR), denn Art. 324a OR bezweckt, dass der Arbeitnehmer und dessen Familie während der Arbeitsverhinderung tatsächlich über ein angemessenes Einkommen verfügen können. Gleichwertig heisst im Lichte von Art. 324a OR nicht einfach eine finanzielle Gleichstellung per Saldo, sondern gleichwertigen Sozialschutz (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 14 zu Art. 324a/b OR).

Gemäss Arbeitsvertrag ist im Stundenlohn „ein Beitrag an die persönliche Krankenversicherung des Mitarbeiters“ enthalten. Daraus geht nicht hinreichend hervor, dass die Klägerin eine solche Versicherung zunächst abzuschliessen hat, um überhaupt in den Genuss von Versicherungsleistungen zu kommen; eine eigentliche Verpflichtung zum Abschluss einer derartigen Versicherung lässt sich dem unbestimmten Wortlaut der Vertragsklausel nicht entnehmen. Die Beklagte hätte die Klägerin demnach anderweitig ausdrücklich auf die Notwendigkeit entsprechender Vorkehrungen aufmerksam machen und den Abschluss einer entsprechenden Police in angemessener Weise überprüfen müssen. Die Beklagte sah sich jedoch ausserstande, diesbezügliche Auskünfte zu erteilen. Aus den Lohnabrechnungen vom Juni, Juli, August, November und Dezember 2009 geht jedenfalls nicht hervor, dass im Stundenlohn – neben dem Ferienanteil von 8,33 % – auch ein Betrag von 3 % des AHV-Lohnes für die persönliche Krankentaggeldversicherung vorgesehen war. Im Sinne grösstmöglicher Transparenz bei ausserordentlichen Abweichungen von gesetzlich vorgesehenen Schutznormen hätte die Beklagte den Beitrag an die Krankentaggeldversicherung wenigstens in den Lohnabrechnungen regelmässig ausweisen müssen. Dabei lässt sich durchaus die strenge bundesgerichtliche Praxis zur Formgültigkeit einer Klausel beziehen, wonach die Ferien im Lohn inbegriffen sein sollen. Diese fordert, dass der Ferienlohnanteil in jeder einzelnen Lohnabrechnung ausgewiesen wird (etwa BGE 118 II 136 E. 3b, 116 II 515 E. 4a). Bezweckt aber ein klar ausgewiesener Ferienlohn den effektiven Ferienbezug und damit den präventiven Gesundheitsschutz, so erscheint ein Arbeitnehmer, bei dem eine gesundheitliche Beeinträchtigung bereits eingetreten ist, umso schützenswer-

ter, und die Anforderungen an eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung sind wenigstens gleich hoch anzusetzen.

Die Beklagte kann sich demnach mit dem blossen Hinweis auf den Vertragspassus von ihrer Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR nicht befreien, und die Frage, ob 3 % des AHV-Lohnes als Beitrag an die persönliche Krankenversicherung einen genügend hohen Lohnzuschlag darstellen, kann somit offen bleiben.»

*(AN100435 vom 19. April 2012)*

## **6. OR 324a/b; Karenzfrist bei Unfall?**

Der Kläger erhielt ein Fixum von Fr. 250'000.– sowie einen Bonus. Das Anstellungsreglement sieht bei Unfall eine Zahlung von 80 % des jährlichen Bruttoeinkommens auf lebenslange Dauer vor, wobei die Lohnfortzahlung erst nach einer Karenzfrist von 60 Tagen geschuldet ist. Zu prüfen war, ob diese Regelung mit Art. 324a OR gleichwertig ist.

### **Aus dem Entscheid:**

«Auf den ersten Blick erweist sich diese Regelung für den Kläger als grosszügig, insbesondere angesichts der auch bei langjähriger Beschäftigung durchwegs weit über der gesetzlichen Regelung von Art. 324a Abs. 2 OR und den dazu entwickelten Skalen liegenden Leistungsdauer (vgl. Portmann, BK, a.a.O. N. 20 zu Art. 324a OR). Klar nachteilig fällt aber die unüblich lange Karenzdauer von 60 Tagen ins Gewicht. Praxisgemäss sind Karenztage, auch wenn sie durch eine längere Leistungsdauer aufgewogen werden, nur in sehr beschränktem Umfang zulässig. Die Gleichwertigkeit wurde von der Rechtsprechung bei Fällen mit 7, 30 oder 60 Karenztagen klar verneint (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 24 zu Art. 324a/b OR). Da die Beurteilung der Gleichwertigkeit nicht auf einen konkreten Unfall- oder Krankheitsfall bezogen werden darf, fällt nicht ins Gewicht, dass das Reglement den Kläger mit Bezug auf die behauptete unfallbedingte Erwerbsunfähigkeit finanziell massiv begünstigt. Zweck des Sozialschutzgedankens von Art. 324a OR ist es, eine Notlage des Arbeitnehmers aufgrund eines längeren Lohnausfalls zu vermeiden (Streiff/von Kaenel, a.a.O. N. 24). Mit diesem Zweck verträgt sich eine Karenzfrist von 60 Tagen beziehungsweise ein Ausfall von zwei Monatslöhnen nicht. Bei der abstrakten Beurteilung der Gleichwertigkeit ist weiter dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die weitaus häufigsten krankheits- oder unfallbedingten Verhinderungen an der Arbeitsleistung weniger als 60 Tage dauern. Für diese Verhinderung besteht im Rahmen der vorliegend gewählten Regelung – jedenfalls gesamthaft – keine Deckung. Die Gleichwertigkeit ist daher zu verneinen.

An dieser Sichtweise ändert nichts, dass der Kläger während der Karenzfrist jedenfalls für den obligatorisch versicherten Lohnanteil Leistungen der Unfallversicherung erhielt. Die Leistung der obligatorischen Unfallversicherung tritt nur dann vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn die für

die beschränkte Zeit im Sinne von Art. 324a OR geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens 80 % des auf diese Zeit entfallenden Lohnes ausmachen (Art. 324b Abs. 1 OR; vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O. N. 31). Dies ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall, da – unstrittig – ein wesentlicher Teil des vereinbarten Lohnes des Klägers klar über dem im Unfallzeitpunkt obligatorisch versicherten Höchstverdienst von Fr. 106'800.– lag, zumal der Kläger ein Fixsalär von Fr. 250'000.– bezog. Dem Kläger wurde ein Taggeld von 80 % des versicherten Höchstverdienstes ausbezahlt. Damit verblieb ihm ein kalkulatorisches Manko 65,8 % im Vergleich zur vollen Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 2 OR. Die Zahlung der obligatorischen Unfallversicherung vermag damit das Ergebnis der Beurteilung der Gleichwertigkeit zwar positiv zu beeinflussen. Da aufgrund der gesetzlichen Regelung von Art. 324a und 324b OR keinerlei Anhaltspunkte für eine Beschränkung der Lohnfortzahlungspflicht auf Saläre unterhalb des gemäss UVG versicherbaren Höchstverdienstes bestehen, kann die Gleichwertigkeit der vertraglichen Regelung trotz der obligatorischen Leistungen nicht angenommen werden. Die Zahl von 60 Karenztagen ist dafür zu hoch.»

*(AN090590 vom 30. August 2012; eine Berufung ist noch hängig)*

## **7. OR 328; Angaben über Sozialversicherungen**

### **Aus dem Entscheid:**

«Unter Ziffer 3 des Rechtsbegehrens beantragt der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten, den Nachweis zu erbringen, dass sie die gesetzlich und vertraglich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge bezahlt habe. Für die Beklagte wäre es indes praktisch unmöglich, den entsprechenden Nachweis zu erbringen, werden doch die Sozialversicherungsbeiträge in der Regel aufgrund der Gesamtlohnsumme kollektiv für sämtliche Arbeitnehmer gemeinsam abgerechnet, ohne dass die Beiträge der einzelnen Arbeitnehmer einzeln ausgeschieden würden. Hingegen ist die Beklagte als Ausfluss ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) gehalten, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, welchen Sozialversicherungsträgern (Ausgleichskasse und Pensionskasse) sie angeschlossen ist, damit er sich bei dieser selbst über die einbezahlten Sozialversicherungsbeiträge informieren kann.»

*(AH110194 vom 14. Februar 2012)*

## **8. OR 328b; Personalakte, Akteneinsicht**

Der CEO wurde entlassen, weil die Mitarbeiter gegen ihn Vorwürfe wegen ungebührlichen Verhaltens erhoben hatten. Das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung wurde verneint.

Der Kläger verlangte Einsicht in seine Personalakte, insbesondere in die Protokolle der Mitarbeiterbefragungen über sein Verhalten. Dabei ging es ihm vor allem

darum, die Namen der betreffenden Personen zu erfahren, damit er sich gegen diese zur Wehr setzen könne. Die Beklagte führte ihrerseits aus, dem Kläger sei bereits Einsicht in die Personalakten gewährt worden. Es sei deshalb missbräuchlich, dieses Begehren im Verfahren nochmals zu stellen. Es fehle an einem schutzwürdigen Interesse. Ferner dürfe die Beklagte diese Befragungsprotokolle aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht zur Verfügung stellen.

### **Aus den Erwägungen:**

«Nach Art. 8 Abs. 2 lit. a DSGVO hat der Arbeitnehmer Einsicht in alle über ihn vom Arbeitgeber gesammelten Daten. Dazu gehören selbstverständlich und in erster Linie die Personalakte oder das Personaldossier. Vor Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes wurden diese Rechte aus Art. 328 OR abgeleitet. Das Einsichtsrecht wird im Datenschutzgesetz aber nicht nur gewährt, sondern durch Art. 9 Abs. 1 DSGVO auch eingeschränkt. Der Arbeitgeber kann die Einsicht verweigern, wenn es „wegen überwiegender Interessen Dritter“ erforderlich ist, aber auch wegen überwiegender Interessen des Arbeitgebers selber. Nicht offen gelegt werden müssen demzufolge Personaldaten Dritter, da diese dadurch in ihrer Persönlichkeit verletzt werden können. Ersucht eine Person um Einsicht in Akten mit Daten, die sowohl diese als auch Dritte betreffen, so sind die Drittdaten nach Möglichkeit abzudecken oder zu anonymisieren, es sei denn, die Persönlichkeit Dritter sei nicht betroffen oder sie seien damit einverstanden.

Es versteht sich von selbst und wird auch vom Kläger nicht in Abrede gestellt, dass die Mitarbeitenden des Klägers gegenüber dem Arbeitgeber ihre Aussagen nur gegen das Versprechen, Vertraulichkeit zu bewahren, abgegeben haben. Immerhin ging es um den CEO des Unternehmens, weshalb die Befragten zu Recht auf dem Schutz ihrer Persönlichkeit beharrten. Die Beklagte wäre somit bloss in der Lage, dem Kläger eine anonymisierte Fassung dieser Protokolle zu unterbreiten. In dieser Form sind sie dem Kläger jedoch bereits zur Einsicht vorgelegt worden, was durch dessen Rechtsvertreter geschehen ist. Dieser bemängelte allerdings, es sei ihm zu wenig Zeit zur Verfügung gestanden und er habe die Akten nicht mit sich nehmen können, um sie mit dem Kläger zu besprechen.

Einsichtnahme bedeutet keine Mitnahme der Daten. Um sie vor unbeabsichtigter Verwendung zu schützen, war die Beklagte berechtigt, die Dateneinsicht auf die tatsächliche Einsicht zu beschränken und die körperliche Mitnahme zu untersagen. Somit wurde das klägerische Begehren bereits erfüllt.

Indessen soll eine Personalakte so geführt werden, dass dem Angestellten ohne Weiteres jederzeit Auskunft erteilt und Einsicht gewährt werden kann. Es gibt nicht nur ein einmaliges Recht zur Einsicht, sondern der Arbeitnehmer kann dies mehrfach ausüben, solange er es nicht missbräuchlich oder gar schikanös tut. Der Arbeitnehmer darf sich von Zeit zu Zeit beispielsweise vergewissern, ob sich der Arbeitgeber gelegentlich um die notwendige Aktualisierung der Daten kümmert (Streff/von Kaenel, a.a.O., N. 15 zu Art. 328b OR).

Was geschieht mit der Personalakte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses? Gleichzeitig mit dem Datenschutzgesetz trat speziell für das Arbeitsverhältnis

Art. 328b OR in Kraft. Dieser Artikel konkretisiert die in Art. 4 DSGVO enthaltenen allgemeinen Grundsätze der Datenbearbeitung, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Der Arbeitgeber kann demnach nur in zwei Fällen und nur in einem bestimmten Umfang Daten über Angestellte bearbeiten. Vor dem Abschluss eines Arbeitsvertrages und während seiner Durchführung dürfen Daten über Bewerbende bearbeitet werden, um abzuklären, ob sie für die betreffende Arbeitsstelle geeignet sind. Während der Anstellung dürfen diejenigen Daten über Angestellte bearbeitet werden, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind (Hubert Fritsch, Leitfaden für die Bearbeitung von Personaldaten im Arbeitsbereich, S. 144).

Ob die Beklagte im vorliegenden Fall diese Daten noch bearbeitet hat, also aufbewahrt, ist nicht bekannt, aber anzunehmen, da weder behauptet wurde noch Anzeichen dafür bestehen, sie hätte sie bereits vernichtet. Das spielt allerdings keine Rolle, denn vice versa besitzt der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch kein Einsichtsrecht mehr in Daten, die der Arbeitgeber gar nicht mehr aufbewahrt, bzw. aufbewahren muss oder soll.

Somit ist die Klage in diesem Rechtsbegehren abzuweisen, da der Kläger kein Einsichtsrecht mehr besitzt und die Beklagte die Einsicht wegen überwiegender Interessen Dritter verweigern kann.»

*(AN110024 vom 20. März 2012; vom Obergericht bestätigt am 1. November 2012; LA120015; siehe auch Entscheide Nr. 4 und 14)*

## **9. OR 330a; Zeugnisänderung**

Der Arbeitnehmer war wegen sexuellen Belästigungen gegenüber einer Lernenden fristlos entlassen worden (siehe dazu unten Nr. 17). Vor Gericht verlangte er, dass in seinem Zeugnis zu ergänzen sei, dass er ein sehr gutes Verhältnis zu allen Mitarbeitern und Vorgesetzten hatte. Diese überdurchschnittliche Bewertung hatte er zu beweisen.

### **Aus den Erwägungen:**

«Das Arbeitszeugnis enthält jedoch gar keine Angaben betreffend das Verhaltens des Klägers gegenüber Mitarbeitenden und Vorgesetzten. Es wird demnach über eine für die entsprechende Stelle unbedingt erforderliche Eigenschaft geschwiegen. Bei dieser in der Arbeitswelt bestehenden Praxis des beredten Schweigens stehen die Grundsätze des Wohlwollens und der Vollständigkeit sowie der Klarheit in einem Spannungsfeld zueinander. Die Praxis des beredten Schweigens verträgt sich nur dann mit den Grundsätzen der Zeugnisvollständigkeit und -klarheit, wenn das Fehlen des Kriteriums so offensichtlich ist, dass die fehlende Aussage auch eine Aussage darstellt (Susanne Janssen, a.a.O., S. 77 ff.).

Das Arbeitszeugnis darf und muss auch ungünstige Tatsachen und Wertungen enthalten, ausser es handelt sich um für den Arbeitnehmer nicht charakteristische Einzelereignisse (BGer. 2A.118/2002, Entscheid vom 17. Juli 2002, E. 2.2.). Eine sexuelle Belästigung, welche eine fristlose Kündigung rechtfertigt, stellt kein solches Einzel-

ereignis dar. Um das Zeugnis des Klägers nach diesen Vorfällen betreffend das Verhältnis zu den Mitarbeitern wohlwollend abzufassen, durfte die Beklagte vollständig auf eine Aussage verzichten.

Das beredte Schweigen bezüglich des Verhaltens gegenüber Vorgesetzten kann hingegen nicht mehr als wohlwollend betrachtet werden. Zwar stellen die Belästigungsvorfälle einen Vertrauensbruch gegenüber den Vorgesetzten dar, betrafen aber nur indirekt ihr Verhältnis zum Kläger. Die Auslassung vermittelt dem Zeugnisleser, dass das Verhältnis gegenüber den Vorgesetzten unterdurchschnittlich, schlecht war. Ein unterdurchschnittliches Verhalten des Klägers gegenüber seinen Vorgesetzten wurde von der Beklagten nicht behauptet. Im Gegenteil bestätigte der Restaurantmanager anlässlich der Hauptverhandlung, der Kläger sei ihm gegenüber anständig und korrekt gewesen. Auch der Küchenchef habe keine Klagen bei ihm deponiert. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf ein durchschnittliches Zeugnis ist diesbezüglich also verletzt.

Mit der Berichtigungsklage muss der Arbeitnehmer den verlangten Text selber formulieren. Die Gerichte verlangen bei der Berichtigungsklage im Rechtsbegehren einen bestimmten Text, der dem Arbeitgeber im Dispositiv vorgeschrieben werden kann. So wird, wenn der Arbeitgeber sich weigert, das Arbeitszeugnis urteilsgemäss auszustellen, verhindert, dass über den Zeugnisinhalt weitere Prozesse geführt werden müssen. Ausserdem kann die Vollstreckung in Bezug auf einen bestimmten Zeugnistext verlangt werden (Janssen, a.a.O., S. 160).

Der Kläger beantragt, dass im Arbeitszeugnis vermerkt werde, er habe ein sehr gutes Arbeitsverhältnis zu allen Mitarbeitern und Vorgesetzten gehabt. Die Beklagte räumte ein, der Kläger habe sich gegenüber Vorgesetzten anständig und korrekt verhalten. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, im Arbeitszeugnis des Klägers die übliche Formulierung, welche ein gutes Verhalten des Klägers gegenüber der Vorgesetzten bescheinigt, aufzunehmen, welche im zweitletzten Abschnitt nach dem Satz *«Er nahm deren Anliegen wahr und setzte diese wenn immer möglich im Betrieb um.»* zu setzen ist und wie folgt lautet:

*„Gegenüber Vorgesetzten war er stets höflich und korrekt.“*

*(AN100887 vom 23. Januar 2012; siehe auch Entscheid Nr. 17)*

### 10. OR 330a; Austrittsdatum und Schlussworte im Zeugnis

#### Aus den Erwägungen:

«Die festgestellte ungerechtfertigte fristlose Entlassung der Klägerin durch die Beklagte darf im Ingress des Zeugnisses nicht dadurch (verdeckt) zum Ausdruck gebracht werden, dass der Tag der fristlosen Entlassung als Enddatum des Anstellungsverhältnisses erscheint. Praxisgemäss ist vielmehr das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist auszuweisen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 5b zu Art. 330a OR).

Im letzten Abschnitt des vorgeschlagenen Zeugnisses verlangt die Klägerin die Schlussworte *„Frau M. verlässt uns auf eigenen Wunsch, was wir sehr bedauern. Wir wünschen ihr für ihre berufliche Zukunft alles Gute.“*

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer gemäss Praxis keinen Anspruch darauf, dass Dankesworte, Zukunftswünsche oder Bedauernsbekundungen über den Austritt ins Zeugnis aufgenommen werden. Er hat auch keinen Anspruch auf eine bestimmte Formulierung und kann dem Arbeitgeber nicht vorschreiben, wie er sich ob des Ausscheidens des Arbeitnehmers zu fühlen hat (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 3h zu Art. 330a OR). Die Beklagten können daher nicht verpflichtet werden, im Zeugnis den Austritt der Klägerin zu bedauern. Die besten Wünsche für die Zukunft finden sich dagegen bereits im von der Beklagten ausgestellten Zeugnis, weshalb sie auch in den bereinigten Text aufzunehmen sind.

Unzutreffend und damit wahrheitswidrig wäre dagegen eine Bescheinigung, dass die Klägerin auf eigenen Wunsch aus dem Betrieb der Beklagten ausgeschieden sei, selbst wenn sich die fristlose Entlassung durch die Beklagte als nicht gerechtfertigt erwies.»

*(AN110052 vom 1. November 2012; auf eine dagegen erhobene Berufung wurde vor deren Prüfung verzichtet.)*

## **11. OR 333, 336; Kündigungen im Hinblick auf eine Betriebsübertragung**

Die Beklagte 2 übernahm per Beginn des Jahres 2011 den Kleinbetrieb der Beklagten 1. Zu diesem Zweck übergab die Beklagte 1 der Beklagten 2 Infrastruktur und Lagerbestände und trat fortan als Hauptmieterin / Gebrauchsüberlasserin auf. Operativ war ab 1. Januar 2011 nur mehr die Beklagte 2.

Im Hinblick auf die Produktionseinstellung hatte die Beklagte 1 sämtlichen fünf Arbeitnehmern per 31. Dezember 2010 gekündigt. Die Beklagte 2 stellte den Arbeitnehmern derweil neue Arbeitsverträge zu den alten Konditionen aber mit einer dreimonatigen Probezeit aus. Der Kläger war damit nicht einverstanden und wünschte andere Konditionen. In der Folge kam es zu keinem neuen Vertrag und die Beklagte 2 liess den Kläger ab Januar 2011 nicht mehr weiterarbeiten. Zu prüfen war, ob eine ungültige und/oder missbräuchliche Kündigung gegeben war.

### **Aus dem Entscheid:**

«Vorliegend lässt die Beklagte 1 ausführen, ihre Vertreter hätten gar keine Kenntnis von der Bestimmung in Art. 333 OR gehabt. Sie hätten das Vorgehen, nämlich die Kündigung zufolge Produktionseinstellung auf den Übergangstermin, für notwendig und korrekt gehalten. Die Beklagte 2 habe sodann mit sämtlichen Mitarbeitern Verträge zu den genau gleichen Bedingungen abgeschlossen wie zuvor, mit Ausnahme der Vereinbarung einer neuerlichen Probezeit. Der in der Probezeit verkürzte Sozialschutz habe sich denn auch nicht zulasten eines Mitarbeiters ausgewirkt, da keine Kündigungen hätten ausgesprochen werden müssen. Zudem hätten in einem Streitfall wegen der neu angesetzten Probezeit die Richter ohnehin korrigierend eingegriffen, indem sie die Probezeit aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 333 OR als unbeachtlich abgetan hätten. Damit habe weder eine Umgehungsabsicht seitens

der Beklagten 1 bestanden, noch hätte den Mitarbeitenden der Verlust sozialer Schutzbestimmungen gedroht.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Gerade die Kündigung mehrerer oder gar aller Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs stellt ein starkes Indiz für eine Gesetzesumgehung dar (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 333). Zudem gaben die Beklagten 1 und 2 selbst noch anlässlich der Hauptverhandlung als Grund für die Kündigung an, dass es für einen Familienbetrieb eben wichtig sei, mit übernommenen Arbeitnehmern eine Probezeit zu vereinbaren. Die Übernahme der Produktion durch eine neue Trägerschaft würde zwangsläufig Unsicherheiten bezüglich des Betriebsklimas und der voraussichtlichen Kompatibilität der Zusammenarbeit mit sich bringen, so die Beklagten weiter. Die Beklagte 1 habe den Beteiligten daher die Möglichkeit eröffnen wollen, die jeweiligen Arbeitsverhältnisse in einem neuen Vertrag zu regeln. Es wurde denn auch nie bestritten, dass die Probezeitthematik anlässlich der Gespräche mit dem Kläger und in der geführten Korrespondenz tatsächlich ein Thema war – selbst wenn auch noch andere Punkte hätten streitig sein sollen.

Eine solche Argumentation lässt nur den Schluss zu, dass die Flexibilität, über welche die Beklagte 2 nach Kündigung der Arbeitsverhältnisse verfügen sollte und welche sie in Form einer Probezeitanordnung offenkundig auch in Anspruch zu nehmen beabsichtigte, Auslöser für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch die Beklagte 1 war. Eben solche Motive müssen im Lichte von Art. 333 OR aber als unzulässig beurteilt werden. Selbst wenn es zuträfe, dass die Vertreter der Beklagten 1 oder 2 Inhalt und Tragweite von Art. 333 OR tatsächlich nicht kannten, würde dies nichts daran ändern, dass der Kündigungsgrund gegen die Rechtsordnung verstieß. Die fehlende Kenntnis juristischer Details auf Seiten des Arbeitgebers könnte in diesem Fall dem (ebenfalls rechtsunkundigen) Arbeitnehmer nicht zum Nachteil gereichen.

Die Kündigung erfolgte somit weder aus individuellen sachlichen Gründen noch war sie betriebsbedingt. Letzteres leuchtet unmittelbar ein, da ja bereits vor der Kündigung im August 2010 feststand, dass die Produktion in vergleichbarem Umfang und mit den bestehenden Arbeitsverhältnissen weitergeführt werden würde, was auch von den Beklagten gar nicht bestritten wird. Damit erfolgte die Kündigung tatsächlich nur im Hinblick auf den Betriebsübergang. Der Einwand der Beklagten, dass es sich um einen Familienbetrieb handle, dass ein neues EDV-System einzuführen war und der Übergang jedes Betriebes allgemein mit Unsicherheiten verbunden sei, rückt die Kündigung nicht in den Bereich einer betrieblichen Notwendigkeit und vermag an der Unzulässigkeit des Vorgehens nichts zu ändern.

### *Wirkung der Kündigung*

Über die Konsequenzen einer gegen Art. 333 OR verstossenden Kündigung hat das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen. Es ist jedoch mit Portmann davon auszugehen, dass eine unter Gesetzesumgehung ausgesprochene Kündigung keine Wirkung entfaltet. Die umgangene Norm beansprucht Geltung und die Kündigung ist als nichtig zu behandeln (Portmann, a.a.O., N. 10 zu Art. 333, Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 333 m.w.H.). Das Arbeitsverhältnis ist daher per 1. Januar 2011

auf die Beklagte 2 übergegangen, sofern der Kläger diesen Übergang nicht ablehnte, was nachfolgend zu prüfen sein wird.

### *Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses*

Die Beklagten führten aus, der Kläger habe in seinem Vertragsentwurf vom 22. November 2010 ein erhöhtes Pensum und anderes Stellenprofil präsentiert und dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er mit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den „alten“ Bedingungen nicht einverstanden sei. Daher habe das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 2010 geendet.

Dieser Interpretation kann nicht gefolgt werden. Zwar ist eine konkludente Ablehnung des Übergangs grundsätzlich möglich und der Kläger hat unbestrittenermassen einen Vertrag neuen Inhalts unterbreitet. Daraus aber zu folgern, dass der Kläger seine Arbeitskraft zu den bisherigen Bedingungen schlichtweg nicht mehr in den Dienst des neuen Arbeitgebers habe stellen wollen, wäre allerdings verfehlt. Um eine solche Ablehnung annehmen zu dürfen, hätte die Beklagte 2 dem Kläger zumindest einmal einen Arbeitsvertrag mit gleichen Konditionen und ohne Ansetzung einer Probezeit unterbreiten müssen, was aber nie geschah. Nachdem die Probezeit bei den Vertragsverhandlungen sehr wohl ein Thema war und die Beklagte 2 dem Kläger dennoch nie eine probezeitlose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbot, kann es dem Kläger also nicht als Ablehnung des Übergangs angerechnet werden, wenn er die beklagtenseits vorgeschlagenen Verträge nicht unterzeichnete.»

Das Gericht kam zum Schluss, dass das Arbeitsverhältnis von der Beklagten 2 noch im Dezember gekündigt wurde und das Arbeitsverhältnis somit noch bis Ende Februar 2011 gedauert habe. Als Strafansetzung wurde ein halber Monatslohn zugesprochen.

*(AH110090 vom 10. Januar 2012)*

## **12. OR 333; Konkurs und Betriebsübergang**

Z. war seit 1. November 2007 für die A. AG tätig. Am 18. Dezember 2008 wurde ihm auf Ende März 2009 gekündigt. Im Juli 2009 machte Z. beim Arbeitsgericht Zürich verschiedene arbeitsrechtliche Ansprüche gegenüber der A. AG geltend. Im September 2009 wurde über die A. AG der Konkurs eröffnet. Der Prozess wurde zunächst sistiert und dann als durch Klageanerkennung erledigt abgeschlossen, nachdem die Gläubigergemeinschaft darauf verzichtet hatte, im Sinne von Art. 260 SchKG in den Prozess einzutreten. Im Februar 2012 leitete der Kläger eine Klage gegen die hier Beklagte B. AG ein.

### **Aus dem Entscheid:**

«Wie erwähnt macht der Kläger geltend, die Beklagte habe die konkursite A. AG faktisch im Sinne von Art. 333 OR, und zwar ausserhalb eines Konkursverfahrens über-

nommen. Sie betreibe in 8001 Zürich das gleiche Geschäft, wie es zuvor die A. AG dort getan habe. Es müsse von einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR ausgegangen werden, so dass die Beklagte für die ungetilgten, aber nurmehr durch Klageanerkennung festgeschriebenen offenen Forderungen des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis zur A. AG solidarisch hafte.

Die Beklagte bestreitet dies vorab deshalb, weil im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 333 OR nur die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse übergangen.

Art. 333 Abs. 1 OR lautet: „Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.“ Bereits aus der Formulierung „mit dem Tage der Betriebsnachfolge“ ergibt sich, dass lediglich Arbeitsverhältnisse auf einen Erwerber übergangen können, welche im Zeitpunkt des Erwerbs auch tatsächlich existieren. Dies ist denn auch die einhellige Meinung von Lehre und Rechtsprechung.

Für Streiff/von Kaenel/Rudolph (a.a.O. N 8 zu Art. 333 OR, S. 842) ist es „selbstverständlich (...), dass das Arbeitsverhältnis im Moment des Betriebsübergangs noch bestehen muss“ (vgl. auch BGE 136 III 556, E. 3.1, BGE 134 III 106, E. 3.1.1; Thomas Geiser/Benedikt Häfliger, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in SJZ 108 (2012) Nr. 14 S. 352; CHK-F. Emmel, OR 333-333a, N. 2; Dean Andreas Kradolfer, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Dissertation der Universität St. Gallen, Zürich 2008, S. 81 ff. mit weiteren Hinweisen).

Die Parteien sind sich einig, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der A. AG und dem Kläger per 31. März 2009 beendet war. Erst mehr als fünf Monate später wurde über die A. AG der Konkurs eröffnet. Der Kläger behauptet nicht, die Beklagte habe bereits vorher einen Betrieb der A. AG übernommen. Vielmehr schliesst der Kläger auf eine Betriebsübernahme unter anderem aus der Tatsache, dass die Beklagte anfangs Oktober 2009, also erst nach der Konkurseröffnung über die A. AG in Zürich 1 eine Zweigniederlassung eröffnet habe. Ein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der A. AG bestand in diesem Zeitpunkt längst nicht mehr. Selbst wenn – was die Beklagte bestreitet – ein Betriebsübergang stattgefunden hätte, könnte also kein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der A. AG auf die Beklagte übergegangen sein. Ist kein Arbeitsverhältnis auf die Beklagte übergegangen, bleibt auch kein Raum für eine solidarische Haftung der Beklagten für Forderungen des Klägers aus dem Arbeitsvertrag gegen die frühere Arbeitgeberin, die A. AG im Sinne von Art. 333 Abs. 3 OR. Eine solidarische Haftung für Forderungen, die vor der Betriebsübernahme fällig geworden sind, kann nicht aus Absatz 3 von Art. 333 OR abgeleitet werden, wie dies der Kläger anzunehmen scheint. Sie ergibt sich aus einem allfälligen Übergang eines Arbeitsverhältnisses gemäss Absatz 1 von Art. 333 OR (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 13 zu Art. 333 OR, S. 853 f.; Kradolfer, a.a.O., S. 222).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass kein Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf die Beklagte übergegangen ist. Damit besteht auch keine Forderung des

Klägers aus Arbeitsvertrag gegenüber der Beklagten. Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft zu werden, ob die Beklagte den Betrieb oder Teile des Betriebs der A. AG übernommen hat.»

*(AH120050 vom 11. Oktober 2012)*

### **13. OR 336; Nötigung zur Kündigung?**

Anlässlich einer Besprechung an einem Freitag wurde dem Kläger mitgeteilt, die Beklagte wolle sich von ihm trennen. Vor die Wahl gestellt, selber zu kündigen oder die Kündigung durch die Beklagte hinzunehmen, entschied sich der Kläger, das durch die Beklagte vorbereitete und vorformulierte Kündigungsschreiben (Absichtserklärung) zu unterschreiben. Am folgenden Montag unterzeichnete der Kläger das Austrittsformular der Beklagten und war ab sofort freigestellt. Im Nachhinein machte er eine missbräuchliche Kündigung geltend, da er quasi zur Unterschrift genötigt worden sei.

#### **Aus dem Entscheid:**

«Für die Beurteilung, ob die klägerische Kündigung aufgrund eines Willensmangels nicht zustande kam, sind sowohl die Ereignisse vom 2. September als auch jene vom 5. September 2011 von Relevanz.

Im vorformulierten Kündigungsschreiben vom 2. September 2011 bestätigte der Kläger, unter Einhaltung der Kündigungsfrist am 5. September 2011 eine Kündigung per 31. Dezember 2011 einzureichen. Genau genommen handelt es sich bei diesem Schreiben bloss um eine Kündigungsabsichtserklärung, nicht aber schon um den eigentlichen Kündigungsakt (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 2 zu Art. 335 OR). Spätestens am 5. September 2011 muss aber von einer konkludenten Kündigung des Klägers ausgegangen werden, nachdem er am 5. September 2011 das Austrittsformular der Beklagten unterzeichnete und dabei das beendete Arbeitsverhältnis nicht in Frage stellte. Der Kläger hat mit diesem Verhalten sein auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gerichteten Willen deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht.

Die behauptete Drohung der Beklagten bezieht sich auf das vorformulierte „Kündigungsschreiben“ und beschränkte sich nach Aussage des Klägers auf den Hinweis, dass eine Kündigung seitens der Beklagten im Arbeitszeugnis zum Ausdruck kommen werde. Die Beklagte, welche eine solche Äusserung bestritt, führte aus, dem Kläger in Hinblick auf das wirtschaftliche Fortkommen die Möglichkeit eingeräumt zu haben, selber zu kündigen. Die explizite Bekanntmachung im Arbeitszeugnis, wer gekündigt hat, ist nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 3g zu Art. 330a OR). Allerdings verbietet das Wahrheitsgebot dem Arbeitgeber, der eine Kündigung ausgesprochen hat, im Zeugnis eine Kündigung durch den Arbeitnehmer zu bestätigen. Im Berufsleben kommen Arbeitgeberkündigungen dementsprechend gleichwohl regelmässig und in zulässiger Form dadurch zum Ausdruck, dass im Zeugnis jeder Hinweis, wer gekündigt hat,

fehlt. Vor diesem Hintergrund ist es als blosser Warnung zu verstehen, wenn die Beklagte den Kläger darauf hingewiesen hat, eine Arbeitgeberkündigung finde im Zeugnis Erwähnung. Als nötiges Verhalten (i.S. von Art. 181 StGB) oder als Furchterregung lässt sich die (angebliche) Aussage der Beklagten nicht interpretieren.

Auch die vom Kläger behaupteten Umstände während des Kündigungsgesprächs, d.h. die überraschende Mitteilung der Trennungsabsicht durch die Beklagte, der Zeitpunkt des Gesprächs (kurz vor Feierabend) und der Zeitdruck, unter dem der Kläger seine Wahl (sofort) treffen musste, stellen keinen Nichtigkeitsgrund für die Kündigungs(-absichts)erklärung des Klägers dar. Die Beklagte hatte das Recht, den Kläger ordentlich zu entlassen, liess dem Kläger jedoch die Option offen, selber zu kündigen. Dem ist nichts entgegenzuhalten (vgl. BGE 107 IV 35 E. 2, S. 38). Das Verhalten der Beklagten begründete keinen Willensmangel des Klägers bezüglich seiner Kündigungs(-absichts)erklärung.

Entscheidend ist jedoch, dass der Kläger am folgenden Montag das Austrittsformular der Beklagten unterzeichnete. Dies tat er, nachdem er sich gemäss seiner eigenen Darstellung über das Wochenende intensiv mit der ganzen Situation auseinandergesetzt und mit seinem Anwalt Rücksprache genommen hatte. Mit diesem Verhalten hat er die am Freitag zuvor angekündigte Kündigung konkludent bestätigt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Kläger geschilderten Umstände ungenügend sind, um seine freie Willensbetätigung anlässlich der Unterzeichnung der Kündigungs(-absichts)erklärung am 2. September 2011 in Frage zu stellen. Am 5. September 2011, nach der Besprechung mit seinem Anwalt, hat der Kläger die Austrittserklärung der Beklagten unterzeichnet, ausweisend das Austrittsdatum/den letzten Arbeitstag mit 5. September 2011. Er hat damit – nach einer Überlegungspause von einem Wochenende – die Erklärung vom 2. September 2011 nochmals bestätigt und spätestens zu diesem Zeitpunkt konkludent gekündigt. Von einer „de facto“ Kündigung der Beklagten kann jedenfalls nicht die Rede sein. Der geltend gemachte Anspruch von vier Monatslöhnen aus missbräuchlicher Kündigung ist abzuweisen.»

*AN120017 vom 29. November 2012; siehe auch Entscheid Nr. 1)*

#### **14. OR 336b; Schlichtungsgesuch als gültige Einsprache?**

Nach seiner Entlassung reichte der Kläger noch während der laufenden Kündigungsfrist ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt ein. Zu prüfen war, ob das als gültige Einsprache zu werten ist.

##### **Aus den Erwägungen:**

«In formeller Hinsicht stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung nach Art. 336b OR erfüllt sind. Art. 336b Abs. 1 OR verlangt eine schriftliche Einsprache während der Kündigungsfrist. Erfolgt die Einsprache nicht frist- und formgerecht, ist der Anspruch auf eine Entschädigung verwirkt. Die Frist ist gewahrt, wenn diese am letzten Tag der Kündigungsfrist bei der

kündigenden Partei eintrifft. An Formulierung und Sprache dürfen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Aus dem Schreiben des Gekündigten muss indessen hervorgehen, dass er sich der Kündigung widersetzt (JAR 1990 S. 243 f.), obwohl der Begriff „Einsprache“ nicht ausdrücklich verwendet zu werden braucht (ZK-Staehelin, N. 4 zu Art. 336b OR).

Eine Einsprache wird vom Kläger weder behauptet noch eine solche vorgelegt. Es ist die Beklagte selber, die erwähnt, der Kläger habe am 23. September 2010 eine Begründung verlangt, ohne dieses Schreiben jedoch zu den Akten zu produzieren. Der Kläger seinerseits erwähnt es nicht einmal.

Nach dem überwiegenden Teil der Lehre ist das blosses Verlangen einer Kündigungsbegründung noch nicht als Einsprache zu qualifizieren (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N.3 zu Art. 336b OR, mit weiteren Verweisen). In diesem Zeitpunkt zu beurteilen, ob das Schreiben des Klägers vom 23. September 2010 als Einsprache anerkannt werden kann, ist nicht möglich, da dessen Inhalt unbekannt ist und auch aus dem Antwortschreiben der Beklagten vom 13. Oktober 2010 nichts auf diesen schliessen lässt. Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob eine Einsprache erfolgt oder unterlassen worden ist.

Geht man davon aus, der Kläger habe bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 2011 keine Einsprache gemacht, stellt sich nämlich die Frage, ob der Umstand, dass der Kläger bereits während der Kündigungsfrist Klage erhoben hat, einer Einsprache gleichzusetzen ist. Die vorliegende Klage wurde am 9. März 2011, also noch klar während des laufenden Arbeitsverhältnisses beim Friedensrichteramt 7+8 der Stadt Zürich rechtshängig gemacht. Der beklagten Partei wurde diese zugestellt und die Sühnverhandlung am 31. März 2011 abgehalten. Aus der Klage bzw. aus den klägerischen Rechtsbegehren ergibt sich somit hinreichend deutlich, dass der Kläger sich der Kündigung zufolge Missbräuchlichkeit widersetzt. Auch das Erfordernis der Schriftform ist im vorliegenden Fall erfüllt, so dass die formellen und inhaltlichen Voraussetzungen einer Einsprache im Sinne von Art. 336b OR als erfüllt zu gelten haben.

Freilich wurde mit diesem Vorgehen das eigentliche Einspracheverfahren übersprungen. Dieses hat primär den Sinn, dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, ihre Differenzen zu bereinigen und das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 336b OR). Allerdings führt das Missachten der Verpflichtung, über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln, entgegen dem missverständlichen gesetzlichen Wortlaut nicht zum Verlust des Anspruchs auf eine Entschädigung nach Art. 336a OR (BK-Rehbinder, a.a.O., N. 2 zu Art. 336b OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; Brühwiler, a.a.O., N. 1 und 2 zu Art. 336b OR). Eine Verhandlung über eine allfällige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist nicht Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs.

Es kommt noch dazu, dass das Verfahren vor dem Friedensrichter ein Sühnverfahren ist und deshalb auch dort die Möglichkeit bestanden hätte, über eine allfällige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln. Damit wäre auch der Absicht des Gesetzgebers, den Parteien eine Möglichkeit zur Einigung zu eröffnen, Ge-

nüge getan. Aus all diesen Gründen ist eine Klage während der Kündigungsfrist als Einsprache zu behandeln. Dies entspricht der bisherigen Praxis des Arbeitsgerichts Zürich (AN980865 vom 26. Januar 1999). Damit ist auch die Frist von 180 Tagen eingehalten und die Klage zuzulassen.»

*(AN110024 vom 20. März 2012; vom Obergericht bestätigt am 1. November 2012; LA120015; siehe auch Entscheide Nr. 4 und 8)*

## **15. OR 336b; Gültige Einsprache per E-Mail?**

Zu prüfen war, ob eine Einsprache per E-Mail gültig ist und bis wann die Einsprache während der Probezeit beim Arbeitgeber eintreffen muss.

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Klägerin selber hat ausgeführt, ihr sei am 22. Juni 2011 per Mail gekündigt worden. Sie habe dann versucht, per E-Mail ihre Arbeit zurück zu bekommen. Die schriftliche Kündigung habe sie noch im Juni erhalten. Am 30. Juni 2011 habe sie, die Klägerin, eine E-Mail geschrieben und Bezug genommen auf die Kündigung. Sie habe darin erklärt, dass sie die Kündigung nicht fair finden würde.

Vorab ist festzuhalten, dass die Einsprache gegen die Kündigung schriftlich erfolgen muss. Ein gewöhnliches E-Mail genügt den Anforderungen an die Schriftlichkeit nicht (Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 16, auch abgedruckt in JAR 2011 S. 630).

Das bedeutet, dass die E-Mails der Klägerin, dasjenige vom 30. Juni 2011 und allenfalls ein früheres, mit dem sie versucht hat, ihre Arbeit zurück zu bekommen, zum vornherein keine gültige Einsprache darstellen können. Schriftlich hat die Klägerin die Kündigung gemäss übereinstimmender Darstellung beider Parteien erst mit Schreiben vom 14. Juli 2011 angefochten.

Die Parteien haben im Rahmenarbeitsvertrag, den auch die Klägerin im April unterschrieben hat, vereinbart, dass beim ersten Einsatz für die Beklagte die ersten drei Monate effektiver Arbeitszeit als Probezeit gelten. Die Einsatzverträge seien auf eine Maximaldauer von drei Monaten befristet mit vorzeitigen Kündigungsfristen nach Punkt 3 des Rahmenarbeitsvertrages. Sie haben sodann abgemacht, dass beim unbefristeten Arbeitsverhältnis bis drei Monate ununterbrochener Anstellung die Kündigungsfrist zwei Arbeitstage betrage (entsprechend der Regelung in Art. 19 des Arbeitsvermittlungsgesetzes). Schliesslich haben die Parteien zwei Einsatzverträge geschlossen, einen für die Pflege von X., datiert vom 12. April 2011, bei der Klägerin nach eigenen Angaben eingegangen am 7. Mai 2011 und einen für die Pflege von Z., datiert vom 4. Mai 2011, bei der Klägerin nach eigenen Angaben eingegangen am 11. Mai 2011.

Die Kündigung vom 22. Juni 2011 (per Mail) bzw. vom 24. Juni 2011 (schriftlich) erfolgte somit innert der ersten drei Monate. Die Kündigungsfrist betrug zwei Arbeitstage. Die Klägerin selber hat eingeräumt, sogar die schriftliche Kündigung

noch im Monat Juni bekommen zu haben. Ihre schriftliche Einsprache gegen die Kündigung vom 14. Juli 2011 ist somit nach Ablauf der Kündigungsfrist von zwei Arbeitstagen und damit klar verspätet erfolgt. Damit ist der Anspruch der Klägerin auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verwirkt.

Die Klägerin hat in ihrem Schreiben vom 10. Januar 2011 sinngemäss geltend gemacht, es gälten die gesetzlichen Kündigungsfristen gemäss Obligationenrecht. Erstens trifft dies nicht zu, weil die gesetzliche Regelung gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz und nicht gemäss OR anwendbar ist und weil die vertragliche Regelung der Parteien dem Arbeitsvermittlungsgesetz ohne Weiteres entspricht. Zweitens wäre die schriftliche Einsprache der Klägerin auch dann nach Ablauf der Kündigungsfrist und damit verspätet erfolgt, wenn die Kündigungsfrist von sieben Tagen gemäss Art. 335b Abs. 1 OR anwendbar wäre.

Falsch ist im Übrigen die Ansicht der Klägerin, die Frist für die Anfechtung der Kündigung wegen missbräuchlicher Kündigung betrage 30 Tage.

Die Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung während der Probezeit ist auch bei verkürzter Kündigungsfrist längstens bis zu deren Ende zu erheben, soweit dies möglich und zumutbar ist (BGE 136 III 96 ff.). Die Tatsache, dass die Klägerin nach eigenen Angaben noch im Juni, also umgehend nach Erhalt der schriftlichen Kündigung, per E-Mail reagiert hat, macht deutlich, dass es ihr ohne weiteres auch möglich gewesen wäre, innert der Kündigungsfrist von zwei Tagen schriftlich Einsprache zu erheben. Jedenfalls ist kein Grund dafür ersichtlich, dass sie nach Erhalt der E-Mail Kündigung vom 22. Juni 2011 mehr als drei Wochen mit der schriftlichen Einsprache zuwartete.

Ist der Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verwirkt, ist die Klage diesbezüglich abzuweisen.»

*(AH110180 vom 1. Februar 2012. Auf eine – verspätete – Beschwerde ist das Obergericht mit Beschluss vom 5. April 2012 nicht eingetreten; RA120005; siehe auch Entscheid Nr. 23)*

## **16. OR 336c; Sperrfrist auch bei minimaler Arbeitsverhinderung?**

Die Klägerin war seit 1985 in einem Spital tätig, zuerst als Pflegeassistentin, dann als Telefonistin/Réceptionistin. Seit Mitte März 2011 war sie infolge Krankheit vollständig und ab 16. April 2011 für Wochenenden im Einzeleinsatz arbeitsunfähig geschrieben. Mit Schreiben vom 27. Juni 2011 wurde ihr per Ende September 2011 gekündigt. Die Klägerin geht von der Nichtigkeit dieser Kündigung aus, was sie der Beklagten auch mitteilte.

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Sperrfrist bei Krankheit und Unfall wird damit begründet, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bei vernünftiger Betrachtungsweise seine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit als unwahr-

scheinlich erscheinen lasse. Wenn eine gesundheitliche Störung diesen Effekt klarerweise nicht hat, soll auch die Sperrfrist nicht spielen. Entscheidend ist, ob die vertraglich geschuldete Arbeit nicht geleistet werden kann (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 8 zu Art. 336c OR; Geiser in AJP 1996 S. 553 f.).

Auf Arztzeugnisse wird in der Regel im Sinne eines Anscheinsbeweises abgestellt, solange nicht von einer Partei begründete Zweifel an deren Richtigkeit geweckt wurden (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 12 zu Art. 324a/b OR).

Zum Zeitpunkt der Kündigung stand die Klägerin bei der Beklagten im sechsundzwanzigsten Dienstjahr, womit der Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 180 Tage betrug. Die von der Klägerin beigelegten Arztzeugnisse attestieren, dass die Klägerin seit Mitte März 2011 krankheitsbedingt vollständig arbeitsunfähig, respektive seit dem 16. April 2011 nur eingeschränkt arbeitsfähig war. Unbestritten ist, dass die Klägerin zum Kündigungszeitpunkt aus gesundheitlichen Gründen an Wochenenden nicht im Einzeleinsatz arbeiten konnte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es für die Frage der Anwendbarkeit von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht (nur) darauf an, ob die Klägerin zum Kündigungszeitpunkt bei der Beklagten zu 100 % eingesetzt wurde. Von Bedeutung ist vielmehr, ob die Klägerin das vorgesehene Pflichtenheft aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation uneingeschränkt erfüllen konnte und ob es ihr deshalb zum fraglichen Zeitpunkt vernünftigerweise zugemutet werden konnte, sich auf Stellensuche zu begeben. Gemäss einem Memo vom 27. Juni 2011 („Frau [die Klägerin] kann keine Wochenenddienste im Einzeleinsatz leisten“) sowie den Ausführungen von Frau Y., Personalverantwortliche bei der Beklagten, an der Hauptverhandlung wären aber Einzeleinsätze der Klägerin am Wochenende für die Stelle der Réceptionistin, die die Klägerin bei der Beklagten zum Kündigungszeitpunkt innehatte, durchaus vorgesehen gewesen. Die Klägerin wurde davon nur wegen ihrer gesundheitlichen Situation dispensiert. Dass die Klägerin aufgrund des Arztzeugnisses bei der Beklagten abgesehen von „Einzeleinsätzen am Wochenende“ ein Vollpensum leistete, vermag deshalb im vorliegenden Fall nichts daran zu ändern, dass die vertraglich grundsätzlich geschuldete Leistung von der Klägerin nicht vollständig erbracht werden konnte.

Die Hinweise der Klägerin bzw. ihres Vertreters anlässlich der Hauptverhandlung, wonach die Klägerin deshalb nur an Wochenenden für Einzeleinsätze krankgeschrieben gewesen sei, weil bei der Beklagten unter der Woche an der Réception keine Alleindienste zu absolvieren gewesen seien, und dass es der behandelnden Ärztin darum gegangen sei, dass die Klägerin nicht auf sich allein gestellt sei, sind plausibel und blieben unbestritten. Frau Y. bestätigte auch, dass die Réception der Beklagten zwar unter der Woche, nicht aber am Wochenende jeweils doppelt besetzt werde. Aufgrund der sechsundzwanzigjährigen Tätigkeit der Klägerin in einer Klinik hätten für sie reelle Aussichten auf eine neue Stelle an einer Réception nur in einem ähnlichen Umfeld, beispielsweise in einem Alters- oder Pflegeheim oder in einem (kleineren) Spitalbetrieb, bestanden (so auch die Beklagte). Da aber gerade in einem kleineren Unternehmen an der Réception Alleindienste an Wochenenden und teilweise auch unter der Woche noch viel eher als im Grossbetrieb der Beklagten zu erwarten sind, wären zum Kündigungszeitpunkt die Chancen der Klägerin auf eine

Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Mass ihres Unvermögens, Alleindienste zu absolvieren, unwahrscheinlich gewesen.

Angesichts dieser Erwägungen ist der Schluss zu ziehen, dass die Kündigung vom 22. Juni 2011 aufgrund der bei der Klägerin zum Kündigungszeitpunkt vorgelegenen bloss eingeschränkten Arbeitsfähigkeit nichtig war (Art. 336c Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 336c Abs. 2 OR). Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wurde erst mit der Kündigung vom 30. September 2011 per 31. Dezember 2011 rechtsgültig beendet. Die Klägerin hat ihren rechtlichen Standpunkt der Beklagten zudem bereits mit Schreiben vom 24. August 2011 und 30. September 2011 dargetan und sie dadurch in Annahmeverzug gesetzt. Demzufolge sind der Klägerin die drei Monatslöhne (Oktober bis Dezember) und der 13. Monatslohn pro rata temporis geschuldet.»

(*AH110201 vom 23. Mai 2012*)

### **17. OR 337; Fristlose Entlassung wegen sexueller Belästigung**

Der Kläger war seit dem 1. Oktober 2009 bei der Beklagten als Koch tätig. Am 17. September 2010 wurde er wegen inakzeptablen Verhaltens gegenüber einer Lernenden (sexuelle Belästigung) fristlos entlassen, wogegen sich der Kläger wehrte.

#### **Aus den Erwägungen:**

«Scheinbar zufällige Körperkontakte können eine sexuelle Belästigung darstellen (Nicole Vögeli, a.a.O., S. 51 unter Hinweis auf weitere Literatur). Ob die Belästigung tatsächlich eine sexuelle Komponente aufweist, muss aus dem Kontext des konkreten Falls beurteilt werden (Karine Lempen, Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, in AJP 11/2006 S. 1414).

Bei der Berührung am Arm bzw. Ellenbogen von L. muss der sexuelle Aspekt verneint werden. Die Berührung erscheint vielmehr als arbeitsbedingte Berührung, machte doch die Lernende selbst geltend, dass der Kläger das Blech auswechseln wollte, während sie Gäste zu bedienen hatte. Die Berührungsstelle stellt keine besonders sensible Körperstelle dar, bei welcher keine Berührung geduldet werden kann. Mithin handelt es sich bei der Berührung nicht um ein Kitzeln oder Streicheln, was nach unseren Handlungsvorstellungen eher als sexuelle Annäherung zu werten wäre. Ein Zurückziehen am Arm zwecks Auswechseln eines Bleches dürfte von der durchschnittlichen weiblichen Person nicht als sexuelle Berührung verstanden werden.

Berührungen an Schenkeln und Schulter sowie Anfassen am Gesäss stellen sexuelle Belästigungen dar, sofern in absichtlicher und zudringlicher Weise begangen (vgl. Arbeitsgericht Zürich, Entscheid vom 19. Juni 2006, AN050690, S. 23; bestätigt vom Obergericht Zürich am 9. März 2007, LA060022). Die in mutwilliger und zudringlicher Weise begangene Berührung mit den Fingern am Hals bzw. Nacken der Lernenden, kommentiert mit der anzüglichen Bemerkung „Er wisse was Frauen wollen“ stellt folglich ohne Zweifel eine sexuelle Belästigung dar (vgl. Karin Lempen, a.a.O., S. 1414).

Desgleichen überschreitet die beidhändige Berührung an der Hüfte, im Vergleich mit dem Zurückziehen am Arm, den aufgrund des in der Gastronomie zeitweise herrschenden, hektischen Betriebes auf engem Raum nicht gänzlich auszuschliessenden arbeitsbedingten Körperkontakt. Es geht nicht an, eine Mitarbeiterin, auch wenn sie nur zur Seite geschoben werden sollte, mit beiden Händen an der Hüfte zu berühren. Dass der Kläger einwendet, er habe sie „mit Gefühl“ weggeschoben, verdeutlicht, dass diese Handlung als sexuelle Belästigung aufzufassen ist.

Auch in Bezug auf das Umfeld, namentlich den Arbeitsplatz, das Alter und die Stellung des Opfers, stellen die Verhaltensweisen eine sexuelle Belästigung dar. Dies gilt umso mehr, als es sich beim Opfer um eine erst 15-Jährige handelte, welche seit wenigen Wochen als Lernende neu im Betrieb der Beklagten tätig war.

Sämtliche Belästigungen wurden von der Lernenden tatsächlich auch als unerwünschte sowie unpassende Annäherung empfunden.

Zusammenfassend haben als erwiesene sexuelle Belästigungen die Berührung am Halse bzw. im Nacken, welche der Kläger mit dem Spruch „Er wisse was Frauen wollen“ begleitete, sowie die Berührung an der Hüfte der Lernenden zu gelten.

Sodann stellt sich die Frage, ob die sexuellen Belästigungen des Klägers ein Mass erreichten, das die Beklagte berechtigt, ihn fristlos zu entlassen. Wird die sexuelle Integrität von Mitarbeitenden verletzt, ist eine fristlose Entlassung ohne Verwarnung zulässig (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 2 und 5 zu Art. 337 OR). Selbstverständlich rechtfertigt nicht jede sexuelle Belästigung eine fristlose Entlassung. Es ist bei Vorliegen einer solchen zu prüfen, ob deren Intensität derart ist, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Leichtere Verfehlungen rechtfertigen eine fristlose Entlassung nur im Wiederholungsfall und nach Abmahnung (BGE 127 III 351 E. 4a).

Die erstellten Annäherungen des Klägers, für sich allein betrachtet, stellen keine besonders schweren sexuellen Belästigungen dar, die geeignet sind, die Vertrauensgrundlage des Arbeitsverhältnisses erheblich zu erschüttern oder gänzlich zu zerstören. Der Kläger wurde jedoch anlässlich des ersten Vorfalls am 14. September 2010 von seinem Vorgesetzten ermahnt, was er auch selbst eingestand. Der Vorgesetzte teilte ihm bezüglich der beobachteten arbeitsuntypischen Distanz zur Lernenden mit, dass er dies nicht wünsche, zumal die Lernende noch sehr jung sei. Trotzdem kam es am 17. September 2010 erneut zu einer sexuellen Belästigung.

Gestützt auf die ihr obliegende Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 1 und Art. 345 OR durfte die Beklagte die Handlungsweise der Klägers nicht einfach hinnehmen. Besonders konnte sie nach dem zweiten Vorfall nicht davon ausgehen, dass es sich um einen einmaligen Ausrutscher handelte und eine Wiederholung ausgeschlossen ist. Die Arbeitgeberin hat die Pflicht, ihre Mitarbeitenden, insbesondere junge und Lehrlinge vor solchen Belästigungen, Angriffen und Verletzungen der Persönlichkeit zu schützen. Der Umstand, dass die Lernende nach dem Gespräch mit ihrem Vorgesetzten in eine andere Abteilung versetzt wurde und es auch nach dieser Versetzung zu einem Aufeinandertreffen zwischen dem Kläger und der Lernenden kam, verdeutlicht, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte unzumutbar war. Bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses wäre die Beklagte Gefahr gelaufen, dass ihr gegebenenfalls eine schwere Verletzung ihrer Fürsorgepflicht hätte vorgeworfen werden können.

Der Kläger wurde genügend verwarnet (vgl. BGE 127 III 153 E. 1c). Bereits anlässlich der Abmahnung bezüglich der Vorfälle mit der Mitarbeiterin S. vom 26. März 2010 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sich weitere Schritte vorzubehalten, sollten sich die Vorfälle wiederholen. Die Warnfunktion der Verwarnung wurde dadurch entschieden erhöht, was eine erneute Verfehlung unter dem Aspekt von Treu und Glauben gravierender erscheinen lässt. Aufgrund dieser Verwarnung sowie der erneuten Abmahnung durch den Vorgesetzten wurde der Kläger ausreichend gewarnt, dass der Arbeitgeber derartige Vorkommnisse nicht mehr zu dulden gewillt ist. Der Kläger musste bei einer weiteren Verfehlung mit einer fristlosen Kündigung rechnen (vgl. BGE 4C.370/2004).

Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass unter Berücksichtigung der erfolgten Verwarnung ein wichtiger Grund für eine fristlose Auslösung des Arbeitsverhältnisses vorlag.»

(AN100887 vom 23. Januar 2012; siehe auch *Entscheid Nr. 9*)

## **18. OR 337, 321e; Fristlose Entlassung wegen Sachbeschädigung?; Schadenersatz**

Der Kläger war seit dem 13. November 2011 als Casserolier tätig, vereinbart war eine Probezeit von drei Monaten. Am 19. Januar 2012 wollte er nach Vollendung der Morgenschicht seine Wertsachen aus der Garderobe holen. Die Türe zur Garderobe war verschlossen und der Schlüssel, der unter den Angestellten geteilt wurde, nicht auffindbar. Als der Schlüssel unter den anwesenden Mitarbeitern und nach einigen Telefonaten verschwunden blieb, versuchte der Kläger die Türe mit einer Feile aufzubrechen. Hierdurch wurde die Türe beschädigt. Der Kläger liess von seinem Vorhaben erst ab, als ein Vertreter der Beklagten mit einem Ersatzschlüssel auftauchte. Dem Kläger wurde daraufhin noch am selben Tag schriftlich und mündlich fristlos gekündigt. Ausserdem erstattete die Beklagte Anzeige wegen Sachbeschädigung, welcher der Kläger mit Strafbefehl vom 17. Juni 2011 für schuldig befunden wurde.

### **Aus den Erwägungen:**

#### **«Fristlose Kündigung**

Im vorliegenden Fall gilt es einerseits zu bedenken, dass sich der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung in der Probezeit befand; an die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung sind mithin aufgrund der kurzen Kündigungsfrist hohe Anforderungen zu stellen. Andererseits betraf die durch den Kläger begangene Sachbeschädigung das Eigentum der Arbeitgeberin, womit sich die Frage stellt, ob bereits durch diesen Vorfall ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung als gegeben betrachtet werden muss.

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Kläger nicht völlig grundlos zur Tat schritt. Er wollte eigentlich seine Wertsachen erlangen, um die längere Pause zwischen zwei Arbeitsschichten sinnvoll zu nutzen (Trambillet, Hausschlüssel, Geld sowie einen Pullover). Obwohl sein Verhalten in der konkreten Situation unverhält-

nismässig war und nach Ablauf der Probezeit grundsätzlich die Arbeitgeberin zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger berechtigt hätte, musste die Arbeitgeberin innerhalb der siebentägigen Kündigungsfrist nicht mit weiteren Sachbeschädigungen rechnen. Die Einhaltung der Kündigungsfrist war ihr deshalb zuzumuten.

Die Beklagte hat eingewandt, dass der Kläger bereits zuvor habe verwarnet werden müssen, weil er mehrmals zu spät gekommen sei, ohne Abmeldung von der Arbeit verschwunden sei und etwas aggressiv gewesen sei. Allerdings hat die Arbeitgeberin nicht ansatzweise substantiiert behauptet, wer wann und aus welchem Grund den Kläger verwarnet haben soll. Aufgrund der fehlenden Schriftlichkeit und mangels Substantiierung kann die Aussprache solcher Verwarnungen nicht nachgewiesen werden.

Die fristlose Entlassung des Klägers erfolgte daher ungerechtfertigt. (Berechnung des Schadenersatzes für die Kündigungszeit.)

Darüber hinaus ist dem Kläger keine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zuzusprechen. Das Mitverschulden des Klägers an der fristlosen Entlassung ist erheblich. Der Kläger hat sich einer Sachbeschädigung schuldig gemacht. Die Entlassung ist nur deshalb als ungerechtfertigt anzusehen, weil sich der Kläger noch in der Probezeit befand und die Kündigungsfrist damit sehr kurz war. Unter diesen Umständen kann die Arbeitgeberin nicht zu einer Strafzahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung verurteilt werden.

### *Verrechnung mit Reparaturkosten Türe*

Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt (Art. 321e OR). Der Kläger hat den Schaden an der Türe der Garderobe der Arbeitgeberin vorsätzlich herbeigeführt. Er hat ihr deshalb den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Kann die beschädigte Sache repariert werden, so gehen die entsprechenden Kosten zu Lasten des Haftpflichtigen. Stehen diese Kosten jedoch nicht in einem vertretbaren Verhältnis zum Restwert des fraglichen Gegenstandes, liegt ein Totalschaden vor. In diesem Fall sind die Anschaffungskosten eines gleichwertigen Ersatzgegenstandes zu ersetzen. Der Schaden entsteht am Unfalltag, weshalb er auch geltend gemacht werden kann, wenn die beschädigte Sache (noch) nicht repariert worden ist (Brehm, BK, a.a.O., N. 77a, 77c und 77d zu Art. 41 OR).

Die Arbeitgeberin hat einen Schaden von Fr. 2'297.95 geltend gemacht (detaillierte Aufstellung). Die geltend gemachte Schadenssumme ist zu hoch. Aufgrund der eingereichten Fotos der beschädigten Türe erscheint eine Reparatur gemäss Offerte der X. für Fr. 1'495.95 nicht verhältnismässig zum verursachten Schaden. Wie die Offerte der Y. AG zeigt, lässt sich die Türe – und nicht das Schloss, wie vom Vertreter der Arbeitgeberin an der Fortsetzung der Verhandlung fälschlicherweise behauptet – ebenfalls mit einer Abdeckung durch einen Edelstahl-Türschoner reparieren. Die Reparaturkosten würden in diesem Fall Fr. 300.– betragen. Berücksichtigt man den nach vollendeter fachgemässer Reparatur nicht mehr zu beseitigenden Minderwert, kann ein Sachschaden von insgesamt Fr. 500.– geschätzt werden.

Ungenügend substantiiert wurde hingegen der Schaden am Schloss. Es ist festzuhalten, dass es unbestritten ist, dass der Kläger am 19. Januar 2011 die Türe trotz Gewaltanwendung nicht öffnen konnte. Diese wurde vielmehr von A. (wie die Arbeitgeberin behauptet) oder von B. (wie der Kläger behauptet) mit dem Schlüssel geöffnet. Das Schloss war somit auch nach der Beschädigung der Türe durch den Kläger noch funktionsfähig. Dies bestätigt auch ein E-Mail von B. an Y. AG, in dem er ausführt, dass sich die Türe noch einwandfrei abschliessen lasse. Als Indiz für die Unversehrtheit des Schlosses ist auch zu werten, dass die Arbeitgeberin zwei Offerten zur Reparatur der Türe einholte, keine von beiden jedoch die Reparatur bzw. den Ersatz des Schlosses erwähnt. Zudem bedeutet der Umstand, dass die Türe bisher nicht repariert wurde, obwohl die Garderobe allen Angestellten zur Verfügung steht, um ihre Wertsachen während der Arbeitszeit zu deponieren, ebenfalls darauf hin, dass die Türe abgeschlossen werden kann. Schliesslich liessen sich auch auf den durch die Arbeitgeberin eingereichten Bildern keinerlei Schäden am Schloss selber feststellen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Schloss weiterhin funktionsfähig ist.

Bezüglich der von der Arbeitgeberin geltend gemachten Fr. 500.– für die Aufwendungen bezüglich der Strafanzeige und der Türreparatur ist festzuhalten, dass die Umtriebe im Zusammenhang mit der Strafanzeige im betreffenden Strafverfahren hätten gestellt werden müssen. Die geltend gemachten Kosten für die weiteren Umtriebe sind zu wenig substantiiert worden, auch nicht nach Aufforderung durch das Gericht.

Es sind demgemäss Fr. 500.– für die Fixierung des Schlosses und die Abdeckung des Holzschadens gemäss der Offerte durch die Y. AG sowie Minderwert als Verrechnungsforderung zuzusprechen.»

*(AN110011 vom 17. April 2012)*

## **19. ZPO 208; Erneute Klage nach Vergleich vor der Schlichtungsbehörde (res iudicata)?**

Die Parteien hatten 2011 vor der Schlichtungsbehörde einen Vergleich geschlossen. Im Sommer 2012 rief die Klägerin erneut die Schlichtungsbehörde an und reichte anschliessend eine Klage ein.

### **Aus den Erwägungen:**

«Eine abgeurteilte Sache (res iudicata) liegt vor, wenn ein bereits rechtskräftig beurteilter Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (Gehri in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], ZPO, Basler Kommentar, Basel 2010, N. 18 f. zu Art. 59 ZPO). Die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Entscheides erstreckt sich jedoch nur dann auf ein späteres Verfahren, wenn sich die identischen Parteien gegenüber stehen und der identische Streitgegenstand vorliegt. Die Identität der in den verschiedenen Verfahren

geltend gemachten Ansprüche ist allerdings zu verneinen, wenn zwar aus dem gleichen Rechtsgrund wie im Vorprozess geklagt wird, aber neue erhebliche Tatsachen geltend gemacht werden, die seitdem eingetreten sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen lassen (BGE 105 II 268, E. 2 S. 270).

Im Folgenden ist zu prüfen, ob über die vorliegenden Sache bereits rechtskräftig entschieden wurde. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich (Inhalt des Vergleichs).

Gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO haben ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheides. Diese Regelung bezieht sich jedoch auf Verfahren vor einer gerichtlichen Instanz. Geht es, wie im vorliegenden Fall, um ein Verfahren vor einer Schlichtungsbehörde, kommt Art. 208 ZPO zur Anwendung. Gemäss Art. 208 Abs. 2 ZPO haben auch ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein vorbehaltloser Rückzug im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheides.

Beim Schlichtungsverfahren ging es um eine Forderung von Frau A. gegen Frau B. Da sich auch die von der Klägerin eingeklagte Forderung gegen Frau B. richtet, stehen sich identische Parteien gegenüber. Aus der Klagebegründung der Klägerin ergibt sich zweifelsfrei, dass sowohl der Forderung im (ersten) Schlichtungsverfahren als auch der heute geltend gemachten Forderung das genau gleiche Privatdarlehen von insgesamt Fr. 12'100.– zugrunde lag. In der Klage werden im übrigen keine neuen, erheblichen Tatsachen geltend gemacht, die seit der rechtskräftigen Erledigung des Vorprozesses eingetreten sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen liessen. Folglich ist auch die Voraussetzung des identischen Streitgegenstandes erfüllt. Die Bindungswirkung des rechtskräftigen Entscheides erstreckt sich also auf die von der Klägerin eingereichte Klage.

Durch den Abschluss eines Vergleichs anlässlich der Verhandlung vor dem Friedensrichter vom 24. März 2011, gilt die Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten als bereits rechtskräftig entschieden. Die Klägerin hat aufgrund dieses Vergleichs Fr. 7'000.– zugute. An diesem Betrag kann durch einen neuen Prozess nichts mehr geändert werden. Dass das von der Klägerin angestrebte Fortsetzungsverfahren nicht erfolgreich war, ändert daran ebenso wenig wie die Tatsache, dass die Beklagte offenbar bis heute nicht bezahlt hat.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass auf die Klage nicht einzutreten ist, da über den gleichen Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien bereits rechtskräftig entschieden wurde und somit eine *res iudicata* im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO vorliegt.

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Die Einholung einer Stellungnahme durch die Klägerin ist deshalb nicht erforderlich.»

*(FV120199 vom 6. November 2012)*

## 20. ZPO 227; Wieweit sind Klageänderungen gegenüber der Klagebewilligung zulässig?

Vor dem Friedensrichteramt machte die Klägerin einen Betrag von Fr. 19'000.– unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachklage, ein Arbeitszeugnis und Provisionsabrechnungen geltend. Vor Arbeitsgericht erhöhte sie die Geldforderung auf rund Fr. 85'000.–. Die Beklagte beantragte, auf die Klage nicht einzutreten eventualiter sei die Klage auf einen Betrag von Fr. 19'000.– zu reduzieren.

### Aus den Erwägungen:

«Gemäss Art. 202 Abs. 2 ZPO sind im Schlichtungsgesuch neben der Gegenpartei das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen. Mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs wird die Klage rechtshängig. Das Rechtsbegehren der klagenden Partei bzw. der Streitgegenstand wird jedoch erst mit der Ausstellung der Klagebewilligung auf seinen Wortlaut fixiert (Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. dazu auch LEUENBERGER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N. 24). Für eine Änderung des Streitgegenstandes im Schlichtungsverfahren brauchen daher die Voraussetzungen des Art. 227 ZPO nicht erfüllt zu sein; entscheidend ist, dass die beklagte Partei (bereits im Schlichtungsverfahren) zur geänderten Klage Stellung nehmen kann und ihr die Möglichkeit einer friedlichen Streitbeilegung gegeben wird (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 4). Üblicherweise wird das Rechtsbegehren der bewilligten Klage für die Eingabe ans Gericht in unveränderter Form übernommen. Erfolgt eine Veränderung, so ist zu prüfen, ob dies eine Klageänderung darstellt und wenn ja, ob sie zulässig ist oder nicht (BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, § 185 N. 2, zit. in: BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 4).

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass nicht bereits das Schlichtungsgesuch den Streitgegenstand fixiert, sondern eine Klageänderung im Schlichtungsverfahren auch ausserhalb der Voraussetzungen von Art. 227 ZPO möglich ist. Mit der Ausstellung der Klagebewilligung wird indessen der Streitgegenstand fixiert und eine Klageänderung ist nur noch im Rahmen von Art. 227 ZPO zulässig. Unerheblich ist, ob die Klage nach Ausstellung der Klagebewilligung oder nach Einreichung der Klageschrift geändert wird. Die Zulässigkeit der Klageänderung als Prozessvoraussetzung ist von Amtes wegen zu prüfen. Wird die Zulässigkeit verneint, so ist auf die geänderte Klage nicht einzutreten und die ursprüngliche Klage zu beurteilen (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 25).

Unter einer Klageänderung wird jede inhaltliche Änderung der Klage verstanden, durch die sie ihre objektive Identität einbüsst. Eine Klageänderung tritt ein, wenn die klägerische Partei ihr Rechtsbegehren und/oder das zugrunde liegende Klagefundament derart abändert, dass ein neuer Streitgegenstand vorliegt. Bei nicht individualisierten Rechten (z.B. Geldforderungen) besteht der Streitgegenstand dabei aus dem Rechtsbegehren und dem Lebensvorgang bzw. Lebenssachverhalt (Klagefundament bzw. -grund; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 2; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 227 N. 1). Eine Änderung des Rechtsbegehrens – und damit

eine Klageänderung – tritt dementsprechend ein, wenn die klägerische Partei mehr oder etwas anderes als im ursprünglichen Rechtsbegehren verlangt. Wird das Rechtsbegehren nachträglich ergänzt oder erweitert, indem der Klage ein neues Begehren als Haupt- oder Eventualbegehren angefügt wird, schlägt sich die Klageänderung in einem „geänderten Anspruch“ nieder (Klageerweiterung). Eine solche Klageerweiterung kann dadurch erfolgen, dass der eingeklagte Anspruch bzw. die Klagesumme erhöht, eine weitere verfallene Hauptforderung in die Klage miteinbezogen oder die Klage durch Aufnahme eines eventuellen Begehrens ergänzt wird. Demgegenüber wird mit der Klageänderung ein „neuer Anspruch“ erhoben, sofern das Rechtsbegehren der ursprünglichen Klage ersetzt und an dessen Stelle eine neue Rechtsfolge begehrt wird (Klageänderung im engeren Sinn; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 7). Keine Klageänderung liegt bei einer nachträglichen Bezifferung des Rechtsbegehrens gestützt auf Art. 85 Abs. 2 ZPO vor (PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N. 3).

Eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO ist zulässig, sofern der geänderte bzw. neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei ihre Zustimmung dazu abgibt. In Bezug auf die gleiche Verfahrensart ist zu berücksichtigen, dass der geänderte (oder neue Anspruch) in jedem Fall nach der gleichen Verfahrensart wie der ursprüngliche beurteilt werden muss, wobei die Verfahrensart für den Anspruch vor der Klageänderung sowie – sofern sich die Verfahrensart nach der Streitwertgrenze richtet (Art. 243 Abs. 1 ZPO) – für die gesamte nachträglich erhöhte Klagesumme zu bestimmen ist (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 20). Von konnexen Ansprüchen ist auszugehen, wenn sich beide Ansprüche auf das gleiche Rechtsverhältnis stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt (PAHUD, a.a.O., Art. 227 N. 8).

Übersteigt der Streitwert der geänderten Klage (ohne die Verfahrensart zu tangieren) bloss den sachlichen Zuständigkeitsbereich des angerufenen Gerichts, so erfolgt gemäss Art. 227 Abs. 2 ZPO eine Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit, wobei diese Bestimmung nicht anwendbar ist, sofern ein neuer Klagegrund gesetzt wird und die sachliche Zuständigkeit von der Natur der Klage abhängt (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 22). Vor einer Überweisung hat das angerufene Gericht zu prüfen, ob die Klageänderung zulässig ist. Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung oder Zulässigkeitsvoraussetzung der Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO, so tritt es auf die Klage im Umfang ihrer Änderung nicht ein. Wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit alleine darf hingegen nicht eine Klageerweiterung im Sinne von Art. 227 Abs. 2 ZPO abgelehnt und ein Nichteintretensentscheid ausgefällt werden (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 27; vgl. sinngemäss dazu PAHUD, a.a.O., Art. 224 N. 11 und 22 sowie Art. 227 N. 6).

Vorliegend erhöhte die Klägerin den ursprünglichen, Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwert (inklusive Arbeitszeugnis und Abrechnungsbegehren) mit Einreichung der Klage an das Arbeitsgericht Zürich auf insgesamt beinahe Fr. 100'000.–. Der geänderte Anspruch ist im Gegensatz zum ursprünglichen Anspruch somit nicht

mehr im vereinfachten, sondern im ordentlichen Verfahren und damit nach einer anderen Verfahrensart zu beurteilen. Nach dem oben Ausgeführten erweist sich die Klageänderung somit als unzulässig.

Der Einwand der Klägerin, wonach sie als Schwangere besonders von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung betroffen sei, weshalb sich unter dem Aspekt der Prozessökonomie eine grosszügige Zulassung der Klageänderung aufdränge, beschlägt einerseits vorab die Frage der Konnexität zwischen dem bisherigen und dem geänderten Anspruch, die eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO auch voraussetzt. Andererseits eröffnet der klare Wortlaut von Art. 227 ZPO keinen Spielraum für richterliches Ermessen hinsichtlich der Auslegung der „gleichen Verfahrensart“. Vielmehr verlangen die Eventualmaxime sowie der Schutz der beklagten Partei, die sich auf ein bestimmtes Rechtsbegehren eingestellt hat, dass die Klageänderung nicht schrankenlos zulässig ist (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 227 N. 1; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 61 N. 1).

Unbehelflich ist der Klägerin der Hinweis auf Art. 227 Abs. 2 ZPO, da die Klageänderung nicht aufgrund der fehlenden sachlichen Zuständigkeit, sondern mangels Beurteilung der ursprünglichen und der geänderten Ansprüche nach der gleichen Verfahrensart unzulässig ist.

Der von der Klägerin schliesslich bereits im Schlichtungsverfahren angebrachte Nachklagevorbehalt stellt nur klar, dass es sich um eine Teilklage i.S. von Art. 86 ZPO handelt (vgl. FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 86 N. 4). Zwar sind (offene oder verdeckte) Teilklagen zulässig. Der Sache nach behält sich die klagende Partei damit vor, zunächst nur den einen Teil eines Anspruches einzuklagen, um später einen weiteren Teil zu fordern. Im Rahmen einer einmal erhobenen Teilklage ist das Nachschieben eines weiteren Teiles indessen nur soweit zulässig, als die prozessualen Voraussetzungen einer Klageänderung gegeben sind.

Dass die Klägerin im Schlichtungsverfahren nur eine Teilklage erhoben hat, ergibt sich nicht nur aus dem Nachklagevorbehalt. Vielmehr thematisierte sie bereits dort Lohnersatz ab 20. Juni 2011 bis zum Ende der durch ihre Schwangerschaft verlängerten Kündigungsfrist und eine Strafzahlung von bis zu 6 Monatslöhnen, gleichwohl beschränkte sie aber den Streitwert ihrer Forderung explizit auf Fr. 19'000.–. Aus welchen Gründen auch immer aktualisierte die Klägerin ihre Rechtsbegehren auch bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens am 2. November 2011 nicht, weder beispielsweise hinsichtlich ihrer Lohnersatzansprüche (aufgerechnet bis und mit Oktober 2011) noch mit Bezug auf die von ihr als angemessen erachtete Strafzahlung von Fr. 46'500.–. Das ist zwar innerhalb des Rahmens von Art. 86 ZPO ebenso wenig zu beanstanden wie der Umstand, dass die klägerische Beschränkung der Rechtsbegehren die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens zur Folge hatte. Allerdings kann die offenbar bewusste Beschränkung einer Klage im Schlichtungsverfahren vor Gericht nur unter den Voraussetzungen und in den Grenzen von Art. 227 ZPO korrigiert werden.

Auf die Klage ist demnach im Umfang ihrer Änderung nicht einzutreten.»

(AN120007 vom 29. Mai 2012)

## **21. ZPO 234; Zulässige Umgehung der mündlichen Verhandlung?**

Die Parteien wurden im vereinfachten Verfahren zur Hauptverhandlung auf den 24. Januar 2012 vorgeladen. Der Beklagte selbst erschien nicht zur Hauptverhandlung. Mit Eingabe vom 23. Januar 2012 nahm stattdessen sein Rechtsvertreter schriftlich Stellung.

### **Aus den Erwägungen:**

«Anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Januar 2012 stellte die klagende Partei den prozessualen Antrag, die Stellungnahme des Beklagten datiert vom 19. Januar 2012 aus dem Recht zu weisen. Der Anwalt reichte mit Eingabe vom 27. Januar 2012 seine Vollmacht nach.

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass das Schreiben des Rechtsanwalts vom 19. Januar 2012 aus dem Recht zu weisen sei, da es sich beim Schreiben einerseits um eine unverlangt zugestellte Eingabe handle, andererseits keine Vollmacht des Beklagten an den Rechtsanwalt vorläge.

Unaufgefordert getätigte schriftliche Eingaben, die an Stelle des mündlichen Parteivortrags treten sollen, sind nicht zu berücksichtigen (Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar Schweiz. ZPO, Zürich 2011, Art. 234 N. 5). Des Weiteren genügt es zwar in den Verfahren, in denen dem Gericht keine schriftliche Klagebegründung eingereicht werden muss, wenn zu Beginn der mündlichen Verhandlung bei Anwesenheit des Vertreters die Vollmachtserteilung seitens der Partei zu Protokoll gegeben wird (Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweiz. ZPO, Zürich 2010, Art. 221 N. 28). Gleiches gilt wohl auch für die beklagte Partei. Da der Anwalt die Vollmacht aber erst am 27. Januar 2012 – mithin drei Tage nach der mündlichen Verhandlung – einreichte, muss davon ausgegangen werden, dass dies zu spät erfolgte. Auch wenn man annehmen würde, es fände eine rückwirkende Genehmigung der zuvor ohne Vollmacht erfolgten Prozesshandlung statt, wäre die schriftliche Stellungnahme des Rechtsanwalts davon nicht eingeschlossen, datiert doch letztere auf den 19. Januar 2012 und die Vollmachtsausstellung auf den 23. Januar 2012 (Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweiz. ZPO, Zürich 2010, Art. 132 N. 12).

Die schriftliche Stellungnahme des Rechtsanwalts datiert vom 19. Januar 2012 wird daher nicht berücksichtigt.»

### **Demgegenüber hielt das Obergericht fest:**

«Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO hat das Gericht beim Fehlen einer Vollmacht der Partei, welche die mangelhafte Eingabe eingereicht hat, eine Nachfrist zu deren Einreichung anzusetzen. Insbesondere bei Fehlen der Unterschrift bzw. der Vollmacht muss sich das Gericht vergewissern, ob die Partei die betreffende Eingabe überhaupt einreichen wollte bzw. ihr Vertreter entsprechend bevollmächtigt ist (Dike Kommentar ZPO, Michael Kramer/Nadja Kubat Erk, N. 2 zu Art. 132 ZPO). Wird die Vollmacht nachgereicht, gilt sie auch als rückwirkende Genehmigung der zuvor ohne Vollmacht erfolgten Prozesshandlungen (BSK ZPO, Remo Bornatico, N. 12 zu Art. 132 ZPO

mit weiteren Hinweisen). Weder aus den Akten noch aus dem Protokoll des vorinstanzlichen Verfahrens ergibt sich, dass dem Beklagten eine solche Nachfrist angesetzt worden wäre. Der Beklagte hat indes – wie in der Eingabe vom 19. Januar 2012 angekündigt – eine Vollmacht an RA Y. nachgereicht. Dass diese vom 23. Januar 2012 datiert, spielt keine Rolle. Die von RA Y. eingereichte Eingabe vom 19. Januar 2012 wurde somit vom Beklagten rückwirkend genehmigt und ist von der Vollmacht vom 23. Januar 2012 gedeckt.

Es stellt sich damit die Frage, ob die Vorinstanz die Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 für ihren Entscheid hätte berücksichtigen müssen. Ausgehend vom Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit gilt vorliegend die – abgeschwächte bzw. soziale – Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und dazu entsprechend Beweis erhebt (ZPO Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Hauck, N. 32 zu Art. 247 ZPO). Die Parteien werden dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tragen. Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Diese Nachforschung besteht aber allein darin, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinzuweisen (ZPO Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 33 zu Art. 247 ZPO, mit weiteren Hinweisen).

Erscheint eine Partei nicht an der Verhandlung, wird diese trotzdem durchgeführt. Die erschienene Partei wird zum einseitigen Vortrag zugelassen und alsdann gestützt auf den gesamten (u.U. mittels Beweiserhebung erwarteten) Prozessstoff entschieden (Dike Kommentar ZPO, Eric Pahud N. 3 zu Art. 234). Für seinen Entscheid berücksichtigt das Gericht zunächst die Eingaben, die nach Massgabe des Gesetzes eingereicht worden sind (Art. 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO), und zwar auch diejenigen der säumigen Partei. Es handelt sich hierbei um die im Rahmen des Vorbereitungsverfahrens form- und fristgerecht eingereichten Rechtsschriften. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber etwa unaufgefordert getätigte schriftliche Eingaben, die an die Stelle des mündlichen Parteivortrags (Art. 228 ZPO) treten sollen (Di-ke Kommentar ZPO, Eric Pahud, N. 5 zu Art. 234 ZPO mit Verweis auf BSK ZPO, Sylvia Frei/Daniel Willisegger, N. 12 zu Art. 234 ZPO). Die Vorinstanz ist in ihren Erwägungen davon ausgegangen, dass es sich bei der Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 um eine solche unaufgefordert getätigte schriftliche Eingabe handle, welche an Stelle des mündlichen Parteivortrags treten solle. Es mag zwar zutreffen, dass die Eingabe des Beklagten ohne Aufforderung erfolgte, aber im Lichte der im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO herrschenden Untersuchungsmaxime erschiene es unangemessen, diese Eingabe unberücksichtigt zu lassen. Grundlage eines jeden Säumnisurteils bilden sämtliche Vorbringen, die entsprechend dem bisherigen Verfahrensverlauf ordnungsgemäss in den Prozess Eingang gefunden haben, also auch jene der abwesenden Partei. Schriftlich vorgebrachte Tatsachenbehauptungen

und -bestreitungen, Einreden und Anträge der Parteien berücksichtigt das Gericht allerdings nur insoweit, als sie in einer Eingabe nach Massgabe des Gesetzes, mithin form- und fristgerecht, vorgebracht wurden (BSK ZPO, a.a.O., N. 12 zu Art. 234 ZPO). Die Eingabe des Beklagten erfolgte – wie vorstehend gezeigt – formgerecht, mit – wenn auch erst nachträglich erteilter – gehöriger Vollmacht des Vertreters, und ging am 23. Januar 2012, mithin einen Tag vor der Hauptverhandlung bei der Vorinstanz ein, womit sie als fristgerecht zu gelten hat und folglich zu berücksichtigen gewesen wäre. Die Androhung der Säumnisfolgen in der Vorladung zur Hauptverhandlung auf den 24. Januar 2012 vom 22. Dezember 2011 lautet denn auch dahingehend, dass „bei nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben einer der Parteien“ das Gericht „die bisher eingereichten Eingaben“ berücksichtigt. Selbst wenn das Fernbleiben des Beklagten von der Hauptverhandlung als nicht genügend entschuldigt zu erachten gewesen wäre, hätten die bisherigen Eingaben berücksichtigt werden müssen. Indem die Vorinstanz die vor der Hauptverhandlung eingereichte Eingabe des Beklagten vom 19. Januar 2012 nicht berücksichtigt hat, steht ihr Verhalten in klarem Widerspruch zur Androhung in der Vorladung.»

*(AH110205 vom 5. April 2012; Obergericht Zürich vom 12. April 2013, RA120007)*

## **22. ZPO 247; Mitwirkungspflichten der Parteien**

Zu prüfen war, ob der Kläger seinen Mitwirkungspflichten beim Zusammenstellen des Prozessthemas nachgekommen ist.

### **Aus dem Entscheid:**

«Grundsätzlich ist in einem arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– der Sachverhalt durch das Gericht von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Das Gericht hat dabei durch entsprechende Fragen darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben und die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (vgl. BGE 125 III 231 E. 4a sowie Mazan, in Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 247 N. 13).

Vorliegend wurde der Kläger im Verfahren wiederholt darauf hingewiesen, dass er einerseits die von ihm erbrachten Arbeitsleistungen im Einzelnen zu bezeichnen und andererseits Zeugen für die Arbeitsleistungen zu benennen habe. Anlässlich der

Hauptverhandlung führte der Kläger zunächst aus, es habe Rapporte über die Arbeitsleistungen gegeben. Die Arbeitsleistungen bezeugen könnten einerseits B. und andererseits die Personen in den Nachbarbüros. Namen von Kunden könne er keine nennen. Letztere seien teilweise andere Büros oder kleinere Geschäfte gewesen, vor allem aus dem Grossraum Zürich und auch aus dem Zürcher Oberland. Er kenne weiter auch die Namen von Mitarbeitern der A. AG, welche in den Büros im gleichen Stock gearbeitet hätten. In seiner Eingabe im Nachgang zur Beweisverfügung vom 8. November 2011 benannte der Kläger indes keine weiteren Zeugen und legte als Beweis für die Arbeitsleistung lediglich eine „Arbeitsbestätigung“ der Z. GmbH datiert vom 1. Dezember 2011 vor. Da letztere keine hinreichende Umschreibung der Arbeitsleistungen enthielt, wurde der Kläger mit Verfügung vom 13. April 2012 erneut aufgefordert, seine Arbeitsleistungen näher zu substantiieren, diese mit Urkunden zu belegen oder entsprechende Zeugen mit Namen zu nennen. Mit Eingabe datiert vom 30. April 2012 bezeichnete der Kläger aber weder die geleisteten Arbeiten mit der für ein Beweisverfahren erforderlichen Genauigkeit, noch nannte er für seine Arbeitsleistung Zeugen oder weitere Beweismittel. Er führte lediglich in allgemeiner Form aus, er habe von der Z. GmbH jeweils Prospektunterlagen mit Preisangaben für die zum Verkauf stehenden Klimageräte sowie Adressen und Telefonnummern allfälliger Interessenten erhalten, seine Aufgabe habe darin bestanden, Restaurants/KMU etc. für den Kauf von Geräten zu gewinnen, und er habe die Unterlagen nach Ausführung seines Auftrages jeweils zurückgegeben. Am 13. Mai 2011 habe er sämtliche noch in seinem Besitz befindlichen Unterlagen vollständig an die Z. GmbH zurückgegeben. Angesichts der Konkurseröffnung über die Z. GmbH im November 2011 seien zudem keine Unterlagen verfügbar. Als weiteres Beweismittel reichte der Kläger einzig eine Übersichtsdarstellung von Geräten mit der Überschrift „Vorteile von Systemen“ ins Recht. Aus den vom Kläger ins Recht gereichten Arbeitsrapporten lassen sich ebenfalls keine Details zu den geleisteten Arbeiten entnehmen.

Für den weiteren Verlauf des Verfahrens ist aufgrund dieser Umstände nicht davon auszugehen, dass der Kläger die von ihm angeblich erbrachten Arbeitsleistungen näher bezeichnen oder weitere Beweismittel respektive Zeugen benennen kann. Der richterlichen Fragepflicht und der beschränkten Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 ZPO wurde vollauf Genüge getan.

Bleiben die Behauptungen einer Partei nach Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht und nach Nachachtung der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 ZPO bei einem hinreichend individualisierten Anspruch ungenügend substantiiert, hat das Gericht ein Sachurteil zu fällen und gegebenenfalls die Klage abzuweisen (Leuenberger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 221 N. 44).

Der Beweisanspruch einer Partei in einem gerichtlichen Verfahren bezieht sich nur auf Beweismittel, die nach allgemeinem Wissensstand tauglich sind. Das Gericht darf demnach in einer antizipierten Beweiswürdigung die Abnahme eines objektiv untauglichen Beweismittels ablehnen. Objektiv untauglich ist ein Beweismittel, wenn es schon von seiner Natur her nicht dazu geeignet ist, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Die objektive Untauglichkeit eines Beweismittels ist freilich

zu unterscheiden von der subjektiven Untauglichkeit eines Beweismittels: Letztere ist dann gegeben, wenn ein Beweismittel seiner Natur nach zwar zur Beweisbringung geeignet ist, das Gericht aber im konkreten Fall seine Beweiskraft negativ beurteilt, weil es die Abnahme als unergiebig oder nicht aussichtsreich einschätzt (vgl. zum Ganzen Hasenböhler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 152 N. 28 f. sowie Guyan, in Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 247 N. 6 f.).

Diese Gegenüberstellung der Grundsätze der Substantiierungslast und der Voraussetzungen einer antizipierten Beweiswürdigung erhellt, weshalb die vorliegende Klage ohne Weiterungen und insbesondere ohne Einvernahme des vom Kläger für seine Arbeitsleistung genannten Zeugen B. wegen mangelnder Substantiierung abzuweisen ist. Angesichts dessen, dass der Kläger die im Einzelnen durchgeführten Arbeiten gar nicht behauptete beziehungsweise dass die eingereichten Unterlagen nur rudimentäre Angaben enthalten, kann eine objektiv sinnvolle Befragung von B. über die Arbeitsleistungen nicht stattfinden. Letzterer könnte die rudimentären Angaben des Klägers ohnehin nur pauschal als richtig oder falsch einstufen oder aber eine mehr oder weniger beliebige Schilderung von Geschehnissen wiedergeben. Gestützt auf eine solche Aussage dürfte von vornherein keine Entscheidung zu Ungunsten der Beklagten gefällt werden. Will man die Verfahrensrechte der Beklagten wahren, so ist die Zeugeneinvernahme von B. – aufgrund der fehlenden Substantiierung – schon aus Gründen der prozessualen Fairness ein objektiv ungeeignetes Beweismittel. Dies, weil die Beklagte keinerlei Gelegenheit hätte, die Äusserungen von B. ihrerseits substantiiert zu bestreiten und darüber Beweis zu führen, weil dessen Äusserungen faktisch an die Stelle rechtsgenügend substantiiert klägerischer Behauptungen treten würden. Die Klage ist daher mangels Substantiierung abzuweisen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich gemäss Angaben des Klägers die Unterlagen der Z. GmbH beim Konkursgericht befinden. Diese könnten zwar als Beweismittel möglicherweise relevant sein. Sie entbinden den Kläger aber ebenfalls nicht von einer möglichen und zumutbaren Substantiierung seiner Arbeitsleistungen im Rahmen des Hauptverfahrens. Denn wiederum besteht die Gefahr, dass diese Dokumente letztlich die Behauptungs- und Substantiierungslast des Klägers ersetzen und so der Beklagten Einwendungen – etwa bezüglich Stimmigkeit und Authentizität der Dokumente – verwehrt bleiben.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die weiteren vom Kläger angebotenen Beweise respektive die Arbeitsrapporte sowie das Dokument „Vorteile von Geräten“ schon in objektiver Hinsicht nicht zum Beweis taugen. Sie sagen ganz offensichtlich nichts über die konkrete Gestalt der klägerischen Arbeitsleistung aus, weshalb sie im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ausser Betracht bleiben können.

Die Hauptklage ist aus den genannten Gründen mangels Substantiierung und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abzuweisen."

*(AH110132 vom 5. Dezember 2012)*

**23. ZPO 328; Sinn und Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs**

Anlässlich der Hauptverhandlung hatten die Parteien einen gerichtlichen Teilvergleich über die Höhe des Unfalltaggeldes abgeschlossen, im Übrigen ging das Verfahren weiter. Später verlangte die Klägerin, das Krankengeld sei nochmals zu prüfen, weil es falsch berechnet worden sei. Es sei ihr aufgefallen, dass die Zulagen im Vergleich nicht berücksichtigt worden seien. Sie bitte das Gericht, dies entsprechend anzupassen.

**Aus den Erwägungen:**

«Der gerichtliche Vergleich ist ein Vertrag der Parteien zum Zweck der Beendigung des Prozesses. Der Vergleich setzt den eingeklagten Anspruch durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien ausser Streit, sei es, dass ihn der Beklagte gegen Einräumung eines Vorteils anerkennt oder dass der Kläger gegen Einräumung eines Vorteils auf ihn teilweise verzichtet, wogegen der Beklagte den aufrechterhaltenen Teil anerkennt oder dem Kläger sonst einen Vorteil gewährt. Möglich ist ein Teilvergleich in dem Sinne, dass nur ein einzelner von mehreren eingeklagten Ansprüchen zum Gegenstand eines Vergleichs gemacht wird (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 393 f.)

Der von den Parteien so geschlossene Teilvergleich hat bezüglich Ziffer 2 des Rechtsbehrens die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO kann eine Partei beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision des rechtskräftigen Entscheids verlangen, wenn die Partei geltend macht, dass der gerichtliche Vergleich unwirksam ist (vgl. Urteil des Obergerichts Zürich vom 4. März 2011, publiziert in ZR 110 (2011) Nr. 34, S. 94).

Die Klägerin macht aber keine zivilrechtliche Unwirksamkeit des Vergleichs geltend. Im Gegenteil, sie möchte den Vergleich aufrecht erhalten, ihn aber „anpassen“. Sie behauptet nicht, sie sei getäuscht, bedroht oder übervorteilt worden. Sofern die Klägerin sich auf einen Irrtum (vorliegend wäre einzig der Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR denkbar) berufen will, ist sie in Bezug auf die Anfechtung von Vergleichen wegen Grundlagenirrtums auf die Besonderheit hinzuweisen, dass gemäss langjähriger Rechtsprechung Grundlagenirrtum nur zu bejahen ist, wenn beide Parteien von denselben wesentlichen, aber irrigen Sachverhaltsvoraussetzungen ausgegangen sind, und dass im Gegensatz dazu der Irrtum einer Partei im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses über bestrittene oder ungewisse Punkte, dererwegen der Vergleich überhaupt eingegangen wird, nicht zur Anfechtung führen kann (DIKE-Kommentar, a.a.O., N. 36 zu Art. 328 ZPO).

Dass die Partei nach dem Vergleichsschluss anderen Sinnes wird, oder dass sie hinterher zur Auffassung kommt, sie hätte das Verfahren gewonnen, ist allerdings so oder so unerheblich und kann auch keine Revision begründen: der Vergleichsschluss ist ein verbindlicher Vertrag unter den Parteien, der in Kenntnis der umstrittenen Punkte geschlossen wird und der gerade die Abrede einschliesst, man wolle die streitigen Fragen offen lassen (ZR 110 (2011) Nr. 34, S. 94).

Vorliegend waren sich die Parteien uneinig, ob überhaupt und in welcher Höhe der Unfalllohn zu bezahlen ist. Während die Beklagte der Meinung war, die Klägerin sei für den Unfallmonat Mai 2011 nicht eingeplant gewesen, weshalb ihr auch kein Lohn zustehe, fordert die Klägerin den Lohn zunächst für ca. 15, dann für zehn Unfalltage.

Um ein Beweisverfahren mit für die Parteien ungewissem Ausgang zu vermeiden, schloss die Klägerin mit der Beklagten nach reiflicher Überlegung (immerhin dauerte die Verhandlung über 3 1/2 Stunden) nur über einen Teil ihrer Forderungen einen Vergleich ab. Mit dem vereinbarten Unfalllohn von Fr. 1'088.–, welcher auf 40 Arbeitsstunden basiert, erklärte sich die Klägerin ausdrücklich einverstanden. Die von der Klägerin nunmehr geltend gemachte „Anpassung von 14 Stunden“ entspricht nicht einmal ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren, worin sie 48 Stunden forderte.

Wenn nun die Klägerin geltend macht, im Vergleich seien die Zulagen nicht berücksichtigt worden, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Zulagen sehr wohl Prozessthema waren, machte die Klägerin doch geltend, die hohe Stundenzahl, welche sie für zehn Unfalltage geltend machte, sei darauf zurückzuführen, dass ein Spätdienst elf Stunden betrage. Sie räumte aber ein, nicht sagen zu können, wie oft sie in der Unfallzeit Spätdienst gehabt hätte, da dies ungewiss sei. Im Wissen um diese Zulagen und deren Ungewissheit, was die Höhe anbelangt, entschieden sich die Parteien, das Verfahren in Bezug auf den eingeklagten Unfalllohn mit einem Vergleich abzuschliessen.

Was die Klägerin mit dem von ihr eingereichten Rechnungsbeispiel aufzeigen will, ist nicht einzusehen. Immerhin ist ihr entgegenzuhalten, dass im Gegensatz zum Rechnungsbeispiel der im Vergleich festgelegte Betrag zu Gunsten der Klägerin von keiner Wartefrist bei Unfall ausgeht.

Der von den Parteien geschlossene Vergleich ist somit wirksam und das Revisionsgesuch der Klägerin abzuweisen. Das Verfahren ist bezüglich Ziffer 2 des Rechtsbegehrens als durch Vergleich erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 und Art. 109 Abs. 1 ZPO).»

*(AH110180 vom 1. Februar 2012; auf eine – verspätete – Beschwerde ist das Obergericht am 5. April 2012 nicht eingetreten; RA120005; siehe auch Entscheid Nr. 15)*

## II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

### In der Publikation 2011:

#### **Zu Nr. 18.:**

Dieser Entscheid wurde vom Obergericht am 15. August 2012 bestätigt; LA120001.  
Eine dagegen erhobene Beschwerde an das Bundesgericht wurde am 18. März 2013 abgewiesen (4A\_559/2012).

#### **Zu Nr. 6.:**

Dieses Verfahren ist noch am Obergericht pendent.

#### **Zu Nr. 17.:**

Dieser Entscheid wurde vom Obergericht am 25. Juni 2012 bestätigt; LA110023.

#### **Zu Nr. 21.:**

Dieser Prozess wurde am Obergericht am 5. Oktober 2012 durch Vergleich erledigt;  
LA110043



### III. DER UNBEZAHLTE URLAUB

von Dr. Hans-Peter Egli, Präsident Arbeitsgericht Zürich (unter Mitwirkung von lic. iur. Lisa Kälin, Gerichtsschreiberin Bezirksgericht Zürich)

#### 1. Übersicht

##### 1.1 Bedeutung des unbezahlten Urlaubs

Weder im privatrechtlichen (Art. 319 ff. OR) noch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht (Arbeitsgesetz, ArG, und die fünf dazugehörigen Verordnungen, ArGV 1-5) findet sich der Begriff «unbezahlter Urlaub». Das verwundert ein wenig, denn das Thema «unbezahlter Urlaub» ist allgegenwärtig; zahlreiche Arbeitnehmer<sup>1</sup> wünschen irgendwann mal einen solchen und viele können diesen Traum auch verwirklichen. Die Gründe dafür sind vielfältig. So ist zum Beispiel an ausländische Arbeitnehmer zu denken, die wegen der grossen Entfernung von ihrer Heimat mit dem normalen Ferienanspruch nur schlecht zurechtkommen, weniger der Erholung wegen einen unbezahlten Urlaub wünschen, sondern weil sie beispielsweise viele Verwandte zu besuchen haben oder in ihrem Mutterland am Bau eines Eigenheims sind. Junge Arbeitnehmer wünschen längere Reisen zu unternehmen, möchten trampen und damit mehr Zeit zur Verfügung haben, als ihnen jährlich Ferien zur Verfügung stehen. Andere wiederum gelüftet es, während eines mehrmonatigen Sprachaufenthaltes ihre Fremdsprachenkenntnisse vor Ort zu erlernen oder zu verbessern. Junge Juristinnen und Juristen, die beim Gericht oder in einer Kanzlei angestellt sind, pflegen einen unbezahlten Urlaub zu nehmen, um sich auf die Anwaltsprüfung vorzubereiten. Nach längerer Dauer des Berufslebens möchte sich der eine oder andere eine etwas längere Auszeit gönnen oder ein Sabbatical<sup>2</sup> einlegen, was heute von Human-Resources-Spezialisten allgemein dem Stressabbau, der individuellen Entfaltung oder dem Aufladen der Batterien dienlich stark befürwortet wird<sup>3</sup>. Manche bewahrt ein solcher Unterbruch im Berufsleben vor einem frühen Burn-out. Schliesslich ist an den Vaterschaftsurlaub zu denken, der in der Schweiz – im Gegensatz zu vie-

<sup>1</sup> Ausschliesslich der besseren Lesbarkeit wegen werden bei den Begriffen «Arbeitgeber» und «Arbeitnehmer» ausschliesslich die männlichen Formen verwendet; die weiblichen sind immer mitgemeint.

<sup>2</sup> Gemäss einem alttestamentarischen Gebot: «Wenn Ihr in das Land kommt, das ich Euch geben werde, dann soll das Land dem Herrn einen Sabbat feiern, eine Ruhezeit. Sechs Jahre sollst Du Dein Feld besäen und sechs Jahre Deinen Weinberg beschneiden und die Früchte einsammeln. Aber im siebten Jahr soll das Land dem Herrn einen feierlichen Sabbat halten. Da sollst Du Dein Land nicht besäen und auch Deinen Weinberg nicht bearbeiten.» (3. Mose 25, 1–4).

<sup>3</sup> Irène Dietschi, Zur rechten Zeit eine Auszeit, in «Der Beobachter», Ausgabe 26/12.

len andern Ländern – nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, den aber immer mehr moderne Väter wünschen und der nur auf dem Weg eines unbezahlten Urlaubs verwirklicht werden kann.

### **1.2 Definition des unbezahlten Urlaubs**

Der unbezahlte Urlaub ist von ähnlichen Erscheinungsformen des Arbeitsrechts abzugrenzen, wie z. B. von bezahlten Freistellungen (Ferien, Freistellung in der Kündigungsfrist o. ä.) und anderen unbezahlten Freistellungen.

Die herrschende Lehre geht davon aus, es handle sich bei einem unbezahlten Urlaub um eine beidseitige, vorübergehende Suspendierung der Hauptpflichten eines Arbeitsvertrags<sup>4</sup>. Der Arbeitnehmer möchte auf eigenen Wunsch der Arbeit vorübergehend fernbleiben, weil er diese Freizeit anderweitig privat verwenden will (Verwandtenbesuche, Reisen, Bildung, ausgedehnte Erholung, blosse Arbeitsunlust etc.). Er lässt seine Arbeitspflicht und der Arbeitgeber die Lohnzahlungspflicht ruhen. Damit wird nicht etwa das ganze Arbeitsverhältnis unterbrochen und der Arbeitsvertrag fällt nicht dahin. Je nach Art des unbezahlten Urlaubs sind auch die mit dem Arbeitsverhältnis in engem Zusammenhang stehenden Nebenrechte und -pflichten wie beispielsweise Weisungsrecht, Persönlichkeitsschutz, Ferien- und Freizeitgewährung eingeschränkt. Andere Nebenpflichten wie beispielsweise Treuepflicht, Geheimhaltungspflicht und Ähnliches bleiben bestehen.

### **1.3 Rechtsanspruch auf unbezahlten Urlaub**

#### **a) Freie Vereinbarung**

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf Gewährung von unbezahltem Urlaub<sup>5</sup>. Er erfolgt in fast allen Fällen durch eine einvernehmliche Vereinbarung, sei es auf Initiative des Arbeitgebers, sei es – in viel häufigeren Fällen – auf Ersuchen des Arbeitnehmers; es besteht grundsätzlich kein Anspruch darauf<sup>6</sup>. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, sind allerdings so viele Fragen damit verbunden, dass es sich für die Vertragsparteien auf jeden Fall empfiehlt, die Modalitäten eines unbezahlten Urlaubs in allen Einzelheiten schriftlich zu regeln<sup>7</sup>.

#### **b) Ansprüche aus Gesamtarbeitsvertrag**

Sowohl der Einzelarbeitsvertrag wie Gesamtarbeitsverträge können Regelungen über die Gewährung unbezahlter Urlaube enthalten. Bloss beispielhaft sieht der GAV des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes

---

<sup>4</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 18 zu Art. 329d.

<sup>5</sup> Ausnahmen Ziff. 2.1 ff.

<sup>6</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 19 zu Art. 329d; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319--362 OR, 7. A., N 11 zu Art. 329a OR; Frank Emmel, Auszeit ohne Sorgen, NZZ vom 4. Juni 2011.

<sup>7</sup> Der Arbeitsmarkt, HR Today, 06/2005, in: Centre Patronal «Arbeitsrecht» Nr. 70; Frank Emmel, Aus dem Arbeitsrecht: Die Tücken des unbezahlten Urlaubs, NZZ vom 17. September 2003, Nr. 215, S. 71.

vor, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer würden spezielle schriftliche Vereinbarungen über unbezahlte Urlaube getroffen<sup>8</sup>. Der Gesamtarbeitsvertrag des Kantons Solothurn sieht unbezahlte Urlaube ausdrücklich vor und gewährt den Arbeitnehmern einen Rechtsanspruch darauf, «sofern es die betrieblichen Interessen gestatten»<sup>9</sup>. Als weiteres Beispiel sei auf den Gesamtarbeitsvertrag für die Firmen von local.ch verwiesen, wo ebenfalls ein Anspruch auf unbezahlten Urlaub stipuliert wird, sofern die betrieblichen Verhältnisse es gestatten<sup>10</sup>. Schliesslich sieht der Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe vor, dass unbezahlter Urlaub nicht angeordnet oder vom Mitarbeiter eigenmächtig bezogen werden darf. Unbezahlte Arbeitsperioden können aber vertraglich oder in gegenseitigem Einverständnis vereinbart werden<sup>11</sup>.

Es versteht sich von selbst, dass auch der Arbeitgeber keinen Rechtsanspruch darauf hat, seine Arbeitnehmer in einen unbezahlten Urlaub zu schicken, obwohl ihm das aus wirtschaftlichen Gründen gelegentlich zupass käme. Auch er ist auf eine Vereinbarung mit den Mitarbeitenden angewiesen<sup>12</sup>.

## 2. Gesetzlich vorgesehene unbezahlte Urlaube

Die Lehre behandelt den unbezahlten Urlaub unter Art. 329 ff. OR<sup>13</sup>. Es gibt daneben einige Fälle von gesetzlich vorgesehenem unbezahltem Urlaub.

<sup>8</sup> Art. 23.5 GAV.

<sup>9</sup> GAV des Kantons Solothurn:  
3.2. Unbezahlter Urlaub  
§ 122. Grundsatz

<sup>1</sup> Unbezahlte Urlaube sind antrags- und bewilligungspflichtig. Sie sind zu bewilligen, wenn es die betrieblichen Interessen gestatten.

<sup>2</sup> Der Antrag auf unbezahlten Urlaub ist schriftlich mit einer kurzen Begründung so früh als möglich vor dem beabsichtigten Antritt beim Amtschef oder bei der Amtschefin, bei der Spitaldirektion oder der direkt vorgesetzten Schulbehörde einzureichen.

<sup>3</sup> Der Amtschef oder die Amtschefin leitet den Antrag mit einer Stellungnahme unverzüglich an die Anstellungsbehörde weiter, welche darüber entscheidet.

<sup>10</sup> GAV für die Firmen von local.ch:

2.7.4 Unbezahlter Urlaub

Sofern es die betrieblichen Verhältnisse erlauben, kann unbezahlter Urlaub auf Gesuch hin gewährt werden. Unbezahlte Urlaube von mehr als 2 Wochen sind nur zwei Mal innerhalb von 5 Jahren möglich.

Dauert ein unbezahlter Urlaub mehr als drei Monate, gehen die Arbeitgeberbeiträge für die berufliche Vorsorge zu Lasten des Mitarbeitenden. Die Taggeldversicherung für Krankheit und Unfall ist Sache des Mitarbeitenden.

<sup>11</sup> Kommentar zum L-GAV Art. 17.

<sup>12</sup> So im Entscheid BJM 2011, 285, 297--299, wo die Arbeitgeberin die Mitarbeitenden anlässlich eines Weihnachtssessens auf die schwierige wirtschaftliche Lage des Unternehmens aufmerksam machte und in Aussicht stellte, sie könnten in den folgenden Monaten Januar bis März nur noch reduziert beschäftigt werden. Deshalb sollten sie sich im Rahmen eines unbezahlten Urlaubs mit einer Reduktion der Arbeitszeit einverstanden erklären.

<sup>13</sup> Kapitel VIII: Freizeit, Ferien, Urlaub für Jugendarbeit und Mutterschaftsurlaub.

### **2.1 Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit (Art. 329e OR)**

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen jedes Dienstjahr bis zu einer Arbeitswoche Jugendurlaub zu gewähren<sup>14</sup>. Auch hier gilt: Für den Arbeitnehmer entfällt die Arbeits-, für den Arbeitgeber die Lohnzahlungspflicht, wobei Letztere im gegenseitigen Einverständnis oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart oder vom Arbeitgeber gewährt werden kann<sup>15</sup>. Die Tätigkeit während des Urlaubs hat unentgeltlich zu sein; sie hat als leitende, betreuende oder beratende Tätigkeit zu erfolgen und der Arbeitnehmer darf nicht älter als 30 Jahre alt sein. Es entsteht während des Jugendurlaubs kein Anspruch auf einen Anteil am 13. Monatslohn<sup>16</sup>.

### **2.2 Unbezahlter Urlaub für schwangere Arbeitnehmerinnen (Art. 35a ArG)**

Schwangere Arbeitnehmerinnen dürfen auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen<sup>17</sup>. Dasselbe gilt auch für Wöchnerinnen und stillende Mütter für den Zeitraum von der neunten bis zur sechzehnten Woche nach der Geburt. Auch hierbei handelt es sich – jedenfalls für den Zeitraum nach Ablauf der Mutterschaftschädigung zwischen der 14. und 16. Woche – um eine Art von unbezahltem Urlaub, denn der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, für die Zeit, in welcher die Arbeitnehmerin ihr Recht auf Nichtbeschäftigung ausübt, Lohn zu bezahlen, kann aber die «Untätigkeit der Arbeitnehmerin» auch nicht verhindern<sup>18</sup>. Eine allfällige Lohnzahlung richtet sich nach Art. 324a OR<sup>19</sup>. Viele Mütter haben das Bedürfnis, den gesetzlich vorgesehenen Mutterschaftsurlaub auszudehnen. Nach der 16. Woche sind sie dazu auf das Einverständnis des Arbeitgebers angewiesen, es sei denn sie würden weiter stillen. Dann gilt der Freistellungsanspruch allerdings nur für die Zeit, die das Stillen beansprucht<sup>20</sup>.

### **2.3 Ausserordentliche Freizeit (Art. 329 OR)**

Arbeitnehmer haben das Recht auf ausserordentliche Freizeit, was bedeutet, dass der Arbeitgeber ihnen die notwendige Freizeit innerhalb der Arbeitszeit für die Erledigung dringender, persönlicher Angelegenheiten und wichtiger Familienanlässe zur Verfügung zu stellen hat. Diese werden entweder vertraglich vereinbart oder beruhen auf Übung oder Gesetz. Die ausserordentliche Freizeit ist nur ein unechter unbezahlter Urlaub. Einerseits kann der Arbeitgeber bei bestimmten Voraussetzungen den Urlaub nicht verweigern, sondern muss ihn gewähren, z. B. Heirat, Heirat im nahen Familienkreis, Tod des Partners, Tod von Eltern, Kindern und nahen

---

<sup>14</sup> Art. 329e Abs. 1 OR.

<sup>15</sup> Art. 329e Abs. 2 OR.

<sup>16</sup> Max Fritz, Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit, in: Sonderausdruck SAZ 1990 Nr. 16, S. 327 ff.

<sup>17</sup> Art. 35a Abs. 2 ArG.

<sup>18</sup> Rémy Wyler, Stämpfli's Handkommentar ArG, N 6 zu Art. 35a.

<sup>19</sup> Roland A. Müller, Arbeitsgesetz, zu Abs. 2 von Art. 35a ArG.

<sup>20</sup> Art. 35a Abs. 2 Satz 2 ArG.

Verwandten, Wohnungswechsel etc. Andererseits ist im Gesetz bewusst offen gelassen worden, ob diese Freizeit bezahlt werde oder nicht. Die Lohnfortzahlungspflicht ist indessen zu bejahen, wenn sie vereinbart ist oder sich aus einer Übung ergibt, was heute bei Anstellung im Monatslohn immer bejaht wird<sup>21</sup>. Nur bei Stunden- oder Akkordlohn muss die Bezahlung ausdrücklich vereinbart werden<sup>22</sup>. Das führt dazu, dass die ausserordentliche Freizeit in der Regel bezahlt und damit folgerichtig kein unbezahlter Urlaub ist<sup>23</sup>. Aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers lässt sich schliessen, dass diese ausserordentliche Freizeit eher extensiv zu gewähren ist. Es sind neben den bekannten und anerkannten Gründen für ausserordentliche Freizeit auch weitere Gründe denkbar, die eine längere Abwesenheit erfordern wie beispielsweise ein Familientreffen oder der Besuch eines kranken Verwandten im fernen Ausland, das Antreten einer Erbschaft im Ausland etc. In solchen Fällen wird man kaum aus der Übung eine Lohnfortzahlungspflicht herleiten können, selbst bei im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmern. Hingegen lässt sich der Standpunkt einnehmen, der einzelne Arbeitnehmer habe – gestützt auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers – auch einen Anspruch auf solche weitergehenden ausserordentlichen Freizeiten im Sinne eines unbezahlten Urlaubs, wobei sich dieser Anspruch wohl einer umfassenden Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu unterziehen hat.

#### 2.4 Freie Zeit für die Stellensuche

Dasselbe gilt auch für die nach erfolgter Kündigung für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit<sup>24</sup>, die der Arbeitgeber nach Vorankündigung durch den Arbeitnehmer ebenso zu gewähren und im Regelfall zu bezahlen hat wie die Zeit für den Besuch religiöser Feiern<sup>25</sup>. Allgemein besteht in allen Fällen dieser unechten unbezahlten Urlaube die Tendenz zu einem grösseren Entgegenkommen gegenüber dem Arbeitnehmer<sup>26</sup>. So gilt bei der Stellensuche gemäss Art. 329 Abs. 3 OR ein halber Tag pro Woche als üblich<sup>27</sup>, was von Arbeitgeberseite ohne weiteres eingeräumt wird<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 12 zu Art. 329 OR.

<sup>22</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 21 zu Art. 329.

<sup>23</sup> Der Kanton Zürich beispielsweise gewährt seinen Angestellten bezahlten Urlaub wie folgt:

- Eigene Hochzeit: 3 Tage.
  - Geburt des eigenen Kindes für den Vater: 5 Tage.
  - Domizilwechsel: 1 Tag.
  - Krankheit und Unfall bei Kindern bis Ende des schulpflichtigen Alters: höchstens 5 Arbeitstage.
  - Krankheit und Unfall in der Familie (bei fehlender Hilfe): 2 Tage pro Ereignis.
  - Arzt- und Zahnarztbesuche: die dazu notwendige Zeit.
- ([www.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/anstellungsbedingungen](http://www.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/anstellungsbedingungen)).

<sup>24</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 6 zu Art. 329 OR.

<sup>25</sup> Art. 329 Abs. 3 OR.

<sup>26</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 7 zu Art. 329 OR.

<sup>27</sup> Peter Stieger, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Bern 2009, S. 96, Rz 219; Arbeitsgericht Zürich in JAR 1999, S. 201.

<sup>28</sup> Vgl. Mitteilungsblatt Nr. 784 des Verbands Zürcher Handelsfirmen vom 11. April 2013.

Das ergibt zwei Tage pro Monat, was je nach Arbeitsmarktsituation und Stellenprofil eher wenig sein dürfte. Je nach den Anforderungen, die an einen Bewerber gestellt werden, ist es heute mit einem ein- bis zweistündigen Bewerbungsgespräch längst nicht mehr getan.

Die freie Zeit für die Stellensuche ist grundsätzlich auch bei einem im Voraus befristeten Arbeitsverhältnis einzuräumen.

### **2.5 Bildungsurlaub**

Der Bildungsurlaub wird nicht gesetzlich geregelt, weshalb sich die Erörterungen der Thematik auf Art. 328 OR stützen.

#### **a) Zweck**

Ein häufiger Zweck von unbezahltem Urlaub ist die Weiterbildung. Sinnvollerweise wird auch hier zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine diesbezügliche Vereinbarung geschlossen, welche sämtliche Eventualitäten regelt. Gemäss Lehre und heutigem Verständnis gehört die berufliche Weiterbildung zu einem von Art. 328 OR geschützten Gut, nämlich zum Recht auf wirtschaftliche Entfaltung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>29</sup>. Daraus wird heute mehrheitlich ein Anspruch auf unbezahlten Urlaub für Weiterbildungen abgeleitet<sup>30</sup>. Eine Lohnzahlung wird im Grundsatz jedoch abgelehnt. Der Arbeitgeber muss in dieser Zeit bereits auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten, was ihm nolens volens Unkosten verursacht. Deshalb ist es nicht zu begründen, dass er dem Arbeitnehmer für seine Abwesenheit auch noch Lohn bezahlen sollte<sup>31</sup>. Davon zu unterscheiden sind die Situationen, bei denen der Arbeitnehmer auf Geheiss oder Weisung des Arbeitgebers die Weiterbildung absolviert. Damit folgt der Arbeitnehmer einer Weisung des Arbeitgebers, wobei es sich entsprechend um zu bezahlende Arbeitszeit handelt<sup>32</sup>. Das gilt namentlich bei einer spezifischen, auf den konkreten Arbeitsplatz bezogenen Ausbildung.

#### **b) Umfang der Freistellung**

Auch bezüglich des Ausmasses der zu beanspruchenden Freistellung zur Weiterbildung, welche der Arbeitnehmer beanspruchen darf, findet sich keine allgemein gültige Regelung. Der in der Lehre genannte Umfang bewegt sich zwischen wenigen Tagen bis höchstens sechs Tage pro Kalenderjahr, wobei unterschiedliche Begründungen genannt werden. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH stützen sich auf Art. 329 OR und gehen entsprechend von einem relativ geringem Umfang der ausserordentlichen Freizeit aus, was den Urlaub auf einige wenige Tage beschränkt<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 7 zu Art. 328 OR; ZK OR-Staehelin, N 9 zu Art. 328; vgl. BGE 123 III 193 E. 2 und BGE 131 III 97 E. 3.

<sup>30</sup> Stieger, a. a. O., Rz 228, S. 100; Thomas Geiser, Weiterbildung und Arbeitsrecht, S. 218 ff., 221, Rz 2.16.

<sup>31</sup> Geiser, a. a. O., S. 122, Rz 225--227; Stieger, S. 98, Rz 224.

<sup>32</sup> Geiser, a. a. O., S. 99, Rz 2.27; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 5 zu Art. 328.

<sup>33</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 6 f. zu Art. 329 OR.

GEISER zieht als Auslegungshilfe den Jugendurlaub gemäss Art. 329e OR heran, wonach der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Arbeitswoche unbezahlten Urlaub pro Kalenderjahr hat. Wird der Urlaub nicht bezogen, so verfällt er Ende Jahr. Zudem hat der Arbeitgeber – wie beim Jugendurlaub auch – das Recht, vom Arbeitnehmer eine Bestätigung über die absolvierte Weiterbildung zu verlangen<sup>34</sup>. NEF hingegen geht nicht von einer zeitlichen Beschränkung aus<sup>35</sup>. Andere ziehen zur Auslegung des zeitlichen Ausmasses Art. 329 Abs. 3 OR zu Rate. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sei für die Stellensuche ein halber Tag pro Woche üblich<sup>36</sup>. Bedingt durch die Anzahl Dienstjahre und die davon abhängigen, gesetzlichen Kündigungsfristen legt STIEGER die zu beanspruchenden Tage für unbezahlten Weiterbildungsurlaub fest: Im ersten Anstellungsjahr mit einem Monat Kündigungsfrist hat der Arbeitnehmer entsprechend Anspruch auf vier Mal einen halben Tag, was zwei Tage unbezahlten Urlaub macht. Wird die Maximaldauer der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten erreicht, hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf sechs Tage unbezahlten Urlaub, was als Maximum zu betrachten ist, unabhängig von allfällig vertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfristen<sup>37</sup>.

### c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zumindest ein Teil der Lehre einen Anspruch auf unbezahlten Urlaub bejaht, sofern er zu Weiterbildungszwecken verwendet wird und sich ungefähr im Rahmen einer Arbeitswoche bewegt. Soll ein unbezahlter Urlaub länger dauern und vom Weiterbildungszweck losgelöst sein, so muss er zwischen den Parteien vereinbart werden. Es besteht dann nach vorherrschender Lehrmeinung kein Anspruch darauf.

## 2.6 Unbezahlter Urlaub gestützt auf Art. 324a OR

Ein Sonderfall des unbezahlten Urlaubs ist die Freistellung von der Arbeit wegen Krankheit oder Unfall, nachdem der Lohnfortzahlungsanspruch erloschen ist. Art. 324a Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der wegen Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten hat. Die Lohnfortzahlung ist auf drei Wochen im ersten Dienstjahr beschränkt. Nachher lässt das Gesetz die Lohnfortzahlungsdauer offen. Sie muss bloss «angemessen länger» sein. Die Rechtsprechung hat hier – wenig sinnvoll – eine Unsicherheit geschaffen, indem drei verschiedene Skalen – die Berner, Basler und Zürcher Skala – zur Anwendung

<sup>34</sup> Geiser, a. a. O., N 2.16.

<sup>35</sup> Urs Christian Nef, Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Bildungsurlaubs, in: SZS 1993, S. 57 ff., 62.

<sup>36</sup> BSK OR I-Portmann, N 17 zu Art. 329; ZK OR-Staehelin, N 17 zu Art. 329; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 10 zu Art. 329 OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 18 zu Art. 329 OR; Stieger, a.a.O, N 219 m. w. H.

<sup>37</sup> Stieger, a. a. O., N 219.

kommen<sup>38</sup>. Läuft die Lohnfortzahlung aus und ist der Arbeitnehmer z. B. immer noch krank, könnte man von einem unbezahlten Urlaub sprechen, denn die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers ist erloschen. Allerdings fehlt es bei Krankheit und Unfall am Kriterium der Freiwilligkeit, welche bei einem unbezahlten Urlaub implizit ist. Anders ist es bei der Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder der Ausübung öffentlicher Ämter. Zumindest letztere werden in der Regel freiwillig übernommen.

So wird beispielsweise ausländischer Militärdienst gleich wie inländischer behandelt<sup>39</sup>. Absolviert nun ein ausländischer Arbeitnehmer in seinem Heimatland obligatorischen oder freiwilligen Militärdienst, dessen Dauer die Lohnfortzahlungspflicht diejenige von Art. 324a OR überdauert, handelt es sich um einen unbezahlten Urlaub, zu dessen Gewährung der Arbeitgeber verpflichtet ist. Ebenso gut kann die Dauer der Ausübung eines öffentlichen Amtes die Lohnfortzahlungsdauer von Art. 324a OR überschreiten<sup>40</sup>. Da das schweizerische Staatswesen auf dem Milizsystem aufbaut, braucht keine gesetzliche Pflicht zur Übernahme des Amtes zu bestehen<sup>41</sup>. Der Arbeitgeber muss einen unbezahlten Urlaub gewähren, wenn die zeitliche Abwesenheit des Arbeitnehmers für ein öffentliches Amt die Dauer der Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR überschreitet.

### **2.7 Unbezahlter Urlaub gestützt auf den Gleichbehandlungsgrundsatz**

Die Schweiz besitzt kein allgemeines zivilrechtliches Gleichstellungsgesetz. Die Vertragsparteien sind namentlich frei, einen Lohn zu vereinbaren und der Arbeitgeber ist nicht gehalten, die gleichen Löhne für gleiche Arbeitskräfte zu bezahlen; es steht ihm frei, mit jedem Arbeitnehmer möglichst günstige Lohnbedingungen auszuhandeln<sup>42</sup>. Gleichwohl ist heute aus der Pflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, sowie aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz<sup>43</sup> ein arbeitsrechtlicher geschlechterübergreifender Gleichbehandlungsgrundsatz anerkannt. Dessen Wirkung ist allerdings beschränkt, z. B. auf die Ausübung des Weisungsrechts und auf freiwillige Leistungen des Arbeitgebers<sup>44</sup>. Vor allem bei freiwilligen Leistungen findet der Gleichbehandlungsgrundsatz Anwen-

---

<sup>38</sup> Als Beispiel die am weitesten verbreitete Berner Skala:

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. Jahr	1 Monat
3. und 4. Jahr	2 Monate
5. bis 9. Jahr	3 Monate
10. bis 14. Jahr	4 Monate
15. bis 19. Jahr	5 Monate
20. bis 25. Jahr	6 Monate

Die Zürcher Skala wird im Kanton Zürich verwendet und ist die am arbeitnehmerfreundlichste. Die Basler Skala gelangt in den beiden Basler Kantonen zur Anwendung.

<sup>39</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 8 zu Art. 324a.

<sup>40</sup> Z. B. Nationalratsmandat.

<sup>41</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 9 zu Art. 324a.

<sup>42</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 20 zu Art. 322 OR.

<sup>43</sup> Art. 28 ff. ZGB.

<sup>44</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 12 zu Art. 328 OR.

dung und hat unmittelbar anspruchsbegründende Wirkung. Eine solche freiwillige Leistung ist die Gewährung eines unbezahlten Urlaubs. Eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers ist jedoch nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und folglich ein Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Dies ist schon dann der Fall, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird<sup>45</sup>. Gewährt ein Arbeitgeber einem Teil der Arbeitnehmer nach einer bestimmten Dienstzeit ein halbjähriges Sabbatical, darf er dieses nicht willkürlich und ohne triftigen Grund ändern verweigern. Er muss hier den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten, d. h. jeder andere vergleichbare Arbeitnehmer besitzt in entsprechender Lage denselben Anspruch.

Besondere Vorsicht ist für den Arbeitgeber beim nicht selten anzutreffenden Wunsch von Arbeitnehmerinnen geboten, den gesetzlichen Mutterschaftsurlaub mit einem daran anschliessenden unbezahlten Mutterschaftsurlaub zu verlängern. Gemäss Art. 3 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen aufgrund ihres Geschlechts nicht diskriminiert werden<sup>46</sup>. Das gilt auch für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, welche weit zu fassen ist. Dazu gehören die Ausgestaltung der Arbeitszeit und damit auch unbezahlte Urlaube<sup>47</sup>. Ein Arbeitgeber wird einer Mutter gewordenen Arbeitnehmerin einen unbezahlten Urlaub als Verlängerung des gesetzlichen Mutterschaftsurlaub gewähren müssen, wenn er in seinem Unternehmen schon jemals irgendwelche unbezahlten Urlaube gewährt hat. Andernfalls würde er sich dem Vorwurf der Verletzung des Diskriminierungsverbots aussetzen.

### 3. Konsequenzen des unbezahlten Urlaubs

Ein unbezahlter Urlaub zieht verschiedene Konsequenzen nach sich, die jedenfalls teilweise den Arbeitnehmer, der einen unbezahlten Urlaub beziehen will, veranlassen können, gewisse Vorkehrungen zu treffen.

#### 3.1 Dienstjahre

Keinen Einfluss hat ein unbezahlter Urlaub auf Ansprüche, die auf die Anzahl Dienstjahre abstellen, wie etwa gesetzliche Kündigungsfristen<sup>48</sup>, denn das Arbeitsver-

<sup>45</sup> BGE 129 III 276 E. 3.1.

<sup>46</sup> Art. 3 GIG (Diskriminierungsverbot)

<sup>1</sup> Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft.

<sup>2</sup> Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung.

<sup>3</sup> (...).

<sup>47</sup> Elisabeth Freivogel, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, Kommentar zum GIG, N 48 zu Art. 3.

<sup>48</sup> Art. 335c Abs. 1 OR.

hältnis besteht während des unbezahlten Urlaubs grundsätzlich weiter<sup>49</sup>. Ebenso hat ein unbezahlter Urlaub auf den Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses<sup>50</sup>, auf Abgangsentschädigungen<sup>51</sup> sowie auf die Dauer der Lohnfortzahlung im Falle unverschuldeter Verhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 2 OR keinen Einfluss<sup>52</sup>.

### **3.2 Probezeit**

Wird ein unbezahlter Urlaub noch während der Probezeit bezogen, verlängert sich diese nicht, sondern läuft während des Urlaubs ab. Das Bundesgericht entschied neu-lich, die Aufzählung der Tatbestände in Art. 335b Abs. 3 OR, welche zu einer Ver-längerung der Probezeit führten, seien abschliessend genannt. Der unbezahlte Urlaub lasse zwar die Hauptpflichten ruhen, er führe aber nicht dazu, dass anschliessend ein neues Arbeitsverhältnis beginne. Demzufolge laufe auch während des Urlaubs das Probeverhältnis weiter. Das Gesetz beschränke die Probezeit auf drei Monate. Diese könnten die Parteien auch einverständlich nicht weiter verlängern, indem sie beispie-lsweise einen unbezahlten Urlaub vereinbarten<sup>53</sup>. Dieser Entscheid ist folgerichtig und auch ohne weiteres vertretbar, ist es dem Arbeitgeber ja freigestellt, ob er bereits in der Probezeit Ferien oder gar einen unbezahlten Urlaub gewähren will.

### **3.3 Ferien**

Darüber, ob während des unbezahlten Urlaubs der Ferienanspruch weiterwächst, herrscht in der Lehre keine Einigkeit<sup>54</sup>. Es kann indessen kaum gemeint sein, dass ein Arbeitnehmer beispielsweise sechs Monate unbezahlten Urlaub machen kann und in den restlichen sechs Monaten, in denen er wieder tätig ist, noch die vollen (gesetzli-chen) vier Wochen Ferien beziehen darf. Im Extremfall könnte er elf Monate unbezahl-ten Urlaub machen und im restlichen Monat des Jahres noch Ferien einziehen. Ferien dienen definitionsgemäss der Erholung von der Arbeit. Von einem unbezahlten Urlaub hat man sich nicht zu erholen. Art. 329a Abs. 3 OR, der festhält, der Ferienanspruch wachse proportional zur Dauer des Arbeitsverhältnisses, ist hier analog anzuwenden.

Damit ist Art. 329b OR auf den unbezahlten Urlaub nicht anzuwenden, denn, obwohl keine Arbeit geleistet wird, handelt es sich nicht um eine Arbeitsverhinderung

---

<sup>49</sup> Anders die Regelung im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis des Kantons Zürich: Übersteigt die Dauer aller unbezahlter Urlaube, die während der Anstellungen beim Kanton be-zogen wurden, sechs Monate, wird das Dienstalter entsprechend angepasst. Hat jemand zum Beispiel insgesamt acht Monate unbezahlten Urlaub bezogen, wird das fiktive Eintrittsdatum um zwei Monate «korrigiert».

<sup>50</sup> Art. 334 Abs. 1 OR.

<sup>51</sup> Art. 339b OR.

<sup>52</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 28 zu Art. 329d.

<sup>53</sup> BGE 136 III 562 S. 565; Thomas Geiser, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2011, in: AJP/PJA 2012, S. 111.

<sup>54</sup> Dafür: Eric Cerottini, *Le droit aux vacances*, Lausanne 2011, S. 65; Frank Emmel, Die Tücken des unbezahlten Urlaubs, NZZ vom 17. September 2003, S. 71.  
Dagegen: Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR; BSK OR-Portmann, N 3 zu Art. 329a.

des Arbeitnehmers. Stattdessen gilt der Grundsatz «ohne Arbeit keine Ferien», was bedeutet, dass Erholung nur auf Arbeit folgen kann. Eine Kürzung der Feriendauer ist sinnvollerweise im Umfang, wie dieser auch in Art. 329d OR vorgesehen ist, anzuwenden. Es erfolgt eine Kürzung um einen Zwölftel pro Monat unbezahlten Urlaubs. Entgegen der Regelung von Art. 329b OR ist allerdings keine Schonfrist zu berücksichtigen, der Abzug ist vielmehr gleich ab dem ersten Monat Urlaub gerechtfertigt<sup>55</sup>, denn beim unbezahlten Urlaub besteht überhaupt keine Arbeitspflicht, weshalb sich die Frage, ob ein Leistungshindernis vorliegt, erübrigt. Die Ferienkürzung darf damit bereits ab dem ersten Monat erfolgen.

### 3.4 Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR

Erkrankt der Arbeitnehmer während des unbezahlten Urlaubs, stellt sich die Frage nach der Lohnfortzahlung. Mangels Lohns entfällt grundsätzlich eine solche nach Art. 324a OR für die Dauer des Urlaubs. Eine Lohnfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit ist darum nicht möglich, weil bereits der arbeitsfähige Arbeitnehmer keinen Lohn erhält. Ist der Arbeitnehmer am vereinbarten ersten Arbeitstag nach dem Urlaub noch arbeitsunfähig, so lebt der Anspruch auf Lohnfortzahlung allerdings wieder auf und der Arbeitnehmer erhält Lohn, auch wenn er nicht arbeitsfähig ist und der Arbeit fern bleibt<sup>56</sup>.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, eine Ausnahme sei dann zu machen, wenn der unbezahlte Urlaub allein Erholungszwecken diene. Erkrankte der Arbeitnehmer während dieses Erholungsurlaubes, könne der damit angestrebte Zweck nicht erreicht werden und der Arbeitgeber müsse den Lohn nach Massgabe von Art. 324a OR bezahlen. Damit fällt die unentgeltliche Arbeitssuspendierung als Anspruchsvoraussetzung dahin, die Krankheit bleibt als alleiniger Grund für die fehlende Arbeitsleistung übrig<sup>57</sup>.

Es ist zutreffend, dass sich der Erholungszweck des unbezahlten Urlaubs nicht mehr erreichen lässt, wenn der Arbeitnehmer während diesem erkrankt. Dies wird beim bezahlten Urlaub, den Ferien, ohne weiteres so beurteilt. Erkrankt der Arbeitnehmer während der Ferien, wird deren Erholungszweck vereitelt und der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Nachgewährung. Es ist darum folgerichtig, wenn diese Regelung auch beim unbezahlten Erholungsurlaub gilt. Schwierigkeiten werden sich dann ergeben, wenn der unbezahlte Urlaub nicht klar einer Kategorie – z. B. Bildungsurlaub, Reisen, Erholungsurlaub, andere private Gründe etc. – zugerechnet werden kann. Nicht selten hat ein unbezahlter Urlaub die verschiedensten Zwecke zu erfüllen und somit entfällt die Lohnfortzahlung im Falle einer Krankheit während diesem. Handelt es sich ausschliesslich oder in erster Linie um einen Erholungsurlaub, empfiehlt es sich, dies zum Zeitpunkt festzulegen, wenn der Arbeitgeber den unbezahlten

<sup>55</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 3 zu Art. 329b OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 1 zu Art. 329b.

<sup>56</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 27 zu Art. 329d.

<sup>57</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 27 zu Art. 329d.

Urlaub auf Gesuch des Arbeitnehmers hin bewilligt. Nur wenn die Parteien übereinstimmend als einzigen oder jedenfalls als überwiegenden Zweck des Urlaubs Erholung festgelegt haben, kann der Arbeitnehmer auf Lohnfortzahlung pochen.

### **3.5 Krankenversicherung**

Die Krankenkasse besteht unabhängig vom Arbeitsverhältnis. Wer während seines unbezahlten Urlaubs den Wohnsitz in der Schweiz nicht aufgibt, muss weiterhin Krankenkassenprämien bezahlen und ist gleich versichert wie vorher. Für gewisse Auslandsreisen lohnt sich der Abschluss einer Zusatzversicherung, da nicht sämtliche Arzt- und Spitalkosten gedeckt sind. Der Höchstbetrag der Versicherungsdeckung einer Arzt- oder Spitalbehandlung im Ausland beträgt im Maximum das Doppelte, den die gleiche Behandlung in der Schweiz kosten würde<sup>58</sup>.

### **3.6 Unfallversicherung**

Die obligatorische Unfallversicherung des Arbeitnehmers endet mit dem dreissigsten Tag, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn endet<sup>59</sup>. Da es beim unbezahlten Urlaub keine Lohnzahlungspflicht gibt, fällt auch dieser Versicherungsschutz dahin. Es ist deshalb für Arbeitnehmer bei einem länger als einen Monat dauernden unbezahlten Urlaub ratsam, eine Abredeversicherung abzuschliessen, durch welche der Versicherungsschutz von den erwähnten 30 auf bis zu 180 Tage verlängert werden kann<sup>60</sup>. Voraussetzung ist, dass man beim Arbeitgeber auch gegen Nicht-Berufsunfall versichert ist, was bei allen Angestellten der Fall ist, die mehr als acht Stunden pro Woche beschäftigt sind<sup>61</sup>.

Der Arbeitnehmer erhält bei einem Unfall entsprechend nur UVG-Taggelder, wenn sich der Unfall binnen 30 Tagen oder – bei Abschluss einer Abredeversicherung mit dem Versicherer – binnen 180 Tagen nach Antritt des Urlaubs ereignet hat. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) und manche Privatversicherer sind jedoch kulant und bezahlen häufig auch während des unbezahlten Urlaubs, wenn dessen Zweck durch den Unfall vereitelt wurde<sup>62</sup>.

Das Taggeld wird bei einer Abredeversicherung unabhängig vom effektiven Erwerbsausfall berechnet. Dessen Höhe richtet sich nach dem zuletzt ausbezahlten vollen Monatslohn, bei unregelmässig Beschäftigten wird auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt<sup>63</sup>. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass sich eine Abredeversicherung auch für jene Arbeitnehmer aufdrängt, die anlässlich

---

<sup>58</sup> Art. 36 Abs. 4 KVV (Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102).

<sup>59</sup> Art. 3 Abs. 2 UVG (Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20).

<sup>60</sup> Art. 3 Abs. 3 UVG.

<sup>61</sup> Art. 13 Abs. 1 UVV (Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung, SR 832.202).

<sup>62</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 29 zu Art. 329d.

<sup>63</sup> Art. 22 und Art. 23 Abs. 3 UVV.

eines Stellenwechsels einen «unbezahlten Urlaub», also eine längere Zeit ohne Arbeitsverhältnis, einplanen. Die Prämie kostet derzeit Fr. 25.– pro Monat.

### 3.7 Familienzulagen

Das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Familienzulagen statuiert den Grundsatz, dass der Anspruch auf Familienzulagen mit dem Lohnanspruch entsteht und erlischt, wobei der Bundesrat den Anspruch nach dem Erlöschen des Lohnanspruchs zu regeln hat<sup>64</sup>. Das wurde ab 2009 in einer Verordnung bereinigt. Der unbezahlte Urlaub wurde in der Verordnung selber zwar nicht erwähnt, sondern nur in der Wegleitung zum Gesetz, weshalb das Bundesgericht mit Urteil vom 23. März 2011 den Anspruch auf Familienzulagen während eines unbezahlten Urlaubs mangels gesetzlicher Grundlage ablehnte<sup>65</sup>. Entsprechend wurde die Familienzulagenverordnung per 1. Januar 2012 revidiert. Seit dem 1. Januar 2012 besteht auch während eines unbezahlten Urlaubs Anspruch auf Familienzulagen und zwar ab Antritt des Urlaubs bis Ende des laufenden Monats und der drei darauffolgenden Monate<sup>66</sup>. In der neusten Fassung der Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZWL, SR 318.810) wird vorausgesetzt, dass der Jahreslohn Fr. 7'020.– erreicht und die Arbeit nach dem Ende des unbezahlten Urlaubs wieder beim gleichen Arbeitgeber aufgenommen werde<sup>67</sup>.

### 3.8 AHV (Beitragslücken)

In der Regel dürften die AHV-Beiträge bei einem unbezahlten Urlaub kein Problem darstellen. Dauert ein solcher jedoch längere Zeit, kann AHV-rechtlich eine Beitragslücke entstehen. Es liegt im Interesse des Arbeitnehmers, solches durch Bezahlung der Beiträge für Nichterwerbstätige zu vermeiden<sup>68</sup>. Der Mindestbetrag beträgt derzeit Fr. 480.– (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zusammengerechnet)<sup>69</sup>.

### 3.9 Berufliche Vorsorge

Was die Leistungen der beruflichen Vorsorge anbelangt, kann ein unbezahlter Urlaub Konsequenzen haben.

Die Versicherungspflicht endet grundsätzlich, wenn der Mindestlohn von Fr. 21'060.– unterschritten wird<sup>70</sup>. Wird trotz des Urlaubs der Mindestlohn erreicht, bleibt die Versicherungsdeckung bestehen, sofern die Vorsorgeeinrichtung die Beiträge jährlich abrechnet und das Reglement keine andere Lösung vorsieht<sup>71</sup>. Gemäss

<sup>64</sup> Art. 13 Abs. 1 FamZG (Familienzulagengesetz, SR 836.2).

<sup>65</sup> BGE 137 V 121 E. 5.4.

<sup>66</sup> Art. 10 Abs. 1 bis Verordnung vom 31. Oktober 2007 über die Familienzulagen (Familienzulagenverordnung, FamZV, SR 836.21).

<sup>67</sup> Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZWL, SR 318.810), N 519.1.

<sup>68</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR.

<sup>69</sup> vgl. [www.svazurich.ch/pdf/2.03d.pdf](http://www.svazurich.ch/pdf/2.03d.pdf).

<sup>70</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. c in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 BVG (Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40).

<sup>71</sup> Isabelle Vetter-Schreiber, BVG-Kommentar, Berufliche Vorsorge, N 12 zu Art. 10.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH muss dessen ungeachtet angenommen werden, dass auf den unbezahlten Urlaub als vorübergehende Erscheinung Art. 8 Abs. 3 BVG anwendbar ist, wonach der vor dem Urlaub versicherte Lohn, sofern der Arbeitnehmer einverstanden ist, mindestens solange Gültigkeit behält, als die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR bestehen würde. Der Arbeitnehmer muss dem Versicherer, der Pensionskasse, den unbezahlten Urlaub schriftlich mitteilen. Allerdings müssen die Prämien weiter bezahlt werden, die auch vollumfänglich (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) vom Arbeitnehmer übernommen werden können, sofern dadurch die kollektive Beitragsparität<sup>72</sup> nicht verletzt wird<sup>73</sup>. Somit besteht eine unveränderte Weiterversicherung und der Urlauber genießt vollen Schutz bei einem allfälligen krankheitsbedingten Invaliditäts- oder Todesfall. Auch das Altersguthaben wird unverändert weiter aufgebaut.

Einzelne Pensionskassen bieten allerdings nur den bisherigen Versicherungsschutz Tod und Invalidität, jedoch ohne den Sparteil an. Damit wird auch der monatliche Aufwand für die Pensionskasse um die Sparbeträge reduziert und das Altersguthaben wird um die Dauer des unbezahlten Urlaubs geschmälert, womit die Altersrente etwas geringer ausfällt. Schliesslich kann auf die reglementarische Versicherungsdeckung verzichtet werden. Die Versicherung bleibt für die Dauer des unbezahlten Urlaubs sistiert. Das Altersguthaben wird nicht weiter aufgebaut und im Invaliditäts- oder Todesfall werden nur die gesetzlichen Mindestleistungen erbracht.

### **3.10 Arbeitslosigkeit**

Unbezahlte Urlaube, die länger als zwölf Monate dauern, können für den Arbeitnehmer gefährlich werden. Bei der Arbeitslosenversicherung ist die Besonderheit zu beachten, dass nach zwölf Monaten unbezahlten Urlaubs jeder Taggeldanspruch entfällt, da binnen der Beitragsrahmenfrist von zwei Jahren die Beitragszeit von mindestens zwölf Monaten nicht mehr erreicht werden kann<sup>74</sup>. Vorbehalten bleiben die Fälle der Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit z.B. wegen Mutterschaft oder Weiterbildung<sup>75</sup>. Beim versicherten Verdienst sollten sich jedoch keine Nachteile ergeben, da auf den Durchschnittslohn der letzten sechs bzw. zwölf Beitragsmonate abzustellen ist<sup>76</sup>. Die Urlaubsdauer kann nicht als Beitragszeit angerechnet werden<sup>77</sup>.

### **3.11 Vorzeitiger Abbruch des unbezahlten Urlaubs durch den Arbeitnehmer**

Da ohne Rechtsanspruch, stützen sich die meisten unbezahlten Urlaube auf eine

---

<sup>72</sup> Art. 66 Abs. 1 BVG.

<sup>73</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR.

<sup>74</sup> Art. 9 und Art. 13 Abs. 1 AVIG (Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, Arbeitslosenversicherungsgesetz, SR 837.0).

<sup>75</sup> Art. 14 AVIG; vgl. auch Art. 13 Abs. 2 AVIG.

<sup>76</sup> Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV (Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, Arbeitslosenversicherungsverordnung, SR 837.02).

<sup>77</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 11 zu Art. 329a OR.

Vereinbarung, d. h. auf einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine Vereinbarung über einen unbezahlten Urlaub beruht dementsprechend auf Zugeständnissen und gutem Willen von beiden Seiten, was auch bei einer nachträglichen Änderung des ursprünglich Abgemachten zu berücksichtigen wäre. Mit andern Worten kann keine der Vertragsparteien alleine den unbezahlten Urlaub abbrechen. Weder kann der Arbeitnehmer früher zurückkommen und verlangen, wieder beschäftigt zu werden, noch kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorzeitig aus dem unbezahlten Urlaub zurückrufen. Soweit ersichtlich, gibt es zu dieser Frage keine Rechtsprechung, was kaum darauf zurückzuführen ist, dass diese Konstellation nicht vorkäme, sondern eher darauf, dass es den Parteien bewusst ist, sie hätten sich bei einer solchen Frage zu einigen.

Es wäre entsprechend sinnvoll, in der Vereinbarung gegebenenfalls auch die Möglichkeit des vorzeitigen Abbruchs eines unbezahlten Urlaubs zu regeln bzw. einen solchen allenfalls ausdrücklich auszuschliessen.

Ist ein vorzeitiger Abbruch des unbezahlten Urlaubs nicht geregelt und bricht ihn der Arbeitnehmer vorzeitig ab und bietet dem Arbeitgeber seine Arbeit früher als vereinbart wieder an, steht es diesem frei, sich damit einverstanden zu erklären und den Arbeitnehmer per sofort wieder zu beschäftigen und entsprechend zu entlönnen.

Es kann jedoch dem Arbeitgeber nicht die Pflicht auferlegt werden, die angebotene Arbeit anzunehmen. Insbesondere bei längeren unbezahlten Urlaubszeiten ist unter Umständen eine Drittperson beteiligt, mit welcher für diese Zeit ein Vertrag abgeschlossen worden ist, um den Beurlaubten zu ersetzen. Dieser Vertrag kann unter Umständen nicht ohne weiteres wieder aufgelöst werden. Der Arbeitgeber darf sich nach Treu und Glauben darauf verlassen, dass sich der Arbeitnehmer an die Abmachung betreffend seine Rückkehr halten wird.

### **3.12 Kündigung während des unbezahlten Urlaubs**

#### **a) Ordentliche Kündigung**

Bietet der Arbeitnehmer seine Arbeit noch während des laufenden unbezahlten Urlaubs wieder an, manifestiert er damit seinen Willen, diesen vorzeitig zu beenden. Hat der Arbeitgeber in diesem Zeitpunkt keine Verwendung für den Arbeitnehmer, stellt sich die Frage nach einer möglichen Kündigung.

So oder so können für beide Vertragsparteien Situationen eintreten, welche die Frage nach einer Kündigung während des laufenden unbezahlten Urlaubs aufwerfen. Der Arbeitgeber ist beispielsweise von den Leistungen des «Stellvertreters» so begeistert, dass er diesen weiterbeschäftigen und das Arbeitsverhältnis mit dem beurlaubten Arbeitnehmer lieber beenden möchte. Oder der Arbeitnehmer findet während des unbezahlten Urlaubs zufällig eine andere, ihm mehr zusagende Arbeitsstelle u. ä.

Das Recht auf Kündigung gilt auch während des unbezahlten Urlaubs. Beide Parteien können das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen jederzeit auflösen. Es ist also nicht das vereinbarte Ende des unbezahlten Urlaubs abzuwarten.

Die Kündigungsfrist soll allerdings dem Gekündigten ermöglichen, sich neu zu orientieren und sich eine neue Tätigkeit zu suchen. Normalerweise besteht während

dieser Zeit das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit sämtlichen Pflichten, so auch mit den Hauptpflichten Arbeitspflicht und Lohnzahlung<sup>78</sup>. Entsprechend sind während laufender Kündigungsfrist Lohn und Arbeit grundsätzlich geschuldet. Bei Bedarf hat der Arbeitnehmer jedoch Anspruch auf die notwendige Zeit, die er braucht, um eine neue Anstellung zu suchen<sup>79</sup>, da die Kündigungsfrist auch den Zweck hat, dem Arbeitnehmer die Stellensuche zu ermöglichen.

Umgekehrt soll sich auch der Arbeitnehmer darauf verlassen können, dass die Vereinbarung betreffend unbezahlten Urlaub gilt und er erst wieder am vereinbarten Zeitpunkt am Arbeitsplatz erscheinen muss.

#### **b) Fristlose Kündigung während des unbezahlten Urlaubs**

Ein sich in einem längeren unbezahlten Urlaub befindlicher Arbeitnehmer wird kaum die Möglichkeit haben, Gründe entstehen zu lassen, welche es dem Arbeitgeber erlauben würden, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Hingegen sei an dieser Stelle auf einen Entscheid des Bundesgerichts hingewiesen, wo eine fristlose Kündigung als gerechtfertigt eingeschätzt worden war, als ein Arbeitgeber die Bewilligung zu einem unbezahlten Urlaub nach einer längeren Krankheit widerrufen hatte und der Arbeitnehmer den Urlaub gleichwohl antrat<sup>80</sup>. Dieser Entscheid versteht sich fast von selbst, denn im Allgemeinen ist eine fristlose Kündigung auch schon dann gerechtfertigt, wenn ein Arbeitnehmer gegen den ausdrücklichen Willen des Arbeitgebers Ferien bezieht.

#### **c) Kündigungsfristen**

Bei einem unbezahlten Urlaub ruhen die beiden Hauptpflichten (Arbeitsleistung und Lohnzahlung). Gemäss herrschender Lehre besteht wie erwähnt Einigkeit darüber, dass während einem unbezahlten Urlaub genau gleich gekündigt werden kann, wie wenn der Arbeitnehmer normal zur Arbeit erscheinen würde.

Strittig ist jedoch der Zeitpunkt, in welchem die Kündigungsfrist zu laufen beginnen soll. REHBINDER/STÖCKLI einerseits vertreten die Meinung, bei einer vertraglichen Abrede auf Freistellung könne das Arbeitsverhältnis frühestens auf Ende des unbezahlten Urlaubs gekündigt werden<sup>81</sup>. EMMEL geht etwas differenzierend davon aus, ein Aufschub des Fristbeginns bis zum Urlaubsende könne und solle vereinbart werden oder ergebe sich aus den Umständen der Urlaubsgewährung<sup>82</sup>.

Es wird andererseits auch die m. E. zutreffende Meinung vertreten, der Arbeitgeber könne zwar während eines gewährten unbezahlten Urlaubs den Arbeitsvertrag kündigen, die Kündigungsfrist laufe jedoch erst ab Wiederaufnahme der Arbeit nach

---

<sup>78</sup> Auch wenn die Freistellung von der Arbeitspflicht während der Kündigungsfrist immer häufiger anzutreffen ist.

<sup>79</sup> Art. 329 Abs. 3 OR.

<sup>80</sup> BGer. 8C\_307/2007; Urteil vom 3. Oktober 2007.

<sup>81</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 28 zu Art. 329d.

<sup>82</sup> Frank Emmel, Berufliche Auszeit ohne Sorgen, in NZZ vom 4. Juni 2011; gl.M. Veronique Aebi, in work, Die Zeitung der Gewerkschaft vom 14. April 2011.

dem Urlaub. Der Grund dafür ist zum einen darin zu sehen, dass ein Parteiwille zur Weiterbeschäftigung nach dem Urlaub anzunehmen sei, zum anderen, weil dem Arbeitnehmer die Stellensuche in der Kündigungsfrist zu ermöglichen sei<sup>83</sup>. Da unbezahlter Urlaub meist in Form einer Vereinbarung abgemacht wird, ist es sinnvoll, auch die Details zur Kündigung festzuhalten; gekündigt werden darf jedoch grundsätzlich. Nach Treu und Glauben darf sich ein Arbeitnehmer indessen darauf verlassen, dass er nach Ablauf des unbezahlten Urlaubs weiterhin die gleiche Arbeitsstelle hat. Kündigt ihm nun der Arbeitgeber während des Urlaubs, darf die Kündigungsfrist erst nach dem Urlaub zu laufen beginnen. Die Kündigungsfrist dient dem Arbeitnehmer in erster Linie dazu, sich neu zu orientieren und möglichst ohne Unterbruch eine neue Anstellung zu finden. Das ist eine Konsequenz des schweizerischen Kündigungsrechts<sup>84</sup>.

Das gewerbliche Schiedsgericht Basel Stadt schützte in einem Urteil vom 3. Dezember 1992 das Vertrauen eines Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung nach seinem vereinbarten unbezahlten Urlaub<sup>85</sup>. Mit einer Kündigung während des Urlaubs – so das GSG Basel – hätte die Arbeitgeberin nämlich erreicht, dass der Arbeitnehmer während der ganzen Kündigungsfrist ohne Lohn geblieben wäre. Der Arbeitnehmer bezog den unbezahlten Urlaub jedoch im Vertrauen darauf, nach dem Urlaub weiter beschäftigt zu werden. In diesem Vertrauen auf die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses über den unbezahlten Urlaub hinaus war er in jedem Falle zu schützen. Die Berufung der Arbeitgeberin auf einen früheren Kündigungstermin bezeichnete das Gericht als missbräuchlich.

In jenem Fall stellte sich überdies das praktische Problem der Zustellung einer Kündigung, wenn der Arbeitnehmer im Ausland weilt (wie häufig während eines unbezahlten Urlaubs) und mit einer Kündigung nicht rechnen muss. Die Zustellungsproblematik wird in vielen Fällen das Problem des Kündigungsfristenlaufs erheblich entschärfen. Die Kündigungsfrist beginnt nämlich erst ab der Zustellung der Kündigung an zu laufen und ein sich beispielsweise auf einer Weltreise befindlicher Arbeitnehmer wird diese kaum erhalten. Er ist auch nicht verpflichtet, in der Schweiz einen Zustellempfänger zu bezeichnen oder sich die Post nachschicken lassen. Demgegenüber wird ein Arbeitnehmer, der einen unbezahlten Urlaub zu Hause oder in einem nahen Kurort verbringt, in der Lage sein, die Kündigung zu empfangen. Um eine stossende Ungleichbehandlung zwischen landesabwesenden Urßßßlabern und solchen, die zu Hause weilen, zu vermeiden, kann das Problem nur so gelöst werden, dass die Kündigungsfrist erst nach Beendigung des unbezahlten Urlaubs zu laufen beginnt.

Würde zudem die Kündigungsfrist während des unbezahlten Urlaubs zu laufen beginnen, stellte sich zudem die Frage nach der Entlöhnung, denn Lohn ist im unbezahlten Urlaub ja genau nicht geschuldet. Auch der Zweck der Kündigungsfrist, nämlich eine neue Stelle zu finden, würde bei einem sich auf einer längeren Reise befindenden

<sup>83</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR.

<sup>84</sup> Fn 83.

Gabriel Aubert, *La jurisprudence sur le Contrat de Travail à Genève en 1988*, S. 672.

<sup>85</sup> BJM 1993 S. 296-297.

den Arbeitnehmer vereitelt, wenn die Kündigungsfrist noch während des unbezahlten Urlaubs zu laufen begänne.

Eine Kündigung während des Jugendurlaubs hingegen ist nach allgemeiner Auffassung zulässig, eine laufende Kündigungsfrist steht während des Urlaubs nicht still<sup>86</sup>. Das lässt sich in Anbetracht der Kürze des Jugendurlaubs durchaus vertreten.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Arbeitsverhältnis auch während eines unbezahlten Urlaubs jederzeit gekündigt werden kann, dass die Kündigungsfrist jedoch erst ab Ende Urlaub zu laufen beginnt<sup>87</sup>. Aufgrund der Kündigungsparität<sup>88</sup> gilt das sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber.

### **3.13 Kündigungsschutz**

Oben<sup>89</sup> wurde auch der Entscheid des Bundesgerichts erwähnt, der festhielt, eine Probezeit laufe auch während eines unbezahlten Urlaubs weiter. Mit diesem Entscheid stärkte das Bundesgericht durch seine Auslegung den Arbeitnehmerschutz. Folglich darf man annehmen, dass während eines unbezahlten Urlaubs auch der zeitliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336c gilt. Wird also eine Arbeitnehmerin während des unbezahlten Urlaubs schwanger oder absolviert ein Arbeitnehmer in dieser Zeit einen militärischen Wiederholungskurs, gilt der Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR.

Gilt aber, dass die Kündigungsfrist während eines unbezahlten Urlaubs ohnehin erst nach dessen Ablauf beginnt, bleibt das Problem ein akademisches. Der Arbeitgeber kann die während des unbezahlten Urlaubs ausgesprochene, aber nichtige Kündigung ohne weiteres nach dessen Ablauf rechtmässig wiederholen.

---

<sup>86</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 9 zu Art. 329e OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 7 zu Art. 329e; ZK OR-Staehelin, N 8 zu Art. 329e.

<sup>87</sup> Der Arbeitsmarkt, HR Today, 06/2005, in: Centre Patronal "Arbeitsrecht" Nr. 70.

<sup>88</sup> Art. 335a Abs. 1 OR.

<sup>89</sup> Ziffer 3.2.

## V. STATISTISCHER ÜBERBLICK

Seit dem 1. Januar 2011 sind auch arbeitsrechtliche Verfahren zuerst mit einem Schlichtungsgesuch von den Friedensrichterämtern (im Bezirk bzw. der Stadt Zürich deren sechs) zu behandeln. Gemäss deren Jahresberichte 2011 und 2012 ist für arbeitsrechtliche Verfahren von folgenden Zahlen auszugehen:

### Schlichtungsverfahren:

	2011	2012
Anzahl Schlichtungsgesuche	776	998
Erledigung durch Verfügung	437	576
Erledigung durch Urteil	9	18
Akzeptierte Urteilsvorschläge	13	34
Abgelehnte Urteilsvorschläge	2	11
Klagebewilligungen	315	359

### Verfahren vor Arbeitsgericht:

#### Anzahl Klagen und Erledigungen

	2011	2012
Übertrag Vorjahr	338	151
Klageeingänge von Arbeitnehmern	281	336
Klageeingänge von Arbeitgebern	15	8
Total	634	495
Erledigungen im laufenden Jahr	483	310
Pendenzen Ende Jahr	151	185

#### Erledigungsarten

	2011	2012
durch Urteil	123	71
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	262	189
anderweitig	98	50

**Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung**

	2011	2012
Verhandlungen	434	260
Beweisverfahren	47	18
Entscheidbegründung	41	9

**Streitwerthöhe**

	2011	2012
bis Fr. 8'000.–	74	71
von Fr. 8'000.– bis Fr. 12'000.–	22	36
von Fr. 12'000.– bis Fr. 30'000.–	92	136
von Fr. 30'000.– bis Fr. 100'000.–	62	31
von Fr. 100'000.– bis Fr. 500'000.–	39	20
über Fr. 500'000.–	0	0

**Prozessdauer der erledigten Fälle**

	2011	2012
bis 1 Monat	95	55
1 bis 2 Monate	96	75
2 bis 3 Monate	85	44
3 bis 6 Monate	77	59
6 bis 12 Monate	66	43
1 bis 2 Jahre	46	16
über 2 Jahre	17	18