

# Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2009



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

## **Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2009**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 20.–

Layout: Raymond Naef

Druck: Buchmann Druck AG Zürich

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Aus den Entscheiden</b>	<b>5</b>
1.	OR 321a; Aktive Konkurrenzierung während der Anstellung	5
2.	OR 322; Keine Barlohnauszahlung ohne Quittung	6
3.	OR 322d; Unklare Bonusvereinbarung	7
4.	OR 322d; Bonus nur für die ersten beiden Jahre definiert	8
5.	OR 322d; Vertragsänderung: Firmenfahrzeug statt 13. Monatslohn	10
6.	OR 323b; Verrechnung eines Darlehens mit Lohnansprüchen	11
7.	OR 324a; Krankheit und Ferienunfähigkeit	12
8.	OR 324a; Alkoholabhängigkeit; verspätete Krankmeldung	14
9.	OR 329 ff.; Ferien- und Feiertagsentschädigung beim Stundenlohn	16
10.	OR 330a, 346a; Erwähnung einer Straftat im Lehrzeugnis?	17
11.	OR 335 ff.; Kündigung während der Ferienabwesenheit	19
12.	OR 335 ff.; Zulässiger Widerruf einer Freistellung bei Verlängerung der Kündigungsfrist; Wiederaufnahme der Arbeit nach der Genesung	20
13.	OR 335 ff.; Provisionsanspruch während der Freistellungszeit	22
14.	OR 335b, 336; Missbräuchliche Kündigung während der Probezeit	23
15.	OR 336; Missbräuchliche Kündigung nach beendeter Beziehung?	25
16.	OR 336c; Wiederholung der Kündigung bei Arbeitsverhinderung	26
17.	OR 337; Missbrauch von Bonus-Punkte-Karten	27
18.	OR 337; Schriftform für fristlose Kündigung?	29
19.	OR 337a; Voreilige fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer	30
20.	OR 339a; Retentionsrecht der Arbeitnehmerin	31
21.	OR 340c; Anforderungen an eine Realexekution; Berechnung des Streitwertes	32
22.	OR 349a; Angemessener Lohn für Handelsreisende gilt auch für Telefonverkäufer im Innendienst	34
23.	L-GAV 15; Arbeitszeitkontrolle weggeworfen	36
24.	GIG 5; Entschädigung bei sexueller Belästigung	37
25.	ZPO 51; Anfechtung eines Vergleichs	40
26.	ZPO 84; Streitwert einer Feststellungsklage	41
27.	ZPO 131; Behandlung unlesbarer oder ungebührlicher Eingaben, fehlende Streitwertangabe	41
<b>II.</b>	<b>Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden</b>	<b>43</b>
<b>III.</b>	<b>Prozessieren am Arbeitsgericht Zürich ab 2011 nach den Regeln der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung</b>	<b>45</b>
<b>IV.</b>	<b>Statistischer Überblick</b>	<b>67</b>



## **EDITORIAL**

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Beinahe hätten Sie mit diesem Heft das letzte Exemplar der "Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich" in seiner heutigen Form in den Händen gehabt. Im Entwurf zum GOG (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess) des Kantons Zürich schlug die Justizdirektion dem Kantonsrat vor, die Arbeitsgerichte in ihrer bisherigen, paritätisch zusammengesetzten Form abzuschaffen und in die ordentlichen Bezirksgerichte einzugliedern. Mit uns zusammen haben sich sämtliche Organisationen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerschaft erfolgreich dagegen gewehrt und den kantonalen Gesetzgeber davon überzeugt, eine bewährte Einrichtung beizubehalten, wofür wir allen Beteiligten herzlich danken. Leider ist es uns nicht gelungen, am Arbeitsgericht eine (neu vorgeschriebene) fachkundige und kompetente Schlichtungsbehörde einzurichten, so dass künftig auch arbeitsrechtliche Streitigkeiten beim Friedensrichteramt ihren Anfang nehmen werden.

Wir danken an dieser Stelle dem Gesetzgeber, dem Zürcher Kantonsrat, dass er die sich in der Vergangenheit bewährten Arbeitsgerichte beibehalten, ja sogar auf den ganzen Kanton ausgedehnt hat.

Gleichwohl wird sich ab dem 1. Januar 2011 einiges in den arbeitsgerichtlichen Verfahren ändern, da zu diesem Zeitpunkt die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft treten wird. Ein Beitrag in diesem Heft weist Sie auf die Neuerungen hin und gibt Ihnen einen ersten Überblick, wie das Prozessieren an den Arbeitsgerichten nach den neuen Gesetzen ab 2011 vonstatten gehen soll.

Wir weisen Sie im Übrigen 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 Rechtsauskunftsstelle bei den neu auftauchenden Problemen mit fachkundigem Rat zur Seite stehen.

Zürich, im Juni 2010

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



## **I. AUS DEN ENTSCHEIDEN**

### **1. OR 321a; Aktive Konkurrenzierung während der Anstellung**

Der Kläger war seit Juni 2006 für die Beklagten als Fensterreiniger tätig. Als die Beklagten erfuhren, dass der Kläger Flyer mit seinen eigenen Visitenkarten verteilte, entliessen sie ihn fristlos.

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

«Der Kläger hat unbestrittenermassen während des laufenden Arbeitsverhältnisses mit den Beklagten private Visitenkarten für Gebäudereinigung (Gebrüder ...) in verschiedene Haushaltungen verteilt und sich so als selbständiger Unternehmer für eine potentielle Kundschaft angepriesen. Auch wenn dies allenfalls nicht an aktuelle Kunden der Beklagten gegangen sein sollte und auch wenn keine Aufträge für den Kläger privat daraus resultiert haben sollten, stellt diese Handlung des Klägers eine klare Konkurrenzierung der Beklagten dar, zumal der Kläger auf seiner Visitenkarte einen gegenüber der beklagtischen Firma tieferen Preis offerierte. Diese Verhaltensweise des Klägers kann nicht mehr als blosser Vorbereitungshandlung zu einer späteren Selbständigerwerdung des Klägers aufgefasst werden, sondern stellt bereits aktives Konkurrenzieren dar. Der Kläger hat mit diesem unverfrorenen Verhalten seine arbeitsrechtliche Treuepflicht gegenüber der Beklagten in krasser Weise verletzt (Art. 321a OR). Dem Kläger wurde gemäss seiner Behauptung der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der eine Beklagte wusste, und zwar schon seit Januar oder August 2007, dass der Kläger private Visitenkarten zwecks Fensterreinigung zur eigenen Kundengewinnung verwende. Dieser Beweis ist dem Kläger nicht gelungen. Die von ihm hiezu beantragte persönliche Befragung kann nicht zu seinen Gunsten angewendet werden (§ 149 Abs. 3 ZPO), und zur Beweisaussage kann er nicht zugelassen werden. Andere Beweismittel wurden vom Kläger keine genannt.

Die vom Kläger betriebene Konkurrenzierung und krasse Verletzung seiner Treuepflicht berechtigen die Beklagten ohne weiteres zu einer fristlosen Entlassung des Klägers, welche sie übrigens rechtzeitig ausgesprochen haben. Eine vorgängige Verwarnung muss hier nicht erfolgen (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 321a OR sowie N 5e zu Art. 337 OR). Die am Montag, 3. Dezember 2007, ausgesprochene fristlose Entlassung erweist sich demnach als gerechtfertigt. Bei diesem Ausgang ist nicht mehr zusätzlich zu untersuchen, ob der Kläger überdies noch den Beklagten vorgelegte Quittungen manipuliert hat. (...)

Den Beklagten wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass ihnen durch die konkurrenzierende Tätigkeit des Klägers ein Schaden von Fr. 2'500.– entstanden ist. Diesen Hauptbeweis haben sie nicht angetreten, weshalb die Widerklage abzuweisen ist.»

*(AGer., AN070860 vom 17. Dezember 2009; auf eine Berufung wurde mit Beschluss vom 26. März 2010 nicht eingetreten.)*



## **2. OR 322; Keine Barlohnauszahlung ohne Quittung**

Der Kläger wurde für einen befristeten Einsatz angestellt. Der Lohn wurde dem Kläger jeweils wöchentlich bar ausbezahlt. Die im Zeitraum Woche 38/2007 bis Woche 1/2008 erfolgten Lohnzahlungen an den Kläger wurden am 23. Januar 2008 abgerechnet und sowohl vom Kläger als auch vom Beklagten unterschriftlich quittiert. Der Lohn für die letzte Arbeitswoche 5/2008 wurde dem Kläger auf sein Postkonto überwiesen. Der Kläger machte in der Folge den Restlohn für die Wochen 2/2008 bis 4/2008 geltend. Der Beklagte blieb dabei, dem Kläger den gesamten Lohn bezahlt zu haben.

### **Aus den Erwägungen:**

«Oder anders und einfacher ausgedrückt: der Beklagte hätte zu beweisen, dass er seine Hauptpflicht als Arbeitgeber, nämlich dem Kläger den gesamten Lohn zu bezahlen, erfüllt hat.

Im vorliegenden Fall behauptet der Beklagte, dem Kläger den Lohn jeweils wöchentlich in bar ausbezahlt zu haben, wobei der Kläger den Lohnerhalt habe quittieren müssen. Der Beklagte gab nun aber an, nicht mehr im Besitze dieser Quittungen zu sein, da er alle weggeworfen habe. Zudem ist sich der Beklagte bewusst, dass er ein Problem hat, da er die Lohnzahlungen an den Kläger nicht belegen könne. Auf entsprechende Aufforderung des Einzelrichters, die Beweismittel dafür, dass er dem Kläger den gesamten Januarlohn bezahlt habe, zu nennen, erklärte der Beklagte unmissverständlich, er habe keine Beweismittel. Dass der Beklagte – als beweisbelastete Partei – keine Beweismittel zu nennen vermag, die die Tilgung der Lohnschuld aufzeigen könnte, ist im Sinne von § 148 ZPO nach freier Überzeugung zu würdigen.

Der Beklagte hat wie erwähnt ausdrücklich festgehalten, er verfüge über keine Beweismittel. Gemäss § 137 ZPO sind die Beweismittel mit dem letzten Vortrag an der Hauptverhandlung zu bezeichnen. Das Nachbringen von Beweismitteln ist also nicht mehr möglich. Allenfalls könnte der Richter in Anwendung von Art. 343 Abs. 4 OR von Amtes wegen von den Parteien nicht genannte Beweismittel erheben. Denkbar wäre einzig die persönliche Befragung der Parteien und allenfalls die Beweisaussage. Da aber gemäss §149 Abs. 3 ZPO Aussagen zugunsten der befragten Person keinen Beweis bilden können, hilft das dem Beklagten auch nicht weiter. Eine Beweisaussage des Beklagten im Sinne von § 150 ZPO kommt ebenfalls nicht in Frage. Aufgrund des in der Hauptverhandlung gewonnenen Eindrucks kann schon heute gesagt werden, dass keine der beiden Parteien wesentlich überzeugender wirkt als die andere. Bedeutsam ist, dass nicht gar keine Beweismittel vorhanden sind. Für das Jahr 2007 liegt eine Sammelquittung vor und für die letzte Januarwoche 2008 ebenfalls. Quittungen fehlen dem Beklagten nur genau für den Betrag, den der Kläger fordert. Es erscheint nicht als besonders glaubhaft, dass der Beklagte noch für die ganze restliche Zeit des Arbeitsverhältnisses Quittungen hat, nur die für die im vorliegenden Prozess entscheidende nicht mehr. Unter diesen Umständen kommt eine persönliche Befragung bzw. Beweisaussage der Parteien, insbesondere des Beklagten, nicht in Frage.

Der Beklagte vermag somit den Beweis nicht zu erbringen, dem Kläger den ihm zustehenden Lohn für seine erbrachte Leistung bezahlt zu haben, und trägt somit die Folgen der Beweislosigkeit. Der Beklagte ist demnach zu verpflichten, dem Kläger Fr. 5'418.– zu bezahlen.»

*(AGer., AN090258 vom 12. August 2009; eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen diesen Entscheid wurde am 28. September 2009 abgewiesen.)*

### **3. OR 322d; Unklare Bonusvereinbarung**

Gemäss Arbeitsvertrag schuldet die Beklagte dem Kläger einen Bonus in der Höhe von Fr. 30'000.– bei vollständiger Erreichung der gesetzten Ziele. Im Weiteren sind drei Komponenten ausschlaggebend, nämlich zwei auf die finanziellen Ergebnisse ausgerichtete Voraussetzungen sowie aus drei bis fünf persönlichen Zielerreichungen, welche jedes Jahr ausgehandelt werden. Der Bonus für die persönliche Zielerreichung ist auch zu bezahlen, wenn die finanziellen Ziele nicht erreicht werden.

#### **Aus den Erwägungen:**

«Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beklagte im Arbeitsvertrag verpflichtet hat, dem Kläger bei Zielerreichung einen Bonus zu bezahlen. Die Parteien vereinbarten diesbezüglich keine weiteren Voraussetzungen. Gemäss der Bonusregelung ist der Bonus auch im Austrittsjahr pro rata geschuldet. Ob der vereinbarte Bonus als Lohn oder als Gratifikation zu qualifizieren ist, kann daher offen gelassen werden.

#### **Zieldefinition**

Die Zieldefinition ist grundsätzlich eine Obliegenheit der Arbeitgeberin. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt, die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat diesfalls einen vollen Bonusanspruch (C. Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss. Basel, Bern 2007, Rz. 155).

Die Beklagte beruft sich auf den Wortlaut des Arbeitsvertrages, in dem von “set objectives” die Rede ist, und geht selber davon aus, dass die für den Bonus massgebenden Ziele nicht vereinbart, sondern festgesetzt werden mussten. Sie anerkennt somit, dass die Zielsetzung eine ihrer Obliegenheiten als Arbeitgeberin war. Zur Definition der Ziele für die einzelnen Geschäftsjahre wird nachfolgend Stellung genommen.

Zu den Leistungen des Klägers ist allgemein festzuhalten, dass die Beklagte nie behauptet hat, dass der Kläger unterdurchschnittlich gearbeitet hat. Zwar wurde behauptet, dass unter der Geschäftsleitung des Klägers nie schwarze Zahlen geschrieben und die jeweiligen Budgetziele verfehlt worden seien. Nicht substantiiert wurde hingegen, inwiefern dies auf unterdurchschnittliche Leistungen des Klägers zurück-

zuführen sei bzw. was dem Kläger diesbezüglich konkret vorgeworfen wird. Bemerkenswert ist, dass die Beklagte auch im Zusammenhang mit dem Scheitern eines Projektes die Anstrengungen des Klägers anerkannte. Nach Aussagen des Rechtsvertreters der Beklagten sollte dieses Projekt die Beklagte als Start-up-Unternehmen auf solide Basis stellen. Gerade das Scheitern dieses Projektes wird aber nicht dem Kläger persönlich vorgeworfen. Ebenso wenig werden ihm konkrete Verfehlungen allgemeiner Natur vorgeworfen. Die vom Rechtsvertreter der Beklagten erwähnten wiederholten Sorgfaltspflichtverletzungen durch den Kläger wurden – mit Ausnahme der Übergabe eines Sportanlasses und der Organisation eines Turniers, auf die unten im Rahmen des Bonusanspruches für das jeweils massgebende Jahr zurückzukommen ist – nicht näher substantiiert.

#### *Zielsetzung und Zielerreichung in den Jahren 2005 und 2006*

Der Rechtsvertreter des Klägers behauptete in seiner Klageschrift zwar, dass die Parteien für jedes Jahr die Erreichung bestimmter Hauptziele in Aussicht gestellt und mündlich besprochen hätten. Gestützt darauf berechnete er einen mutmasslichen Bonusanspruch des Klägers für die Jahre 2005 und 2006. Diese mündlichen Zielfestsetzungen wurden vom Rechtsvertreter der Beklagten auch bestritten. Dieser behauptete jedoch nicht, andere Ziele festgesetzt zu haben. Es gilt somit als unbestritten, dass die Beklagte ihrer Obliegenheit, die Ziele zu definieren, nicht nachgekommen ist. Eine unterdurchschnittliche Leistung des Klägers ist aus den oben dargestellten Gründen nicht anzunehmen. Die Beklagte schuldet dem Kläger daher für die Jahre 2005 und 2006 grundsätzlich den vollen, vertraglich vereinbarten Bonus. Der Kläger macht für das Jahr 2005 nur einen Teil davon geltend, und zwar Fr. 25'000.–. Für das Jahr 2006 macht er hingegen den vollen Bonus in der Höhe von Fr. 30'000.– geltend. Die Beklagte schuldet dem Kläger diese Beträge.»

Für die Jahre 2007 und 2008 kam das Gericht zum selben Ergebnis.

*(AGer., AN080366 vom 24. November 2009; eine Berufung ist noch am Obergericht hängig)*

#### **4. OR 322d; Bonus nur für die ersten beiden Jahre definiert**

Der Kläger war vom April 2000 bis September 2003 für die Beklagte als Senior Analyst tätig. Er erhielt neben dem jährlichen Fixlohn im Juli 2000 einen Bonus für das Jahr 1999 als Abgeltung des ihm bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin entgangenen Bonus. Für die Jahre 2000 und 2001 erhielt er ebenfalls einen Bonus. Alle drei bewegten sich in der Grössenordnung von Fr. 800'000.–. Für 2002 wurde dem Kläger kein Bonus ausgerichtet. Im ersten Verfahren wurde der Bonusanspruch abgewiesen. Nach einer Rückweisung durch das Obergericht wurde der Prozess erneut mit einem Beweisverfahren durchgeführt. Vertraglich war dem Kläger der Bonus für 1999 garantiert worden. Für die Jahre 2000 und 2001 wurde der Bonus ebenfalls explizit

mit der zulässigen Bedingung statuiert, dass der Kläger im Zeitpunkt der Auszahlung noch angestellt sein müsse bzw. nicht selber gekündigt habe. Die schriftliche Mitteilung enthielt zudem einen Freiwilligkeitsvorbehalt. Für die Jahre ab 2002 schwebte sich der Vertrag zum Thema Bonus völlig aus. Gemäss Obergericht war im neuen Verfahren abzuklären, ob für die Geschäftsjahre ab 2002 bezüglich Boni ein qualifiziertes Schweigen vorliege und wenn nicht, ob diesfalls eine Lücke in der Vereinbarung vorliege, die gegebenenfalls durch richterliche Vertragsergänzung zu schliessen wäre.

*Aus den Erwägungen (nach durchgeführtem Beweisverfahren):*

«So wurde klar ersichtlich, dass der Kläger unter gewissen Bedingungen auch ab dem Jahr 2002 mit einem Bonus hat rechnen können, bekamen doch ausser ihm und dem Branch Manager in Zürich trotz des schlechten und klar negativen Jahresabschlusses 2002 alle Mitarbeiter einen, wenn auch gegenüber den Vorjahren stark reduzierten Bonus. Insofern ist der Beklagten der Hauptbeweis eines qualifizierten Schweigens der beidseitigen Vertragsmeinungen bezüglich Bonus für das Jahr 2002 nicht gelungen. Es wurde vertraglich zwar weder schriftlich noch mündlich festgelegt, dass der Kläger Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2002 haben wird, es sind jedoch beide Parteien davon ausgegangen, dass dies effektiv so sein wird. Die Beklagte, welche damit rechnete, dass die Zweigniederlassung in Zürich nach der Rekrutierungs- und Aufbau-phase durchaus Gewinn- bzw. Einnahmenpotential haben wird, und auch der Kläger, welcher wohl kaum die X.-Bank verlassen hätte, wenn er nicht bei der Beklagten weiterhin mit einem Bonus in einer gewissen Höhe hätte rechnen können. Dem Kläger war allerdings durchaus bewusst, dass der Wechsel von der X.-Bank zu einem Start-up-Unternehmen auch ein Risiko darstellen kann.

Der Kläger selber räumte ein, dass Geschäftsergebnis und Arbeitsleistung für die Festlegung eines Bonus relevant sind. Dies gilt übrigens umso mehr vorliegend, weil dem Bonus hier auch nach Meinung des Obergerichts Gratifikationscharakter zukommt. Geschäftsergebnis und Entwicklung der Märkte könnten vorliegend ohne Weiteres auch zu einem Nullbonus für das Jahr 2002 führen, was für den (in seiner Position hauptverantwortlichen für die Zweigniederlassung Zürich) Branch Manager der Fall war. Es ist jedoch auch zu erwähnen, dass Letzterer für das Jahr 2002 immer noch einen Lohn in einem sehr hohen sechsstelligen Bereich erzielte.

Da trotz des schlechten Jahresabschlusses alle übrigen Mitarbeiter für das Jahr 2002 einen Bonus erhielten, kann dem Kläger in Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht einfach überhaupt kein Bonus zugesprochen werden. Es darf jedoch bei der Bemessung desselben berücksichtigt werden, dass mindestens nach dem Zeugen Y. die Leistungen des Klägers unter den Erwartungen blieben und dass insbesondere die Verhandlungen mit dem Kläger über seine Versetzung nach London scheiterten. Letzteres offensichtlich vor allem, weil der Kläger einerseits zu hohe finanzielle Erwartungen hatte, und er andererseits zu wenig Flexibilität zeigte, was man in dieser Branche und bei diesem sehr hohen Gehaltslevel einfach aufweisen muss.

Bei der Bemessung der Höhe des Bonus 2002 rechtfertigt es sich, vom Durchschnittsbonus für die Niederlassung in der Schweiz auszugehen (ca. Fr. 150'000.–)

und diesen Betrag um einen Drittel zu kürzen, weil der Kläger der Beklagten in ihrem Sinne nicht mehr zur Verfügung stand (sog. Zukunftsdrittel). Die Bonusklage ist daher im Umfang von Fr. 100'000.– brutto gutzuheissen, nebst Zins.»

*(A.Ger., AN070443 vom 15. Dezember 2009; eine Berufung am Obergericht ist noch hängig)*

## **5. OR 322d; Vertragsänderung: Firmenfahrzeug statt 13. Monatslohn**

Im Arbeitsvertrag mit dem “Allrounder/Hilfsarbeiter” war nebst dem Monatslohn auch ein 13. Monatslohn vereinbart worden. Nach seinem Austritt im Juni 2009 forderte er unter anderem den 13. Monatslohn für die Vertragsdauer von 16 Monaten.

### **Aus den Erwägungen:**

«An der Hauptverhandlung bestätigte die Beklagte grundsätzlich, dass es bezüglich des 13. Monatslohnes eine Vereinbarung gegeben habe, diese sei aber ein Fehler gewesen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dem Kläger keinen 13. Monatslohn auszahlen zu müssen, da dieser abgeschafft worden sei. In einer Mitarbeiterversammlung sei beschlossen worden, dass zukünftig auf die Auszahlung eines 13. Monatslohnes verzichtet werde, dafür könne jeder Mitarbeiter das Geschäftsauto für die Fahrt von und zur Arbeitsstelle benützen. Dies sei mit dem Kläger so besprochen worden, welcher damals nichts dazu gesagt habe.

Der Kläger wiederum brachte vor, es habe nie eine Sitzung gegeben, an welcher gesagt worden sei, es gebe keinen 13. Monatslohn mehr. Als er die Stelle verlassen habe, habe er gesagt, dass er den 13. Monatslohn wolle. Er habe nie ein Geschäftsauto bekommen. Er sei jeweils abgeholt worden, da er gar keine Autoprüfung habe. Er sei nie mit dem Fahrzeug gefahren.

Stillschweigen kann Zustimmung zu einer Vertragsofferte bzw. zu einer Änderung eines Vertrages bedeuten, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes eine ausdrückliche Zustimmung nicht zu erwarten ist (Art. 6 OR). Auf das Arbeitsvertragsrecht bezogen, ist das Stillschweigen des Arbeitnehmers immer dann als Zustimmung zu werten, wenn der Arbeitgeber eine Offerte zu einer für den Arbeitnehmer günstigeren Vertragsänderung macht. Z.B. ist die Offerte zu einer Lohn-erhöhung eine für den Arbeitnehmer günstige Vertragsänderung, der sich der Arbeitnehmer im Normalfall nicht widersetzt (Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 1997 und 1998, S. 8 f.).

Auch Vertragsverschlechterungen – aus Sicht des Arbeitnehmers – können formlos, d.h. mündlich oder stillschweigend, vereinbart werden, bspw. wenn sie vom Arbeitgeber bekannt gegeben und in der Folge so gehandhabt werden, ohne dass von Seiten des Arbeitnehmers protestiert wird. Bei der Annahme einer stillschweigenden Änderung zu Lasten des Arbeitnehmers ist aber grosse Zurückhaltung am Platz, weil derjenige, der die bisherige Vereinbarung nicht mehr gelten lassen will, dies unmissverständlich manifestieren muss. Nach Lehre und Rechtsprechung ist dann eine kon-

kludente Vertragsänderung anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer mehrmals – in der Regel mindestens drei- bis sechsmal – einen tieferen als den vereinbarten Lohn entgegennimmt, ohne dagegen zu protestieren (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 320 OR; Entscheides des Arbeitsgerichtes Zürich 1997 und 1998, S. 8 f.).

Der Meinung der Beklagten, der Kläger habe die Vertragsanpassung akzeptiert, da er sich dazu nicht geäußert habe, kann nicht gefolgt werden. Eine stillschweigende Annahmeerklärung ist vorliegend nicht ersichtlich, zumal es sich bei der Änderung einzig um eine Verschlechterung für den Kläger handelt. Da er gar keinen Fahr ausweis besitzt – was auch so vom Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich bestätigt wurde –, hätte er von der Benützung des Geschäftsautos in keiner Weise profitiert. Er hätte also mit anderen Worten ersatzlos auf den 13. Monatslohn verzichtet. Aus dem Umstand, dass der Kläger nicht sofort gegen die Nichtausrichtung des 13. Monatslohnes protestierte, sondern erstmals beim Verlassen der Arbeitsstelle oder allenfalls erst mit Schreiben vom 10. Juli 2009, kann folglich keine konkludente Vertragsanpassung abgeleitet werden. Beim vorliegenden Arbeitsverhältnis wäre einzig eine Auszahlung des 13. Monatslohnes per Ende 2008 erfolgt, weshalb der Kläger keineswegs über längere Zeit hinweg dessen Nichtbezahlung protestlos hingenommen hatte. Damit muss die Frage, ob tatsächlich ein entsprechender Beschluss an der Mitarbeiterversammlung gefasst wurde, nicht beantwortet werden. Die Beklagte hat den nach wie vor geltenden Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2008 und die darin enthaltenen Bestimmungen vollumfänglich gegen sich gelten zu lassen und dem Kläger den 13. Monatslohn für 16 Monate auszuzahlen.»

*AGer., AN090713 vom 19. Oktober 2009)*

## **6. OR 323b; Verrechnung eines Darlehens mit Lohnansprüchen**

Das Arbeitsverhältnis dauerte vom August 2007 bis Ende August 2008. Die Beklagte hatte dem Kläger ein Darlehen über Fr. 7'800.– gewährt, welches in monatlichen Raten à Fr. 760.– zurück zu zahlen war. Am 30. Oktober 2008 hatte die Beklagte das Darlehen gekündigt. Für den Fall einer (teilweisen) Guttheissung der Klage des Klägers machte die Beklagte im Prozess verrechnungsweise eine Forderung aus diesem Darlehen geltend.

### **Aus dem Entscheid:**

«Wenn die Parteien die Rückzahlung des Darlehens in Raten à Fr. 760.– vereinbart haben, kann das vernünftigerweise nur dahingehend verstanden werden, dass monatliche Rückzahlungen in entsprechender Höhe zu leisten sind, wobei – mangels gegenteiliger Vereinbarung – der Monatsletzte als Fälligkeitstermin zu gelten hat. Nachdem das Darlehen Ende Juni 2008 gewährt worden ist, wurde die erste Rückzahlungsrate per Ende Juli 2008 fällig.

Dass die Parteien eine eigentliche Kündigungsfrist für das Darlehen vereinbart hätten, macht die Beklagte nicht geltend. Aus ihrer Kündigung vom 30. Oktober 2008 lässt sich denn auch nicht entnehmen, auf welchen Zeitpunkt gekündigt worden sein

soll. Auf Art. 318 OR (Rückzahlbarkeit des Darlehens innert 6 Wochen) kann sich die Beklagte nicht berufen, da für das Darlehen Rückzahltermine vereinbart worden sind (Fr. 760.–/Mt. bis zur vollständigen Liquidation).

Seit Gewährung des Darlehens sind mittlerweile allerdings sämtliche monatlichen Rückzahlungsraten fällig geworden, sodass der Rückforderungsanspruch der Beklagten im Umfange des gesamten Darlehensbetrags fällig geworden ist.

Aufgrund der Angaben des Klägers selbst hatten er und seine Frau von seinem Lohn bei der Beklagten von Fr. 3'750.– zu leben. Seinen eigenen Angaben ist allerdings zu entnehmen, dass ein Teil der ausgerichteten Spesen (Fr. 880.–) Lohncharakter hatten. Weiterhin nach Angaben des Klägers beläuft sich der Mietzins der ehelichen Wohnung auf Fr. 1'260.– und die Krankenkassenbeiträge auf insgesamt Fr. 559.–. Unter Einbezug des Grundbetrages von Fr. 1'550.– beläuft sich das Existenzminimum der Eheleute damit auf zunächst Fr. 3'369.–. Mit den verbleibenden Fr. 400.– lassen sich gemeinhin die Kosten einer Haurat- und Haftpflichtversicherung (geschätzt auf Fr. 100.–/Mt.) sowie des Telefons der Ehefrau (Fr. 150.–) decken. Für den Kläger ist aufgrund seiner eigenen Angaben davon auszugehen, dass die ihm vergüteten Spesen jedenfalls die entsprechenden Berufsauslagen (Arbeitsweg mit dem Auto, auswärtige Verpflegung, Telefon) decken. Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass mit dem ordentlichen Monatseinkommen des Klägers das eheliche Existenzminimum gedeckt gewesen ist.

Die zusätzlich zum Normallohn zu erbringenden Leistungen der Beklagten (13. Monatslohn und Ferienlohn) sind dementsprechend in vollem Umfange mit Gegenforderungen verrechenbar (vgl. Art. 323b Abs. 2 OR).

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass die Forderung des Klägers aus 13. Monatslohn und Ferienentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 4'875.25 netto ausgewiesen ist, dieser Forderung aber eine verrechenbare Gegenforderung der Beklagten aus Darlehen (Gesamtbetrag Fr. 7'800.–) gegenüber steht, was zur Folge hat, dass die Hauptklage einerseits abzuweisen ist, andererseits das Darlehen bis auf den Restbetrag von Fr. 2'924.75 als getilgt zu gelten hat.»

*(AGer., AN080836 vom 9. September 2009)*

## **7. OR 324a; Krankheit und Ferienunfähigkeit**

Der beklagte Verein bezichtigte den Kläger u.a. bezüglich der fristlosen Entlassung der Lüge. Er habe ihn betreffend Krankheit, therapeutischen Massnahmen, insbesondere die Einweisung in eine Klinik, angelogen und stattdessen an der Abschlussprüfung teilgenommen sowie seine Trans-Kanada-Tour geplant und auch durchgeführt. Vorliegend war zu prüfen, ob eine Arbeitsunfähigkeit verbunden mit einer Ferienunfähigkeit vorlag oder nicht.

### **Aus den Erwägungen:**

«Für den Monat Mai 2007 liegt nebst einem Arztzeugnis von A. eines von B., dem

Vertrauensarzt des Beklagten, vor. Dieses attestiert dem Kläger eine ebenfalls 100%ige Arbeitsunfähigkeit bis zum 25. Mai 2007 und bestätigt die Einleitung therapeutischer Massnahmen. Auch anlässlich der Zeugeneinvernahme bestätigte Zeuge B., der Kläger habe erwähnt, er werde in eine Klinik in X. gehen. Von Kanada wusste B. in der Befragung nichts. Zwar könnte es sein, dass – wie vom Beklagten behauptet – der Kläger B. ebenfalls angelogen hat. Dem steht jedoch entgegen, dass für B. aufgrund der Schilderungen und der Untersuchung die Arbeitsunfähigkeit klar gegeben gewesen sei. Des Weiteren stellen diverse Aussagen des Klägers anlässlich des E-Mailverkehrs mit dem Beklagten (“Ich bin psychisch und physisch so am Ende, dass ich nicht mehr in der Lage bin, beim Beklagten zu arbeiten”; “Ich bin in einem desolaten Zustand. Ich bin völlig am Ende. Ich habe seit Tagen nichts mehr geschlafen.”) ein Indiz für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit im Mai 2007 dar. Insgesamt genügen die von zwei verschiedenen Ärzten ausgestellten Arztzeugnisse sowie die E-Mails des Klägers, um von einer Arbeitsunfähigkeit im Mai 2007 auszugehen. Die Aussagen von A. und diejenigen von C. (Arzt) widersprechen sich weitgehend. Während A. zu Protokoll gab, es habe beim Kläger eine schwere Depression vorgelegen und er habe ihm geraten, eine Pause zu machen, erwähnte C., es hätten beim Kläger zumindest ab Anfang Juni keine psychiatrischen oder gesundheitlichen Gründe für eine Arbeitsunfähigkeit bestanden. Er sei baff gewesen, als der Kläger ihm am 8. Juni 2007 gesagt habe, er werde für fünf Wochen mit seiner Frau nach Kanada gehen. C. erwähnte ferner, dass der Kläger für ihn rückblickend in der Zeit vom 8. Mai bis Ende Juli nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Der Meinung von A. betreffend die Zeugenaussage von C., dass rückwirkende Aussagen diskussionswürdig seien, kann grundsätzlich zugestimmt werden. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass es sich bei A. – im Gegensatz zu C. – um keinen Psychiater handelt und er seinerseits fragwürdige Arztzeugnisse (undatiert, rückwirkend) ausstellte. Die Einvernahme der Zeugin F. (Ehefrau des Klägers) war wenig aussagekräftig. Sie sagte lediglich, sie wisse nicht, wieso der Kläger in die Klinik in X. habe gehen wollen. Die Wochen in Kanada seien keine richtigen Ferien gewesen, da der Kläger viel geschlafen habe und in sich gekehrt gewesen sei. Auch der Kläger selbst sagte aus, die ersten drei Wochen seien katastrophal gewesen und sie seien nur etwa zweimal mit den Mountainbikes gefahren. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass Ferien gerade den Zweck haben, sich zu erholen. Diese Erholung kann auch wie vorliegend in Schlafen und Spazieren bestehen. Es kann nicht von Ferienunfähigkeit gesprochen werden, nur weil keine Aktivferien mit Biken etc. unternommen werden konnten (siehe auch ZR 80/1981, S. 203). Insgesamt ist dem Kläger der Beweis der Arbeitsunfähigkeit im Juni und Juli 2007 nicht gelungen. Auch ist dem Kläger der Beweis nicht gelungen, dass er mit Arzt und Psychiater vereinbart hatte, für fünf Wochen nach Kanada in die “Ferien” zu gehen. Der Kläger war demnach bis Ende Mai 2007 arbeitsunfähig, im Juni und Juli 2007 jedoch arbeitsfähig.

### *Schlussfolgerung*

Gemäss obiger Ausführungen war der Kläger im Mai arbeitsunfähig, indessen im Juni und Juli 2007 wiederum arbeitsfähig. Nebst den Arbeitstagen zwischen 18. und 29.



September muss sich der Kläger also auch die Arbeitstage während der Kanada-Reise vom 25. Juni bis 28. Juli 2007 als Ferien anrechnen lassen.»

*(AGer., AN070563 vom 14. Dezember 2009)*

## **8. OR 324a; Alkoholabhängigkeit; verspätete Krankmeldung**

Die Klägerin war seit Juni 1999 als Telefonistin für eine Taxizentrale tätig. Ab Mitte 2006 litt sie unter zunehmenden psychischen Problemen und erschien vermehrt alkoholisiert zur Arbeit, weshalb es zu mehreren Gesprächen zwischen den Parteien kam. Die Beklagte bemängelte die Arbeitsleistung und musste die Klägerin zum Teil sogar nach Hause schicken. Am 21./22. März 2007 konnte sie wegen ihrer Verfassung die Arbeit nicht aufnehmen. Am darauffolgenden Tag erschien sie ebenfalls in einer so schlechten Verfassung, dass an Arbeit nicht zu denken war. Hierauf kündigte ihr die Beklagte ordentlich am 26. März auf Ende Juni 2007. Als die Klägerin am 19. April 2007 wieder alkoholisiert zur Arbeit erschien, wurde sie nach Hause geschickt und mit Schreiben vom gleichen Tag fristlos entlassen.

### **Aus dem Entscheid:**

«Der Klägerin wird einzig der erneute Absturz vom 19. April 2007 zum Vorwurf gemacht, welcher die Beklagte dazu bewog, der Klägerin fristlos zu kündigen. Alkoholabhängigkeit stellt ein Dauerzustand dar, welcher sich im Falle der Klägerin insbesondere durch sich wiederholende Abstürze nach aussen erkennbar machte. Der Absturz vom 19. April 2007 ist unbestrittenermassen auf die Alkoholsucht der Klägerin zurückzuführen und kann nicht als eigenständiges Ereignis betrachtet werden. Ihm liegt vielmehr derselbe Sachverhalt zu Grunde wie den Abstürzen in den Monaten zuvor, welche die Beklagte zur ordentlichen Kündigung berechtigte. Sie kann sich darum als Begründung für die fristlose Entlassung nicht mehr auf diesen Umstand berufen.

Zudem war sich die Beklagte der Alkoholabhängigkeit der Klägerin seit längerem bewusst. Äusserungen der Beklagten, dass sie eine Besserung anstelle einer Entlassung bevorzugen würde, zeigen die Geduld und Nachsicht, welche sie gegenüber der Klägerin aufbrachte, was der Beklagten auch zugute zu halten ist. Man versuchte offensichtlich, die Situation während mehreren Monaten mittels Gesprächen und Ermahnungen zu retten. Vorliegend hätte das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung aufgrund der ordentlichen Kündigung noch rund zehn Wochen gedauert. Es liegt auf der Hand, dass eine alkoholisierte Mitarbeiterin nicht für den Telefondienst einer Taxizentrale – insbesondere nicht im Kundenkontakt – einsetzbar ist. Durch die vorangegangene ordentliche Kündigung mit derselben Begründung, welche die Beklagte später zur fristlosen Kündigung bewegte, manifestierte sie, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses trotz der Umstände nach wie vor – zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist – zumutbar gewesen wäre.

Gemäss der Stellungnahme des behandelnden Arztes Dr. M. vom 28. August 2007 habe dieser der Klägerin eine Entziehungskur zu keiner Zeit direkt angeordnet, son-

dern ihr eine stationäre Therapie lediglich vorgeschlagen und angeraten. Die Klägerin sei nicht bereit gewesen, in die Klinik für Alkoholkrankte in Ellikon einzutreten. Man könne nicht von einer unbedingten Indikation zur stationären Therapie sprechen, da er – Dr. M. – die Klägerin in diesem Fall wegen Selbstgefährdung oder Gefährdung von anderen Personen mittels fürsorglichen Freiheitsentzugs hätte einweisen müssen. Entschied sich nun die Klägerin gegen eine vom Arzt vorgeschlagene, aber nicht verbindlich angeordnete stationäre Therapie – auch wenn nun die Beklagte ihr hierfür eine Auszeit gewährt hätte, was aber in dieser Form von der Klägerin bestritten wurde –, kann ihre dadurch entstandene Arbeitsunfähigkeit nicht als selbstverschuldet betrachtet werden. Insofern kann offen bleiben, ob der Alkoholmissbrauch Begleiterscheinung eines psychischen Traumas oder als eigenständige Krankheit zu betrachten ist. Die Anordnung einer Entziehungskur ist Sache des behandelnden Arztes.

Es leuchtet ein, dass der Beklagten nicht angelastet werden kann, sie hätte der Klägerin im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht – wie von der Klägerin vorgebracht – die Arbeitsaufnahme verbieten oder sie auffordern sollen, eine länger dauernde Arbeitsunfähigkeit ärztlich bestätigen zu lassen. Dem Arbeitgeber sind bei Weisungen betreffend die gesundheitliche Selbstbestimmung des Arbeitnehmers enge Grenzen gesetzt. Die Beklagte ist ihrer Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin gegenüber der Klägerin vorliegend mehr als genug nachgekommen, indem sie viel Geduld und Nachsicht entgegenbrachte und während Monaten eine Lösung des Problems anstrebte. Folglich machte die Beklagte zurecht geltend, dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht in eine medizinische und soziale Behandlungspflicht verkehrt werden dürfe.

Eine Verwarnung, fortan nicht mehr krankheitsbedingt auszufallen, kann keine Geltung haben, da eine Absenz in Folge unverschuldeter Krankheit keine Vertragsverletzung darstellt. Auch an das Nichtbeibringen eines Arztzeugnisses im Absenzfalle dürfen keine solchen Folgen geknüpft werden, da dies eine bloße Verletzung einer Ordnungsvorschrift darstellt (Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 7/3.2.5 S. 1 f.)»

Das Gericht betrachtete die fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt, sprach aber keine zusätzliche Entschädigung zu. Da die Klägerin nach der fristlosen Entlassung erst rund einen Monat nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit die Beklagte informierte, stellte sich die Frage, ab wann ihr ein Krankentaggeld zusteht. Die AVB der Versicherung schrieben vor, dass eine Arbeitsverhinderung innert sieben Tagen mittels Arztzeugnis gemeldet werden müsse und der Anspruch frühestens mit Eingang des Zeugnisses beginne.

### *Aus dem Entscheid:*

«Der Beklagten kann nicht angelastet werden, sie hätte die Klägerin in weitergehender Weise zur Einreichung von Arztzeugnissen auffordern müssen. Zum einen trifft sie eine solche Pflicht nicht, zum anderen konnte ihr die Arbeitsunfähigkeit aufgrund des Ausscheidens der Klägerin aus dem Betrieb der Beklagten mit der fristlosen Entlassung nicht bekannt sein. Vielmehr lag es im Interesse der Klägerin selbst, so rasch wie möglich die Beklagte über ihre Arbeitsunfähigkeit zu informieren, musste ihr doch bekannt sein, dass sie nach ihrem Austritt aus der Beklagten auch aus der Kollektiv-

versicherung ausscheiden würde und damit keine Versicherungsdeckung mehr bestünde. Aufgrund der Prämienabzüge in den Lohnabrechnungen musste die Klägerin Kenntnis von der Krankentaggeldversicherung haben.

Mit Schreiben vom 25. September 2007 teilte die Versicherung der Beklagten sinngemäss mit, dass die am 27. August 2007 eingegangene Krankmeldung zu spät erfolgt sei und daher keine Taggelderleistungen gewährt werden könnten. Aus den Akten geht nicht hervor, dass die Klägerin Kenntnis vom Inhalt der AVB hatte. Dies ist indessen irrelevant, da es zumindest der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass Arztzeugnisse innerhalb der ersten Tage der Krankheit dem Arbeitgeber zuzustellen sind, umso mehr, wenn daraus Ansprüche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden. Es liegt auf der Hand, dass die Beklagte aufgrund einer blossen Krankheitsmeldung, welche ihr vorliegend am 30. Mai 2007 zuzuging, ohne Beilage eines Arztzeugnisses keine Anmeldung bei der Versicherung veranlassen musste. Hätte die Klägerin die Arztatteste rechtzeitig beigebracht, wie es von ihr zu erwarten gewesen wäre, hätte die Kollektivversicherung entsprechende Taggelder ausgerichtet und die Beklagte hätte sich dadurch schadlos halten können. Die klägerische Säumnis kann nun nicht der Beklagten angelastet werden.

Die Klägerin ist ihrer Schadenminderungspflicht zumindest bis am 16. Juli 2007 nicht nachgekommen. Ein Schadenersatzanspruch in Bezug auf den Krankenlohn muss daher bis am 15. Juli 2007 verneint werden. Die um rund eineinhalb Monate verzögerte Weiterleitung der Krankmeldung an die Krankentaggeldversicherung hat hingegen die Beklagte zu vertreten. Sie schuldet der Klägerin daher den Krankenlohnersatz für die Zeit vom 16. Juli 2007 bis am 30. November 2007. Ob die Versicherung zur Auszahlung des Krankentaggeldes verpflichtet ist, wäre im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Versicherung zu prüfen und ist für das vorliegende Verfahren unbedeutend.»

*(AGer., AN070663 vom 24. Februar 2009; eine Berufung ist am Obergericht hängig)*

## **9. OR 329 ff.; Ferien- und Feiertagsentschädigung beim Stundenlohn**

Der Vertrag einer Call-Center Agentin enthielt folgende Regelung (§ 5.2 und § 9.2): “Der Brutto-Stundenlohn setzt sich zusammen aus dem Grundlohn (inkl. 13. Monatslohn) und der Ferien- und Feiertagsentschädigung (8,33 % = 1,54 CHF).” und “Der gesetzliche Ferienanspruch ist gemäss § 5 dieses Vertrages in dem Salär abgegolten (8,33 % = 1,54 CHF).”

### **Aus den Erwägungen:**

#### *«Ferienentschädigung*

Das Abgeltungsverbot bezweckt, dass Ferien der Erholung dienen und nicht durch Geldleistungen abgegolten werden. Die Durchsetzung dieses Verbotes kann namentlich bei sehr unregelmässiger Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten mit Schwierigkeiten verbunden sein. Deshalb lässt die Rechtsprechung Abgeltungsvereinbarun-

gen ausnahmsweise zu, sofern für den Arbeitnehmer sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie aus den Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitslohns den Ferienanspruch abgelenkt soll (BGE 118 II 136 E.3b, mit weiteren Verweisen).

Aufgrund der unregelmässigen Arbeitszeit der Klägerin ist grundsätzlich eine monetäre Ferienlohnabgeltung zulässig. Auf den Lohnabrechnungen findet sich jeweils ein Hinweis darauf, dass der aufgeführte Stundenlohn von Fr. 20.– brutto bzw. ab Dezember 2007 Fr. 22.– brutto eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8,33 % beinhaltet. Die Entschädigung von 8,33 % entspricht prozentual den vertraglich vereinbarten Ferien von 20 Arbeitstagen bzw. vier Wochen, was dem zwingenden gesetzlichen Minimum von Art. 329a Abs. 1 OR entspricht. Damit ist der mit 8,33 % sowohl im Arbeitsvertrag als auch in sämtlichen Lohnabrechnungen ausgewiesene Ferienlohnanteil betragsmässig errechenbar und genügend ausgeschieden, weshalb die Ferienentschädigung bereits vollständig vergütet wurde. Unter diesem Titel hat die Klägerin nichts mehr zu Gute.

### *Feiertagsentschädigung*

Der Gesetzgeber hat für Feiertage keine Lohnzahlungspflicht festgelegt. Für Stundenlöhner bedeutet dies, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer eine Feiertagsentschädigung zu entrichten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 14 zu Art. 329 OR), ausser natürlich, eine solche wurde vertraglich vereinbart.

Aus § 9 des Arbeitsvertrages geht hervor, dass mit den 8,33 % die Ferien abgegolten werden. Wenn es nun in § 5.2 weiter heisst, die Ferien- und Feiertagsentschädigung betrage 8,33 %, kann dies nur bedeuten, dass die Feiertagsentschädigung 0 % ausmacht. Da der Arbeitgeber – wie oben erwähnt – nicht zur Bezahlung einer Feiertagsentschädigung verpflichtet ist, ist eine solche Null-Regelung zulässig. Somit schuldet die Beklagte der Klägerin keine Feiertagsentschädigung.»

*(AGer., AN090459 vom 23. Oktober 2009; die Berufung wurde am 13.01.10 durch Vergleich erledigt; LA090023)*

## **10. OR 330a, 346a; Erwähnung einer Straftat im Lehrzeugnis?**

Mit der Lehrtochter wurde rund einen Monat vor Lehrabschluss ein Arbeitsvertrag unterzeichnet, wonach sie nach der Beendigung der Lehre bei der Beklagten tätig sein sollte. Sie bestand die Lehrabschlussprüfung. Rund zwei Wochen vor Beendigung der Lehre entwendete die zum damaligen Zeitpunkt drogenabhängige Klägerin die Geschäftskreditkarte ihres Vorgesetzten und bezog damit innerhalb einer Woche verschiedene Geldbeträge (insgesamt Fr. 2'800.–) aus dem Bancomat. Darauf wurde das Lehrverhältnis fristlos gekündigt und der nachfolgende Arbeitsvertrag als nichtig erklärt. Der Betrag wurde von den Angehörigen zurückbezahlt und die fristlose Entlassung akzeptiert. Die Klägerin forderte aber, dass der folgende Satz im Zeugnis zu streichen sei: "Leider mussten wir das Lehrverhältnis wegen eines besonderen Ereignisses kurz vor Ende der Vertragszeit fristlos kündigen."

**Aus den Erwägungen:**

«Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Klägerin die Kreditkarte am 16. Juli 2008 entwendete, somit zwei Wochen vor der ordentlichen Beendigung des Lehrverhältnisses. Die Beklagte selbst räumte ein, dass die Klägerin die Abschlussprüfung bestand und bei ihr die Lehre als Schriften- und Reklamegestalterin absolviert hat. Somit verfügt die Klägerin über eine abgeschlossene Ausbildung. Trotzdem bleibt ihr mit diesem Lehrzeugnis der Berufseinstieg verwehrt. Lehrlinge sind besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer, die bei der Bewerbung um ihre erste Stelle nach Beendigung der Lehre in der Regel nur gerade dieses Arbeitszeugnis vorlegen können. Die Aufnahme eines entsprechenden Vermerks würde das ganze weitere Berufsleben der Klägerin in ausserordentlichem Masse beeinträchtigen. Aufgrund des Alters der Klägerin und ihrer damaligen Drogenprobleme darf diese "Jugendsünde" nicht das wirtschaftliche Fortkommen der Klägerin derart beeinträchtigen, dass ihr der Einstieg in den erlernten Beruf verwehrt wird. Die Ausstellung eines Lehrzeugnisses mit diesem Inhalt hätte noch weitreichendere Folgen als ein Eintrag im Zentralstrafregister, welcher nach einiger Zeit wieder gelöscht wird. Das Lehrzeugnis ist jedoch auch Jahre später für den Berufseinstieg von grosser Bedeutung. Ein zukünftiger Arbeitgeber wäre bei Weglassung des fraglichen Satzes auch nicht getäuscht, da die Klägerin die Straftat von ihrer Drogensucht getrieben ausübte und diese keineswegs charakteristisch für die Klägerin ist. Nun hat die Klägerin einen Entzug gemacht und ist clean, weshalb sich solche Vorkommnisse nicht wiederholen dürfen. Somit handelt es sich nur um einen einmaligen nachgewiesenen Zwischenfall einer drogenabhängigen Lehrtochter, die der Versuchung nicht widerstehen konnte, die ihr anvertraute Kreditkarte für eigene Zwecke zu verwenden.

Gerade im Hinblick darauf, dass die Klägerin stets gute Leistungen und ein einwandfreies dienstliches Verhalten an den Tag legte, würde ein solcher Eintrag einen vollkommen falschen Eindruck erwecken und die Klägerin zu Unrecht in ein falsches Licht rücken. Die von der Beklagten gewählte undurchsichtige Formulierung lässt einen zukünftigen Arbeitgeber im Dunkeln tappen, da zwar die fristlose Entlassung erwähnt, der Grund jedoch verschwiegen wird. Der fragliche Satz bringt keine Klarheit, sondern Ungewissheit und Verunsicherung. Dem Anspruch auf ein vollständiges und klares Zeugnis wird dieser nicht gerecht. In der Gesamtbetrachtung, insbesondere in Würdigung des gesamten Lehrverhältnisses, ist daher die Erwähnung der Verfehlung unverhältnismässig, weshalb diese keinen Eingang ins Lehrzeugnis finden darf.

Aus diesen Gründen ist der Beendigungsgrund ersatzlos aus dem Lehrzeugnis zu streichen. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin ein entsprechend korrigiertes Lehrzeugnis aus- und zuzustellen.»

*(AGer., AN090008 vom 27. März 2009)*

**11. OR 335 ff.; Kündigung während der Ferienabwesenheit**

Die Beklagte kündigte dem Kläger am 28. Dezember 2004 per Ende Februar. Der Kläger betrachtete diese Kündigung als missbräuchlich, weil er seine Ferienansprüche geltend gemacht habe. Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger habe nur einen Ferienanspruch bis am 3. Januar 2005 gehabt. Vorliegend wird nur die Frage geprüft, wann das Arbeitsverhältnis zu Ende gegangen ist.

**Aus dem Entscheid:**

«Die Beklagte kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 28. Dezember 2004 mit der gesetzlichen zweimonatigen Kündigungsfrist gemäss Art. 335c Abs. 1 OR auf Ende Februar 2005.

Der Kläger behauptete, er habe erst am 5. oder 6. Januar 2005 von der Kündigung Kenntnis erhalten, was von der Beklagten jedoch bestritten worden ist. Das Kündigungsschreiben wurde an die Wohnadresse des Klägers gesandt.

Zwischen den Parteien ist lediglich umstritten, ob der Kläger am 3. oder 9. aus den Ferien zurück zu kehren hatte. Dass er bis zum 3. Januar 2005 in Spanien in den Ferien weilen würde, war der Beklagten dagegen bekannt. Das Kündigungsschreiben hat sie gleichwohl an die Heimadresse des Klägers gesandt.

Eine Kündigung entfaltet ihre Wirkungen erst mit dem Empfang durch den Adressaten. Es kommt bei einer Kündigung somit nicht auf das Datum des Poststempels, sondern auf den Zeitpunkt des Empfangs an. Dem tatsächlichen Empfang gleichgestellt wird die anderweitige Kenntnissnahme sowie der Umstand, dass der Empfänger von der Kündigung hätte Kenntnis erlangen können und sollen. Dies ist dann der Fall, wenn die Kündigung in seinen Machtbereich gelangt ist und unter normalen Umständen damit gerechnet werden darf, dass ein korrekter Arbeitnehmer davon Kenntnis nimmt. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich damit rechnen und wusste im konkreten Fall sogar, dass der Arbeitnehmer seine Ferien im Ausland verbringen würde. Das Bundesgericht und mit ihm die herrschende Lehre ist der Auffassung, eine Kündigung während der Ferien sei erst in dem Moment zugestellt, in dem vom Empfänger nach seiner Rückkehr die Kenntnissnahme erwartet werden könne, ausser er sei zuhause geblieben, habe sich die Post effektiv nachsenden lassen oder sei ohne Wissen des Arbeitgebers in die Ferien verreist (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 335 OR).

Die Beklagte musste somit erwarten, dass der Kläger nach dem Fax am 26. Dezember 2004 aus den Ferien in Spanien seinen Aufenthalt bis Ende Jahr und damit wohl auch über den Jahreswechsel im Süden verbringen würde, umso mehr, als er ein Ende seiner Ferien auf den 9. Januar 2005 ankündigte. Wenn die Kündigung danach an die Wohnsitzadresse gesandt wurde, musste die Beklagte davon ausgehen, dass der Kläger – auch wenn er sich an den aus Sicht der Beklagten vereinbarten Arbeitsantritt am 3. Januar 2005 gehalten hätte – die Kündigung erst anfangs des Jahres 2005 tatsächlich in Empfang nehmen würde. Die Beklagte selbst konnte nichts vorbringen, was den Schluss nahe legen würde, dass der Kläger die Kündigung tatsächlich noch im Dezember 2004 entgegengenommen hat. Es ist mithin davon auszugehen, dass der

Kläger die Kündigung erst anfangs Januar 2005 in Empfang nehmen konnte, womit die zweimonatige Kündigungsfrist erst anfangs Januar zu laufen begann. Daraus folgt der Kündigungstermin per Ende März 2005.»

*(A.Ger., AN050604 vom 28. Oktober 2009; eine Berufung am Obergericht ist noch hängig)*

## **12. OR 335 ff.; Zulässiger Widerruf einer Freistellung bei Verlängerung der Kündigungsfrist; Wiederaufnahme der Arbeit nach der Genesung**

Der Kläger war seit Juli 2006 als Chauffeur tätig. Am 16. März 2009 wurde das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen per 31. Mai 2009 gekündigt. Ab dem 20. April 2009 erschien der Kläger nicht mehr zur Arbeit, wobei er sich bis zum 15. Mai 2009 auf ärztliche Zeugnisse berufen konnte. Mit Schreiben vom 25. Mai 2009 hielt die Beklagte dem Kläger vor, er sei seit dem 16. Mai 2009 der Arbeit fern geblieben; sie betrachte das Arbeitsverhältnis seinerseits als per 16. Mai 2009 fristlos aufgelöst. Mit seiner Klage fordert der Kläger den Lohn für die wegen Krankheit verlängerte Kündigungsfrist. Er macht geltend, nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit habe er auf Anraten der Gewerkschaft am 26. Mai 2009 seine Arbeitsbereitschaft angeboten, sei jedoch nicht mehr zur Arbeit aufgefordert worden. Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage, da der Kläger nach dem 15. Mai 2009 trotz Aufforderung die Arbeit nicht wieder aufgenommen und daher die Stelle fristlos verlassen habe.

### **Aus den Erwägungen:**

«Gemäss den vorgelegten ärztlichen Zeugnissen ist der Kläger bis und mit (Freitag) 15. Mai 2009 arbeitsunfähig gewesen. Er selbst weist darauf hin, das Arztzeugnis sei am 15. Mai 2009 ausgelassen, um dann nur noch von "Terminen" beim Hausarzt und im Spital zu sprechen. Am (Montag) 18. Mai 2009 war der Kläger mithin wieder arbeitsfähig mit der Einschränkung, dass er für allfällige Termine beim Hausarzt und im Spital die erforderliche freie Zeit hätte beanspruchen können.

Unbestrittenermassen ist der Kläger allerdings am 18. Mai 2009 nicht zur Arbeit erschienen, obwohl die Beklagte bereits mit Brief vom 21. April 2009 klargestellt hat, er habe seine Arbeit nach seiner Wiedergenesung wieder aufzunehmen. Der Kläger bestätigt, dieses Schreiben erhalten zu haben, macht jedoch geltend, sein Chef habe ihm anlässlich der Kündigung mitgeteilt, die Arbeit werde am 17. April 2009 enden.

Selbst wenn die Beklagte, entsprechend der Sachdarstellung des Klägers, ihn per 17. April 2009 freigestellt haben sollte, konnte die Beklagte unter den gegebenen Umständen auf die Freistellung zurück kommen. Für die Frage, ob der Arbeitgeber auf eine vorbehaltlose Freistellung zurück kommen kann, ist der Wissensstand der Arbeitgeberin im Zeitpunkt der Freistellung massgebend. Vorliegend soll die Beklagte dem Kläger den Endtermin seiner Arbeitsleistungen bereits anlässlich der Kündigung mitgeteilt haben. Damals konnte sie noch nicht wissen, dass der Kläger

ab 20. April 2009 arbeitsunfähig werden würde und sie damit zu rechnen hat, dass sich das Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausschieben könnte. Sie wäre damit zum Widerruf der Freistellungserklärung berechtigt gewesen, zumal sie – ja nach Zeitpunkt des Wiedereintrittes der Arbeitsfähigkeit des Klägers – mit einer längeren als der vorgesehenen Lohnzahlungsperiode ohne Arbeitsleistung des Klägers zu rechnen hatte (vgl. Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen 2000, S. 117).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Beklagte aufgrund der unvorhersehbaren Arbeitsunfähigkeit des Klägers ohnehin berechtigt gewesen wäre, auf eine allfällige Freistellung zurück zu kommen. Es braucht daher nicht geklärt zu werden, ob eine solche tatsächlich erfolgt ist.

Der Kläger wäre damit gehalten gewesen, am 18. Mai 2009 zur Arbeit zu erscheinen. Mit der blossen Wahrnehmung eines Arzttermins lässt sich sein Fernbleiben von der Arbeit nicht (nachträglich) rechtfertigen. Ebenso wenig durfte der Kläger zu Hause einfach auf eine weitere Nachricht der Beklagten warten, nachdem diese ihn bereits mit Brief vom 21. April 2009 zur Arbeit nach seiner Wiedergenesung aufgeboten hat.

Unter dem Datum vom 18. Mai 2009 wies die Beklagte den Kläger nochmals darauf hin, dass sich die Kündigungsfrist zufolge Arbeitsunfähigkeit bis Ende Juni verlängere. Sie stellte klar, dass er gemäss Ergebnis der vertrauensärztlichen Untersuchung voll arbeitsfähig sei und forderte ihn auf, die Arbeit unverzüglich wieder aufzunehmen. Sollte er der Aufforderung nicht Folge leisten, betrachte sie das Arbeitsverhältnis als von Seiten des Klägers fristlos gekündigt. Die Beklagte nahm damit richtigerweise nicht bereits das Nichterscheinen des Klägers am 18. Mai 2009 als Anlass, das Arbeitsverhältnis seinerseits als fristlos gekündigt zu betrachten. Vielmehr mahnte sie den Kläger ab und brachte zum Ausdruck, wie sie ein fortdauerndes Fernbleiben des Klägers von der Arbeit verstehen würde. ...

***Zusammenfassend bleibt festzuhalten:***

- Bereits am 21. April 2009 forderte die Beklagte – in zulässiger Rücknahme einer allenfalls erfolgten Freistellung – den Kläger unmissverständlich auf, seine Arbeit nach Ablauf der Arbeitsunfähigkeit umgehend wieder aufzunehmen.
- Nach dem 15. Mai 2009 war der Kläger wieder arbeitsfähig und damit verpflichtet, am 18. Mai 2009 seine Arbeit wieder aufzunehmen.
- Ohne weitere (taugliche) Nachricht blieb der Kläger am 18. Mai 2009 der Arbeit fern.
- Mit Brief vom 18. Mai 2009 mahnte die Beklagte das Verhalten des Klägers ab und stellte klar, dass sie von einem fristlosen Verlassen des Arbeitsplatzes ausgehen würde, sollte der Kläger die Arbeit nicht umgehend aufnehmen.
- Ohne taugliche Nachricht blieb der Kläger seiner Arbeit gleichwohl weiterhin fern.

Dieses Verhalten des Klägers durfte die Beklagte nach Treu und Glauben als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle verstehen und dementsprechend am 25. Mai 2009



das Arbeitsverhältnis als per 16. Mai 2009 aufgelöst betrachten. Auf das erst in der Folge ergangene, bloss verbale Arbeitsangebot des Klägers brauchte sie nicht mehr einzugehen. Die Lohnzahlungspflicht der Beklagten entfällt daher für die Zeit nach dem 15. Mai 2009, womit die Klage des Klägers in diesem Umfange abzuweisen ist.»

*(AGer., AN090499 vom 16. September 2009; im Berufungsverfahren vom Obergericht am 4. Februar 2010 bestätigt; LA090020)*

### **13. OR 335 ff.; Provisionsanspruch während der Freistellungszeit**

Die Klägerin war als Wohnberaterin tätig und erhielt nebst dem Fixlohn eine Umsatzprovision. Zu prüfen war, wie diese während einer Arbeitsverhinderung infolge Freistellung und Krankheit zu berechnen ist.

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

«Für die Zeit einer Freistellung schuldet die Arbeitgeberin denselben Lohn, wie wenn die Arbeitnehmerin gearbeitet hätte (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 324 OR). Die Klägerin wurde ab 4. Februar 2008 von der Beklagten freigestellt. Dementsprechend hatte sie für diese Zeit einen vollen Lohnanspruch, wozu auch die in dieser Zeit hypothetisch erlangten Prämien gehören. ...

Die Auszahlung des Fixlohns ist vorliegend nicht bestritten. Es sind somit im Folgenden die während der Freistellung und der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin von dieser hypothetisch erzielten Prämien zu bestimmen. Schwankende Lohnbestandteile wie Prämien erfordern hierzu einer Schätzung (Art. 42 Abs. 2 OR; Rehbinde/Portmann, BaK, a.a.O., N 9 zu Art. 324a OR). Zweckmässigerweise wird in solchen Fällen grundsätzlich auf die in der Vergangenheit erzielten Durchschnittswerte abgestellt (BGE 125 III 14 E. 2.b m. w. H.). Gleichwohl sind die Verhältnisse während der Verhinderung der Arbeitsleistung, wie insbesondere saisonale Schwankungen, zu berücksichtigen (Brühwiler, a.a.O., N 11 zu Art. 324a OR; Schönenberger/Staehelin, ZK, a.a.O., N 49 zu Art. 324a OR; J.M. Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Zürich 1992, Diss., S. 92 f.).

Die Beklagte berechnete die hypothetischen monatlichen Prämien, indem sie die von der Klägerin im Jahre 2007 erzielten Prämien addierte und anschliessend durch zwölf Monate dividierte. Dieser Methode kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden. Erstens, weil der Durchschnittswert der vergangenen zwölf Monate grundsätzlich lediglich Ausgangspunkt einer Schätzung und nicht unbeschrieben der tatsächlichen Verhältnisse während der Verhinderung der Arbeitsleistung deren Resultat bilden kann. Zweitens kann vorliegend nicht auf eine zwölfmonatige Periode vor Eintritt der Verhinderung der Arbeitsleistung als Ausgangspunkt zurückgegriffen werden, weil die der Prämienberechnung zugrundeliegenden Umsatzvorgaben vom vereinbarten Fixlohn abhängen und letzterer Mitte 2007 von Fr. 6'750.– auf Fr. 5'000.– gesenkt wurde. Indessen würde auch ein blosser Rückgriff auf die Periode seit Juli 2007, wie dies die Klägerin geltend macht,

einer Schätzung der hypothetischen Prämien nicht genügen. Denn dabei würde den saisonalen Schwankungen nicht hinreichend Rechnung getragen.

Eine Durchschnittsberechnung ab Juli 2007 würde einen der Klägerin noch auszahlenden Betrag von Fr. 8'855.85 brutto (Fr. 2'500.15 für 11 Monate von Januar bis November 2008 à Fr. 1'863.65 monatlich, abzüglich erhaltene Fr. 11'644.30 für 2008) ergeben. Da das zweite und dritte Quartal eine umsatzschwächere Periode zu sein scheint (vgl. Umsatzbudget), rechtfertigt sich eine Kürzung des durchschnittsberechtigten Betrages um einen Drittel auf Fr. 5'903.90 brutto bzw. nach Abzug von 6,05 % AHV/ALV und 1,86 % NBUV auf Fr. 5'436.90 netto. Dieser Betrag ist mit 5 % ab 3. Dezember 2008 (Klageeinleitung) zu verzinsen.»

(AGer., AN080898 vom 20. Oktober 2009)

#### **14. OR 335b, 336; Missbräuchliche Kündigung während der Probezeit**

Nachdem einer Eventmanagerin in der Probezeit wieder gekündigt wurde, verlangte sie eine Genugtuung wegen Mobbing und erhob diverse weitere Vorwürfe gegen die Beklagte. Nachfolgend eine Auswahl dieser Anschuldigungen.

##### **Aus den Erwägungen:**

###### *Vorzeitige Beendigung:*

«Schliesslich beanstandete die Klägerin, dass man ihr nicht die ganze Probezeit von drei Monaten zugestanden habe, um sich beweisen zu können.

Hierzu gilt es festzuhalten, dass gemäss Art. 335b Abs. 1 OR eine Kündigung während der Probezeit jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 7 Tagen möglich ist. Die Parteien haben im Arbeitsvertrag unter § 1 Ziffer 2 sogar eine längere Kündigungsfrist von 14 Tagen während der Probezeit vereinbart. Gerade in der Probezeit, während der die Parteien sich kennenlernen und die Chancen für eine langfristig positive Arbeitsbeziehung ausloten können sollen, ist die Kündigungsfreiheit gross (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 335b OR). Allein aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber während der Probezeit kündigt, kann deshalb keinesfalls eine Fürsorgepflichtverletzung abgeleitet werden.»

###### *Zu verschiedenen Mobbingvorwürfen hielt das Gericht fest:*

«Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass es sich weder bei den einzelnen geltend gemachten Vorfällen noch bei deren Gesamtheit um persönlichkeitsverletzendes Mobbing der Klägerin durch den Vorgesetzten handelt, für welches die Beklagte einzustehen hat. Da der Klägerin bereits während der Probezeit nach einem Monat gekündigt worden ist, kann per se kein systematisches und während einer gewissen Dauer anhaltendes oder wiederholtes, als Mobbing zu qualifizierendes Verhalten vorliegen. Bei allen behaupteten Vorkommnissen fehlt es zudem an der erforderlichen objektiven und auch subjektiven Schwere für eine Genugtuung.»

*Den Vorwurf der Diskriminierung beurteilte das Gericht wie folgt:*

*«Definition*

Da die Klägerin den pauschalen Vorwurf der Diskriminierung nicht näher konkretisiert und sich auch nicht auf die Gleichstellung zwischen Mann und Frau berufen hat, ist davon auszugehen, dass sie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 328 OR anrufen wollte. Dieser besagt, dass der Arbeitgeber nicht einzelne Arbeitnehmer desselben Unternehmens willkürlich, d.h. ohne jeden sachlichen Grund, benachteiligen darf (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 328 OR). Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine solche kann von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (BGE 129 III 276 E. 3.1).

*Behauptungen der Parteien und Beurteilung*

In ihrer schriftlichen Klagebegründung brachte die Klägerin zunächst den pauschalen Vorwurf vor, das Verhalten und die Vorwürfe seien diskriminierend. Welche Vorwürfe diskriminierend seien, erläuterte die Klägerin in der Folge nicht weiter. Bezüglich des Verhaltens der Beklagten verwies sie anlässlich der Hauptverhandlung jedoch auf die Behandlung ihres Vorgängers. Sie brachte vor, es würde mit unterschiedlich langen Ellen gemessen, da der Vorgänger nicht allzu kompetent sei und trotzdem kurz nach ihrer Entlassung wieder eingestellt worden sei. Dies sei erstaunlich im Hinblick auf die Fehler, die er sich habe erlauben dürfen, während der Klägerin selber nicht einmal die ganze Probezeit zugestanden worden sei. Ihrem Vorgänger sei zudem im Gegensatz zu ihr nie ein Vorwurf bezüglich der morgendlichen Begrüssung gemacht worden. Er habe den Vorgesetzten wohl "showbusinessmässig" begrüsst. Unterschiedliche Messlatten anzuwenden sei diskriminierend.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin nur eine Diskriminierung gegenüber einer einzelnen Person geltend macht, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Persönlichkeitsverletzung schon deshalb ausschliesst (BGE 129 III 276). Der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 328 OR setzt sodann ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus und kann sich folglich nicht auf die Einstellung einer anderen Person beziehen (Portmann, a.a.O., N 35 zu Art. 328 OR). Es kann deshalb keine Diskriminierung vorliegen, wenn eine andere Person eingestellt wird, obwohl diese nicht so kompetent ist. Die einzige Möglichkeit der Klägerin in diesem Fall wäre, gegen die eigene Kündigung vorzugehen. Dies hat sie jedoch nicht getan.

Wenn die Klägerin der Beklagten zudem vorwirft, dass ihr Vorgänger trotz diverser Fehler wieder eingestellt worden sei, während ihr nicht einmal die ganze Probezeit zugestanden worden sei, so ist, wie oben ausgeführt, darauf hinzuweisen, dass die Klägerin keinerlei Anspruch auf die Gewährung der vollen Probezeit hat. Vielmehr kann der Arbeitgeber unter Einhaltung einer verkürzten Kündigungsfrist

jederzeit kündigen. Es kann folglich keine Ungleichbehandlung vorliegen, wenn jemandem während der Probezeit gekündigt und eine andere Person wieder eingestellt wird.

Dass ihrem Vorgänger im Gegensatz zu ihr kein Vorwurf bezüglich der morgendlichen Begrüssung gemacht worden ist, liegt, wie aus den Ausführungen der Klägerin selber hervorgeht, offenbar in der Tatsache, dass ihr Vorgänger den Vorstellungen des Arbeitgebers betreffend "showbusinessmässigem" Verhalten entsprochen hat. Eine Ungleichbehandlung kann jedoch schon deshalb nicht vorliegend, weil die Klägerin nie gleichzeitig mit ihrem Vorgänger in einem Arbeitsverhältnis gestanden hatte.»

*(AGer., AN090689 vom 30. November 2009; eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 29. Januar 2010 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde; PN090264)*

## **15. OR 336; Missbräuchliche Kündigung nach beendeter Beziehung?**

Die Klägerin führte mit dem einzigen Verwaltungsrat und CEO A. eine mehrjährige Beziehung vor und auch nach der Heirat der Klägerin mit B.. Am 23. Oktober 2006 teilte die Klägerin nach Rückkehr von einem Besuch bei ihren Eltern im Ausland A. mit, dass sie die Liebesbeziehung mit ihm beenden wolle. Am 25. Oktober 2006 kam es zu einem emotionalen Vorfall in einem Coiffeurgeschäft zwischen A. und der Klägerin, worauf A. der Klägerin am nächsten Tag kündigte. Die Klägerin betrachtet diese Kündigung als missbräuchlich. Gemäss ihrer Darstellung sei die Beendigung der Beziehung das auslösende Ereignis gewesen. A. habe sie unter massivsten Druck gesetzt, um sie zu einer Weiterführung des Verhältnisses oder einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen. Als sie sich den Druckversuchen widersetzt habe, sei ihr unter einem gesuchten Vorwand gekündigt worden. Sie habe seit diesen Druckversuchen unter einem Trauma gelitten und sei deswegen der Arbeit ferngeblieben.

### **Aus den Erwägungen:**

«Der Beklagten stand der Gegenbeweis dafür offen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis aufgrund des Verhaltens der Klägerin vom 26. Oktober 2006 vor A., Mitarbeitern und anderen Spezialisten kündigte. Es wusste zwar keiner der anderen Spezialisten und Mitarbeiter, weshalb der Klägerin gekündigt worden ist (den Entscheid hat denn auch alleine A. getroffen). Es ist jedoch aufgrund des bisherigen Verhaltens von A. und seinen Intentionen, diese Angelegenheit auf gar keinen Fall nach aussen zu tragen, nachvollziehbar bzw. es drängt sich geradezu auf anzunehmen, dass er sich durch den lautstarken und unerwarteten Ausbruch der Klägerin vor allen, er mache sie krank, brüskiert und blossgestellt gefühlt haben muss. Noch mit Schreiben vom gleichen Tag wurde der Klägerin denn auch seitens der Beklagten gekündigt. Eine solche Kündigung ist nicht missbräuchlich. Im Übrigen ist zu be-

rücksichtigen, dass die verfahrenre Situation gar nicht anders als mit einer Kündigung (durch die Beklagte) deblockiert werden konnte. Die Klägerin konnte sich nicht entscheiden und meinte in völliger Verkenennung der Situation, dass sie normal hätte weiterarbeiten können, obwohl A. als ihr Chef sich nicht von ihr lösen konnte und weiter um sie werben würde (wie ein Zeuge wohl treffend sagte in einem Gemisch aus Flehen und Drohen). Diesbezüglich erkannten nicht nur die beiden Spezialisten (als Zeugen), sondern auch der Ehemann der Klägerin klar, dass eine Weiterarbeit der Klägerin bei der Beklagten nicht gangbar war. Damit erweist sich die Kündigung auch in diesem Fall nicht als rechtsmissbräuchlich. Die unter diesem Titel geltend gemachte Entschädigungsforderung von Fr. 30'000.– ist damit vollumfänglich abzuweisen.»

*(AGer., AN061023 vom 17. Dezember 2009; ein Rekurs ist noch am Obergericht hängig)*

## **16. OR 336c; Wiederholung der Kündigung bei Arbeitsverhinderung**

Der Klägerin wurde am 17. Juli 2008 per Ende September mündlich gekündigt. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde die Kündigung bestätigt und die Klägerin freigestellt. Gleichtags wurde der Klägerin von ihrem Hausarzt eine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vom 17. bis 20. Juli 2008 attestiert. Am 24. Juli 2008 erfolgte ein zweites Kündigungsschreiben. Die Klägerin geht davon aus, das Arbeitsverhältnis sei nie gültig gekündigt worden. Am 17. Juli 2008, am Tag der Kündigung, sei sie krank gewesen. Zudem sei mit Schreiben vom 24. Juli 2008 keine erneute Kündigung ausgesprochen, sondern lediglich die alte nichtige Kündigung bestätigt worden.

### **Aus den Erwägungen:**

«Zwischen den Parteien ist nach dem Gesagten trotz der erwähnten Relativierung seitens der Beklagten unbestritten, dass die Klägerin am 17. Juli 2008, am Tag der mündlichen Kündigung, krank war. Mit Einschreiben vom 24. Juli 2008 wiederholte die Beklagte die Kündigung allerdings. Dieses Einschreiben nahm die Klägerin am 29. Juli 2008 in Empfang, also zu einem Zeitpunkt, in dem sie gemäss eigenen Angaben nicht mehr krank war.

Die Ausführungen der Klägerin, wonach das Einschreiben vom 24. Juli 2008 lediglich eine Bestätigung der nichtigen Kündigung sei und somit keine Rechtswirkung entfalten könne, erscheinen zu formalistisch. Letztlich ist entscheidend, wie die Klägerin das Schreiben der Beklagten nach Treu und Glauben verstehen musste. Dazu ist vorab zu bemerken, dass es zwei “Kündigungsschreiben” der Beklagten gab. Im ersten Schreiben, datiert vom Tag der mündlichen Kündigung, dem 17. Juli 2008, bestätigt die Beklagte tatsächlich schlicht die “heute ausgesprochene Kündigung”. Dieses Schreiben ist nicht von Bedeutung und die Klägerin hat es gemäss ihren Angaben auch bereits am 18. Juli 2008, also noch während der Erkrankung entgegengenommen. Die Parteien beziehen sich mit ihren Ausführungen auf das zweite Schreiben vom 24. Juli 2008. Dieses Einschreiben hat folgenden Wortlaut:

"Zürich, 24. Juli 2008

**Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 30. September 2008**

Sehr geehrte Frau X.

Wie von Ihnen gewünscht, bestätigen wir Ihnen hiermit die ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Ihnen und der Beklagten (A.d.R.) fristgerecht per 30. September 2008.

Diese Massnahme erfolgt aufgrund wirtschaftlich-organisatorischer Belange; die Beklagte wird umstrukturiert und reorganisiert.  
[...]"

Dieses Schreiben ist als "Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 30. September 2008" betitelt. Dass die Beklagte im Text die ausgesprochene Kündigung "bestätigt", heisst in diesem Kontext nichts anderes, als dass sie immer noch die Absicht hatte, zu kündigen. Dies erfolgte zu einem Zeitpunkt, in dem sie auch kündigen konnte, da nämlich keine krankheitsbedingte Sperrfrist mehr bestand. Im Kündigungsschreiben wird im Übrigen nicht einmal erwähnt, an welchem Datum die mündliche Kündigung ausgesprochen worden sein soll. Es fehlt also ein Hinweis auf den 17. Juli 2008. Zudem heisst es weiter unten im Text: "Diese Massnahme erfolgt aufgrund ...", und nicht etwa "erfolgte". Unter diesen Umständen einen Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses mangels Kündigung ausserhalb der Sperrfrist zu bejahen, wäre im höchsten Masse formalistisch. Die Sperrfristen in Art. 336c OR sollen den Arbeitnehmer davor schützen, in einem Zeitpunkt eine Kündigung zu erhalten, in dem er in aller Regel bei der Stellensuche keine Chance hat. Diesem Schutzgedanken ist genüge getan, wenn die Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist wiederholt wird (Streiff/von Kaenel, N 2 zu Art. 336c; vgl. BGE 128 III 212 ff. [218]).

Das Schreiben der Beklagten vom 24. Juli 2008, von der Klägerin am 29. Juli 2008 entgegengenommen, ist nach dem Gesagten als gültige Kündigung zu qualifizieren. Gemäss Vertrag gilt eine zweimonatige Kündigungsfrist. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien endete deshalb am 30. September 2008. Die von der Klägerin über dieses Datum hinaus geforderten Löhne sind somit nicht geschuldet und ihre Klage ist in diesem Umfang abzuweisen.»

*(AGer., AN080940 vom 17. Dezember 2009; eine Berufung ist noch hängig)*

## **17. OR 337; Missbrauch von Bonus-Punkte-Karten**

Der Verkaufsberater wurde fristlos entlassen, weil er mehrfach Bonus-Punkte von Kunden auf seine eigene und auf die Bonus-Karte seiner Mutter gebucht habe.

**Aus den Erwägungen:**

«Es ist unbestritten, dass der Kläger in 51 Fällen Punkte von Kunden, welche die Punkte nicht haben wollten, obwohl sie teilweise Eigentümer einer Bonuskarte waren, auf die Bonuskarte seiner Mutter gebucht hat. Ebenfalls ist als erstellt zu betrachten, dass eine Weisung, welche ein solches Vorgehen verbietet, existiert, jedoch möglicherweise vom Kläger nicht zur Kenntnis genommen bzw. ihm nicht zur Einsicht vorgelegt wurde. Es ist folglich zu prüfen, ob das Verhalten des Klägers einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellt, aufgrund dessen die Beklagte dem Kläger ohne Verwarnung fristlos kündigen konnte und sich der Kläger allenfalls erfolgreich auf das Nichtkennen der entsprechenden Weisung berufen kann.

Die Beklagte erklärt, die Bonuskarte sei anfangs 2008 in ihren Filialen eingeführt worden. Der Kläger geht davon aus, dies sei ca. ein Monat vor seiner fristlosen Entlassung gewesen. Mit dem Bonusprogramm wurde ein Kundenbindungsprogramm entwickelt, das besonders treuen Kunden über die Zuteilung und Kumulation von Punkten je Einkaufssumme einen Vorteil bei künftigen Anschaffungen bieten soll. Das Hauptinteresse der Beklagten besteht somit bei einem solchen, auf der Kumulation von Punkten basierenden Kundenbindungsprogramm, in der Gewinnung und Erhaltung von treuen Kunden. Zufällige Kunden, die nicht über eine Bonus-Karte verfügen und eben gerade diese Kundenbindung nicht eingehen wollen, sollen von diesen geldwerten Vorteilen ausgeschlossen bleiben. Ihre Bonus-Punkte verfallen bedingungslos.

Es ist unbestritten, dass der Kläger auch Bonus-Punkte von Kunden, die nicht über eine Bonus-Karte verfügten, auf die Karte seiner Mutter gebucht hat. Diese Kunden hatten jedoch gerade keine Bonus-Punkte zugute. Indem der Kläger diese Punkte auf die Karte seiner Mutter gebucht hat, hat er gegen die Interessen der Beklagten und den Sinn und Zweck des Kundenbindungsprogramms verstossen. Bonus-Punkte von Kunden, die keine Bonus-Karte haben und somit keine Kundenbindung eingehen wollen, sollen bedingungslos verfallen. Der Beklagten wäre ausserdem ein Schaden entstanden, hätte man diesen Vorfall nicht bemerkt. Die Mutter des Klägers hätte die Punkte in geldwerte Vorteile einlösen können, obwohl sie dazu gar nicht berechtigt gewesen wäre. Hätte der Kläger diese Punkte nicht auf die Bonus-Karte seiner Mutter gebucht, wären sie bedingungslos verfallen und es wäre keine potentielle Schuld der Beklagten gegenüber der Mutter des Klägers entstanden.

Der Kläger machte geltend, dass ihm eine Weisung, die ein solches Tun verbiete, nie zur Kenntnis gebracht bzw. zur Einsicht vorgelegt worden sei. Er habe demnach nicht gewusst, dass ein solches Handeln nicht erlaubt sei. Beim Kläger handelt es sich um einen qualifizierten Mitarbeiter der Beklagten, der eine technische Lehre gemacht, sich zum technischen Kaufmann ausgebildet, eine Aus- und Weiterbildung absolviert hat und mehrjährige Erfahrung als Verkäufer bei der Beklagten aufweist. Der Kläger wurde auch in die Handhabung der Bonus-Karte und technische Verarbeitung der Bonus-Punkte eingeführt. Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR traf den Kläger zudem eine Treuepflicht. Er war verpflichtet, die berechtigten Interessen der Beklagten in guten Treuen zu wahren und alles zu unterlassen, was sie wirtschaftlich hätte schädigen können (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 321a OR). Aufgrund der

Stellung und Qualifikation des Klägers und der allgemeinen Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hätte der Kläger auch ohne Kenntnis der Weisung wissen müssen, dass sein Verhalten nicht erlaubt war. Es ist nicht glaubwürdig, dass der Kläger naiv davon ausging, er dürfe die nicht beanspruchten Bonus-Punkte seiner Kunden sich selber bzw. seiner Mutter gutschreiben. Als qualifizierter Verkaufsangestellter musste er sich bewusst sein, dass es absolut verpönt ist, sich durch seine Funktion als Kassierer selber geldwerte Vorteile zu verschaffen. Er kann sich somit nicht auf den Standpunkt stellen, er habe die Weisung nicht gekannt.

Der Kläger wendet seinerseits ein, dass er nur Bonus-Punkte von Kunden, die ihm die Punkte geschenkt hätten, auf die Karte seiner Mutter gebucht habe. Da jedoch Kunden, die keine Bonus-Karte besaßen, überhaupt keinen Anspruch auf die Bonus-Punkte hatten, konnten sie diese dem Kläger auch nicht schenken. Die Argumentation des Klägers schlägt folglich fehl. Ausserdem erscheint es unglaublich, dass in einer Woche 51 Kunden dem Kläger Bonus-Punkte zum Selbstgebrauch angeboten haben.

Der Kläger benötigte für die Erfüllung seiner Aufgabe weitgehende Entscheidungsfreiheiten und Kompetenzen und das uneingeschränkte Vertrauen der Beklagten. Er verkaufte namens der Beklagten elektronische Produkte und hatte bei der Preisgestaltung einen gewissen Handlungsspielraum. Das treuwidrige Verhalten des Klägers war geeignet, das Vertrauen in ihn nachhaltig zu zerstören. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem Mitarbeiter, der monatlich Verkäufe im Gesamtwert von rund Fr. 80'000.– bis Fr. 100'000.– tätigt, wäre für die Beklagte unzumutbar gewesen. Mithin ist zu betonen, dass es vorliegend nicht um einen einmaligen Vorfall gehandelt hat. Der Kläger hat in 51 Fällen Bonus-Punkte von Kunden auf die Karte seiner Mutter gebucht, der Gesamtwert der gebuchten Einkäufe betrug Fr. 12'191.–.

Aufgrund obiger Ausführungen ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung, selbst ohne Verwarnung, vorlag. Auch wurde die fristlose Kündigung seitens der Beklagten rechtzeitig einen Tag, nachdem das klärende Gespräch mit dem Betriebsinspektor stattgefunden hatte, ausgesprochen.

Da bereits das oben ausgeführte Verhalten ausreichend für die fristlose Entlassung des Klägers ist, kann die Frage offen bleiben, inwiefern das Gutschreiben von Bonus-Punkten von Kunden, die Eigentümer einer Karte waren, relevant für die fristlose Kündigung gewesen wäre.»

*(AGer., AN080492 vom 24. Februar 2009; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 10. September 2009 durch Vergleich erledigt; LA090010)*

## **18. OR 337; Schriftform für fristlose Kündigung?**

Im Vertrag war die Schriftform für die Kündigung vereinbart worden. Gleichwohl kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mündlich fristlos.



**Aus den Erwägungen:**

«Wie sich aus den Ausführungen der Parteien ergibt, wurde die fristlose Kündigung vom 15. Mai 2009 von der Beklagten lediglich mündlich ausgesprochen. In dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 24. November 2008 wird unter Punkt 3 der Vertragsbedingungen jedoch festgehalten, dass eine Kündigung schriftlich zu erfolgen hat. Es ist insofern fraglich, ob die vorliegende Kündigung trotz des von den Parteien vereinbarten Schriftformerfordernisses wirksam ist. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der fristlosen Kündigung um eine ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses handelt. So kann der Arbeitsvertrag unter Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine jederzeit aufgelöst werden, wenn wichtige Gründe vorliegen. Gerade weil diese Form der Kündigung etliche, vom Gesetz abweichende Schranken der Kündigungsfreiheit ausser Kraft setzt, ist nicht einzusehen, weshalb gerade ein von den Parteien vereinbartes Schriftformerfordernis dennoch einzuhalten sein soll. Sodann können die Vertragsparteien schriftlich, mündlich oder konkludent auf die Voraussetzung der Schriftlichkeit verzichten. Die fristlose Kündigung wurde am 15. Mai 2009 von der Beklagten mündlich ausgesprochen und von der Klägerin als solche akzeptiert. Damit haben die Parteien konkludent auf das Formerfordernis der Schriftlichkeit verzichtet, weshalb das Arbeitsverhältnis somit auf diesen Termin beendet wurde.»

*(AGer., AN090557 vom 16. September 2009)*

**19. OR 337a; Voreilige fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer**

Der Kläger war ab dem 15. Oktober 2008 als Bodyguard tätig. Am 12. November 2008 kündigte er das Arbeitsverhältnis unter Berufung auf Art. 337a OR fristlos, weil er den Oktoberlohn noch nicht erhalten hatte.

**Aus dem Entscheid:**

«Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung des Arbeitsvertrags durch eine Vertragspartei nur bei besonders schweren Verfehlungen des Vertragspartners gerechtfertigt, welche einerseits objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Grundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Vertragspartner die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die der Vertragspartei vorgeworfene Pflichtverletzungen die erforderliche Schwere erreichen, entscheidet sich dabei nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des

Einzelfalles ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (ständige Rechtsprechung, siehe z.B. BGE 116 II 145).

Der zwischen dem Kläger und dem Beklagten abgeschlossene Arbeitsvertrag sieht die Ausrichtung des Lohnes auf Ende des laufenden Monats vor. Der dem Kläger zustehende Oktoberlohn 2008 wurde für den Beklagten somit am 1. November 2008 fällig. Der Kläger macht geltend, er habe den Beklagten schriftlich auf die ausstehende Lohnzahlung hingewiesen und auch mehrere Male mit seiner Buchhalterin telefoniert und sie auf den ausstehenden Lohn aufmerksam gemacht. Es sei ihm dabei mehrfach gesagt worden, dass "London" das Problem sei und das Geld kommen sollte. Der Beklagte gestand diesbezüglich ein, er habe sich nicht sofort um die Lohnabrechnung gekümmert. Er habe nicht gewusst, wie viel er dem Kläger hätte auszahlen müssen und habe deswegen eine Lohnabrechnung erstellen lassen.

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten am 12. November 2008 fristlos. Die Dauer zwischen der fälligen Lohnforderung und dem Tag der fristlosen Kündigung betrug demnach elf Tage. Ein Ausbleiben der fälligen Lohnzahlung für nur wenige Tage vermag indes noch keine schwere Vertragsverletzung zu rechtfertigen. Erst ein wiederholter längerer Verzug mit Lohnzahlungen, der trotz Mahnung anhält, kann den Arbeitnehmer zu einer fristlosen Kündigung berechtigen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 337a OR). Davon kann bei einem erstmaligen Verzug von elf Tagen nicht ausgegangen werden. Vielmehr wäre dem Kläger zum Beispiel die Möglichkeit offen gestanden, einstweilen die Arbeitsleistung einzustellen, bis der Rückstand getilgt ist.

Die fristlose Kündigung des Klägers erscheint somit – insbesondere auch im Hinblick auf die kurze Kündigungsfrist von sieben Tagen während der Probezeit – als nicht gerechtfertigt, weshalb eine Entschädigungspflicht des Beklagten entfällt.»

*(AGer., AN080865 vom 19. August 2009)*

## **20. OR 339a; Retentionsrecht der Arbeitnehmerin**

Die Klägerin hatte im Prozess verschiedene Forderungen geltend gemacht (siehe oben Entscheid Nr. 15). Die Beklagte verlangte widerklageweise die Herausgabe des der Klägerin überlassenen Fahrzeugs PW Porsche Cayenne.

### **Aus dem Entscheid:**

«Die Klägerin macht diesbezüglich geltend, es sei vereinbart worden, dass dieses Fahrzeug von der Beklagten geleast und der Klägerin zur Nutzung überlassen werde. Die Unterhaltskosten seien von der Beklagten getragen worden, wogegen die Klägerin die Benzinkosten zu übernehmen hatte. Der Klägerin sei ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, den Wagen nach freiem Ermessen für private Zwecke zu nutzen, wobei die Übernahme der Benzinkosten durch die Klägerin als die durch sie zu erbringende Gegenleistung verstanden worden sei. Halterin des Fahrzeugs sei die

Beklagte. Die Leasinggesellschaft habe der Benutzung des Firmenwagens durch die Klägerin zugestimmt. Bis zum Jahresende 2006 habe sie den Firmenwagen nur sehr sporadisch und im laufenden Jahr überhaupt nicht benutzt. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses stehe der Klägerin ein Retentionsrecht am Firmenwagen zu.

Die von der Beklagten geltend gemachten Schadenspositionen seien haltlos, da die Beklagte als Halterin des Fahrzeugs selbst die notwendigen Schritte zur Deponierung der Kontrollschilder in die Wege leiten müsste. Gleiches gelte für die Haftpflichtversicherung; auch hier stehe die Beklagte als Versicherungsnehmerin selbst in der Pflicht und nicht die Klägerin.

Die Beklagte verlangt die Rückgabe des Fahrzeugs und die Zahlung eines Entgelts für die weiter erfolgte Benutzung des Fahrzeugs.

Der Klägerin steht bezüglich des besagten Fahrzeugs ein Retentionsrecht nach Artikel 895 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 339a OR zu. Weil sie das Fahrzeug gemäss vertraglicher Regelung nach freiem Ermessen zur Verrichtung ihrer Arbeit und auch in der Freizeit benützen durfte, wurde die Klägerin zur unselbständigen Besitzerin, und nicht bloss Besitzdienerin. Dies berechtigt sie bei offenen, fälligen und verrechenbaren Forderungen gegenüber der Beklagten, die hier vorliegen, das Fahrzeug zu retinieren. Dies gilt auch bei einem geleasteten Fahrzeug (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O. N 5 zu Art. 339a OR; ZR 97 Nr. 81). Die Widerklage ist demnach abzuweisen. Die Verrechnungsforderungen sind ebenso abzuweisen, da einerseits nicht erstellt ist, dass die Klägerin das Fahrzeug auch ab Januar 2007 benützte und die Beklagte andererseits als Halterin schadenmindernde Massnahmen hätte treffen können.»

*(AGer., AN061023 vom 17. Dezember 2009; ein Rekurs ist noch am Obergericht hängig)*

## **21. OR 340c; Anforderungen an eine Realexekution; Berechnung des Streitwertes**

Der Beklagte war als Filialleiter für eine Temporärfirma tätig. Der Arbeitsvertrag enthielt ein gültiges Konkurrenzverbot mit einer Realexekution. Eine Woche nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses trat der Beklagte eine Stelle bei einer Konkurrenzfirma an.

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Parteien haben schriftlich vereinbart, dass die Klägerin bei Übertretung des Konkurrenzverbotes zusätzlich zur Konventionalstrafe die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen könne. Zwar haben sie dabei nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die Klägerin den Beklagten zum Verlassen der neuen Stelle zwingen könne, doch im Fall der Verletzung eines allgemeinen Konkurrenzverbotes ist keine andere Lösung denkbar. Die formelle Voraussetzung der Realerfüllung ist somit erfüllt. Materiell ist insbesondere die Konkurrenzsituation zwischen der Klägerin und der neuen Arbeitgeberin des Beklagten entscheidend: Die X. AG ist – wie erwähnt –

wesentlich kleiner und bietet im Kanton Zürich deutlich weniger Stellen als die Klägerin an. Daran hat sich seit Aufnahme der konkurrenzierenden Tätigkeit durch den Beklagten nichts geändert. Zudem blieb die Aussage des Beklagten unbestritten, wonach jede grössere Baufirma gleichzeitig mit drei bis fünf, im Herbst bis zu zehn Personalberatungen fix zusammenarbeitet. Das heisst, selbst wenn der Beklagte wieder Kontakt mit Kunden der Klägerin haben sollte, bedeutet dies nicht, dass die Klägerin diese Kunden verliert. Das Interesse der Klägerin, die konkurrenzierende Tätigkeit des Beklagten zu verhindern, ist somit zwar begründet, jedoch gegenüber dem Interesse des Beklagten, seine Stelle bei der X. AG zu halten, nicht überragend. Zudem wurde kein krasser Verstoss gegen Treu und Glauben seitens des Beklagten dargelegt bzw. genügend substantiiert. Zwar besteht aufgrund des zeitlichen Zusammenhanges zwischen den Kündigungen durch den Beklagten, Herrn S. und Frau G. der Verdacht, dass es sich dabei um eine konzertierte Aktion handelte. Gerade die Abwerbung der Y. AG führte die Klägerin selber jedoch vor allem auf Herrn S. zurück, welcher diesen Kunden bei der Klägerin betreut habe und bei dessen Abwerbung federführend gewesen sei. Eine gezielte, treuwidrige Abwerbung von anderen Kunden durch den Beklagten oder durch die drei ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin zusammen wurde nicht behauptet.

Die materielle Voraussetzung für die Realexekution des Konkurrenzverbotes ist somit nicht erfüllt, weshalb die Klage diesbezüglich abzuweisen ist.»

*Von Interesse dürfte auch die Berechnung des Streitwertes bei einem Konkurrenzverbot sein:*

«Für die Bemessung der Verfahrenskosten ist der Streitwert festzulegen. Vorliegend beinhalten nicht alle zu beurteilenden Begehren der Klägerin eine Geldleistung, weshalb der Streitwert zu schätzen ist. Die Klägerin liess ihre Klage mit Fr. 253'000.– beziffern (Konventionalstrafe und Realexekution je Fr. 96'617.–, vorsorgliche Massnahme Fr. 60'000.–). Der Rechtsvertreter des Beklagten bezifferte sie hingegen mit Fr. 99'000.– (Konventionalstrafe Fr. 39'000.–, Realexekution und vorsorgliche Massnahme je Fr. 30'000.–). Sind sich die Parteien nicht einig, bestimmt das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen. In der Regel ist der höhere Betrag massgebend (§ 22 Abs. 2 ZPO). In Bezug auf die Bezahlung der Konventionalstrafe geht die Klage auf eine Geldleistung, weshalb sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren der Klägerin richtet (die Klägerin verlangt unter diesem Titel Fr. 96'617.–). Das Begehren auf (zunächst durch vorsorgliche Massnahme zu gewährende) Realexekution beziffert die Klägerin mit Fr. 96'617.–, wie die Konventionalstrafe selber. Dieser Streitwert ist durchaus angemessen, entspricht doch die Höhe der Konventionalstrafe in etwa dem wirtschaftlichen Interesse, das der Arbeitgeber dem Konkurrenzverbot beimisst. Darin enthalten ist jedoch auch der Streitwert der beantragten vorsorglichen Massnahme: Dabei geht es nämlich um die Durchsetzung der Realexekution während der Dauer des Verfahrens, nicht um ein zusätzliches Begehren der Klägerin.

Zusammenfassend ist von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 194'234.– (je Fr. 96'617.– für die Konventionalstrafe und die Realexekution) auszugehen. Die kla-

gende Partei unterliegt mit Fr. 132'880.35, die beklagte Partei mit Fr. 60'353.65. Daher sind die Gerichtskosten und Prozessentschädigungen zu 2/3 der klagenden Partei und zu 1/3 der beklagten Partei aufzuerlegen."

*(Ager., AG090020 vom 1. Dezember 2009; eine Berufung ist am 1. April 2010 durch Vergleich erledigt worden; LA090029)*

## **22. OR 349a; Angemessener Lohn für Handelsreisende gilt auch für Telefonverkäufer im Innendienst**

Der beklagte Arbeitnehmer wurde für den Telefonverkauf von Wein in den Geschäftsräumen der Klägerin angestellt. Dafür sollte er eine Verkaufsprovision erhalten. Die Klägerin bezahlte ihm während 11 Monaten jeweils netto Fr. 4'000.–, obwohl die erzielten Provisionen im Durchschnitt bei rund Fr. 940.– pro Monat lagen. Nach der Beendigung verlangte die Klägerin den zuviel bezahlten Lohn retour.

### **Aus den Erwägungen:**

«Die Klage wäre indessen auch aus einem anderen Grund abzuweisen. Das schweizerische Arbeitsrecht anerkennt zumindest für Handelsreisende in Art. 349a Abs. 2 OR ausdrücklich, dass die Entschädigung zwar ausschliesslich in einer variablen Komponente, nämlich der Provision bestehen darf, jedoch muss diese dem Handelsreisenden ein angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit gewähren.

Ob diese Bestimmung ausschliesslich für Handelsreisende gilt, oder ob sie auch für andere Arbeitsverträge analog angewendet werden darf, ist nicht unumstritten. Der grössere Teil der Lehre wendet diesen Grundsatz für das gesamte Arbeitsvertragsrecht an (u. a. Thomas Geiser, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Leistungslohn, AJP/PJA 2001 S. 382-393, 387; BaK-Portmann, N 1 zu Art. 322 b OR; BK-Rehbinder, N 8 zu Art. 349a OR; Christoph Senti, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP/PJA 2002, S. 669-681; Daniel Leu, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, S. 83), wobei er nur dann gelten kann, wenn die Gefahr besteht, dass die Vereinbarung einer variablen Komponente zu einer ungenügenden Zahlung führt (Peter Reinert, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP/PJA 2009, S. 2009, S. 3 ff.).

Zwar ist nicht zweifelhaft, dass historisch gesehen Art. 349a Abs. 2 OR auf die Handelsreisenden beschränkt war, denn die Bestimmung wurde aus dem Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden übernommen, ohne dass der Gesetzgeber über eine Verallgemeinerung zu diskutieren Anlass fand. Eine solche würde auch der evident ablehnenden Haltung des Gesetzgebers gegenüber Mindestlöhnen widersprechen (Conradin Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, Rz 233). Ein Analogieschluss kommt indessen in Frage, wenn der zu beurteilende Sachverhalt wertungsmässig demjenigen entspricht, den das Gesetz mit einer ausdrücklichen Regelung erfasst hat und die *lex specialis* sich mithin als zu eng erweist (a.a.O., Rz 234, teleologische Lücke, a.a.O., Fn 322).

Als 1971 die auszulegende Bestimmung ins Obligationenrecht übernommen worden war, gab es ausser den Handelsreisenden schlicht keine andern Berufsgruppen, wo solche Regelungen wie vollständig oder mehrheitlich erfolgsabhängige Löhne, bekannt gewesen wären. Es bestand gar kein Handlungsbedarf. Telefonverkäufer, Call Agents etc. waren damals noch unbekannt. Heute sind solche Tätigkeiten vermutlich häufiger anzutreffen als diejenige des klassischen Handelsreisenden. Dazu kommt die allgemeine Bewegung hin zu vermehrt leistungsabhängigen Löhnen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb derjenige, der dieselbe Tätigkeit unter einem Dach ausführt, schlechter gestellt werden sollte als der im Aussendienst Beschäftigte. Die Besserbehandlung des Handelsreisenden vermag heute nicht mehr zu überzeugen, umso mehr als diese Bestimmung ja nicht dazu da ist, dem Handelsreisenden einen bestimmten Mindestlohn zu beschaffen, sondern ihn vor Ausbeutung zu schützen (ARV 2006, S. 111, Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2005).

Art. 349a Abs. 2 OR ist deshalb auch auf gleiche Arbeitsverhältnisse im Innendienst anzuwenden (AGVE 2005, S. 29-31).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt dann ein angemessenes Entgelt vor, wenn es dem Handelsreisenden erlaubt, anständig zu leben. Dabei ist seinem Arbeitseinsatz, seiner Ausbildung, seinen Dienstjahren, dem Alter und seinen sozialen Verpflichtungen Rechnung zu tragen (BGE 129 III 664, 670 E. 6.1). Entscheidend ist in jedem Fall nicht der tatsächliche Verdienst, sondern der Verdienst, der bei angemessenen Anstrengungen erzielbar gewesen wäre. Unter dem angemessenen Lohn wird ein objektivierter Begriff verstanden. Massgebend muss sein, was für die Leistung des Arbeitnehmers auf dem Markt im Minimum bezahlt werden muss, ohne gerade Lohndumping zu betreiben. Dieser Markt richtet sich nebst der Art der erbrachten Arbeit und dem Arbeitseinsatz zweifellos auch nach der Erfahrung und den Qualifikationen des betroffenen Mitarbeiters.

Das Bundesgericht hielt weiter fest, die konkreten Lebenshaltungskosten eines Arbeitnehmers seien irrelevant, da sonst ein Arbeitnehmer durch die Erhöhung seiner Lebenshaltungskosten faktisch sein Mindesteinkommen erhöhen könnte. Zudem soll eine gewisse Relation des angemessenen Lohnes zum Marktwert der Leistung bestehen, weil die in einer Branche geltenden Usancen als Leitlinie mitberücksichtigt werden sollen (Peter Reinert, a.a.O., S. 4; BGE 129 III 664, 670 E. 6.1).

Im vorliegenden Fall erzielte der Beklagte bei einer vollzeitlichen Tätigkeit einen durchschnittlichen Lohn von weniger als Fr. 1'000.–. Dass ein solcher Lohn nicht einmal ansatzweise das Existenzminimum einer Familie decken kann, bedarf keiner näheren Begründung. Somit ist ein Fall von Art. 349a Abs. 2 OR klar gegeben. Hinsichtlich der Höhe erachtete das Bundesgericht beispielsweise einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3'830.– als angemessen, wobei eine berufliche Unerfahrenheit und fehlende soziale Verpflichtungen gegeben waren (BGE 129 III 670).

Dem Beklagten wurde Fr. 4'000.– ausbezahlt, wobei hier bereits das Feriengeld, der 13. Monatslohn, Kinderzulagen und Spesen mit eingeschlossen waren. Bei dieser Sachlage übersteigt der ausbezahlte Lohn das angemessene Entgelt im Sinne von Art. 349a Abs. 2 OR ohne Zweifel nicht, so dass sich auch von da her keine Rückzah-

lungspflicht begründen lässt und die Klage auch gestützt auf Art. 349a Abs. 2 OR abzuweisen ist.»

*(AGer., AG090018 vom 22. September 2009; vom Obergericht im Berufungsverfahren bestätigt am 13. Januar 2010; LA090019)*

### **23. L-GAV 15; Arbeitszeitkontrolle weggeworfen**

Der Kläger war ab dem 1. Februar 2007 bis Ende April 2007 für den Beklagten als Serviceangestellter im Stundenlohn tätig. Im April war der Kläger freigestellt und erhielt dafür auch keinen Lohn. Weiter war zwischen den Parteien strittig, wie viele Stunden der Kläger in den Monaten Februar und März gearbeitet hat.

#### **Aus den Erwägungen:**

«Gemäss Art. 15 Abs. 7 L-GAV ist die geleistete Arbeitszeit vom Arbeitgeber zu erfassen und mindestens einmal monatlich vom Arbeitnehmer unterschreiben zu lassen. Art. 21 Abs. 2 L-GAV bestimmt weiter, der Arbeitgeber habe über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten Buch zu führen. Kommt er – so Abs. 3 der gleichen Bestimmung – dieser Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen. Mit anderen Worten kann der Mitarbeiter anhand einer von ihm geführten Stundenliste den Beweis der dort aufgeführten Arbeitszeiten erbringen, wenn der Arbeitgeber die von ihm geführte Arbeitszeitkontrolle entweder nicht mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter unterzeichnen lässt oder wenn er die Führung der Arbeitszeitkontrolle dem Mitarbeiter überträgt und sie nicht mindestens einmal monatlich unterzeichnet. Die Verantwortung zur Erfassung der geleisteten Arbeitszeit liegt alleine beim Arbeitgeber. Ohne diese gesamtarbeitsvertragliche Regelung würde eine vom Arbeitnehmer geführte Arbeitszeitkontrolle prozessual lediglich eine Parteibehauptung darstellen (ZR 104 N 25 S. 89).

Die vom Kläger eingereichten Stundenlisten sind als Beweismittel zuzulassen. Allerdings erfahren sie gewisse Einschränkungen, weil sie nicht fortwährend aufgezeichnet, sondern lediglich aufgrund der Erinnerung nachgeschrieben worden sind. Das bestätigte der Kläger auch in der persönlichen Befragung. Hinzu kommt, dass der Kläger nicht für jeden Monat einzeln die Stunden notiert hat, sondern für die Monate Februar und März pauschal auf den Januar verweist, obwohl sich die Arbeitszeiten im Januar nicht regelmässig im Verhältnis zu den Wochentagen verhalten. Ausserdem weist der Februar weniger Tage als der Januar auf. Daher vermag die Liste nicht vollumfänglich zu überzeugen.

Indessen verletzte der Beklagte klar den L-GAV. Vorerst führte er noch aus, überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt zu haben. Später modifizierte er seine Sachdarstellung dahingehend, dass er einräumen musste, solche Aufzeichnungen hätten tatsächlich bestanden, sie seien aber vernichtet worden. Der Beklagte ist demzufolge nicht nur seinen Arbeitgeberpflichten gemäss L-GAV nicht nachgekommen,

sondern hat ausserdem zum Nachteil des Klägers Beweismittel vernichtet. Sollte – und es besteht kein Grund nicht darauf abzustellen – der Beklagte tatsächlich die Arbeitszeit erfasst, aber später vernichtet haben, ist das Vorgehen des Klägers mehr als verständlich. Es bestand für ihn während des Arbeitsverhältnisses kein Grund, selber die Arbeitszeit zu erfassen, weil er ja darauf vertrauen konnte, der Beklagte sei dafür besorgt. Erst als dieser seine Aufzeichnungen vernichtete, sah sich der Kläger in einem Beweisnotstand und versuchte mit seinen Aufzeichnungen zu retten, was noch zu retten war.

Würde sich das Vorgehen des Beklagten zu Lasten des Klägers auswirken, hätte das zur Folge, dass es jener in der Hand hätte, die Arbeitnehmer in einen Beweisnotstand zu versetzen, indem er zwar eine Arbeitszeitkontrolle führt, jedoch im Streitfall die Dokumente vernichtet und damit den Arbeitnehmer in unverhoffte Beweisnöte brächte.»

In der Folge stellte das Gericht auf die Angaben des Klägers ab.

*(AGer., AN080804 vom 25. November 2009; eine dagegen erhobene Berufung wurde am 24. Februar 2010 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen; LA090028.)*

## **24. GIG 5; Entschädigung bei sexueller Belästigung**

Die Klägerin war ab Mai 2007 in einer Bar/Gelateria tätig. Der Beklagte war im August 2007 ferienhalber abwesend. Das Arbeitsverhältnis wurde Ende August durch den Beklagten per Ende September 2007 beendet. Aktenkundig ist weiter, dass die Klägerin gegen zwei Mitarbeiter Anzeige wegen sexueller Belästigung erhob. Im August wurde die Klägerin vom Arzt arbeitsunfähig geschrieben. Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass es mehrere verbale und auch tätliche sexuelle Belästigungen gegeben hat.

### **Aus den Erwägungen:**

#### *«Allgemeines*

Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung kann das Gericht der betroffenen Person eine Entschädigung zusprechen, wenn der Arbeitgeber nicht beweist, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns errechnet (Art. 5 Abs. 3 GIG). Die Entschädigung bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG darf den Betrag nicht übersteigen, der sechs Monatslöhnen entspricht. Die Festlegung der Entschädigung erfolgt unabhängig weiterer Ansprüche wie Genugtuung oder Schadenersatz.

Bei der Bemessung der Entschädigung ist neben der Schwere, der Dauer und der Häufigkeit der sexuellen Belästigungen, das Verhalten und Verschulden des



Beklagten zu berücksichtigen. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich mithin nach den gesamten Umständen des Einzelfalles (Bigler-Eggenberger/Kaufmann, a.a.O., N 40 zu Art. 5 GlG; ZR 99 [2000] Nr. 111 = Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 30. September 1998, S. 61).

### *Bemessung der konkreten Entschädigung*

Die Klägerin verlangt eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen. Sie begründet dies damit, sie sei über mehrere Monate belästigt worden. Beim Vorfall vom 7. August 2007 habe es sich um einen schwerwiegenden Übergriff gehandelt, weshalb sie sich in spitalärztliche Untersuchung habe begeben müssen. Der Beklagte habe auch nach Kenntnis der Belästigungen keine Massnahmen getroffen, sondern im Gegenteil das Arbeitsverhältnis gekündigt.

Der Beklagte ist der Meinung, von einem Fehlverhalten – und schon gar nicht von einem schwerwiegenden – könne nicht die Rede sein. Die Klägerin habe nicht notfallmässig behandelt werden müssen; sie habe noch weitere fünf Tage normal zur Arbeit erscheinen können. Im Übrigen wies der Beklagte auf das Selbstverschulden der Klägerin hin, ohne dies allerdings zu konkretisieren.

Hinsichtlich des Verschuldens des Beklagten ist noch einmal deutlich festzuhalten, dass er hinsichtlich der geforderten Prävention überhaupt nichts unternommen hat. Der Beklagte zeigte sich in diesem Punkt eigentlich uneinsichtig, hat er doch einerseits die Gebrüder X. nach deren fristlosen Entlassung im Frühjahr 2008 wieder eingestellt und andererseits auch zum Zeitpunkt seiner Vernehmung vor Gericht, also rund 15 Monate nach dem Vorfall, noch nichts hinsichtlich Prävention unternommen.

Weiter ist dem Beklagten vorzuwerfen, dass er auf das Aufdecken der sexuellen Belästigung hin der Klägerin ohne Aufhebens kündigte, eine Kündigung, die nur deshalb keine Folgen zeitigte, weil auch die Klägerin selber das Arbeitsverhältnis auflöste. Die vom Beklagten vorgeschobene Umstrukturierung konnte er jedenfalls nicht annähernd spezifizieren.

Von der Geschädigtenseite her ist festzuhalten, dass es sich – mit Ausnahme des einen Vorfalls vom 7. August 2007 – im Rahmen einer Klassifizierung möglicher sexueller Belästigungen nicht um einen gravierenden, aber auch nicht mehr um einen leichten Fall handelt. Immerhin handelt es sich nicht um ein singuläres Ereignis, sondern über solche, welche sich über einen Zeitraum von mehreren Wochen erstreckt haben. Dass die Klägerin mit ihrem Peiniger vorher allenfalls eine Liebesnacht verbracht hat, kann auf die Entschädigungshöhe keinen Einfluss haben. Eine Frau soll selbst am Arbeitsplatz ihre Sexualpartner frei aussuchen dürfen, ohne nachher befürchten zu müssen, Opfer einer Belästigungsattacke zu werden.

Die Beurteilung der Schwere der Belästigungen lässt sich in gewissem Rahmen auch von deren Auswirkungen auf die betroffenen Personen ableiten. Insofern ist auf das Empfinden einer “durchschnittlichen Frau” abzustellen. Die Klägerin macht geltend, dass die Vorfälle sie gesundheitlich deutlich beeinträchtigen würden, weshalb sie sich mehrfach habe beraten lassen müssen. Im August 2007 habe sie sich verschiedentlich in ärztliche Behandlung begeben, wobei sie in der Folge für den 15. und 16.

August 2007 sowie ab dem 29. August 2007 für vier Wochen krank- und arbeitsunfähig geschrieben wurde. Der Beklagte habe jedoch die Entgegennahme der ärztlichen Zeugnisse verweigert.

Eine reichhaltige Rechtsprechung zur Entschädigungshöhe zu Art. 5 Abs. 3 GLG gibt es nicht. In einem neueren Urteil vom 17. Januar 2008 (Urteil vom 17.01.2008 in 4A.330/2007) war das Bundesgericht mit der Situation konfrontiert, dass ein Arbeitgeber selbst seine Lehrtochter massiv vergewaltigt hatte und deshalb auch zu einer Zuchthausstrafe von 18 Monaten verurteilt worden war. Vermutlich handelt es sich um eine der schwerwiegendsten sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz. Das Bundesgericht schützte den kantonsgerichtlichen Entscheid, der eine Entschädigung von fünf Monatslöhnen festgelegt hatte.

Im vorliegenden Fall geht es um sexuelle Belästigungen, die zwar zu verurteilen, aber von erheblich geringerer Schwere sind, weshalb sich die beantragte Höchstentschädigung von sechs Monatslöhnen als weit übersetzt erweist.

In Anbetracht aller Umstände erweist sich eine Entschädigung von ca. zweieinhalb bis drei Monatslöhnen als angemessen. Die Höhe des Durchschnittslohnes, der von der Klägerin auf Fr. 5'674.– beziffert worden ist, wurde vom Beklagten im Quantitativ nicht bestritten und ist zutreffend.

Deshalb ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 16'000.– netto zu bezahlen. Der Verzugszins seit dem 1. September 2007 ist ausgewiesen.»

***Zur geltenden gemachten Genugtuung äusserte sich das Gericht wie folgt:***

«Im vorliegenden Fall handelt es sich um keine solch schwere Verletzung der sexuellen Integrität der Klägerin, als dass es sich rechtfertigen würde, zusätzlich zur Entschädigung eine Genugtuung auszusprechen. Die Mehrheit der sexuellen Belästigungen waren verbaler Natur. Körperlich belästigt wurde die Klägerin “nur” durch Betasten von Busen und Hinterteil über den Kleidern. Dies ist zwar unzweifelhaft eine sexuelle Belästigung, aber sie besitzt nicht die Schwere, um nach einer Genugtuungszahlung zu rufen.

Zwar ist naheliegend, dass die psychosomatischen Erkrankungen der Klägerin nicht auf eine allfällige Auseinandersetzung mit dem Ehemann, sondern auf die Ereignisse am Arbeitsplatz zurückzuführen sind. Doch kann es nicht allein darauf ankommen. Die physischen Auswirkungen waren Schlafstörungen, Magen- und Verdauungsprobleme, die nicht einmal vom Arzt diagnostiziert worden sind. Der einzige ärztliche Befund von Dr. S. hält bloss lakonisch fest, die sexuelle Belästigung habe einen schlechten Einfluss auf die Gesundheit der Klägerin gehabt, ohne näher darzutun, wie und wie intensiv die Gesundheit der Klägerin gelitten habe.

Aus diesen Gründen ist der klägerische Anspruch auf eine Genugtuung nicht ausgewiesen und die Klage in diesem Punkt (Bezahlung von Fr. 6'000.–) abzuweisen.»

*(AGer., AN070841 vom 23. Februar 2009)*

## **25. ZPO 51; Anfechtung eines Vergleichs**

Der Kläger hatte einen Forderungsprozess eingeleitet. Noch vor Durchführung der Hauptverhandlung wurde das Arbeitsgericht vom Rechtsvertreter der Beklagten darüber informiert, dass die Parteien einen aussergerichtlichen Vergleich geschlossen haben. Gegen den Abschreibungsbeschluss erhob der Kläger Rekurs beim Obergericht.

### **Aus dem Entscheid des Obergerichts:**

«Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss § 51 Abs. 2 ZPO auf ein Rechtsmittel nur einzutreten ist, falls der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Es mangelt einem Rekurrenten demnach an der formellen Beschwer, wenn der angefochtene Entscheid aufgrund einer Parteivereinbarung erging. Eine Partei kann jedoch aufgrund der Doppelnatur des gerichtlichen Vergleichs, der sowohl prozessrechtliche wie auch zivilrechtliche Wirkungen entfaltet, materiell beschwert sein, wenn der Vergleich privatrechtlich ungültig ist, so beispielsweise zufolge fehlender Willensübereinstimmung oder eines Willensmangels (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O. N 19 zu § 51 ZPO). Die Anfechtung der abschliessenden Prozesserkklärung wegen privatrechtlicher Ungültigkeit bildet eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach der Rechtsmittelkläger formell beschwert sein muss. Die Bestimmungen gemäss Art. 23 ff. OR betreffend die Mängel des Vertragsabschlusses sind dann auch auf den gerichtlichen Vergleich anwendbar (Gauch/Aeppli/Stöckli, Präjudizienbuch zum OR, Rechtssprechung des Bundesgerichts, 5. Auflage, Zürich 2002, S. 74 und S. 89).

Daher kann der Kläger die Verfügung der Vorderrichterin vom 3. März 2009 nur dann anfechten, wenn er einen Mangel des Vertragsschlusses nach Art. 23 ff. OR darzutun vermag. Das schweizerische Recht beruht auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit, die neben der Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR), insbesondere auch die Abschlussfreiheit, das heisst die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen oder eben auch nicht abzuschliessen, umfasst.

Der Kläger bringt im Rahmen seiner Ausführungen in der Eingabe vom 13. März 2009 nun aber in keiner Art und Weise vor, beim Abschluss des geschlossenen Vergleiches einem Willensmangel unterlegen zu sein. Der Kläger begründet seinen Rekurs einzig und allein mit dem Hinweis darauf, dass die Beklagte die geschlossene Vereinbarung nicht mehr akzeptiere. Sollte dies tatsächlich zutreffen, so werden sich nach Eintritt der Rechtskraft des vorinstanzlichen Entscheides allenfalls vollstreckungsrechtliche Fragen stellen, die in einem entsprechenden Verfahren zu klären sein werden. Einen Mangel im Vertragsabschluss im Sinne der vorstehenden Erwägungen stellt eine allfällige Unwilligkeit der Beklagten, den geschlossenen Vergleich zu erfüllen, hingegen nicht dar.

Nach dem Gesagten erweist sich der Rekurs des Klägers als unbegründet und ist daher ohne Weiteres abzuweisen.»

*(AGer., AN090023 vom 3. März 2009; Obergericht, LS090004 vom 19. März 2009)*

**26. ZPO 84; Streitwert einer Feststellungsklage**

Das Gericht hatte bereits vor dem Hauptverfahren eine beantragte vorsorgliche Massnahme (Verbot, die US-Behörden über eine Änderung des Anstellungsstatus zu informieren) gutgeheissen. Der Kläger machte dann im Verfahren geltend, es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auf drei Jahre fest, bis August 2010 bestehe und dementsprechend auf den 30. November 2008 nicht rechtsgültig gekündigt worden sei. Dieses Begehren wurde durch das Gericht bejaht. Zu prüfen war sodann, welcher Streitwert diesem Begehren beizumessen ist.

**Aus dem Entscheid:**

«Für die Berechnung des Streitwertes bei einer Feststellungsklage ist der objektive Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestand durch das Urteil festgestellt werden soll, massgebend (Guldener, a.a.O., S. 109 f.). Von diesem Streitwert erfasst sind die vorsorglichen Massnahmen wie auch der beantragte Befehl. Relevant für den Streitwert ist mithin die Vertragsperiode von Dezember 2008 bis Ende August 2010, in welcher Lohnzahlungen von insgesamt USD 283'500.– (USD 162'000.– /12 x 21) anfallen.

Unabhängig davon, dass der Lohn des Klägers gemäss Arbeitsvertrag in US-Dollar zu bezahlen ist, erfolgt die Streitwertberechnung in jedem Fall durch Umrechnung in Schweizer Franken. Dabei ist der Umrechnungskurs am Tag der Rechtshängigkeit massgebend (Basler Kommentar OR I, U. Leu, Art. 84 N 10, 4. Aufl., Basel 2007).

Die vorliegende Klage wurde am 3. September 2008<sup>7</sup> rechtshängig gemacht. Der mittlere Umrechnungskurs des US-Dollars zum Franken betrug an diesem Tag 1.0585 (<http://www.oanda.com/convert/classic>). Der Gesamtstreitwert beläuft sich dementsprechend auf Fr. 313'508.–.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (§ 68 in Verbindung mit § 64 ZPO).»

*(AGer., AN080654 vom 4. März 2009)*

**27. ZPO 131; Behandlung unlesbarer oder ungebührlicher Eingaben, fehlende Streitwertangabe**

Die Klägerin hatte vier Eingaben an das Arbeitsgericht eingereicht. Die zum Teil schwer lesbaren Eingaben enthielten zu ihrem grössten Teil eine weitschweifige Kritik an der Beklagten, an ihrer Geschäftsführung im Allgemeinen und im Besonderen, an ihren Mitarbeitenden und an der Behandlung der Klägerin. Unter den Anträgen fanden sich solche, die nicht justiziabel oder dann unklar sind und für die teilweise das Arbeitsgericht gar nicht zuständig ist.

**Aus dem Entscheid:**

«Klar war vorläufig nur, dass die Klägerin eine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigung

von Fr. 25'000.– und einen Bonus für das Jahr 2008 verlangt. Ferner sind Lohnzahlungen für mehrere Jahre gefordert, die aber samt und sonders unbeziffert geblieben sind.

Die §§ 106 ZPO und 131 GVG verlangen, dass Klagen an die Gerichte ein Rechtsbegehren und eine knappe Begründung enthalten müssen, sofern – wie am Arbeitsgericht – das mündliche Verfahren vorgesehen ist. Ferner dürfen Eingaben an das Gericht weder unlesbar noch schwer lesbar sein. Unlesbare oder schwer lesbare Eingaben dürfen zur Verbesserung zurückgewiesen werden. Dasselbe gilt für den Fall, dass gerichtliche Eingaben einen ungebührlichen Inhalt aufweisen. Dieser kann sich sowohl gegen das Gericht als auch gegen die Gegenpartei richten. Beispiele sind hier persönliche Verunglimpfungen und Schmähungen, welche gegen die guten Sitten verstossen. Offensichtlich querulatorische Eingaben dürfen sogar einfach abgelegt werden (Hauser/Schweri, GVG, a.a.O., N 13 zu 131 GVG).

Die eingereichten Schreiben der Klägerin entsprachen nicht den Anforderungen, welche an gerichtliche Eingaben zu stellen sind, sondern beinhalten gesamthaft eine Generalabrechnung mit der Beklagten, die nicht in eine Rechtsschrift gehört.

Aus diesem Grund wurden die Eingaben der Klägerin wegen Weitschweifigkeit und ungebührlichen Inhalts mit Verfügung vom 30. Juni 2009 aus dem Recht gewiesen, was die Klägerin offenbar auch akzeptiert hat. Da das Verfahren vor Arbeitsgericht gemäss § 119 Ziff. 2 ZPO mündlich ist, hätte sie ihre Klage problemlos vor den Schranken begründen können.

Hingegen musste der Klägerin in Anwendung von § 106 Abs. 1 ZPO Frist angesetzt werden, um den Streitwert ihrer Klage zu beziffern. Gleichzeitig wurde ihr angedroht, im Säumnisfall würde auf die Klage nicht eingetreten (§ 106 Abs. 4 ZPO).

Die Klägerin überbrachte am 9. Juli 2009 persönlich eine Eingabe, datiert vom 1. Juli 2009. In dieser entschuldigte sie sich für ihre verbalen Ausrutscher, reichte ein Arbeitszeugnis der Beklagten vom 31. Mai 2009 sowie den Lohnausweis 2008 zu den Akten und hielt im Übrigen nochmals fest, sie stehe mit der Beklagten in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Von einer Klage bzw. einer Bezifferung des Streitwerts ist weit und breit nichts zu finden.

Damit ist die Klägerin der gerichtlichen Aufforderung gemäss der Verfügung vom 30. Juni 2009 nicht nachgekommen, weshalb androhungsgemäss auf die Klage nicht einzutreten ist.»

*(AGer., AN090540 vom 25. August 2009; ein dagegen erhobener Rekurs wurde am 23. Dezember 2009 vom Obergericht abgewiesen; LS090013)*

## II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

### In der Publikation 2008:

**Zu Nr. 2.:**

Bestätigung durch das Obergericht am 19. August 2009; LA090001

**Zu Nr. 9.:**

Vor Obergericht am 4. September 2009 durch Vergleich erledigt; LA090002

**Zu Nr. 16.:**

Das nach der Rückweisung neu angelegte Verfahren ist vor Obergericht hängig.

**Zu Nr. 18.:**

Dieses Urteil ist vom Obergericht am 10. Februar 2010 bestätigt worden; LA08001

**Zu Nr. 19.:**

Dieses Verfahren ist zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens am 26. März 2010 an die erste Instanz zurückgewiesen worden; LA080037.

**Zu Nr. 20.:**

Bestätigung durch das Obergericht am 4. Mai 2009; LA080041

### In der Publikation 2007:

**Zu Nr. 15.:**

Bestätigung durch das Obergericht am 5. November 2008 ; LA070039



### **III. PROZESSIEREN AM ARBEITSGERICHT ZÜRICH AB 2011 NACH DEN REGELN DER NEUEN SCHWEIZERISCHEN ZIVIL- PROZESSORDNUNG**

von Dr. G. L. Koller

#### **Vorwort**

Bisher war die Gerichtsbarkeit der unteren Instanzen Sache der einzelnen Kantone. Einzig Art. 343 OR enthält einige eidgenössische prozessuale Bestimmungen, die von den Kantonen zu befolgen sind.

Auf den 1. Januar 2011 tritt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Mit diesem Gesetz soll in allen Kantonen das gleiche Verfahrensrecht gelten, womit eine einheitliche Regelung geschaffen wird. Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden bleibt weiterhin Sache der Kantone. Diese sind im Kanton Zürich im Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafrecht (GOG) geregelt, welches ebenfalls auf den 1. Januar 2011 in Kraft tritt.

Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick geben, wie das Verfahren in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Bezirk Zürich (bestehend aus der Stadt Zürich) ab 1.1.2011 ablaufen wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zurzeit nur der Gesetzestext und die erläuternde Botschaft zur Verfügung stehen.

#### **Wichtige Hinweise**

Für Verfahren die am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht. Eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht bleibt erhalten (Art. 404 ZPO). Zivilverfahren, die bei Inkrafttreten des GOG erstinstanzlich rechtshängig sind, werden vom bisher sachlich zuständigen Gericht fortgeführt (§ 206 GOG).

Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides (nicht des Urteilsdatums) in Kraft ist. Für die Revision von Entscheiden, die unter dem bisherigen Recht eröffnet worden sind, gilt hingegen das neue Recht (Art. 405 ZPO). In Zukunft gibt es nur noch eine kantonale Rechtsmittelinstanz.

Neu können auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten Schiedsgerichtsvereinbarungen getroffen werden, welche die staatliche Gerichtsbarkeit ausschliessen. Die Vorschriften darüber sind ebenfalls einheitlich in der ZPO geregelt (Art. 353 ff. ZPO).

Aus Platzgründen werden nur die wichtigsten Bestimmungen aufgelistet.



## **I. Das Arbeitsgericht Zürich**

### **1. Zusammensetzung**

Das Arbeitsgericht Zürich bleibt grundsätzlich in seiner bisherigen Besetzung bestehen. Im ordentlichen Verfahren wird es mit einer Präsidentin oder einem Präsidenten und je einer Beisitzenden oder einem Beisitzenden aus der Gruppe der Arbeitgebenden und der Arbeitnehmenden besetzt. Vorbehalten sind die dem Einzelgericht zugewiesenen Geschäfte (siehe dazu unten; §15 GOG). Weiter nimmt an der Verhandlung eine Gerichtsschreiberin oder ein Gerichtsschreiber teil (bisher juristische Sekretärin oder juristischer Sekretär). Der bisherige Gerichtsschreiber wird dann neu leitender Gerichtsschreiber heissen.

Die Beisitzenden werden unter Berücksichtigung ihrer Sachkunde beigezogen.

### **2. Wahl der Beisitzenden**

Bei der nächsten Wahl der Beisitzenden des Arbeitsgerichts wird es ein paar kleinere Änderungen geben (§ 12 GOG):

- 1) Nach der Gesamterneuerung des Bezirksgerichts werden die Beisitzenden des Arbeitsgerichts gewählt. Der Kantonsrat legt auf Antrag des Obergerichts deren Zahl für jedes Bezirksgericht fest.
- 2) Je die Hälfte der Beisitzenden sind Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeber- bzw. der Arbeitnehmerseite. Die Beisitzenden werden nach Möglichkeit gleichmässig aus folgenden Berufsgruppen vorgeschlagen:
  - a. Baugewerbe und Handwerksbetriebe
  - b. Industriebetriebe
  - c. Dienstleistungsbetriebe, Handel und Gastgewerbe
- 3) Das Bezirksgericht holt Vorschläge entsprechender Verbände ein, die es nach Möglichkeit berücksichtigt. Es reicht dem Bezirksrat je einen vollständigen Wahlvorschlag für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite ein.
- 4) Die Beisitzenden sind in mehreren Bezirken wählbar.
- 5) Das weitere Vorgehen richtet sich nach §§ 53 ff. GPR.

Hinweis: Die Beisitzenden werden weiterhin vom Volk gewählt. Bis zur Neuwahl im Jahr 2014 bleibt das Arbeitsgericht Zürich in der bisherigen Besetzung bestehen (§ 207 GOG)

## **II. Allgemeine Vorschriften**

### **1. Örtliche Zuständigkeit**

Die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit der anzurufenden Gerichte sind praktisch unverändert aus dem bisher geltenden Gerichtsstandsgesetz (GestG) übernommen worden. Gestrichen wurde die Bestimmung über die Zuständigkeit am Entsendeort.

### **2. Direkte Klage beim Obergericht**

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann die klagende Partei mit Zustimmung der beklagten Partei direkt an das obere Gericht gelangen, sofern der Streitwert mindestens 100'000 Franken beträgt. Dieses Gericht entscheidet dann als einzige kantonale Instanz (Art. 8 ZPO).

### **3. Rechtshängigkeit**

Die Einreichung eines Schlichtungsgesuches oder einer Klage begründet die Rechtshängigkeit; der Eingang wird den Parteien bestätigt (Art. 62 bis 65 ZPO).

### **4. Vertretung**

Jede prozessfähige Partei (Art. 66 und 67 ZPO) kann sich im Prozess vertreten lassen. Zur berufsmässigen Vertretung sind befugt (Art. 68 ZPO):

- in allen Verfahren: Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz (BGFA) berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten;
- vor den Arbeitsgerichten (nicht aber den Schlichtungsbehörden) beruflich qualifizierte Vertreterinnen und Vertreter, soweit das kantonale Recht es vorsieht.

Hinweis: Im Kanton Zürich verweist § 11 Anwaltsgesetz auf die bundesrechtliche Bestimmung. Aufgrund der Botschaft ist aber anzunehmen, dass wie bisher die Angestellten der Berufsverbände ihre Mitglieder bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– vertreten dürfen.

Die Vertreterinnen und Vertreter haben sich durch eine Vollmacht auszuweisen. Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer vertretenen Partei anordnen. Bei Unvermögen einer Partei kann das Gericht das Notwendige anordnen (Art. 68 und 69 ZPO).

## **5. Streitwert**

Der Streitwert ist massgebend für die sachliche Zuständigkeit, die Verfahrensart, für die Frage der Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie für die Zulässigkeit des Rechtsmittels.

### **5.1 Grundsatz**

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfälliger Eventualbegehren werden nicht dazu hinzugerechnet. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 ZPO).

### **5.2 Widerklage**

Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, so bestimmt sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren. Zur Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 ZPO).

## **6. Prozesskosten**

Die Regelung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) hat sich erheblich geändert. Besonders ist zu beachten, welche Risiken die klagende Partei neu auf sich zu nehmen hat.

### **6.1 Allgemeines**

Zu den Gerichtskosten gehören die Pauschalen für das Schlichtungsverfahren und für den Entscheid (Entscheidgebühr), die Kosten für die Beweisführung und für die Übersetzung. Unter die Parteientschädigung fallen der Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung und allenfalls eine angemessene Umtriebsentschädigung für eine nicht berufsmässig vertretene Partei.

Die Tarife für die Prozesskosten werden durch die Kantone festgesetzt.

Das Gericht klärt die nicht anwaltlich vertretene Partei über die mutmassliche Höhe der Prozesskosten sowie über die unentgeltliche Prozesspflege auf (Art. 95 bis 97 ZPO).

### **6.2 Vorschuss und Sicherheit**

Das Gericht (aber nicht die Schlichtungsbehörde) kann im kostenpflichtigen Verfahren von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.

Auf Antrag der beklagten Partei hat die klagende Partei (auch im kostenlosen Verfahren) für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie:

- a. keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat;

- b. zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen;
- c. Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet; oder
- d. wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen.

Hinweis: Die aufgelisteten Einschränkungen gelten nur für die Parteientschädigung; für die Gerichtskosten kann im kostenpflichtigen Verfahren immer ein Vorschuss verlangt werden.

Im vereinfachten Verfahren kommt eine Sicherheitsleistung nur bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten und im summarischen Verfahren nur beim Rechtsschutz in klaren Fällen in Frage. Der Kostenvorschuss ist in bar zu leisten, während die Sicherheit auch durch eine Garantie einer Bank oder einer Versicherung geleistet werden kann.

### **6.3 Verteilung der Prozesskosten**

Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens (siehe dazu Art. 104 bis 110 ZPO).

### **6.4 Liquidation der Prozesskosten**

Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Ein Fehlbetrag wird von der kostenpflichtigen Person nachgefordert. Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (vorbehalten bleibt die unentgeltliche Rechtspflege; Art. 111 ZPO).

Hinweis: Was hier so einfach tönt, kann einschneidende Auswirkungen für die klagende Partei haben. Die Gerichtskosten werden unabhängig vom Ausgang des Verfahrens und unabhängig davon, wer den Kostenvorschuss geleistet hat, mit diesem verrechnet. Der Kanton muss somit von der kostenpflichtigen Person nur nachfordern, was durch den Vorschuss nicht gedeckt werden kann.

Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei in der Folge die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen und die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen. Wer also im kostenpflichtigen Verfahren eine Klage einreicht, trägt neben dem Prozessrisiko auch noch das Inkassorisiko für die Gerichtskosten bei der unterliegenden Partei. Bevor eine Klage eingereicht wird, empfiehlt es sich daher, die Bonität der Gegenpartei gut abzuklären.

### **6.5 Besondere Kostenregelung**

Im Schlichtungsverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen (ausgenommen allenfalls bei einem Urteilsvorschlag oder einem Entscheid). Keine Gerichtskosten werden gesprochen (im Schlichtungs- wie im Entscheidverfahren) in Streitigkeiten nach dem GIG und dem Mitwirkungsgesetz sowie in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (inklusive AVG) bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– (Art. 113 und 114 ZPO).

## **7. Öffentlichkeit des Verfahrens**

Die Verhandlungen im Entscheidverfahren und eine allfällige mündliche Eröffnung des Urteils sind (ausgenommen familienrechtliche Verfahren) öffentlich. Die Entscheide werden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die Öffentlichkeit kann ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, wenn es das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Person erfordert. Im Kanton Zürich sind die Urteilsberatungen grundsätzlich nicht öffentlich (Art. 54 ZPO; § 134 GOG).

## **8. Stillstand der Fristen**

Dieser ist neu auch einheitlich geregelt. Gesetzliche und richterliche Fristen stehen still:

- a. vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern;
- b. vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c. vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Für das Schlichtungsverfahren und das summarische Verfahren gilt der Fristenstillstand nicht; die Parteien sind darauf hinzuweisen. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des SchKG über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand.

Bei der Zustellung währen des Stillstandes beginnt der Fristenlauf am ersten Tag nach Ende des Stillstandes. Während des Stillstandes der Fristen finden keine Gerichtsverhandlungen statt, es sei denn, die Parteien sind damit einverstanden (Art. 145 und 146 ZPO).

### **III. Einleitung eines Verfahrens**

Mit wenigen Ausnahmen (siehe nachfolgend) hat in jedem Prozess dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde voranzugehen (Art. 197 ZPO).

#### **1.1 Verzicht auf das Schlichtungsverfahren**

Beträgt der Streitwert mindestens Fr. 100'000.– können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten. Die klagende Partei kann einseitig darauf verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt ist und in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 199 ZPO).

#### **1.2 (Allgemeine) Schlichtungsbehörde**

Schlichtungsbehörde ist im Kanton Zürich das jeweils zuständige Friedensrichteramt (§ 57 GOG). In der Stadt Zürich gibt es sechs Friedensrichterämter, aufgeteilt nach Kreisen (Kreise 1 und 2, 3 und 9, 4 und 5, 6 und 10, 11 und 12). Welches Amt im Einzelfall zuständig ist, kann im Internet aufgrund der Strasse und der Hausnummer der beklagten Partei herausgefunden werden.

#### **1.3 Paritätische Schlichtungsbehörde für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (GlG)**

Für Streitigkeiten aus dem Gleichstellungsgesetz besteht wie bisher eine paritätisch besetzte Schlichtungsstelle für den ganzen Kanton Zürich. Sie wird organisatorisch dem Bezirksgericht Zürich angegliedert (§§ 58 ff. GOG).

Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen. Wenn es dem Vergleich dient, können in einen Vergleich auch ausserhalb des Verfahrens liegende Streitfragen zwischen den Parteien einbezogen werden. Bei Problemen nach Gleichstellungsgesetz ist die Schlichtungsbehörde losgelöst von einem Schlichtungsverfahren auch Rechtsberatungsstelle.

#### **1.4 Rechtsberatungsstelle am Arbeitsgericht Zürich**

Diese bleibt im bisherigen Umfang bestehen.

## **IV. Der arbeitsrechtliche Prozess**

### **1. Das Schlichtungsverfahren**

#### **1.1 Einleitung des Verfahrens**

Das Verfahren wird durch das Schlichtungsgesuch eingeleitet (in Papierform, elektronisch oder mündlich). Darin sind die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen. Es genügt, wenn der Streitwert definiert werden kann (Klageformular; Art. 202 ff. ZPO).

Das Gesuch wird der Gegenpartei zugestellt und es wird gleichzeitig zur Verhandlung vorgeladen. Die Paritätische Schlichtungsbehörde kann, falls ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid in Frage kommt, ausnahmsweise einen Schriftenwechsel durchführen.

#### **1.2 Einleitung des Verfahrens**

Die Verhandlung – im Sinne einer Schlichtungstätigkeit – hat innert zwei Monaten zu erfolgen. Die Behörde kann sich Urkunden vorlegen lassen, Augenscheine vornehmen und – als Ausnahme – allenfalls auch ein Beweisverfahren durchführen. Die Verhandlung ist grundsätzlich nicht öffentlich. Wenn ein öffentliches Interesse besteht, kann bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde die Öffentlichkeit zugelassen werden. Mit Zustimmung der Parteien können weitere Verhandlungen durchgeführt werden. Das Verfahren ist spätestens nach 12 Monaten abzuschliessen.

Die Parteien haben persönlich zu erscheinen. Sie dürfen sich von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen. Die Vertretung einer (abwesenden) Person ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Erfolgt eine solche Vertretung, ist die Gegenpartei darüber zu informieren.

#### **1.3 Vertraulichkeit des Verfahrens**

Die Aussagen der Parteien dürfen weder protokolliert noch später im Hauptverfahren verwendet werden. Vorbehalten ist die Verwendung der Aussagen im Falle eines Urteilsvorschlags oder Entscheids der Schlichtungsbehörde (Art. 205 ZPO).

#### **1.4 Säumnis**

Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Gesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos beschrieben. Bei Säumnis der beklagten Partei wird verfahren, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (siehe unten). Bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren als gegenstandslos beschrieben (Art. 206 ZPO).

#### **1.5 Verfahrenskosten**

Bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und dem Mitwirkungsgesetz ist das Verfahren kostenlos, bei anderen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–.

Ist das Verfahren kostenpflichtig, werden die Kosten der klagenden Partei auferlegt, wenn sie das Gesuch zurückzieht, das Verfahren wegen Säumnis abgeschrieben wird oder bei Erteilung der Klagebewilligung. Bei Einreichung der Klage (für das Hauptverfahren) werden die Kosten zur Hauptsache geschlagen (Art. 113 und 207 ZPO). Zur Frage eines Kostenvorschusses, siehe oben.

### **1.6 Parteientschädigungen**

Im Schlichtungsverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen (allenfalls wenn ein Entscheid gefällt oder Urteilsvorschlag gemacht wird). Vorbehalten bleibt die Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch den Kanton (Art. 113 ZPO).

### **1.7 Erledigungsarten**

#### **1.7.1 Einigung der Parteien**

Kommt es zu einer Einigung, wird der Vergleich, die Klageanerkennung oder der vorbehaltlose Klagerückzug zu Protokoll genommen und ist von den Parteien zu unterzeichnen. Jede Partei erhält ein Exemplar des Protokolls. Diese Art der Erledigung hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids.

#### **1.7.2 Klagebewilligung**

Kommt es zu keiner Einigung, so hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und erteilt der klagenden Partei die Klagebewilligung. Nach Eröffnung berechtigt die Klagebewilligung während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht (Art. 209 ZPO).

#### **1.7.3 Urteilsvorschlag**

In Streitigkeiten nach dem GIG und in den übrigen Fällen bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.– kann die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten. Dieser kann eine kurze Begründung enthalten und ist ansonsten wie ein Endentscheid abzufassen (Art 210 und 238 ZPO).

Der Urteilsvorschlag gilt als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids, wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ablehnt. Die Ablehnung bedarf keiner Begründung. Hierauf wird der klagenden Partei die Klagebewilligung ausgestellt (Art. 211 ZPO).

#### **1.7.4 Entscheid**

Vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.– kann die Schlichtungsbehörde wie ein Gericht entscheiden, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Dabei handelt es sich um eine "Kann"-Vorschrift, insbesondere wenn ein aufwendiges Beweisverfahren nötig wäre. Das Verfahren ist mündlich (Art. 212 ZPO). Der Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden.



## **2. Mediation (Art. 213 bis 218 ZPO)**

### **2.1 Mediation statt Schlichtungsverfahren**

Auf Antrag sämtlicher Parteien (im Gesuch oder an der Verhandlung) tritt eine Mediation anstelle des Schlichtungsverfahrens. Teilt eine Partei das Scheitern der Mediation mit, wird die Klagebewilligung ausgestellt. Ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid kommt in diesem Fall nicht in Frage.

### **2.2 Mediation im Entscheidverfahren**

Auch im Entscheidverfahren kann das Gericht den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen oder diese kann jederzeit von den Parteien gemeinsam beantragt werden. Das Verfahren bleibt dann bis zum Widerruf oder der Beendigung sistiert.

## **V. Entscheidverfahren**

### **1. Geltungsbereich**

Die ZPO enthält ausführliche Bestimmungen für das ordentliche Entscheidverfahren. Diese gelten auch für das vereinfachte und das summarische Verfahren, soweit die ZPO für diese keine Sonderbestimmungen enthält (siehe unten). Vorab wird daher das ordentliche Verfahren geschildert.

Von Interesse sind vor allem das ordentliche Verfahren, welches für Klagen mit Streitwerten von mehr als Fr. 30'000.– zur Anwendung kommt sowie das vereinfachte Verfahren für Klagen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz, das Mitwirkungsgesetz und für sonstige arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–. Im ordentlichen Verfahren wird das Gericht mit dem Präsidenten und je einem Vertreter oder einer Vertreterin der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite besetzt; im vereinfachten Verfahren amtiert die Präsidentin oder der Präsident als Einzelgericht. Sie oder er ist berechtigt und bei Streitwerten von mindestens Fr. 15'000.– auf Verlangen einer Partei verpflichtet, die Streitigkeit dem Kollegialgericht zu unterbreiten (§ 26 GOG).

### **2. Ordentliches Hauptverfahren**

#### **Vorbemerkung**

Das ordentliche Verfahren basiert zusammengefasst auf folgendem Ablauf: Zuerst finden ein oder zwei Schriftenwechsel statt. Anschliessend kann eine Instruktionenverhandlung stattfinden oder es können bereits Beweise abgenommen werden. Dann findet die mündliche Hauptverhandlung statt, an welcher u. U. bereits Beweise (z.B. Zeugeneinvernahmen, Augenschein) abgenommen werden können. Ist das nicht möglich, folgt ein ordentliches Beweisverfahren (Beweisauflage, Nennung der Beweismittel, Beweisabnahme, Beweisverhandlung). Am Ende des Verfahrens können die Parteien nochmals Stellung nehmen.

#### **2.1 Einleitung**

Das Verfahren wird mit Einreichung der Klage eingeleitet. Darin sind – im Sinne einer vollständigen Rechtschrift – die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreter, das Rechtsbegehren, der Streitwert, die Tatsachenbehauptungen, die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den einzelnen Tatsachen, das Datum und die Unterschrift anzugeben. Mit der Klage sind eine Vollmacht bei Vertretung, allenfalls die Klagebewilligung oder die Erklärung, dass auf das Schlichtungsverfahren verzichtet wird (Art. 199 ZPO), verfügbare Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, und ein Verzeichnis beizulegen. Die Klage kann eine rechtliche Begründung enthalten (Art. 220 und 221 ZPO).

## **2.2 Klageantwort**

Vorgesehen ist vor der Verhandlung nur ein einfacher Schriftenwechsel. Das Gericht stellt die Klage der beklagten Partei zu und setzt ihr Frist zur Klageantwort. Diese hat (wie oben die Klageschrift) darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen anerkannt oder bestritten werden und warum. Die Klageantwort kann auf einzelne Punkte beschränkt werden. Die Klageantwort wird der klagenden Partei zugestellt (sei es nur zur Kenntnisnahme oder um eine schriftliche Replik abzufassen; Art. 223 ZPO).

## **2.3 Säumnis**

Bei Säumnis wird der beklagten Partei eine kurze Nachfrist angesetzt. Nach unbenutzter Frist entscheidet das Gericht oder lädt zur Hauptverhandlung vor (Art. 223 ZPO).

## **2.4 Widerklage**

Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Übersteigt der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, werden beide Klagen an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit überwiesen. Wird Widerklage erhoben, wird der klagenden Partei Frist zur schriftlichen Klageantwort angesetzt. Widerklage auf Widerklage ist unzulässig (Art. 224 ZPO).

## **2.5 Zweiter Schriftwechsel**

Wenn nötig, kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden (Art. 225 ZPO).

## **2.6 Instruktionsverhandlungen**

Das Gericht kann jederzeit eine Instruktionsverhandlung (bisher auch Sühnverhandlung oder Referentenaudienz genannt; durch eine Delegation des Gerichts möglich) durchführen. Diese dient der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhalts, dem Versuch einer Einigung, der Vorbereitung der Hauptverhandlung oder der Beweisabnahme (Art. 124 und 226 ZPO).

## **2.7 Klageänderung (vor der Hauptverhandlung)**

Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt. Wird dadurch die sachliche Zuständigkeit überschritten, wird der Prozess an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit überwiesen. Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig; das angerufene Gericht bleibt zuständig (Art. 227 ZPO).

## **2.8 Hauptverhandlung**

### **2.8.1 Parteivorträge**

Nach der Eröffnung beginnt die Hauptverhandlung mit den ersten Parteivorträgen. Die Parteien stellen ihre Anträge und begründen sie. Das Gericht gibt ihnen Gele-

genheit zu Replik und Duplik. In der Hauptverhandlung können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch in begrenzten Fällen vorgebracht werden (echte und unechte Noven). Hat hingegen weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Verhandlung uneingeschränkt vorgebracht werden.

Eine Klageänderung ist nur noch zulässig, wenn die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 228 bis 230 ZPO).

#### 2.8.2 Beweisabnahme

Nach den ersten Parteivorträgen kommt es zur Beweisabnahme. Diese kann schon an der Hauptverhandlung erfolgen. Ist das nicht möglich, wird die Beweisverfügung erlassen, aus der hervorgeht, was zu beweisen ist und welche Beweismittel zugelassen werden. Allenfalls kann die Beweisverfügung auch schon vor der Hauptverhandlung ergehen (Art. 231 ZPO).

#### 2.8.3 Beweismittel und Verfahren

Zulässige Beweismittel sind das Zeugnis, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragung und Beweisaussage. Der Ablauf des Verfahrens hat sich nicht stark verändert und ergibt sich aus den Art. 150 bis 189 ZPO.

Hervorzuheben sind insbesondere folgende Änderungen:

- Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 ZPO).
- Ist eine juristische Person Partei, so werden ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt (also nicht mehr als Zeugen; Art. 159 ZPO).
- Das Protokoll muss sofort ausgefertigt werden und ist vom Zeugen oder von der Zeugin zu unterzeichnen (Art. 176 ZPO).

#### 2.8.4 Schlussvorträge

Nach Abschluss der Beweisabnahme können die Parteien zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung nehmen. Die klagende Partei plädiert zuerst. Das Gericht gibt Gelegenheit zu einem zweiten Vortrag. Die Parteien können gemeinsam auf die mündlichen Schlussvorträge verzichten und beantragen, schriftliche Parteivorträge einzureichen. Dann wird ihnen dazu Frist angesetzt (Art. 232 ZPO).

#### 2.8.5 Verzicht auf die Hauptverhandlung

Die Parteien können zur Beschleunigung des Verfahrens gemeinsam auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten (Art. 233 ZPO).

#### 2.8.6 Säumnis an der Hauptverhandlung

Bei Säumnis einer Partei berücksichtigt das Gericht die Eingaben, die nach Massgabe der ZPO eingereicht worden sind. Im Übrigen kann es seinem Entscheid unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO (Beweisabnahme von Amtes wegen) die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen. Bei Säumnis beider Parteien

wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen, und die Kosten werden je zur Hälfte auferlegt (Art. 234 ZPO).

#### 2.8.7 Endentscheid

Ist das Verfahren spruchreif, so wird es durch Sach- oder Nichteintretensentscheid beendet. Eine einvernehmliche Beendigung ist bis zu diesem Zeitpunkt möglich. Das Gericht urteilt durch Mehrheitsentscheid. Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet es Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 ZPO).

#### 2.8.8 Zwischententscheid

Das Gericht kann einen Zwischenentscheid treffen, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Der Zwischenentscheid ist selbstständig anzufechten; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen (Art. 237 ZPO).

#### 2.8.9 Inhalt

Was im Entscheid alles festzuhalten ist, ist in Art. 238 ZPO geregelt. Der Entscheid wird immer schriftlich eröffnet oder mitgeteilt.

#### 2.8.10 Eröffnung und Begründung

Das Gericht kann seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung eröffnen:

- a. in der Hauptverhandlung durch Übergabe des schriftlichen Dispositivs an die Parteien mit kurzer mündlicher Begründung;
- b. durch Zustellung des Dispositivs an die Parteien.

Das Gericht hat eine schriftliche Begründung nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung oder Beschwerde an die obere Instanz. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes über die Eröffnung von Entscheiden, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Art. 239 ZPO).

#### 2.8.11 Mitteilung und Veröffentlichung

Sieht das Gesetz es vor oder dient es der Vollstreckung, so wird der Entscheid Behörden und betroffenen Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht (Art. 240 ZPO).

#### 2.8.12 Mitteilung und Veröffentlichung

Bei Vergleich, Klageanerkennung oder Rückzug haben die Parteien das Protokoll zu unterzeichnen. Dieses Urteilssurrogat hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids und das Verfahren wird abgeschlossen. Es wird sofort rechtskräftig (Art. 241 ZPO).

Endet das Verfahren aus anderen Gründen ohne Entscheid, so wird es abgeschlossen (Art. 242 ZPO).

### **3. Vereinfachtes Verfahren**

Soweit nachfolgend keine Spezialvorschriften aufgeführt sind, kommen diejenigen für das ordentliche Hauptverfahren zur Anwendung.

#### **3.1 Geltungsbereich**

Das vereinfachte Verfahren gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–. Es gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz, dem Mitwirkungsgesetz und zur Durchsetzung des Auskunftsrechts nach dem Datenschutzgesetz (vorbehalten bleiben Streitigkeiten vor dem Handelsgericht als einzige Instanz; Art. 243 ZPO).

#### **3.2 Vereinfachte Klageeinleitung**

Die Klage kann in den Formen nach Artikel 130 ZPO eingereicht oder mündlich bei Gericht zu Protokoll gegeben werden. Es genügt also ein Klageformular im bisher bekannten Umfang.

Die Klage enthält die Bezeichnung der Parteien, das Rechtsbegehren, die Bezeichnung des Streitgegenstandes, wenn nötig die Angabe des Streitwerts sowie das Datum und die Unterschrift. Eine Begründung der Klage – wie beim ordentlichen Verfahren im Sinne einer Rechtsschrift – ist nicht erforderlich. Als Beilagen sind die Vollmacht bei einer Vertretung, die Klagebewilligung oder die Erklärung, dass auf das Schlichtungsverfahren verzichtet wurde sowie die Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen (mit oder ohne Verzeichnis), einzureichen (Art. 244 ZPO).

#### **3.3 Vorladung und Stellungnahme**

Enthält die Klage keine Begründung, so stellt das Gericht sie der beklagten Partei zur Kenntnis zu und lädt zugleich zur Verhandlung vor. Enthält die Klage eine Begründung, so setzt das Gericht der beklagten Partei zunächst eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme (Art. 245 ZPO).

#### **3.4 Prozessleitende Verfügungen**

Das Gericht trifft die notwendigen Verfügungen, damit die Streitsache möglichst am ersten Termin erledigt werden kann. Erfordert es die Verhältnisse, so kann das Gericht einen Schriftenwechsel anordnen und Instruktionsverhandlungen durchführen (Art. 246 ZPO).

#### **3.5 Feststellung des Sachverhalts**

Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Es stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (bisherige Untersuchungsmaxime, offenes Novenrecht) bei Streitigkeiten gestützt auf das Gleichstellungs- und das Mitwirkungsgesetz sowie in den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– (Art. 247 ZPO).

## **4. Summarisches Verfahren**

### **4.1 Anwendbarkeit**

Das summarische Verfahren ist anwendbar (Art. 248 ZPO):

- a. in den vom Gesetz bestimmten Fällen;
- b. für den Rechtsschutz in klaren Fällen;
- c. für das gerichtliche Verbot;
- d. für die vorsorglichen Massnahmen;
- e. für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Art. 249 bis 251 ZPO enthalten die vom Gesetz dem summarischen Verfahren übertragenen Bestimmungen (ZGB, OR, SchKG).

Spezielle Bestimmungen des Arbeitsrechts sind:

Aus dem Arbeitsrecht sind dem summarischen Verfahren übertragen worden (Art. 250 lit. b Ziff. 1 und 2 ZPO):

1. Bezeichnung einer sachverständigen Person zur Nachprüfung des Geschäftsergebnisses oder der Provisionsabrechnung (Art. 322a Abs. 2 und 322c Abs. 2 OR);
2. Ansetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung bei Lohngefährdung (Art. 337a OR).

### **4.2 Verfahren und Entscheid**

#### **4.2.1 Gesuch**

Das Verfahren wird durch ein Gesuch (wie im ordentlichen Verfahren) eingeleitet. In einfachen oder dringenden Fällen kann es mündlich bei Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 ZPO).

#### **4.2.2 Stellungnahme**

Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO).

#### **4.2.3 Beweismittel**

Der Beweis ist durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 und 255 ZPO).

#### **4.2.4 Entscheid**

Das Gericht kann ohne Verhandlung auf Grund der Akten entscheiden, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt (Art. 256 ZPO).

### **4.3 Rechtsschutz in klaren Fällen**

Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und die Rechtslage klar ist. Diese Art von Rechtsschutz ist ausgeschlossen, wenn die Angelegenheit dem Offizialgrundsatz unterliegt. Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 ZPO).

### **4.4 Vorsorgliche Massnahmen**

Diese kommen im Arbeitsrecht vor allem bei Konkurrenzverbotsverletzungen vor.

#### **4.4.1 Grundsatz**

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (Art. 261 ZPO):

a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und

b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

Leistet die Gegenpartei angemessene Sicherheit, so kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen.

#### **4.4.2 Inhalt und Ablauf**

Der Inhalt einer vorsorglichen Massnahme, Massnahmen vor Rechtshängigkeit, Sicherheitsleistung und Schadenersatz ergeben sich aus den Art. 262 bis 264 ZPO.

#### **4.4.3 Superprovisorische Massnahmen**

Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen. Mit der Anordnung lädt das Gericht die Parteien zu einer Verhandlung vor, die unverzüglich stattzufinden hat, oder setzt der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Nach Anhörung der Gegenpartei entscheidet das Gericht unverzüglich über das Gesuch. Das Gericht kann die gesuchstellende Partei von Amtes wegen zu einer vorgängigen Sicherheitsleistung verpflichten (Art. 265 ZPO).

#### **4.4.4 Vollstreckung**

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

#### **4.4.5 Änderung und Aufhebung**

Haben sich die Umstände geändert oder erweisen sich vorsorgliche Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt, so können sie geändert oder aufgehoben werden. Mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache fallen die Massnahmen von Gesetzes wegen dahin. Das Gericht kann die Weitergeltung anordnen, wenn es der Vollstreckung dient oder das Gesetz dies vorsieht (Art. 268 ZPO).

Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen (Art. 269 lit. b ZPO).



## **5. Schutzschrift**

Die sog. Schutzschrift ist ein Vorgehen einer Partei (der allenfalls beklagten Partei), das bisher im Kanton Zürich mehrheitlich unbekannt war.

Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrest nach den Artikel 271-281 SchKG, einer Vollstreckbarerklärung nach den Artikel 31-45 des Übereinkommens vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen. Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet. Die Schutzschrift ist 6 Monate nach Einreichung nicht mehr zu beachten (Art. 270 ZPO).

## **VI. Rechtsmittel**

Die ZPO kennt nur noch die Berufung, die Beschwerde, die Revision und die Erläuterung. Es gibt nur noch eine kantonale Rechtsmittelinstanz.

### **1.1 Berufung**

Die Berufung ist das ordentliche Rechtsmittel. Mit ihr sind – abgesehen von einigen Ausnahmen (Entscheide des Vollstreckungsgerichts, Angelegenheiten des SchKG) – erstinstanzliche End-, Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 und 309 ZPO).

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung oder die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

### **1.2 Einreichen der Berufung**

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung (Art. 239) schriftlich und begründet zusammen mit dem angefochtenen Entscheid einzureichen (Art. 311 ZPO).

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge, soweit das Gericht nichts anderes anordnet oder sich aus Art. 315 ZPO ergibt.

### **1.3 Ablauf des Verfahrens**

Das Verfahren ist in den Art. 312 bis 317 ZPO geregelt.

### **1.4 Entscheid**

Die Rechtsmittelinstanz kann:

- a. den angefochtenen Entscheid bestätigen;
- b. neu entscheiden; oder
- c. die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, oder wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.

Die Rechtsmittelinstanz eröffnet ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung. Trifft sie einen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 ZPO).

## **2. Beschwerde**

### **2.1 Anfechtungsobjekt**

Mit Beschwerde sind anfechtbar (Art. 319 ZPO):

- a. nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen;
- b. andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen in den vom Gesetz bestimmten Fällen oder, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht;
- c. Fälle von Rechtsverzögerung.

### **2.2 Beschwerdegründe**

Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

### **2.3 Einreichen der Beschwerde**

Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides oder seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung (Art. 239) schriftlich und begründet einzureichen. Wird ein im summarischen Verfahren ergangener Entscheid oder eine prozessleitende Verfügung angefochten, so beträgt die Beschwerdefrist 10 Tage, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Der angefochtene Entscheid oder die angefochtene prozessleitende Verfügung ist beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat.

Gegen Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde eingereicht werden (Art. 321 ZPO).

Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht, sofern das Gericht nichts anderes anordnet (Art. 325 ZPO).

### **2.4 Ablauf des Verfahrens**

Der Ablauf ist in den Art. 322 bis 327 ZPO geregelt.

### **2.5 Verfahren und Entscheid**

Die Beschwerdeinstanz zieht die Akten bei und kann aufgrund der Akten entscheiden.

Soweit sie die Beschwerde gutheisst, hebt sie den Entscheid oder die prozessleitende Verfügung auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück, oder sie entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist.

Wird die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung gutgeheissen, kann der Vorinstanz eine Frist zur Behandlung der Sache angesetzt werden.

Die Rechtsmittelinstanz eröffnet ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung (Art. 327 ZPO).

### **3. Revision**

#### **3.1 Revisionsgründe**

Eine Partei kann beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision des rechtskräftigen Entscheids verlangen, wenn (Art. 328 ZPO):

- a. sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind;
- b. (betrifft Strafverfahren);
- c. geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der gerichtliche Vergleich unwirksam ist.

Die Revision wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kann verlangt werden, wenn:

- a. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind;
- b. eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen;
- c. die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen.

#### **3.2 Gesuch und Fristen**

Das Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes schriftlich und begründet einzureichen. Nach Ablauf von zehn Jahren seit Eintritt der Rechtskraft des Entscheids kann die Revision nicht mehr verlangt werden (Art. 329 ZPO).

Das Revisionsgesuch hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Entscheids nicht; das Gericht kann die Vollstreckung aber aufschieben (Art. 331 ZPO).

#### **3.3 Entscheid**

Heisst das Gericht das Gesuch gut, so hebt es einen früheren Entscheid auf und entscheidet neu (auch über die Kosten des früheren Verfahrens). Es eröffnet seinen Entscheid mit einer schriftlichen Begründung. Der Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 332 und 333 ZPO).

### **3. Erläuterung und Berichtigung**

Ist das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig oder steht es mit der Begründung im Widerspruch, so nimmt das Gericht auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen eine Erläuterung oder Berichtigung des Entscheids vor. Im Gesuch sind die beanstandeten Stellen und die gewünschten Änderungen anzugeben. Die Art. 330 und 331 ZPO gelten sinngemäss. Bei der Berichtigung von Schreib- oder Rechnungsfehlern kann das Gericht auf eine Stellungnahme der Parteien verzichten. Der erläuterte oder berichtigte Entscheid wird den Parteien eröffnet und ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 334 ZPO).

## **VII. Vollstreckung**

Die Vollstreckung von Entscheiden ist in den Art. 335 bis 352 ZPO geregelt

## **VIII. Schiedsgerichtsbarkeit**

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist neu ebenfalls einheitlich in der ZPO geregelt (Art. 353 bis 399 ZPO).

## **IX. Schlussbestimmung**

Die Schluss- und Übergangsbestimmungen sind in den Art. 400 ff. ZPO geregelt. Die Anpassung erfolgt direkt in den jeweiligen Gesetzen.

Hinweis: Für Prozesse, die noch im Jahr 2010 beim Arbeitsgericht rechtshängig gemacht worden sind, gilt bis zum Abschluss des Verfahrens vor Arbeitsgericht noch das alte Recht. Alle nach dem 1. Januar 2011 eingegangenen Prozesse werden unter dem neuen Recht behandelt.

#### IV. STATISTISCHER ÜBERBLICK

##### Anzahl Klagen und Erledigungen

	2008	2009
Übertrag Vorjahr	300	242
Klageeingänge von Arbeitnehmern	957	1101
Klageeingänge von Arbeitgebern	39	33
Total	1296	1376
Erledigungen im laufenden Jahr	1053	1050
Pendenzen Ende Jahr	243	326

##### Erledigungsarten

	2008	2009
durch Urteil	161	174
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	789	724
anderweitig	103	152

##### Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2008	2009
Verhandlungen	857	818
Beweisverfahren	49	35
Entscheidbegründung	158	87

##### Streitwerthöhe

	2008	2009
bis Fr. 8'000.–	414	443
von Fr. 8'000.– bis Fr. 12'000.–	130	127
von Fr. 12'000.– bis Fr. 30'000.–	320	306
von Fr. 30'000.– bis Fr. 100'000.–	111	98
von Fr. 100'000.– bis Fr. 500'000.–	37	42
über Fr. 500'000.–	7	13

##### Prozessdauer der erledigten Fälle

	2008	2009
bis 1 Monat	206	211
1 bis 2 Monate	342	408
2 bis 3 Monate	267	189
3 bis 6 Monate	120	135
6 bis 12 Monate	56	56
1 bis 2 Jahre	31	32
über 2 Jahre	30	19