

# Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2022



ARBEITSGERICHT ZÜRICH



# **Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2022**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Auszugsweiser Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Zitiervorschlag: AGer-Z 2022 Nr. X

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

# Inhaltsverzeichnis

<b>Editorial</b>	<b>3</b>
<b>I. Aus den Entscheiden</b>	<b>5</b>
1. OR 1; Auslegung eines Side Letters	5
2. OR 33; Guter Glaube mit Bezug auf die Vertretungsmacht	8
3. OR 322; Vorbehaltlose Entgegennahme von Lohn	11
4. OR 322/ZPO 160; Offenlegung sämtlicher Bonuszahlungen?	13
5. OR 322; Bonus im Autohandel	16
6. OR 324; Behördliche Betriebsschliessung Weihnachten 2020 (Covid-19)	19
7. OR 330a; Hinweis auf längere Krankheit im Arbeitszeugnis	23
8. OR 330a; Strittiger Satz im Arbeitszeugnis	25
9. OR 335c; Kündigungsfrist von sechs Monaten wurde de facto eingehalten	27
10. OR 336c; Kündigung nach Bossing und aus Rache	28
11. OR 336; Missbräuchliche Alterskündigung	32
12. OR 336b; Keine Einsprache auf Vorrat	35
13. OR 337; Verweigerung von Investorenkontakten	37
14. OR 337; Verwendung der Geschäftskreditkarte für „Dating-Services“	43
15. OR 337; Vorwurf mangelhafter Arbeitsleistung gegenüber einem Arzt	47
16. OR 339a/ZGB 895; Vorsorgliches Verbot im Zusammenhang mit einem Retentionsrecht an einem Porsche	51
17. OR 340a; Höhe der Konventionalstrafe	55
18. ZPO 68; Anwaltsmonopol	57
19. ZPO 210/244; Bestand des Urteilsvorschlags	60
20. ZPO 357; Massgeblichkeit einer früheren Schiedsabrede	63
21. GOG/ZH 20; Ansprüche aus einem „Long Term Incentive Program“	66
<b>II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden</b>	<b>70</b>
<b>III. Statistischer Überblick</b>	<b>72</b>

Hinweis

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



## EDITORIAL

Sehr geehrte Leserschaft

Wir freuen uns, Ihnen ein weiteres Mal eine vielfältige Auswahl von Entscheidungen aus dem vergangenen Jahr präsentieren zu dürfen.

Auch die diesjährige Auswahl gibt Einblick in die grosse Bandbreite der Fälle am Arbeitsgericht. Es wird vor Gericht zum Teil über sehr hohe Lohn- und Bonusforderungen gestritten. Aber auch alltägliche Fälle mit geringem Streitwert gibt es nach wie vor.

Nachdem wir in der letzten Ausgabe zahlreiche Fälle publiziert haben, gegen die noch Rechtsmittel am Obergericht hängig waren (vgl. zu den Ergebnissen die Rubrik „II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden“), ist bei den diesjährig ausgewählten Fällen nur noch eine Berufung am Obergericht anhängig (Nr. 13). In einem Fall wird das Bundesgericht das letzte Wort haben (Nr. 6).

Im März 2023 ist das Arbeitsgericht Zürich in ein Provisorium in Oerlikon umgezogen. Wir werden während der Gesamtsanierung der Wengistrasse 30 unseren Standort nun für zirka zwei Jahre im Airgate Business Center an der Thurgauerstrasse 40 in 8050 Zürich haben. Diesem Umzug ist auch der Umstand geschuldet, dass die diesjährige Entscheidungssammlung rund zwei Monate später erscheint als gewohnt. Auf der Homepage der Zürcher Zivil- und Strafrechtspflege ([www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)) finden Sie nützliche Informationen zum vorübergehend neuen Standort. Auf derselben Seite finden Sie aber auch andere hilfreiche Hinweise zum Gerichtsverfahren und zum Thema Arbeitsrecht.

Per 1. November 2022 und 1. März 2023 gab es am Arbeitsgericht Zürich zudem einschneidende Veränderungen in der Gerichtsbesetzung. Unser ehemaliger Co-Bereichsvertreter und Präsident der 4. Abteilung, lic. iur. Erich Kaufmann, wurde auf Ende Oktober 2022 pensioniert. Erich Kaufmann war über 15 Jahre als Vorsitzender am Arbeitsgericht tätig. Er machte sich in dieser Zeit einen Namen als Zivilprozessrechtsspezialist und setzte sich immer für das Arbeitsgericht und alle Mitarbeitenden ein. Dafür danken wir ihm und wünschen ihm von Herzen alles Gute. Per 1. März 2023 verliess zudem die Präsidentin lic. iur. Daniela Maier, 1. Abteilung, das Arbeitsgericht. Auch Daniela Maier danken wir herzlich für ihren unermüdlichen Einsatz und die gute Zusammenarbeit. Da sie auf unsere Nachbarsabteilung Audienz gewechselt hat, werden wir sie nicht ganz aus den Augen verlieren, was sehr schön ist. Als Nachfolger sind lic. iur. Philipp Küng (Präsident 4. Abteilung) und lic. iur. Huso Dedovic (Präsident 1. Abteilung) zu uns gestossen, worüber wir uns sehr freuen.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre.

Zürich, im Juli 2023

**Dr. iur. R. Schöning,**

**Präsident der 3. Abteilung/Co-Bereichsvertreter**

**Dr. iur. Th. Oertli,**

**Leitende Gerichtsschreiberin/Ersatzrichterin Arbeitsgericht**





## **I. AUS DEN ENTSCHEIDEN**

### **1. OR 1; Auslegung eines Side Letters**

Die Parteien schlossen am 29. Mai 2017 einen Arbeitsvertrag. Der Kläger wurde mit Stellenantritt am 1. September 2017 unbefristet als CEO angestellt.

Zusätzlich zum Arbeitsvertrag gab es einen unterzeichneten Side Letter vom 30. Mai 2017.

In diesem Side Letter wurde nach der Anrede einleitend Folgendes festgehalten: *„We herewith confirm the specific terms and conditions of your employment with A.\_ [Land] [Zusatz] SA (hereinafter referred to as „The Company“) with regards to your bonus scheme“.*

Unter dem Titel *„2. Loss of bonus and share plan“* (Verlust von Bonus und Aktienplan) wurde im Side Letter das Folgende festgehalten:

*„a) We agree to take on your missed bonus of CHF 150'000 gross, which will be paid in February 2018, if you have not received or given notice of the termination of your contract, by either party, prior to the date of payment, irrespective of the effective date of the termination of the employment relationship.*

*b) In addition, the board of directors of [Zusatz] A.\_ SA (the „holding“) and the Stiftung für Mitarbeiter-Beteiligungsmodelle der [Zusatz] A.\_ SA (the „Foundation“) have agreed to compensate you for the loss of shares amounting to CHF 150'000 you had under the employee share plan of your former employer by allowing you to become a shareholder of the holding, subject to the conditions and restrictions of the A.\_ Group Employee Share Purchase Plan Version 2014 set up by the holding (the „Plan“). The Foundation offers you, free of charge, registered shares of the holding of at par value of CHF 10.– each and a total market value of CHF 150'000 with the following schedule: (...“.*

- CHF 50'000 vested June 30th 2018
- CHF 50'000 vested June 30th 2019
- CHF 50'000 vested June 30th 2020

*[...] Once these consolidated financial statements are approved by the Company General Assembly, the market value of each share will be finalised and we will determine the number of shares you will be receiving. [...]*

Mit Schreiben vom 21. Februar 2019 kündigte die Beklagte dem Kläger unter Einhaltung der Fristen und Termine auf den 31. Mai 2019.

Gegenstand der Klage vor Arbeitsgericht Zürich war unter anderem ein vom Kläger geltend gemachter Schadenersatz für die fehlende Übergabe der beiden letzten Aktienpakete gemäss Ziff. 2.b) des Side Letters.

### **Aus den Erwägungen:**

«IV. Fehlende Übergabe des Aktienpakets

[...]

Aus der zitierten Ziffer 2.b) des Side Letters ergibt sich deutlich, dass die Beklagte dem Kläger zusätzlich zum Sign-on Bonus den ihm entstandenen Verlust des Aktienpakets seines vormaligen Arbeitgebers kompensieren wollte, und zwar unabhängig von den Leistungen oder sonstigem Verhalten des Klägers. Versprochen wird die Kompensation von bei der früheren Arbeitgeberin verlorenen Aktien im Wert von CHF 150'000.–. Einzige (nicht einmal ausdrücklich erwähnte) Bedingung war, dass der Kläger zur Beklagten wechselte.

Weil der – unentgeltliche („free of charge“) – Erwerb der Aktien eben eine Kompensation von entgangenen Aktien der früheren Arbeitgeberin darstellt, kann das Wort „Vesting“ bzw. „vested“ auch nicht so verstanden werden, wie die Beklagte dies offenbar tut. Zwar spricht die Beklagte von „Verfügbarkeit“. Aber offenbar ist sie der Ansicht, der Anspruch auf die Aktien sei jeweils (erst) am 30. Juni 2018, 2019 und 2020 entstanden. Diese Ansicht kann nicht zutreffen, wenn die Aktien Ersatz für entgangene Aktien der ehemaligen Arbeitgeberin sein sollen. Vielmehr muss Ziffer 2.b) so verstanden werden, dass dem Kläger fest versprochen wurde, dass er Aktien im Marktwert von CHF 150'000.– übertragen erhalten werde. Jeweils am 30. Juni 2018, 2019 bzw. 2020 wäre festgelegt worden, welche Anzahl Aktien jeweils CHF 50'000.– entsprechen, und erst dann hätte der Kläger auch über die Aktien verfügen können. Der Anspruch auf Zuteilung aber entstand bereits mit dem Versprechen im Side Letter und dem Stellenantritt des Klägers. Nur so hätte der Verlust des Klägers infolge Stellenwechsels kompensiert werden können.

Eine andere Auslegung legen auch die Bestimmungen des A. & Co Group Employee Share Purchase Plan Version 2014 nicht nahe. Die Regeln dieses Plans sind gemäss Side Letter und gemäss übereinstimmender Ansicht der Parteien anzuwenden. Interessant ist, dass der Begriff „Vesting“ in diesem Plan überhaupt nicht einmal vorkommt, geschweige denn definiert wird.

Insbesondere ist in diesem Plan nicht vorgesehen, dass der Anspruch auf die Zuteilung der Aktien im Marktwert von CHF 150'000.– mit einer ordentlichen Kündigung, wie sie die Beklagte ausgesprochen hat, verloren geht. Im Übrigen sieht das auch Ziffer 3 des Side Letters nicht vor. Nur bei einer Kündigung „for cause“ könnten solche Ansprüche verwirken. Allerdings bestimmt der Plan, was passieren soll bei einer Kündigung durch die Arbeitgeberin. In einem solchen Fall hätte die Beklagte die Aktien zum Kaufpreis zurückkaufen können, aber nicht zurückkaufen müssen.

Offensichtlich unrichtig ist die Auffassung der Beklagten, sie hätte die Aktien zum Preis null zurücknehmen können, weil der Kläger ja auch nichts dafür hätte bezahlen müssen. Dem Kläger wurden im Side Letter als Ausgleich des Verlustes der Mitarbeiteraktien der B. AG [Anmerkung: ehemalige Arbeitgeberin des Klägers] Namenaktien im Wert von CHF 150'000.– zugesprochen. Mithin sollte dem Kläger der Schaden in der Höhe von CHF 150'000.– durch den Verlust seines Anspruches auf die Mitarbeiteraktien der B. AG ersetzt werden. Folglich kann nicht behauptet werden, der Kaufpreis sei null. Offensichtlich sind CHF 150'000.– als Kaufpreis anzurechnen, auch wenn der Kläger dafür nichts hätte bezahlen müssen.

Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben. Die Beklagte hat es unterlassen, die Aktien dem Kläger zu übertragen. Sie konnte entsprechend die Aktien auch nicht zurückkaufen, zu welchem Preis auch immer. Hat die Beklagte dem Kläger die Aktien nicht übertragen, war es dem Kläger auch nicht möglich, die Aktien anderweitig, beispielsweise auf dem freien Markt, zu verkaufen. Dadurch ist dem Kläger ein Schaden entstanden, der ihm durch die Beklagte zu ersetzen ist.

Die Beklagte hat die weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatz nicht substantiiert bestritten, insbesondere auch nicht die Schadensberechnung des Klägers und die Verzugszinsforderung.

Dem Kläger steht unter diesen Umständen (nach Abzug der bereits erhaltenen CHF 50'000.–) ein Betrag von CHF 100'000.– zuzüglich Verzugszins von 5% seit 1. Juli 2019 zu.»

*(AN190062-L Beschluss und Urteil vom 16. März 2022; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220015-O Urteil vom 26. Januar 2023)*

## **2. OR 33; Guter Glaube mit Bezug auf die Vertretungsmacht**

Die Klägerin arbeitete ab dem 1. Oktober 2018 als Analytistin bei der Beklagten. Der Ehemann der Klägerin, A., ist mit 49 % an der Beklagten beteiligt und amtierte als Leiter des Beratungsteams und Geschäftsführer. Bis zum 3. Juni 2021 war er Präsident des Verwaltungsrates. Im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses kam es zu einer gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den beiden Joint Venture Partnern A. und B. bzw. A. und der C. AG.

In einem mit „Ihre Kündigung“ überschriebenen, undatierten Schreiben bestätigte A. als CEO der Beklagten gegenüber der Klägerin den Eingang ihrer Kündigung zum 31. Juli 2021. In diesem Schreiben heisst es auch: „Ihr Bonus wird mit der Gehaltsabrechnung Juli anteilig ausgezahlt“. Vor Arbeitsgericht forderte die Klägerin ihren anteilmässigen Bonus bis zum Austritt in der Höhe von CHF 20'416.67 brutto.

### **Aus den Erwägungen:**

«VI. Zusicherung im undatierten Kündigungsbestätigungsschreiben  
[...]

2.2. Legitimation zur Abgabe einer die Beklagte bindenden Willenserklärung  
[...]

2.2.4. Zu prüfen ist, ob die Klägerin in gutem Glauben davon ausgehen durfte, dass ihr Ehemann und Chef, A., bevollmächtigt war, ihr im Kündigungsbestätigungsschreiben im Namen der Beklagten die Auszahlung des vertraglich vereinbarten Bonus pro-rata-temporis zuzusichern, ohne damit gegen die Interessen der Beklagten zu verstossen. Massgebend ist der Zeitpunkt des Erhalts des Kündigungsbestätigungsschreibens Anfang Juni 2021. Der genaue Zeitpunkt kann mangels Datierung und entsprechender Behauptungen nicht festgestellt werden.

2.2.5. Der gute Glaube wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm oder ihr verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist indes nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Die Beklagte muss – entsprechend der Vermutung in Art. 3 ZGB – die Bösgläubigkeit der Klägerin bzw. die Umstände, unter denen sie nicht gutgläubig sein konnte, darlegen und beweisen. Sie holt hierzu – wie sie selber sagt – weit aus. Im Wesentlichen ergibt sich aus diesen nicht substantiiert bestrittenen Vorhalten, dass es eine Auseinandersetzung zwischen den beiden Joint Venture Partnern A.\_ und B.\_ bzw. A.\_ und der C.\_ AG gab. Die Beklagte macht geltend, es hätten ergebnislose Vertragsverhandlungen über eine Trennung, allenfalls unter Übernahme des Geschäfts der Beklagten durch A.\_ stattgefunden. Es sei letztlich kein Vertrag mit A.\_ oder einer seiner Gesellschaften über den Übergang des Geschäfts der Beklagten an A.\_ oder eine seiner Gesellschaften zustande gekommen und der Klägerin sei diese Situation klar gewesen. Während laufender Vertragsverhandlungen habe A.\_ vor der C.\_ AG verborgen eine Parallelstruktur aufgebaut. Nach deren Errichtung habe er veranlasst, dass sämtliche relevanten Betriebsmittel der Beklagten, einschliesslich der Mitarbeiter, ihr entzogen oder im Falle von Daten kopiert worden und der Parallelstruktur zugehalten worden seien. So habe er namentlich alle Mitarbeiter veranlasst, ihre Arbeitsverträge mit der Beklagten zu kündigen oder, eventualiter, nicht verhindert, dass diese kündigten, um danach mit der von ihm neu gegründeten D.\_ AG einen neuen Arbeitsvertrag zu schliessen. Die Klägerin bestreitet diese Sachdarstellung wie erwähnt nicht substantiiert. Sie lässt namentlich ausführen, die nicht explizit bestrittenen Ausführungen zu den Hintergründen der C.\_ AG und den involvierten Personen würden vorsorglich und mit Nichtwissen bestritten. Zudem stellt sie sich auf den Standpunkt, es sei nicht relevant, dass sie die Ehefrau von A.\_ sei.

2.2.6. Gegenstand der Gutgläubigkeitsprüfung ist vorliegend die pro-rata Zusprache des Bonus, wie sie im Arbeitsvertrag und im Amendment to the employment agreement vom 10. Dezember 2020 – entsprechende Leistungen und Zielerreichung vorausgesetzt – explizit vorgesehen ist. Im Vertrag ist sogar ein pro-rata-“Anspruch“ erwähnt. Es kann somit nicht per se gesagt werden, dass eine Person, welche die Gesellschaft vor der vorgesehenen Evaluation im Dezember verlasse, nicht ernsthaft eine Bonuszahlung erwarten könne.

2.2.7. Die unbestrittene gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung und der Weggang der Belegschaft zum neuen Unternehmen des Ehemanns der Klägerin, lassen nichtsdestotrotz darauf schliessen, dass die Klägerin nicht in

guten Treuen annehmen durfte, dass die Zusprache dieses Bonus zum Ende des Arbeitsverhältnisses in Nachachtung der Pflicht zur Förderung der Interessen der Beklagten passierte. Kommt hinzu, dass die Klägerin beim Entzug des Geschäfts mitgewirkt hat. Sie trug dazu bei, dass die E.\_-Datenbank der Beklagten dupliziert bzw. auf die D.\_ AG migriert wurde und dass auch anderen Daten der Beklagten (wie Budgetplanungstool mit Budget 2020, Bewertung des Portfolios, Investoren im Fonds) kopiert wurden, um diese der neu gegründeten D.\_ AG zur Verfügung zu stellen. Sie bestritt zwar, dass sie die E.\_-Datenbank entzogen bzw. Daten unrechtmässig kopiert haben soll, eine plausible alternative Erklärung für die veranlasste Duplizierung auf Rechnung der D.\_ AG legte sie aber nicht dar. So vermögen namentlich ihre Antworten auf Befragen an der Hauptverhandlung vom 1. September 2022 zum E-Mailverkehr bezüglich E.\_-Datenbank nicht zu überzeugen. Sie antwortete: „Ich führte nur den Auftrag meines Vorgesetzten, Herrn A.\_, aus, der das wünschte.“. Entgegen den Ausführungen der Klägerin spielt es im Rahmen der Gutgläubigkeit durchaus eine Rolle, dass sie die Ehefrau von A.\_ ist und bei der Beklagten eng mit diesem zusammenarbeitete. Die Position, sie habe „nur den Auftrag“ ihres „Vorgesetzten, Herrn A.“ ausgeführt, erscheint unter diesem Gesichtspunkt ausweichend und ungläubwürdig.

2.2.8. Es war offensichtlich, dass es nicht im Interesse der Beklagten lag, dass A.\_ seiner Ehefrau im Namen der Beklagten nach Entzug des Geschäfts und kollektivem Abzug der Mitarbeiter für das angefangene Jahr noch einen Bonus zusprach. Führt doch der Entzug des Geschäfts gemäss unbestrittener Angabe der Beklagten im Ergebnis dazu, dass die Geschäftstätigkeit der Beklagten heruntergefahren und die Beklagte am Ende wahrscheinlich liquidiert werden muss. Von einer bonusgebührenden Arbeitsleistung im Interesse der Beklagten kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein. Dass A.\_ umgekehrt persönlich ein Interesse daran hatte, dass die Beklagte seiner Ehefrau den Bonus auszahlt, liegt ebenfalls auf der Hand. Diese Interessensgegensätze waren für die Klägerin erkennbar.

2.2.9. Ob die Klägerin zusätzlich auch wegen des Wortlauts des Kündigungsbestätigungsschreibens, in dem unter anderem für die gute Zusammenarbeit gedankt und alles Gute für die Zukunft gewünscht wird, an der Vertretungsbefugnis hätte zweifeln müssen, kann bei diesem Ergebnis offen gelassen werden.

2.2.10. Die Klage ist dementsprechend abzuweisen.»

*(AH220014-L Urteil vom 24. November 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

### **3. OR 322; Vorbehaltlose Entgegennahme von Lohn**

Der Kläger machte geltend, er habe ab dem Zeitpunkt der Beförderung in den Rang eines „Director“ am 1. Juli 2018 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Oktober 2020 zu wenig Lohn erhalten. Mit Schreiben vom 24. Juli 2018 sei ihm im Rahmen seiner Beförderung ein „annual base salary“ von Fr. 210'000.– zugesichert worden. Zudem hätte er wie alle anderen Directors eine monatliche Spesenpauschale von Fr. 900.– zugute gehabt.

#### **Aus den Erwägungen:**

«2.2. Entgegennahme des Lohnes

2.2.1. Unbestrittenermassen hat der Kläger ab dem 1. Juli 2018 während 28 Monaten ein Jahressalär von Fr. 210'000.– inklusive Spesen erhalten, ohne dass er sich dagegen gewehrt hätte. Der Kläger hat somit während deutlich mehr als drei Monaten den aus seiner Sicht zu tiefen Lohn entgegengenommen, womit er ihn stillschweigend akzeptiert hat, falls er nicht besondere Umstände nachweisen kann, gemäss derer die Beklagte trotz seines langen Schweigens nicht hätte auf seine Zustimmung schliessen dürfen.

2.2.2. Der Kläger führt dazu aus, dass er schlichtweg nicht gewusst habe, dass er monatlich Fr. 900.– zu wenig erhalten habe. Zudem habe er keine Lohnabrechnungen erhalten, aus denen er allenfalls hätte erkennen können, dass ihm zu wenig Lohn ausbezahlt worden sei. Die Lohnausweise 2018 bis 2020 habe er zwar erhalten. Da er jedoch noch andere Einkommensquellen gehabt habe, sei ihm nicht aufgefallen, dass er von der Beklagten zu wenig Lohn erhalten habe.

2.2.3. Die Vorbringen des Klägers, wonach er während 28 Monaten nichts von dem aus seiner Sicht zu tief ausbezahlten Lohn gemerkt haben will, vermögen nicht zu überzeugen. Als Kadermitarbeiter in der Finanzbranche wäre vom Kläger zu erwarten gewesen, dass er in der Lage ist, die per App abrufbaren Lohnabrechnungen zu öffnen oder wenigstens die über die Plattform A\_ zugänglichen Lohnabrechnungen einzusehen. Selbst wenn man bei der Beklagten davon Kenntnis hatte, dass der Kläger nur über ein iPhone 5 ver-



fügte und damit die zur Verfügung stehende App nicht herunterladen konnte, hätte ihm die Möglichkeit offen gestanden, über den ihm zugesandten Link seinen Lohn einzusehen. Er hätte somit bei entsprechenden Bemühungen von den relevanten Lohnabrechnungen Kenntnis nehmen können. Die Beklagte musste jedenfalls nicht davon ausgehen, dass der Kläger auf eine Einsichtnahme in die ihm zur Verfügung gestellten Lohnabgaben verzichten würde.

Selbst wenn der Kläger die Lohnabrechnungen tatsächlich nicht einsehen konnte, hätte er aus den unbestrittenermassen erhaltenen Lohnausweisen 2018 und 2019 seinen Jahreslohn erkennen können. Auf dem Lohnausweis 2018 sind das Jahresgehalt und explizit auch die Pauschalspesen vermerkt, woraus ein in der Finanzbranche tätiger Kadermitarbeiter ohne Probleme sein Monatsgehalt nach erfolgter Lohnerhöhung unter dem Jahr berechnen kann bzw. können muss. Aus dem Lohnausweis 2019 ergibt sich sodann auf einen Blick, dass das Jahresgehalt Fr. 199'200.– und die Pauschalspesen Fr. 10'800.– betragen haben, was als Summe das im Salärerhöhungsbrief genannte „annual base salary“ ergibt. Spätestens nach Erhalt dieses unmissverständlich formulierten Lohnausweises 2019 hätte der Kläger zeitnah intervenieren müssen. Dies hat er aber unbestrittenermassen nicht getan.

Weiter vermag – wie auch die Beklagte geltend macht – nicht zu überzeugen, dass ein fehlender Betrag von Fr. 900.– beim monatlichen Lohnerhalt auf dem Konto des Klägers von diesem unbemerkt geblieben ist. Fr. 900.– monatlich stellen auch beim Gehalt des Klägers keinen unwesentlichen Betrag dar. Insbesondere vor dem Hintergrund der Ausbildung, der Tätigkeit und der Stellung des Klägers bei der Beklagten kann davon ausgegangen werden, dass er das Fehlen dieses Betrages – zumal über eine solche lange Zeit – hätte merken müssen. Dies umso mehr, als dass bei einer vereinbarten Lohnänderung zu erwarten ist, dass wenigstens die erste Lohnzahlung auf deren Richtigkeit hin überprüft wird.

2.2.4. Der Kläger offeriert keine Beweise, die etwas an dieser Einschätzung ändern würden. So offeriert er zwar Zeugen, die bestätigen sollen, dass er im fraglichen Zeitraum ein altes iPhone besessen habe, mit welchem er keinen Zugriff auf die Lohnabrechnungen gehabt habe, doch ist dies nicht von Relevanz. Wie ausgeführt, hätte er über den Link auf die Plattform A. \_ Zugang zu seinen Lohnabrechnungen gehabt. Zudem hat er die Lohnausweise 2018 und 2019 erhalten, aus welchen er sein angeblich zu tiefes Jahressalär ohne weiteres hätte entnehmen können.

2.2.5. Zusammenfassend hat der Kläger während 28 Monaten den zu tiefen Lohn ohne Widerspruch entgegengenommen, womit er ihn stillschweigend



akzeptiert hat. Er vermag keine besonderen Umstände vorzubringen, auf deren Grundlage die Beklagte trotz seines langen Schweigens nicht hätte auf seine Zustimmung schliessen dürfen. Somit hat der Kläger keinen Anspruch auf eine Lohnnachzahlung.»

*(AH210103-L Urteil vom 24. August 2022; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220024-O vom 15. Februar 2023)*

#### **4. OR 322/ZPO 160; Offenlegung sämtlicher Bonuszahlungen?**

Der Kläger arbeitete seit dem 1. August 2011 als Trader und Team Leader im Range eines Managing Directors bei der Beklagten, einer Bank. Vereinbart wurde zunächst ein Grundsalar in der Höhe von Fr. 370'000.–. Dieses betrug zuletzt Fr. 425'000.–.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2019 stellte die Beklagte dem Kläger die Kündigung im Rahmen einer Restrukturierung mit Stellenabbau in Aussicht und stellte ihn mit separatem Schreiben vom gleichen Tag von der Arbeitsleistung frei. Der Kläger nahm am „COACH-Prozess“ gemäss Sozialplan 2019 teil, wonach Mitarbeitende der Beklagten bei Kündigungen aus betrieblichen Gründen Unterstützung erhalten. Am 13. Februar 2020 sprach die Beklagte die Kündigung aus.

Vor Arbeitsgericht war unter anderem ein Bonusanspruch strittig. Umstritten war, ob die Beklagte den Kläger im Rahmen des Sozialplanes in persönlichkeitsverletzender Weise diskriminierend schlechter stellte als andere Mitarbeiter, indem sie ihm keinen Bonus mehr auszahlte. Weiter war umstritten, ob die Beklagte die Bonuszahlungen an die anderen Mitarbeitenden offen zu legen hat.

#### **Aus den Erwägungen:**

«V. Bonus

[...]

3.3. Gleichbehandlungsgrundsatz

3.3.1. Der Kläger macht geltend, dass der Sozialplan 2019 ausdrücklich eine ermessensabhängige Bonuszahlung für Mitarbeitende des COACH-Prozesses

vorsehe, die Beklagte dieses Ermessen nach Treu und Glauben hätte ausüben und dem Kläger – wie bei ihr üblich sei – einen reduzierten Bonus hätte ausrichten müssen. Wie soeben ausgeführt, steht in Ziffer 6.2. des Sozialplans 2019, dass die Mitarbeitenden keinen Anspruch auf einen Bonus haben und die Beklagte im freien Ermessen über die Höhe eines allfälligen Bonus im Jahresendprozess entscheide. Es handelt sich vorliegend um eine echte Gratifikation, die bereits dem Grundsatz nach nicht geschuldet ist (vgl. Ziffern 3.1 und 3.2 hiervor). Der vom Kläger zitierte Entscheid des Bundesgerichts 4A\_378/2017 vom 27. November 2017 mag daran nichts zu ändern. Wie die Beklagte zutreffend ausführte, geht es im besagten Urteil um einen Bonus bzw. eine Gratifikation, deren Ausrichtung und Höhe von der Erreichung gewisser Ziele abhängig gemacht wurde (unechte Gratifikation). Das Bundesgericht hielt dabei fest, dass die Arbeitgeberin ihr Ermessen bei der Beurteilung der Zielerreichung nach Treu und Glauben auszuüben hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_378/2017 vom 27. November 2017 E. 3.4.1). Der vorliegende Sachverhalt ist jedoch anders gelagert. Die Frage, ob eine – im Voraus vereinbarte – Bedingung erfüllt wurde, stellt sich hier nicht. Im Gegenteil wurde vorliegend viel mehr festgehalten, dass kein Anspruch auf einen Bonus besteht.

3.2.2. Der Kläger macht des Weiteren geltend, dass die Beklagte nach ständiger Praxis Bonuszahlungen im Rahmen des COACH-Prozesses ausrichte und er diesbezüglich diskriminiert worden sei. Konkret bringt er vor, die Beklagte habe im Jahr 2020 total Fr. 134 Mio. Abfindungszahlungen an 1019 Empfänger ausgerichtet. Allein aus diesem Umstand lässt sich indessen auf keine Diskriminierung schliessen. Wer diese Empfänger waren, unter welchem Titel diese Abfindungszahlungen erhalten haben und inwiefern der Kläger mit ihnen gleichzustellen (Alter, Dienstjahr, Leistungen, Kündigungen etc.) ist, wurde nicht substantiiert vorgebracht. In dieser Hinsicht lässt sich auch dem Vergütungsbericht der Beklagten nichts entnehmen, der „gesetzlich geregelte Abfindungen“, „Abfindungen innerhalb eines Sozialplanes“ und „zusätzliche Abfindungen“ umfasst.

3.2.3. Der Kläger beantragt sodann die Edition sämtlicher Unterlagen betreffend Bonuszahlungen im Jahr 2020 an die Belegschaft der Beklagten, auf die der Sozialplan 2019 anwendbar gewesen sei. Die Beklagte habe offenzulegen, welchen Mitarbeitenden sie im Jahr einen Bonus bezahlt habe, in welcher Höhe, und welche Mitarbeitenden überhaupt keinen Bonus erhalten hätten. Ebenfalls sei das Halbjahres- und Jahresergebnis des Teams des Klägers im Jahr 2019 zu edieren.

3.2.3.1. Da es sich beim vorliegenden Bonus – wie bereits mehrfach ausgeführt – um eine echte Gratifikation handelt, zwischen den Parteien keine Zielvereinbarung vereinbart worden ist und nicht ausgeführt wurde, dass und wie die bis im Jahr 2018 an den Kläger ausgerichteten Bonusleistungen von den Ergebnissen seines Teams abhängig waren, kann von der Edition des Halbjahres- und Jahresergebnisses des Teams des Klägers im Jahr 2019 abgesehen werden.

3.2.3.2. Festzuhalten ist, dass der Urkundenedition grundsätzlich durch das Verbot der Ausforschung der Gegenpartei („fishing expedition“) Schranken gesetzt ist. Ein Editionsantrag für Akten, die erst die Begründung des Prozessstandpunktes einer Partei ermöglichen sollen, ist deshalb unzulässig (BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 24 m.w.H.). Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Edition, die kein Mittel zur Informationsbeschaffung, sondern ein Mittel zum Beweis von konkreten einzelnen Tatsachen ist, die eine Partei schon genau zu kennen behauptet. Reine unsubstantiierte Mutmassungen genügen nicht. Alles andere würde auf eine Ausforschung, d.h. auf ein Sammeln neuer Argumente hinauslaufen, die man bis dahin noch nicht substantiiieren konnte (vgl. MARK LIVSCHITZ/OLIVER SCHMID, in: AJP 2011 S. 739 ff., Sie wollen klagen - Ihr Gegner hat die Beweise: Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis, S. 740 f.). Eine Edition muss sich grundsätzlich auf verhältnismässig wenige und bestimmt zu bezeichnende Aktenstücke beziehen (BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 24 m.w.H.).

Der Kläger macht geltend, es liege keine fishing expedition vor, wenn man sämtliche Bonuszahlungen derjenigen Kadermitarbeiter erhalten möchte, die an diesem Sozialplan teilgenommen hätten. Nur so könne die Diskriminierung substantiiert werden. Der Kläger unterliess es, konkrete Tatsachenbehauptungen aufzustellen. So verlangt er unspezifisch Unterlagen betreffend Bonuszahlungen im Jahr 2020 an die Belegschaft der Beklagten bzw. Kadermitarbeiter, auf welche der Sozialplan 2019 anwendbar gewesen sei. Um was für Unterlagen es sich dabei konkret handeln soll (Korrespondenz, Verträge [Arbeitsverträge/Vereinbarung betreffend COACH-Prozess] etc.) wurde nicht substantiiert vorgebracht. Wie viele Kadermitarbeiter bzw. Personen der Belegschaft der Beklagten entlassen wurden und unter den Sozialplan 2019 fielen, wurde nicht ansatzweise ausgeführt. Unklar ist, auf wie viele der 1019 Empfänger von Abfindungszahlungen im Jahr 2020 sich das Editionsbegehren des Klägers bezieht und ob dieses verhältnismässig wenige Aktenstücke umfasst. Die zu edierenden Unterlagen wurden vom Kläger zudem – wie ausgeführt – nicht

rechtsgenügend bestimmt bezeichnet. Das Editionsbegehren ist somit abzuweisen. Der Kläger hat nicht rechtsgenügend belegt, dass eine Ungleichbehandlung mit anderen vergleichbaren Personen stattgefunden hat und es zum Ausdruck einer verletzenden Geringschätzung seiner Persönlichkeit gekommen ist.

Inwiefern ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA [*Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer*] vorliegen sollte, wurde vom Kläger nicht rechtsgenügend ausgeführt und erschliesst sich auch aus den Akten nicht.»

*(AN210056-L Urteil vom 4. Juli 2022; das Obergericht wies die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220023-O Urteil vom 15. Dezember 2022; vgl. auch Fall Nr. 9)*

## **5. OR 322; Bonus im Autohandel**

Im Anschluss an befristete Arbeitseinsätze war der Kläger ab 1. Dezember 2017 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis für die Beklagte als Sales Advisor tätig. Die Beklagte bezweckt unter anderem den Import, den Vertrieb, den Verkauf, die Vermietung, das Leasing, die Wartung und die Reparatur von Fahrzeugen. Die Vergütung des Klägers für sein 100%-Pensum bestand aus einem Basissalar in der Höhe von Fr. 5'230.77 brutto sowie einem Bonus gemäss Bonusplan.

Am 31. Juli 2019 kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30. September 2019 und stellte den Kläger zugleich von der Arbeitsleistung frei. Vor Arbeitsgericht machte der Kläger unter anderem einen Bonusanspruch und eine Entschädigung wegen missbräuchlicher (vgl. Fall Nr. 10) Kündigung geltend.

**Aus den Erwägungen:**

<III. Bonus

[...]

3. Würdigung

3.1. Passivlegitimation der Beklagten

In Ziffer 6.2 des Arbeitsvertrages wird der Bonus geregelt. Demnach hat der Arbeitnehmer *„die Möglichkeit, nach freiem Ermessen der Gesellschaft sich am Bonus Plan (der „Bonus Plan“) der Gesellschaft zu beteiligen, wie er von Zeit zu Zeit durch die Gesellschaft angepasst, verändert, ersetzt und/oder aufgehoben wird. Jedwelche Bonus Zahlung (der „Bonus“) liegt im alleinigen Ermessen der Gesellschaft und ist von gewissen Bedingungen gemäss Bonus Plan abhängig, wie inter alia vom Gewinn der Gesellschaft, der Entwicklung der Geldanlagen sowie den persönlichen Leistungen des Arbeitnehmers.“*

Halbjährlich wird ein sogenannter „Incentive Compensation Plan“ (im Folgenden: „Vergütungsplan“) angefertigt. Darin wurde ab 2018 den jeweiligen verkauften Fahrzeug-Typen „Credit“-Multiplikatoren zugeschrieben und der Bonusbetrag bei einer Zielerreichung von 100 % festgesetzt. Welche Anzahl „Credits“ einer Zielerreichung von 100 % entsprechen, wurde den Mitarbeitern separat per E-Mail als sogenannte „Sales Targets“ kommuniziert. Um einen Bonus von 100 % zu verdienen, mussten entsprechend Fahrzeuge verkauft werden, die Credits im Umfang der jeweiligen „Sales Targets“ generierten.

Die Beklagte bringt vor, sie sei für angebliche Bonusansprüche des Klägers nicht passivlegitimiert. Der Vergütungsplan sei nicht ein Plan der Beklagten, sondern werde durch deren Muttergesellschaft, der A.\_ Inc., USA, administriert und angeboten.

Der Kläger weist zu Recht darauf hin, dass im Arbeitsvertrag explizit die Beklagte, als Vertragspartei aufgeführt und als „die Gesellschaft“ bezeichnet wird. In Ziffer 6.2 des Arbeitsvertrages wird unter dem Titel „Bonus“ – wie oben aufgeführt – lediglich „die Gesellschaft“ erwähnt, mithin die Beklagte. Ein Hinweis, dass der Bonusanspruch gegenüber einer anderen Gesellschaft bzw. der Muttergesellschaft besteht, ist nicht ersichtlich. Auch im Vergütungsplan wird festgehalten, dass dieser den Geschäftszielen der A.\_ Inc. und ihrer Tochtergesellschaften dient. Weshalb ein Bonusanspruch des Klägers dennoch gegenüber der Muttergesellschaft der Beklagten bestehen soll, führt die Beklagte nicht weiter aus. Dass die Beklagte als Tochtergesellschaft die Vorgaben ihrer Muttergesellschaft umsetzt bzw. durchsetzt, ist in einem Konzern üblich und sagt nichts über die Passivlegitimation aus.

Die Passivlegitimation der Beklagten ist vorliegend gegeben.

### 3.2. Anspruch des Klägers

Hat der Arbeitgeber verbindliche Ziele und die erreichbare Bonushöhe vorgegeben, ist die Vergütung als Lohn zu qualifizieren, und zwar auch dann, wenn die Festsetzung der Parameter ursprünglich in seinem Ermessen stand. Vorliegend ist der Bonus grundsätzlich verdient, wenn eine bestimmte Anzahl Credits erzielt wurden, die sich aus der Anzahl verkaufter Fahrzeuge eines bestimmten Modells ergeben. Dabei handelt es sich um sog. „hard factors“. Diese hängen nicht von einer subjektiven Einschätzung der Beklagten ab. Sobald die Ziele festgesetzt sind, steht der Beklagten keinerlei Ermessen mehr zu. Somit ist der im Streit liegende Bonus als variabler Lohn zu qualifizieren.

Der Kläger stützt seinen Anspruch auf einen Auszug aus dem Bonussystem der Beklagten. Die Beklagte bringt vor, dabei handle es sich lediglich um den potenziell erzielbaren Bonus und nicht um den endgültigen Bonusanspruch. Um den Bonus zu verdienen, müssten einerseits die verkauften Fahrzeuge tatsächlich geliefert worden und andererseits die Arbeitnehmer im Lieferungszeitpunkt noch bei der Beklagten angestellt sein.

Wie die Beklagte richtig ausführt, ist im – unbestrittenermassen anwendbaren – Vergütungsplan vorgesehen, dass ein verkauftes Fahrzeug ausgeliefert und der Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt noch im Unternehmen beschäftigt sein muss, um den Bonus zu verdienen. Der Verkauf eines Fahrzeuges ist erst mit dessen Auslieferung als erfolgreich zu bezeichnen, da ab diesem Zeitpunkt keine Stornierung mehr erfolgen kann und die Beklagte Einnahmen generiert. Die Bedingung, dass ein Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auslieferung noch bei der Beklagten beschäftigt sein muss, hat jedoch nichts mit der Erreichung seiner Leistungsziele – der Erlangung einer bestimmten Anzahl Credits – zu tun. Daran vermag der Umstand, dass die als „verkauft“ erfassten, aber noch nicht ausgelieferten Fahrzeuge nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einem anderen Mitarbeiter zugewiesen werden, nichts zu ändern. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Ausrichtung von Lohn nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden (BGE 109 II 447 E. 5c; BGer 4A\_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 4.1 und 5.1; BGer 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1; BGer 4A\_463/2017 vom 4. Mai 2018, E. 3.1.1).

Unbestritten ist, dass der Bonusanspruch des Klägers gemäss Auszug des Systems „B.“ in den Monaten August und September 2019 total Fr. 8'970.46 brutto betragen und die Beklagte ihm lediglich Fr. 7'468.30 brutto ausbezahlt hat. Demgemäss fordert der Kläger einen Betrag in der Höhe von Fr. 1'502.15 brutto bzw. Fr. 1'371.75 netto. Die Beklagte macht dazu geltend, dass die im System „B.“ ausgewiesenen Zahlen nicht den endgültigen Bonusanspruch zeigen würden; der Betrag gelange erst zur Auszahlung, wenn und sobald die

bestellten Fahrzeuge tatsächlich geliefert würden und keine Stornierung mehr möglich sei. Unbestritten ist, dass dem Kläger im Umfang des vorgenannten Bonusanspruches Fahrzeugbestellungen zuzurechnen sind. Dass diese Bestellungen storniert und die Fahrzeuge nicht ausgeliefert worden seien, wurde von der Beklagten nicht konkret vorgebracht. Somit ist davon auszugehen, dass sämtliche beim Kläger bestellten Fahrzeuge ausgeliefert und verkauft worden sind.

Wie bereits ausgeführt, ist die Bedingung, wonach der Kläger zur Erlangung des Bonus noch bei der Beklagten angestellt sein muss, nicht rechtskonform. Somit steht dem Kläger der Bonus aus jeglichen bei ihm bestellten und erfolgreich verkauften Fahrzeugen zu. Sowohl die vom Kläger geltend gemachten Sozialversicherungsbeiträge im Umfang von 8.68% als auch der Zinsenlauf blieben unbestritten. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'371.75 netto zuzüglich Verzugszins seit 1. Oktober 2019 zu bezahlen.

Weiterungen bezüglich der Editionsbegehren des Klägers im Zusammenhang mit dem Bonus erübrigen sich.»

*(AN200041-L Urteil vom 7. März 2022; vgl. auch Fall Nr. 10; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## **6. OR 324; Behördliche Betriebsschliessung Weihnachten 2020 (Covid-19)**

Die Klägerin trat per 8. September 2020 als Event Koordinatorin in die Dienste der Beklagten ein. Gemäss Arbeitsvertrag, welcher dem L-GAV für das Gastgewerbe untersteht, vereinbarten die Parteien eine Vollzeitstellung im Restaurant A.\_ in Zürich zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'633.33 (inkl. 13. Monatslohn). Zudem vereinbarten die Parteien eine Kündigungsfrist von zwei Monaten nach Beendigung der zweimonatigen Probezeit. Ab dem 22. Dezember 2020 sah sich die Beklagte aufgrund der damals geltenden Covid-19-Verordnung gezwungen, ihren Restaurationsbetrieb im Restaurant A.\_ zu schliessen. Sie wies der Klägerin ab diesem Zeitpunkt keine Arbeit mehr zu. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2020 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis ordentlich per 28. Februar 2021.

In der Folge zahlte die Beklagte der Klägerin den Lohn bis Ende Dezember 2020 aus. Bezüglich der Lohnforderungen der Klägerin für die Monate Januar



und Februar 2021 teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 2. Februar 2021 im Wesentlichen mit, dass sie ihr für die Monate Januar und Februar 2021 keinen Lohn bezahlen könne, da die Klägerin während der Kündigungsfrist keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe und aufgrund des Lockdowns auch nicht arbeiten könne, wie dies in einer normalen Situation der Fall gewesen wäre.

Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Schliessung des Restaurationsbetriebs aufgrund der behördlich angeordneten Einschränkungen gemäss Art. 5a Covid-19-VO (Massnahmenverschärfung Dezember 2020, AS 2020 S. 5813) und die damit einhergehende Arbeitsverhinderung der Klägerin ab dem 22. Dezember 2020 in die Risikosphäre der Arbeitgeberin resp. der Beklagten fällt und die Beklagte der Klägerin dementsprechend den ausstehenden Lohn für die Monate Januar und Februar 2021 zu bezahlen hat.

### **Aus den Erwägungen:**

«3.2. Zum Annahmeverzug

3.2.1. Vorwegzuschicken ist, dass das Gericht (nur) über den vorliegenden Fall zu entscheiden hat. Ob ein Umstand in das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin fällt, muss jeweils im Einzelfall bestimmt werden (THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, Jusletter, 14. April 2020, S. 6). Es ist letztlich ein Wertungsentscheid. Mit Art. 324 OR wird das Ziel verfolgt, den Arbeitnehmenden den für ihren Lebensunterhalt erfahrungsgemäss notwendigen Lohn zu sichern (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 324 N 5, S. 385). Nicht ausser Acht gelassen werden soll aber, dass mit der Pandemie und den damit verbundenen behördlichen Massnahmen auch für einen Teil der Arbeiterschaft quasi über Nacht die Geschäftsgrundlage in existenzbedrohender Weise weggebrochen ist. Wo in dieser Situation genau die Grenze zu ziehen ist zwischen der Risikosphäre der Arbeitgeberin und dem Bereich, in dem beide Parteien befreit sind, bleibt ein schwieriges Unterfangen (IRÈNE SUTER-SIEBER, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, Jusletter, 18. Mai 2020, Rz. 12). Für die Anwendung von Art. 324 OR ist vorausgesetzt, dass die Gründe, weshalb die Arbeitgeberin die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin nicht annehmen will oder nicht annehmen kann, zumindest im weitesten Sinn aus der Risikosphäre der Arbeitgeberin stammen, und in diesem Sinne eben zum sog. Betriebsrisiko (Wirtschaftsrisiko, Unternehmerrisiko) gehören (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 5).



3.2.2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nicht der sogenannte Lockdown zu Beginn der Covid-19-Pandemie in der Schweiz im März/April 2020. Zu entscheiden ist über die – ebenfalls pandemiebedingte – behördliche Schliessung der Restaurationsbetriebe ab dem 22. Dezember 2020 und deren Auswirkungen auf ein Arbeitsverhältnis, das im August 2020 (neu) eingegangen wurde. Vollends unvorhersehbar und unabwendbar, im Sinne einer höheren Gewalt, waren das Risiko und die Folgen eines am 22. Dezember 2020 verhängten vorübergehenden Restaurationsverbots im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 7. August 2020 nicht. Bei Vertragsschluss waren vielmehr viele Parameter mit Bezug auf Covid-19 bekannt. Unvorhersehbar war weder das Risiko einer zweiten Welle in den Wintermonaten noch wie die Behörden darauf reagieren könnten. Als bekannt vorausgesetzt werden kann namentlich das Risiko einer erneuten vorübergehenden Schliessung oder Einschränkung der Restaurationsbetriebe sowie der Umfang und die Voraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung. Einige – auch namhafte Gastronomiebetriebe – haben bis zu diesem Zeitpunkt alternative Geschäftsmodelle, wie bspw. Take-away-Angebote, auf die Beine gestellt, mit denen sie die Ausfälle zu minimieren und ihre Mitarbeitenden weiterhin zu beschäftigen versucht haben.

3.2.3. Die vorstehend zitierten Lehrmeinungen (E. 2.2.4.), die im Fall einer behördlich angeordneten pandemiebedingten Betriebsschliessung der Anwendung von Art. 324 OR kritisch gegenüberstehen, ergingen unter dem Eindruck der aussergewöhnlichen und unvorhersehbaren Ereignisse zu Beginn des Pandemieausbruchs in der Schweiz im März/April 2020. In dieser ausserordentlichen Lage kamen diese Autoren zum Schluss, dass das – wenn auch in Anbetracht der in den meisten Fällen greifenden Kurzarbeitsentschädigung und der Kündigungsfreiheit regelmässig begrenzte – Risiko des pandemiemassnahmenbedingten Wegfalls der Arbeitsleistung nicht dem Betriebsrisiko der Arbeitgeberschaft zuzuordnen sei.

3.2.4. ISABELLE WILDHABER hebt beispielsweise in ihrem am 20. April 2020 abgeschlossenen Aufsatz (Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR/RDS Bd. 139 Sondernummer „Pandemie und Recht“, S. 167 ff., Ziff. 4) hervor, dass wir uns „heute“ (bzw. im damaligen Zeitpunkt) in einer ausserordentlichen Lage befinden würden. Die wirtschaftlichen Einschränkungen seien für die gesamte Bevölkerung derart rasch und einschneidend wirksam geworden, dass die Arbeitgeberschaft die Folgen der Pandemie nicht habe vorhersehen und sicherlich nicht habe vermeiden können. Es fehle also für eine Anwendung von Art. 324 OR schon an der Kausalität, da es nicht möglich gewesen sei, sich

als Arbeitgeberin auf die Pandemie so vorzubereiten, dass die Annahme der Arbeitsleistung der Arbeitnehmenden möglich gewesen wäre.

3.2.5. Auch der von der Beklagten zitierte Entscheid des deutschen Bundesarbeitsgerichts vom 13. Oktober 2021 (5 AZR 211/21) betrifft den Monat April 2020. Er wurde damit begründet, dass nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen worden seien. In solchen Fällen realisiere sich nicht ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Risiko.

3.2.6. IRÈNE SUTER-SIEBER, a.a.O., S. 8 f., geht davon aus, dass nicht allein auf die Pandemie als Ursache abgestellt werden könne. Es sei vielmehr danach zu entscheiden, ob die Arbeitgeberschaft zumindest theoretisch noch frei disponieren und die Risiken der verschiedenen Szenarien selbständig abwägen könne, oder ob sie keinen Einfluss auf eine Reduktion oder Schliessung des Betriebs habe. Im ersten Fall sei der Arbeitsausfall der Risikosphäre der Arbeitgeberin zuzuordnen (Anwendungsfall von Art. 324 OR). Im zweiten Fall, der keiner Risikosphäre zugeordnet werden könne, greife die Ausnahmeregelung von Art. 324 OR nicht und es komme der allgemeine Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» zum Tragen (vgl. auch MARCO DEL FABRO, Auswirkungen des „Shutdown“ / „Lockdown“ auf Arbeitsverträge von Sportlerinnen und Sportlern, CaS 2020, S. 239 ff., S. 239).

3.2.7. Die Beklagte traf am 8. August 2020 in Kenntnis der damaligen Situation den unternehmerischen Entscheid, die Klägerin als Event-Koordinatorin mit unbefristetem und nach Ablauf der Probezeit mit einer Frist von zwei Monaten kündbarem Vertrag anzustellen. Es war bekannt, dass im Fall eines erneuten Restraurationsverbots allenfalls die Kurzarbeitsentschädigung zum Zug kommt. Aber auch, dass es der Arbeitnehmerin frei steht, den Vertrag in Ausübung ihrer Kündigungsfreiheit wieder zu kündigen, womit während der Kündigungsfrist die Möglichkeit der Kurzarbeit entfiel (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG). Entgegen der Auffassung der Beklagten, liegt kein Rechtsmissbrauch vor. Die Beklagte traf zudem den betriebswirtschaftlichen Entscheid, keine alternativen Verpflegungsmöglichkeiten anzubieten und die Klägerin während der Kündigungsfrist auch nicht anderweitig einzusetzen. Das Risiko, der Klägerin während der zweimonatigen Kündigungsfrist trotzdem den Lohn bezahlen zu müssen, ist dem Betriebsrisiko der Beklagten zuzurechnen. Es liegt ein Anwendungsfall von Art. 324 OR vor.

3.2.8. Mit anderen Worten gehört die vorliegend zu beurteilende Betriebschliessung resp. die damit einhergehende Arbeitsverhinderung der Klägerin zum Betriebsrisiko der Beklagten, womit die Beklagte – wenn auch unverschuldet – mit der Entgegennahme der Arbeitsleistung der Klägerin in Verzug geraten ist und bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, das heisst bis zum 28. Februar 2021 zur Lohnfortzahlung verpflichtet war.

3.2.9. Vom Bruttolohn im Betrag von Fr. 5'633.33 (inkl. 13. Monatslohn) sind 6.4% für die Arbeitnehmendenbeiträge an die AHV, IV, EO und ALV, 2.793% für die Prämien der Krankentaggeld- und Nichtberufsunfallversicherung (insgesamt Fr. 517.87) sowie 7.25% für die Quellensteuer (Fr. 408.41; bzw. Tarif AY0 gültig ab 1.1.21) und somit insgesamt Fr. 926.28 abzuziehen. Es verbleibt ein monatlicher Nettolohn von Fr. 4'707.05, welcher der Klägerin in Gutheissung der Klage für die Monate Januar und Februar 2021 zuzusprechen ist.»

*(AH210123-L Urteil vom 14. Februar 2022; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220011-O Urteil vom 6. Februar 2023, vgl. ZR 122 [2023] Nr. 13; es ist eine Beschwerde vor Bundesgericht anhängig, 4A\_158/2023)*

## **7. OR 330a; Hinweis auf längere Krankheit im Arbeitszeugnis**

Die Klägerin, eine Rechtsanwältin, forderte vor Arbeitsgericht Änderungen im Arbeitszeugnis. Sie verlangte unter anderem, dass der Hinweis auf eine längere Krankheit zu streichen sei.

### **Aus den Erwägungen:**

<<[...]

3.5. Fünfter Absatz (Schlussformulierung)

3.5.1. Die Schlussformulierung im ausgestellten Zeugnis lautet wie folgt:

„A.\_ verlässt unsere Kanzlei nach längerer Krankheit auf eigenen Wunsch. Wir wünschen A.\_ gute Besserung und danken ihr für die geleistete Arbeit in unserer Kanzlei.“

Die Klägerin verlangt die folgenden Anpassungen an der Schlussformulierung:

„A.\_ verlässt unsere Kanzlei auf eigenen Wunsch. Wir danken A.\_ für ihren Einsatz und wünschen ihr sowohl beruflich als auch privat weiterhin alles Gute.“

3.5.2. Die Klägerin war gemäss ihren Behauptungen sowie den von der Beklagten eingereichten Arztzeugnissen ab dem 27. Juli 2020 krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. November 2020 an und belief sich damit gesamthaft auf rund vier Monate. Die Anstellungsdauer der Klägerin bei der Beklagten betrug demgegenüber rund 15 Monate. In zeitlicher Hinsicht fällt ein krankheitsbedingter Arbeitsunterbruch von vier Monaten im Verhältnis zu einer gesamten Vertragsdauer von 15 Monaten nicht erheblich ins Gewicht und es ist ohne deren Erwähnung auch nicht von einem falschen Eindruck betreffend die von der Klägerin erworbene Berufserfahrung auszugehen. Zudem handelt es sich vorliegend um eine Arbeitnehmerkündigung, von welcher nicht direkt behauptet wurde, sie sei aufgrund der Krankheit erfolgt. Die Krankheit hat mit anderen Worten der Beklagten keinen Anlass zur Kündigung gegeben, was ebenfalls gegen die Erheblichkeit der Krankheit der Klägerin bei einer Gesamtbeurteilung spricht. Letzteres gilt auch für den Umstand, dass die Krankheit wie erwähnt arbeitsplatzbezogen war, wobei die Beklagte selbst davon ausgeht, dass der Klägerin die Ausübung anderer Tätigkeiten uneingeschränkt möglich gewesen sei. Nach dem Erwogenen ist die Erwähnung der Krankheit im Arbeitszeugnis unzulässig und der entsprechende Passus aus der Schlussformulierung zu entfernen.

Auf Dankesworte und Zukunftswünsche besteht kein klagbarer Anspruch, weshalb diese mangels Einverständnis der Beklagten wegzulassen bzw. die von der Beklagten ursprünglich gewählte Formulierung beizubehalten ist. Zusammenfassend ist die Schlussformulierung wie folgt zu ändern:

„A.\_ verlässt unsere Kanzlei auf eigenen Wunsch. Wir danken ihr für die geleistete Arbeit in unserer Kanzlei.“»

*(AH210144-L Urteil vom 6. Mai 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## 8. **OR 330a; Strittiger Satz im Arbeitszeugnis**

Der Kläger war mit dem von der Beklagten, seiner ehemaligen Arbeitgeberin, ausgestellten Arbeitszeugnis weitestgehend einverstanden, verlangte aber die Entfernung des folgenden Satzes:

*„Allerdings gab es Unregelmässigkeiten und Verstösse gegen interne Regeln und Vorschriften, die nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses aufgedeckt wurden.“*

Er machte zusammengefasst geltend, dass dieser Satz gegen mehrere Grundsätze der Zeugniserstellung verstosse, daher nicht dem Gesetz entspreche und deshalb ersatzlos zu streichen sei.

### **Aus den Erwägungen:**

«3. Würdigung

3.1. „Die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers müssen dabei so konkret und ausführlich geschildert werden, dass sich ein neuer Arbeitgeber ein aussagekräftiges Bild über dessen Qualifikation machen kann“ (vgl. vorne Ziffer II.2.1.). Das „aussagekräftige Bild“, das sich eine neue Arbeitgeberin über Leistungen und Verhalten einer stellensuchenden Person machen können muss, bildet die Richtschnur, dem ein Arbeitszeugnis zu entsprechen hat. Der streitgegenständliche Satz (vgl. vorne Ziffer II.1.1.) entspricht dieser Richtschnur jedoch nicht, da sich ein neuer Arbeitgeber gestützt auf diese pauschale, jede inhaltliche Konkretisierung vermissen lassende Formulierung eben gerade kein „aussagekräftiges Bild“ machen kann. Der Satz ist vage, unbestimmt, ja undurchsichtig und entgegen der beklagtischen Auffassung weder wohlwollend noch differenziert formuliert. Eine künftige Arbeitgeberin tappt im Dunkeln, da sie dem Wortlaut dieses Satzes weder entnehmen kann, welche Unregelmässigkeiten aufgedeckt noch welche internen Regeln und Vorschriften verletzt worden sein sollen. Der fragliche Satz bringt keine Klarheit, sondern Ungewissheit, da sich einem neuen Arbeitgeber in keiner Weise erschliesst, ob die Unregelmässigkeiten und Regelverstösse Bagatelldarakter aufweisen oder gravierender Natur sind. Dass die Beklagte die dem Kläger gemachten Vorwürfe im Rahmen des vorliegenden Verfahrens konkretisiert hat (Abwerbung von Kundinnen der Arbeitgeberin während laufenden Arbeitsverhältnisses, Speicherung von Geschäftsgeheimnissen wie z.B. Kundendaten und Preiskalkulationen auf privaten Datenträgern) ändert am Gesagten nichts, da diese – vom

Kläger bestrittenen – Vorbringen einer neuen Arbeitgeberin gar nicht bekannt sind. Entsprechend muss für die Belange des vorliegenden Verfahrens mangels rechtlicher Relevanz nicht geklärt werden, ob die Beklagte die Vorwürfe zu Recht erhoben hat oder nicht (entsprechend besteht entgegen der Auffassung der Beklagten keine Veranlassung, den rechtskräftigen Endentscheid im Parallelverfahren [Verfahrensnummer]-L abzuwarten). Dem Anspruch auf ein vollständiges und klares Zeugnis wird der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende Satz nämlich nicht gerecht.

3.2. Zudem steht der fragliche Satz in einem unauflösbaren Widerspruch zur Datierung des Arbeitszeugnisses. Das Zeugnis datiert vom 31. Dezember 2020, unbestrittenermassen dem letzten Tag des Arbeitsverhältnisses. Wenn die behaupteten „Unregelmässigkeiten und Verstösse gegen interne Regeln und Vorschriften“ nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgedeckt worden sein sollen, dann hätte auch das Arbeitszeugnis auf ein Datum nach dieser Aufdeckung ausgestellt sein müssen. Das vorliegend relevante Arbeitszeugnis datiert aber vor dem Zeitpunkt der Aufdeckung, weshalb der verfahrensgegenständliche Satz inhaltlich dem Datum des Arbeitszeugnisses widerspricht und somit die Wahrheitspflicht verletzt. Mit dem Hinweis, dass ein Arbeitgeber die Möglichkeit habe, ein Zeugnis, das sich im Nachhinein als unwahr oder unvollständig erweise und dadurch eine Gefahrenquelle für Dritte entstehe, zurückzufordern oder mindestens zu verlangen, dass der Arbeitnehmer das Zeugnis nicht mehr im Verkehr mit Dritten einsetzt, nimmt die Beklagte offenkundig Bezug auf AGer ZH, Entscheide 2007 Nr. 12 = JAR 2008 S. 537, bzw. auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 330a OR N 3. Mit diesem Argument kann die Beklagte jedoch nichts zu ihren Gunsten herleiten, da vorliegend eine andere Konstellation zu beurteilen ist.

3.3. Aus den genannten Gründen ist die Klage insoweit gutzuheissen, als der streitgegenständliche Satz – „Allerdings gab es Unregelmässigkeiten und Verstösse gegen interne Regeln und Vorschriften, die nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses aufgedeckt wurden.“ – ersatzlos aus dem Arbeitszeugnis vom 31. Dezember 2020 zu streichen ist.»

*(AH220035-L Urteil vom 7. Oktober 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## 9. **OR 335c; Kündigungsfrist von sechs Monaten wurde de facto eingehalten**

Strittig war zwischen den Parteien, ob eine dreimonatige oder eine sechsmonatige Kündigungsfrist zur Anwendung gelangt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 13. Februar 2020 auf den 31. August 2020. Infolge Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 22. Juni 2020 bis 27. Juni 2020 verlängerte sich die Kündigungsfrist gemäss Art. 336c OR um einen Monat. Die Beklagte leistete dem Kläger schliesslich den Lohn bis zum 30. September 2020.

Vor Arbeitsgericht Zürich verlangte der Kläger drei Monatslöhne vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2020 entsprechend einer sechsmonatigen Kündigungsfrist beginnend am 1. Juni 2020. Er stützte sich dabei auf einen Hinweis im Kündigungsschreiben, wonach die Kündigungsfrist erst am 1. Juni 2020 zu laufen beginne. Unter Berücksichtigung der Krankschreibung des Klägers habe das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 2020 geendet.

### **Aus den Erwägungen:**

«IV. Ende des Arbeitsverhältnisses

[...]

#### 3. Würdigung

Die vorliegende Streitigkeit betrifft eine vom Gesetz abweichende Abrede über die Kündigungsfrist, die gemäss Art. 335c Abs. 2 OR der Schriftform bedarf. Unbestritten ist, dass das Arbeitsvertragsreglement Direktion 2011, inkl. der darin enthaltenen Kündigungsfrist von sechs Monaten, gültig in den Arbeitsvertrag übernommen wurde.

Die Fragen, ob die streitgegenständliche Kündigungsfrist rechtsgültig von sechs auf drei Monate verkürzt worden ist, ob die Beklagte das Schriftformerfordernis eingehalten hat, ob die Ungewöhnlichkeitsregel zum Tragen kommt, ob eine Globalübernahme stattgefunden hat, ob eine einseitige Abänderung, die ein wesentliches Element des Arbeitsvertrages betrifft, von der Beklagten vorgenommen wurde, ob eine übermässige Druckausübung auf den Kläger seitens der Beklagten stattgefunden hat und ob sich der Kläger rechtsmissbräuchlich verhalten hat, können vorliegend offen gelassen werden.

Unbestritten ist, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 13. Februar 2020 gekündigt hat. Dabei sprach sie die Kündigung unmissverständlich „auf den **31. August 2020**“ aus, wobei sie dieses Datum explizit hervorhob, indem sie es **fett** festhielt. Damit brachte sie ihren Willen, das Arbeitsverhältnis per 31. August 2020 zu beenden, klar und ohne den Hauch



eines Zweifels zum Ausdruck. Dass sie im gleichen Schreiben festgehalten hat, die Kündigungsfrist beginne erst am 1. Juni 2020 zu laufen, da sie von einer dreimonatigen Kündigungsfrist ausging, ändert nichts an der Aussprache der Kündigung am 13. Februar 2020 per 31. August 2020; ebenso wenig die Grafik in act. 18 Rz. 43. Dem Kläger musste ab dem Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens aufgrund der darin enthaltenen klaren und hervorgehobenen Datumsbezeichnung bewusst sein, dass das Arbeitsverhältnis – ohne Vorliegen einer Sperrfrist – sechs Monate später, am 31. August 2020, enden werde. Die Beklagte hat somit vorliegend die sechsmonatige Kündigungsfrist mit Aussprache der Kündigung am 13. Februar 2020 per 31. August 2020 eingehalten.

#### 4. Zwischenfazit

Die Beklagte hat die sechsmonatige Kündigungsfrist eingehalten. Das Arbeitsverhältnis hat sich durch die Krankenschreibung des Klägers bis zum 30. September 2020 verlängert. Die Beklagte hat dem Kläger den Lohn bis zum 30. September 2020 bezahlt.»

*(AN210056-L Urteil vom 4. Juli 2022; das Obergericht wies die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220023-O Urteil vom 15. Dezember 2022; vgl. auch Fall Nr. 4)*

## **10. OR 336c; Kündigung nach Bossing und aus Rache**

Im Anschluss an befristete Arbeitseinsätze war der Kläger ab 1. Dezember 2017 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis für die Beklagte als Sales Advisor tätig. Die Beklagte bezweckt unter anderem den Import, den Vertrieb, den Verkauf, die Vermietung, das Leasing, die Wartung und die Reparatur von Fahrzeugen. Die Vergütung des Klägers für sein 100%-Pensum bestand aus einem Basissalar in der Höhe von Fr. 5'230.77 brutto sowie einem Bonus gemäss Bonusplan.

Am 31. Juli 2019 kündigte die Beklagte den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30. September 2019 und stellte den Kläger zugleich von der Arbeitsleistung frei.

Zwischen dem Kläger und der Geschäftsleitung der Beklagten gab es Meinungsverschiedenheiten. Der Kläger kritisierte, dass die Beklagte ungerechtfertigt



tigt in die Bonusregelung eingreife. Zudem bestand zwischen dem Kläger und seinem direkten Vorgesetzten A.\_, dem Store Manager der Niederlassung D.\_, ein angespanntes Verhältnis.

Vor Arbeitsgericht machte der Kläger unter anderem einen Bonusanspruch (vgl. Fall Nr. 5) und eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend. Das Arbeitsgericht bejahte die Missbräuchlichkeit. Der Kern der Begründung wird nachfolgend wiedergegeben.

### **Aus den Erwägungen:**

<<IV. Missbräuchliche Kündigung

[...]

3. Würdigung

3.1. Formelle Voraussetzungen

Vorab ist festzuhalten, dass die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung erfüllt sind. Der Kläger liess gegen die Kündigung mit Schreiben vom 13. August 2019 rechtzeitig Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR) und reichte das Schlichtungsgesuch vom 15. Januar 2020 innerhalb der gesetzlichen Frist von 180 Tagen beim Friedensrichteramt ein (Art. 336b Abs. 2 OR).

3.2. Missbräuchlichkeit der Kündigung

3.2.1. Konfliktsituation

Den vorliegenden Akten ist zu entnehmen, dass zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten, A.\_, eine Konfliktsituation bestand. Unbestritten ist insbesondere, dass A.\_ Ende Dezember 2018 das streitgegenständliche Foto vom Gesäss des Klägers anfertigte und zur Belustigung mit dem Gruppenchat der Verkaufsabteilung (rund 10 Mitarbeitende) teilte, dass er zu einem späteren Zeitpunkt das „Papierschnitzelvideo“ anfertigte und im gleichen Gruppenchat teilte, und dass er den Kläger am 20. Juni 2019 zum Fahrzeugreinigen ins Fahrzeug-Auslieferungszentrum schickte. Diese drei Vorfälle zeigen ein wiederholt ehrenrühriges Verhalten gegenüber dem Kläger, der dadurch in seiner Persönlichkeit verletzt wurde. Dass A.\_ ein ähnliches Verhalten gegenüber anderen Mitarbeitern der Beklagten an den Tag legte, wurde von keiner Partei geltend gemacht und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Das für das Mobbing bzw. vorliegend „Bossing“ typische Element der Ausgrenzung des Einzelnen ist insofern gegeben.

Die Beklagte bringt dazu vor, sie habe keine Kenntnis über den Konflikt bzw. das beschriebene Verhalten von A.\_ und die besagten Vorfälle gehabt.

Der Kläger habe es unterlassen, sie auf angemessene Weise über das Ausmass des Konflikts zu informieren. Als sie Kenntnis von der Einteilung zum Fahrzeugreinigungsdienst erhalten habe, habe sie umgehend interveniert. Was sie unter Information „auf angemessene Weise“ versteht, legte die Beklagte nicht dar.

Fest steht, dass B.\_ (Regional Sales Manager) und auch C.\_ (HR-Verantwortliche) spätestens mit der E-Mail vom 20. Juni 2019, und damit rund einen Monat vor Aussprache der Kündigung, sowohl vom Vorfall mit dem Foto des Gesässes des Klägers als auch von der Einteilung zum Fahrzeugreinigungsdienst sichere Kenntnis erlangten, sind sie doch als Empfänger der besagten E-Mail aufgeführt. Die Beklagte hatte somit spätestens ab dem 20. Juni 2019 sichere Kenntnis über die vorliegende Konfliktsituation und zumindest zweier Vorfälle, die das „Bossing“ von A.\_ offenbarten.

Die Beklagte bestreitet sodann, dass zwischen der beschriebenen Konfliktsituation und der Kündigung ein Zusammenhang bestehe. Sie bringt lediglich pauschal vor, der Kläger habe sehr laut werden können, sich im Ton vergriffen, Mitarbeiter angeschrien und sich cholerisch verhalten, insbesondere gegenüber weiblichen Mitarbeiterinnen und manchmal vor Kunden. Wann und bei welcher Gelegenheit er konkret laut geworden sei, wann, bei welcher Gelegenheit und inwiefern er sich im Ton vergriffen habe, wann und inwiefern sein Verhalten cholerisch gewesen sei, wann er sich insbesondere weiblichen Mitarbeiterinnen gegenüber oder vor Kunden unangemessen verhalten habe, führte die Beklagte nicht substantiiert aus. Ein Beweisverfahren ist unter diesen Umständen nicht durchführbar; ein Zusammenhang mit der Kündigung nicht erstellt. Die Beklagte brachte sodann vor, dass der Kläger auch gegenüber Kunden ausfällig geworden sei und verweist auf eine E-Mail vom 9. Dezember 2020. In diesem E-Mail wird der Vorwurf erhoben, der Kläger habe den Kunden des Geschäftes verwiesen. In welchem Zusammenhang der Verweis erfolgt sei, wurde von der Beklagten nicht ausgeführt. Die genauen Umstände des Verweises, inwiefern er unangemessen gewesen sei, was der Kläger konkret vorgebracht habe und inwiefern der Kläger ausfällig geworden sei, führte die Beklagte nicht aus. Aus der E-Mail vom 9. Dezember 2020 kann sie daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ein Zusammenhang zwischen der in der E-Mail vom 9. Dezember 2020 beschriebenen Verhaltensweise des Klägers (Vorwurf des Verweises aus dem Geschäft) und der Kündigung des Klägers ist nicht ersichtlich, erhielt die Beklagte dieses E-Mail doch erst rund ein Jahr nach dessen Kündigung.

### 3.2.2. Rachekündigung

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe den Arbeitsvertrag aus Rache für seine Forderungen betreffend den Bonus gekündigt. Wie ausgeführt, ist für den Tatbestand der Rachekündigung grundsätzlich unerheblich, ob der vom Arbeitnehmer in gutem Glauben geltend gemachte Anspruch rechtmässig ist, sofern dessen Geltendmachung kausal für den Kündigungsentscheid war. Insofern kann offenbleiben, ob die vertragliche Regelung, wonach der Vergütungsplan von Zeit zu Zeit durch die Beklagte angepasst, verändert, ersetzt und/oder aufgehoben werden kann und die unbestrittenen Erhöhungen der „Sales Targets“ einer gerichtlichen Beurteilung standhalten.

In Bezug auf die Bonusregelung kann vorab auf Ziffer III.3.1 verwiesen werden. Zwischen den Parteien ist grundsätzlich unbestritten, dass die „Sales Targets“ teilweise auch während einer Bemessungsperiode geändert wurden. Unbestritten und belegt ist zudem, dass der Kläger diesbezüglich Kritik übte, insbesondere auch mit E-Mail vom 18. Juli 2019. Dass der Kläger entgegen Treu und Glauben Kritik an der Erhöhung der „Sales Targets“ während einer laufenden Bemessungsperiode anbrachte, ist indessen nicht ersichtlich. So erscheint es durchaus nachvollziehbar und vertretbar, dass der Kläger die Erhöhung der gesetzten Ziele als unfair empfand, nachdem ihm vorgängig ein bestimmter Bonus bei Erreichung tieferer Ziele versprochen worden war. In der E-Mail vom 18. Juli 2019 an die Beklagte hielt der Kläger sodann fest, dass mit der Erhöhung der „Sales Targets“ die Gehälter der Mitarbeiter gekürzt werden würden. Damit machte er sinngemäss einen Anspruch geltend. Ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang mit der Kündigung vom 31. Juli 2019 ist nicht von der Hand zu weisen. Daran vermag auch das Vorbringen der Beklagten, wonach die Tatsache, dass der Kläger die Umsetzung der Bonusvereinbarung kritisiert habe, nichts mit seiner Kündigung zu tun gehabt habe, sondern Letztere Folge unangemessenes Verhaltens und unangemessener Kommunikation gewesen sei, nichts zu ändern.

[...]>>

*(AN200041-L Urteil vom 7. März 2022; vgl. auch Fall Nr. 5; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## **11. OR 336; Missbräuchliche Alterskündigung**

Als Parteien standen sich der Beklagte als Wirt des Restaurants A. in Zürich (Arbeitgeber) und der Kläger als dessen langjähriger Koch (Arbeitnehmer) gegenüber. Der Kläger hatte rund 30 Jahre für den Beklagten gearbeitet, zuletzt war er als stellvertretender Küchenchef im Restaurant A. tätig gewesen. Mit Einschreiben vom 16. Juni 2020 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis. Die Kündigung erfolgte rund elf Monate vor der Pensionierung des damals 64-jährigen Klägers.

### **Aus den Erwägungen:**

«3.3. Materielle Voraussetzungen

3.3.1. Es ist unbestritten, dass dem Kläger nach einer ausgesprochen langjährigen Zusammenarbeit von rund 30 Jahren und 11 Monate vor seiner Pensionierung, mithin im Alter von 64 Jahren, gekündigt wurde. Damit gilt er im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zweifelslos als Arbeitnehmer fortgeschrittenen Alters mit langer Dienstzeit. Wie oben ausgeführt besteht indessen auch in diesem Fall kein absoluter Kündigungsschutz und ist der Umfang der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht einzelfallbezogen und aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände zu bestimmen (vgl. II 2.2.2.2.).

3.3.2. Der 11 Monate vor seiner Pensionierung stehende, mindestens teilweise arbeitsunfähige Kläger hatte realistischere keine Möglichkeit, bis zu seiner Pensionierung noch eine neue Stelle zu finden, was auch dem Beklagten klar gewesen sein musste. In einem ähnlich gelagerten Fall hielt das Bundesgericht wie bereits erwähnt fest, dass gegenüber einem 63-jährigen Arbeitnehmer, der 44 Jahre im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gelte (vgl. II 2.2.2.2.). In casu wird nicht bestritten, dass der Kläger während mehr als dreissig Jahren klaglos für den Beklagten tätig gewesen sei. Der Beklagte bestreitet lediglich, dass der Kläger dies auch, wie er selber vorbringt, „unter grosser Aufopferung“ getan habe und begründet dies einzig mit der (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Dies vermag jedoch als alleinige Begründung nicht zu überzeugen. Grundsätzlich ist also im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung von einer erhöhten Fürsorgepflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger auszugehen. Der Kläger hatte im Rahmen einer solchen Fürsorgepflicht zumindest einen Anspruch darauf, rechtzeitig über die Kündigung informiert und angehört zu werden und der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht hätten.

3.3.3. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass ihm ohne betriebliche Notwendigkeit, ohne nach einer sozialverträglichen Lösung zu suchen und ohne Vorwarnung gekündigt worden sei. Das Kündigungsschreiben selbst enthält keine Begründung. Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung nicht ohne Vorwarnung erfolgt sei, da der Kläger eine solche sinngemäss mit dem Schreiben der [Name des Krankentaggeldversicherers] vom 17. März 2020 erhalten habe. Diese Argumentation, wonach das Schreiben der [Name des Krankentaggeldversicherers] vom 17. März 2020 als Vorwarnung betreffend eine Kündigung genügt habe, geht indessen fehl. Zwar ist es richtig, dass der Kläger sich aufgrund dieses Schreibens Gedanken über seine künftige Arbeits- und Lohnsituation hätte machen können und allenfalls auch müssen. Man kann jedoch nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass er nach einer derart langen und scheinbar reibungslosen Zusammenarbeit mit dem Beklagten aufgrund dieses Schreibens unmittelbar mit seiner Kündigung hätte rechnen müssen. Zudem ist fraglich, ob der Kläger das Schreiben der [Name des Krankentaggeldversicherers] vom 22. September 2020, in welchem er darauf hingewiesen wird, dass er ausgesteuert sei und keinen Anspruch auf Taggelder mehr habe, inhaltlich richtig verstanden hat und hinsichtlich der Folgen für sein Arbeitsverhältnis hinlänglich interpretieren hat können. Dies kann von einem diesbezüglichen Laien ohne entsprechende Fachbildung, wie es der Kläger ist, auch nicht ohne Weiteres erwartet werden.

3.3.4. Der Beklagte führt weiter aus, dass die Sperrfrist von 180 Tagen gemäss Art. 336c OR im Zeitpunkt der Kündigung längstens abgelaufen sei und die Kündigung deshalb nicht unvermittelt habe erfolgen können. Eine nach abgewarteter Sperrfrist ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich zu bezeichnen, verbiete sich schon aus prinzipiellen Gründen. Auch diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Die in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR statuierte Norm, dass einem Arbeitnehmer, der ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen nicht gekündigt werden könne, kann nicht so ausgelegt werden, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf dieser Zeit jederzeit mit einer Kündigung rechnen müsse und in diesem Sinne stets vorgewarnt sei. Umso mehr ist eine solche Argumentation zu verwerfen, wenn ein Arbeitsverhältnis bereits so lange andauert und der Arbeitnehmer kurz vor der Pensionierung steht, wie es in casu der Fall ist. Wie vorab ausgeführt, ist vorliegend von einer erhöhten Fürsorgepflicht des Beklagten auszugehen, womit dieser im Minimum gehalten gewesen wäre, den Kläger entsprechend vorzuwarnen oder mit ihm die Situation vorgängig zu einer Kündigung zu besprechen und gegebenenfalls nach Alternativlösungen zu suchen. Dies geschah nicht.

Die Kündigung erscheint unter diesem Aspekt als missbräuchlich.

3.3.5. Weiter führt der Beklagte aus, der Kläger habe ab dem 24. Mai 2020 aufgrund seiner weiter andauernden Arbeitsunfähigkeit massive Lohneinbussen in Kauf nehmen müssen und ohne eine Kündigung wäre es ihm nicht möglich gewesen, den fehlenden Lohnersatz bei einer anderen Institution einzufordern. An der Lohneinbusse hätte auch eine Freistellung des Klägers mit gleichzeitiger Kompensation der Überstunden aufgrund seiner andauernden Arbeitsunfähigkeit nichts geändert, womit der Beklagte seine Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger mit der Kündigung nicht etwa verletzt, sondern eben gerade wahrgenommen habe. Dazu ist festzuhalten, dass sich der Beklagte auch für den Fall, dass sein Handeln tatsächlich der für den Kläger finanziell günstigsten Lösung entsprach, allein dadurch nicht seiner Pflicht entledigen konnte, den Kläger diesbezüglich anzuhören und mit ihm zusammen die verschiedenen Möglichkeiten zu besprechen, welche einen Verbleib des Klägers im Betrieb allenfalls dennoch möglich und attraktiv hätten erscheinen lassen. Der Beklagte bestreitet nicht, die Kündigung ohne ein einziges persönliches Gespräch mit dem Kläger ausgesprochen zu haben. Ebenso wenig bestreitet er, dass nicht nach einer alternativen, allenfalls sozialverträglicheren Lösung gesucht worden sei. Er stellt sich lediglich auf den Standpunkt, dass nicht ersichtlich sei, welche sozialverträgliche Lösung er mit dem Kläger hätte finden können. Dies entbindet ihn jedoch nicht von der Pflicht, dies zumindest unter Einbezug des Klägers zu versuchen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, als der Kläger nicht durchwegs zu 100% arbeitsunfähig gewesen war bzw. insbesondere vor der Kündigung nicht krank geschrieben war und damit auch die Chance bestanden hätte, dass in den letzten Monaten vor der Pensionierung des Klägers allenfalls Arbeitseinsätze hätten möglich sein können.

Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Kündigung als missbräuchlich.

3.3.6. Schliesslich stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, dass die betriebliche Notwendigkeit der Kündigung im vorliegenden Fall klar gegeben gewesen sei, da der Beklagte im Restaurant auf ein voll funktionierendes Team angewiesen sei. Die lange Abwesenheit des Klägers sei für das Restaurant sehr belastend gewesen. Das Bundesgericht hielt zur Frage, ob es gewichtige Gründe gab, welche eine Kündigung kurz vor der Pensionierung rechtfertigen könnten, fest, dass der Arbeitgeber für den Fall, dass sich eine Kündigung vor der ohnehin geplanten Pensionierung im 45. Dienstjahr tatsächlich als unumgänglich erweisen sollte, in erhöhtem Masse zu schonendem Vorgehen bei der Kündi-

gung gehalten sei, welche Pflicht sich aus Art. 2 ZGB ableiten liesse (BGE 132 III 115 E. 5.4.). Nichts anderes kann auch im vorliegenden Fall gelten. Die Frage nach der Betriebsnotwendigkeit der Kündigung wird insofern obsolet, als der Beklagte seine Pflicht zur schonenden Rechtsausübung, wie ausgeführt, durch sein Unterlassen, mit dem Kläger das Gespräch hinsichtlich weiterer Möglichkeiten bzw. hinsichtlich der Arbeitssituation zu suchen, verletzte.

3.3.7. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Beklagte mit der Art und Weise der ausgesprochenen Kündigung gegen seine Fürsorgepflicht versties, da er den Kläger weder vorwarnte noch anhörte oder gemeinsam mit diesem nach Lösungen suchte, welche die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichten. Vielmehr kündigte er seinem langjährigen Arbeitnehmer kurz vor dessen Pensionierung ohne diesen auch nur angehört oder mit ihm ein vorgängiges Gespräch gesucht oder geführt zu haben. Die Kündigung ist vor diesem Hintergrund als missbräuchlich zu qualifizieren.»

*(AN210039-L Urteil vom 16. August 2022; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220021-O Urteil vom 12. Januar 2023; das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war, BGer 4A\_117/2023 vom 15. Mai 2023)*

## **12. OR 336b; Keine Einsprache auf Vorrat**

Die Beklagte bezweckt den Betrieb einer zahnärztlichen Praxis und sämtlicher damit zusammenhängender Tätigkeiten. Die Klägerin trat am 1. Januar 2013 als Prophylaxe-Assistentin in einem Pensum von 80 % in die Dienste der Beklagten ein.

Infolge eines Unfalls war die Klägerin vom 16. Januar 2021 bis am 28. März 2021 zu 100 %, vom 29. März 2021 bis am 21. April 2021 zu 50 % und vom 22. April 2021 bis am 15. Mai 2021 zu 40 % arbeitsunfähig. Während der teilweisen Arbeitsunfähigkeit verzichtete die Beklagte auf die anteilmässige Arbeitsleistung der Klägerin.

Mit Schreiben vom 30. März 2021 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass deren Pensum per 30. April 2021 aufgrund der Covid-19-Pandemie von 50 % auf 20 % reduziert werde. Dieses Schreiben wurde von der Klägerin nicht ge-



gengezeichnet. Mit Schreiben vom 6. April 2021 liess die Klägerin durch eine Vertreterin ihrer Rechtsschutzversicherung mitteilen, dass sie mit der Pensumsreduktion nicht einverstanden und eine Änderungskündigung ungültig oder allenfalls missbräuchlich sei. Am 17. Mai 2021 sprach die Beklagte die Kündigung des Arbeitsvertrages unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30. Juni 2021 aus.

Mit der Klage vor Arbeitsgericht Zürich machte die Klägerin unter anderem eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und Zeugnisänderungen geltend.

### **Aus den Erwägungen:**

#### «IV. Missbräuchliche Kündigung

##### 1. Formelle Voraussetzungen

Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, die der Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen hat, den Betrag von sechs Monatslöhnen aber nicht übersteigen darf (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR). Die Geltendmachung einer Entschädigung nach Art. 336a OR setzt voraus, dass der Gekündigte bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erhebt und, falls die Parteien sich nicht einigen können, innert 180 Tagen nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses eine Klage anhängig macht (Art. 336b OR). Fristgerecht ist die Einsprache dann, wenn sie vor dem Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden eintrifft (AGer ZH in ZR 1997 NR. 85). An die Formulierung der Einsprache werden keine hohen Anforderungen gestellt. Es reicht aus, wenn der Gekündigte schriftlich erklärt, er sei mit der Kündigung nicht einverstanden (BGE 136 III 96 E. 2). Die Einsprache gemäss Art. 336b Abs. 1 OR ist unabdingbar und entfällt auch nicht, weil Einigungsverhandlungen angesichts der Haltung der Gegenpartei keinen Sinn ergeben. Wer die Frist zur schriftlichen Einsprache verpasst, kann keine Strafzahlung verlangen. Die Partei, der gekündigt wurde, stimmt der Kündigung im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung zu. Der Anspruch ist verwirkt und es ist höchstens noch eine Feststellungsklage möglich (BGE 136 III 96 E. 2.2). Die Verwirkungsfristen von Art. 336b OR werden von Amtes wegen geprüft.

##### 2. Würdigung

Die Klägerin bringt vor, sie habe ihre Rechtsposition mit Schreiben vom 6. April 2021 klar geäussert und die Beklagte habe folglich gewusst, dass die Klägerin mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden sein werde.



Damit liege eine rechtsgültige Einsprache vor, die innerhalb der Kündigungsfrist ergangen sei. Die Beklagte macht dazu keine Ausführungen.

Ob das Schreiben der Klägerin vom 6. April 2021 als Einsprache im Sinne von Art. 336b OR zu qualifizieren ist, stellt eine Rechtsfrage dar und ist von Amtes wegen zu prüfen. Der Beklagten stand es frei, sich zur vorgenannten Rechtsfrage zu äussern.

Im Schreiben vom 6. April 2021 bezieht sich die Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 30. März 2021. Mit letzterem Schreiben erklärte die Beklagte lediglich, dass das Pensum der Klägerin reduziert werde. Eine Kündigung bzw. Kündigungsabsicht der Beklagten geht daraus in keiner Weise hervor. Die Klägerin will eine Einsprache gegen eine Kündigung erhoben haben, die noch gar nicht ausgesprochen worden ist; deren Absicht noch nicht einmal angedeutet wurde. Eine Einsprache „auf Vorrat“ genügt den Anforderungen von Art. 336b OR nicht. Das Schreiben der Klägerin vom 6. April 2021 ist nicht als Einsprache im Sinne von Art. 336b OR zu qualifizieren.

Es ist sodann unbestritten, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung vom 17. Mai 2021 beendet wurde. Die Klägerin macht nicht geltend, dass sie bis zum Ende der Kündigungsfrist am 30. Juni 2021 eine Einsprache gegen die Kündigung erhoben hat. Die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 336b OR zur Geltendmachung einer Entschädigung sind nicht gegeben. Eine materielle Prüfung ist nicht vorzunehmen.

Rechtsbegehren Ziffer 2 der Klage ist abzuweisen.»

*(AH220022-L Urteil vom 5. September 2022; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

### **13. OR 337; Verweigerung von Investorenkontakten**

Der Kläger war vom 6. Januar 2020 bis 4. März 2021 bei der Beklagten angestellt und bezog ein Gehalt von Fr. 360'000.– pro Jahr. Die Beklagte ist im Bereich Vermögensverwaltung und Erbringung von Finanzberatungsdienstleistungen tätig. Mit Schreiben vom 1. März 2021 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos, nachdem der Kläger das Arbeitsverhältnis zuvor am 5. Februar 2021 ordentlich per 5. August 2021 gekündigt hatte.

Die Beklagte warf dem Kläger vor, er sei nach seiner Kündigung nicht mehr bereit gewesen, Kontakte mit Investoren zu pflegen – als Begründung habe er

seine fiduziarischen Pflichten genannt. Der Kläger habe damit das Herzstück seiner Arbeit, den direkten Investorenkontakt, definitiv eingestellt.

**Aus den Erwägungen:**

«V. Würdigung

[...]

2. Vorliegen eines wichtigen Grundes

2.1. Schwerwiegende Verletzung der Arbeits- und Treuepflicht

2.1.1. Die grobe Verletzung der Arbeitspflicht gehört zu den Tatbeständen, welche eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers zulassen, wobei es bei dieser Fallgruppe oft einer vorgängigen Verwarnung bedarf (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 5 lit. d zu Art. 337 OR). Folgende Pflichtverletzungen bedürfen einer vorgängigen Verwarnung, um eine in der Folge ausgesprochene fristlose Kündigung zu rechtfertigen: Regelmässig zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz, wiederholtes ‚Blaumachen‘, wiederholte längere unerlaubte Arbeitsunterbrüche. Demgegenüber stellen beispielsweise das längere unentschuldigte Fernbleiben vom Arbeitsplatz (eine Woche), der Missbrauch von Arbeitszeit für private Zwecke oder die beharrliche Arbeitsverweigerung auch ohne vorgängige Verwarnung einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR dar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 5 lit. d zu Art. 337 OR). An das Verhalten von Kaderangehörigen sind aufgrund ihrer erhöhten Treuepflicht und Verantwortung strengere Anforderungen zu stellen (BGE 130 III 28 E. 4.1, m.w.H.).

2.1.2. Die Beklagte behauptet, der Kläger habe sich beharrlich geweigert, die essentiellen Tätigkeiten seiner Stelle gemäss Arbeitsvertrag auszuführen und den klaren Weisungen der Beklagten nachzukommen, was der Kläger in Abrede stellte und stattdessen geltend machte, dass er auch während der Kündigungsfrist seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachgekommen sei.

Als arbeitsvertragliche Verfehlungen des Klägers erwähnt die Beklagte, dass der Kläger seine Arbeits- und Treuepflicht verletzt habe. Da den beklaglichen Vorbringen aber zu entnehmen ist, dass dem Kläger vorgeworfen wird, dass er sich trotz gegenteiliger Anweisungen beharrlich geweigert habe, die essentiellen Tätigkeiten seiner Arbeitsstelle wahrzunehmen, geht es im Ergebnis einzig um die Frage, ob der Kläger seine Arbeitspflicht verletzt hat. Dass der Kläger gemäss Sachdarstellung der Beklagten mehrere Weisungen, die Arbeit wie vor der Kündigung auch während laufender Kündigungsfrist weiterzuführen, missachtet habe, stellt keine separate Verletzung der Treuepflicht dar, sondern ist mit Blick auf eine allfällige Verletzung der Arbeitspflicht zu würdigen.

2.1.3. Wie erwähnt (vgl. vorne Ziffern IV.1.1. und V.2.1.1.) hängt die Antwort auf die Frage, ob eine Verletzung der Arbeitspflicht als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR zu qualifizieren ist, häufig davon ab, ob die kündigende Partei vorgängig eine Verwarnung ausgesprochen hat oder nicht.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Verwarnung zwar nicht notwendigerweise in jedem Fall eine ausdrückliche Androhung der fristlosen Entlassung enthalten, aber der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer klar zu verstehen geben, dass er das beanstandete Verhalten für untragbar hält und dass eine Wiederholung nicht ohne Sanktion bleiben wird; der Arbeitnehmer muss wissen, welches Verhalten in Zukunft nicht mehr toleriert wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.10/2007 vom 30. April 2007 E. 2.1, m.w.H.).

Was die Beklagte in diesem Kontext vorbringt, ist nicht als Verwarnung im genannten Sinne zu qualifizieren, da die Beklagte selber nicht geltend macht, dass sie gegenüber dem Kläger die Ausfällung einer Sanktion in den Raum gestellt habe, sollte er seine Arbeitspflicht weiterhin verletzen. Vielmehr wird seitens der Beklagten behauptet, dass der Kläger mehrfach zur Weiterarbeit im Sinne des Arbeitsvertrages angewiesen worden sei und es ihm deshalb bewusst sein musste, dass eine entsprechende Weigerung Konsequenzen nach sich ziehen werde. Nach Darstellung der Beklagten hätte der Kläger somit aufgrund der Umstände erahnen müssen, dass es die Beklagte nicht sanktionslos hinnehmen wird, falls er nicht von seiner Position abrückt. Das genügt nicht, um als Verwarnung im technischen Sinne eingestuft zu werden. Im Ergebnis behauptet die Beklagte somit blosser Ermahnungen, die Interpretationsspielraum offen lassen, weshalb dem Kläger dadurch nicht unmissverständlich vor Augen geführt wurde, dass eine weitere Verletzung der Arbeitspflicht eine Sanktion zur Folge haben wird. Da die Beklagte somit selber nicht behauptet, dass sie den Kläger gewarnt habe, das Weiterführen seines Verhaltens werde für ihn Konsequenzen haben, beruft sie sich nur formal, aber nicht inhaltlich auf eine Verwarnung im Rechtssinne.

2.1.4. Selbst wenn entgegen der vorliegend vertretenen Auffassung von einer Verwarnung im technischen Sinne ausgegangen würde, könnte die Beklagte nichts zu ihren Gunsten herleiten (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen).

2.1.5. Die Beklagte räumt ein, dass bei ihr „grosse Enttäuschung“ geherrscht habe, nachdem der Kläger am 5. Februar 2021 das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt habe. Daraus ist zu folgern, dass die Beklagte an Leistung und Verhalten des Klägers bis und mit 5. Februar 2021 nichts zu beanstanden hatte. Abgesehen davon behauptet die Beklagte nicht (zumindest nicht substantiiert),

dass der Beklagte seine arbeitsvertraglichen Pflichten bis und mit Kündigungszeitpunkt verletzt habe.

2.1.6. Da der Kläger gemäss übereinstimmender Sachdarstellung beider Parteien vom 13. bis 21. Februar 2021 in den Ferien war, geht es vorliegend somit um die Frage, ob der Kläger seine Arbeitspflicht in den beiden Arbeitswochen vom 8. bis 12. Februar 2021 und vom 22. bis 26. Februar 2021 derart schwerwiegend verletzt hat, dass die von der Beklagten am 1. März 2021 ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt erscheint. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf dies – zumal nach bereits erklärter ordentlicher Kündigung – nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (BGE 129 III 380 E. 2.1, m.w.H.).

Die beweisbelastete Partei hat die zu beweisenden Tatsachen so substantiiert zu behaupten, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in einen allfälligen Beweisbeschluss aufgenommen werden können (Substantiierungslast). Nur hinreichend substantiierte Sachvorbringen begründen einen Beweisanspruch (BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 199 f.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 29 und N 33; BGE 127 III 365 E. 2.b S. 368 m.w.H.).

Die Beklagte behauptet nicht, der Kläger habe gar nicht gearbeitet. Sie behauptet in der Klageantwort vielmehr, der Kläger habe seine hauptsächlichen Arbeitspflichten ausgesetzt bzw. er habe keine Investorenkontakte mehr gepflegt und damit die essentiellen Tätigkeiten seiner Arbeitsstelle trotz gegenteiliger Anweisung nicht ausgeübt. In der Duplik ist von faktisch ausgebliebener Arbeitsquantität bzw. vom Herzstück seiner Arbeit bzw. vom Kern der Arbeitspflichten die Rede, die der Kläger nicht erfüllt habe. Dass der Kläger in den fraglichen zwei Arbeitswochen keinen Kontakt zu Investoren hatte, ist unbestritten. Während der Kläger dies auf eine entsprechende Weisung der Beklagten zurück führt, macht die Beklagte geltend, dass der Kläger dies unter Hinweis auf seine fiduziarischen Pflichten verweigert habe. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend mangels rechtlicher Relevanz offen gelassen werden. Selbst wenn die Version der Beklagten nämlich als erstellt erachtet würde, wäre es an ihr gelegen, hinreichend konkret darzulegen, inwiefern die Arbeitstätigkeit des Klägers in diesen zwei Wochen in einem solchen Ausmass vom Durchschnitt seiner Arbeitsleistung während des rund 14-monatigen Arbeitsverhältnisses abgewichen ist, dass auf eine besonders schwerwiegende Verletzung der Arbeitspflicht zu erkennen wäre. Das hat die Beklagte nicht getan. Es erscheint widersprüchlich und deshalb mit der Substantiierungslast unvereinbar, dem Kläger einerseits „absolute Arbeitsverweigerung“ vorzuwerfen, andererseits einzuräumen, dass er effektiv Arbeitsleistungen erbracht hat. Abgesehen davon ist

nicht einzusehen, weshalb sich die Beklagte bei ihrem Vergleich der Arbeitsaktivitäten des Klägers vor und nach der von ihm erklärten ordentlichen Kündigung auf den Zeitraum vom November und Dezember 2020 beschränkt. Die Beilage 7 zur Klageantwort, welche die Beklagte als „Aktivitätsbericht 2020“ bezeichnet, bezieht sich einzig auf die Monate November und Dezember 2020. Es ist unbestritten, dass der Kläger bereits seit dem 6. Januar 2020 für die Beklagte tätig war, weshalb ein Vergleich der Arbeitstätigkeit nach dem 5. Februar 2021 mit derjenigen vor diesem Datum auch die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses, mithin den Zeitraum vom 6. Januar 2020 bis und mit 5. Februar 2021, einbeziehen müsste. Es wird nicht dargelegt und ist auch nicht einzusehen, weshalb ein viel kürzerer Zeitraum von gerade mal zwei Monaten eine taugliche Vergleichsbasis darstellen soll.

2.1.7. Sodann ist der Auffassung der Beklagten, wonach mit Blick auf das klägerische Stellenprofil nur die Arbeit im Zusammenhang mit dem externen Investorenkontakt relevant und interne Tätigkeiten zu vernachlässigen seien, zu widersprechen. Die Beklagte selber weist darauf hin, dass der Aufbau einer Datenbank mit potentiellen Kunden wie auch die Dokumentation und Verwaltung der Investorenkontakte zu den „Hauptzuständigkeiten“ der neu geschaffenen und mit dem Kläger besetzten Stelle gehörte. Dabei handelt es sich um rein interne Tätigkeiten, die als „Hauptzuständigkeiten“ fraglos eine zentrale Position im Pflichtenheft des Klägers einnahmen. Entsprechend ist es nicht zugänglich, nur die externe Kommunikation mit Investoren als für die arbeitsvertragliche Pflichterfüllung relevant zu erachten. Vielmehr fallen dabei auch reine interne Leistungen ins Gewicht, die der Kläger in den fraglichen zwei Arbeitswochen gemäss eigenen Angaben erbracht habe.

Der Kläger führt in seinen Rechtsschriften detailliert aus, welche Arbeitsleistungen er im Anschluss an die ordentliche Kündigung vom 5. Februar 2021 erbracht habe: Mehrere Gespräche mit Exponenten der Beklagten, Versand zahlreicher E-Mails, Teilnahme an einer Sitzung, Teilnahme an einer Online-Weiterbildung betreffend Projekt „CRM-Opportunities“, Implementierung und Aufarbeitung seiner CRM-Kontakte im Lichte der neuen CRM-Datenbank-Funktion, diverse Telefonate, Teilnahme an Webinar und virtueller Branchenpräsentation. Soweit die Beklagte diese Arbeitsleistungen aufgrund ihres internen Charakters nicht ohnehin als irrelevant bezeichnet, beschränkt sie sich auf pauschale und damit nicht rechtsgenügende Bestreitungen. Dass es nicht angeht, die Tätigkeiten des Klägers nach der Kündigung mit denjenigen gemäss „Aktivitätsbericht 2020“ zu vergleichen, wurde bereits dargelegt (vgl. vorne Ziffer V.2.1.6.).

2.1.8. Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Beklagte habe die Verletzung der Arbeitspflicht durch den Kläger ab dem 5. Februar 2021 rechtsgenügend behauptet, würde ihr der Nachweis dieser vom Kläger bestrittenen Sachdarstellung nicht gelingen: Die Einvernahmen der Zeugen A.\_, B.\_ und C.\_ stellen keine tauglichen Beweismittel für die strittige Frage dar, ob der Kläger tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht hat oder nicht, da nicht einzusehen ist, inwiefern sie aus eigener Wahrnehmung sachdienliche Angaben dazu machen können (BGE 143 III 297 E. 9.3.2., m.w.H.). Mit der Klageantwort hat die Beklagte diverse Urkunden, namentlich vier Gesprächsprotokolle in englischer Sprache eingereicht, obwohl die Parteien – entgegen der Behauptung der Beklagten nicht nur der Kläger – mit Beschluss vom 16. August 2021 unter Hinweis auf die hiesige Amtssprache aufgefordert wurden, für fremdsprachige Urkunden eine deutsche Übersetzung einzureichen. Androhungsgemäss bleiben die englischsprachigen Beilagen der Beklagten unbeachtet. Dass die Beklagte in der Duplik drei englischsprachige Sätze der Gesprächsprotokolle vom 9., 10. und 12. Februar 2021 auf Deutsch übersetzt hat, ändert im Ergebnis nichts, da diese drei Passagen nicht beweisen, dass der Kläger seine Arbeitspflicht verletzt hat, zumal der Kläger die Richtigkeit der Protokolle in keiner Weise bestätigt hat. Abgesehen davon vermag die Beilage 6 zur Klageantwort, welche die Beklagte als „Aktivitätsbericht 2021“ bezeichnet und aus einem Konvolut von Computerausdrucken mit unklarem Aussagegehalt besteht, die behauptete Arbeitsverweigerung des Klägers nicht zu beweisen, da darin immerhin einige Aktivitäten des Klägers im relevanten Zeitraum dokumentiert sein dürften (mehrere „Appointments“ am 23. Februar 2021, mehrere „Opportunities“ am 24. Februar 2021). Schliesslich belegen auch vom Kläger eingereichte E-Mails, dass er auch nach der von ihm erklärten Kündigung Arbeitsleistungen für die Beklagte erbrachte. Insofern verhindern diese klägerischen Gegenbeweismittel, dass das Gericht von der Richtigkeit der behaupteten Arbeitsverweigerung durch den Kläger ab dem 5. Februar 2021 überzeugt ist (BGE 130 III 321 E. 3.4, m.w.H.).

2.1.9. Auch wenn an das Verhalten von Kaderangehörigen wie den Kläger erhöhte Anforderungen zu stellen sind, ist das Unterlassen von Investorenkontakten während zwei Arbeitswochen somit selbst bei Fehlen einer entsprechenden Weisung der Beklagten in casu nicht als derart gravierende Verletzung der Arbeitspflicht einzustufen, dass die fristlose Kündigung vom 1. März 2021 als gerechtfertigt erschiene.»

*(AN210034-L Urteil vom 10. Oktober 2022; Berufung am Obergericht anhängig)*

## **14. OR 337; Verwendung der Geschäftskreditkarte für „Dating-Services“**

Die Beklagte ist eine Bank. Der Kläger arbeitete mit unbefristetem Arbeitsvertrag vom 18. Mai 2018 als „Officer“ bei der Beklagten. Als Antrittsdatum wurde der 1. Juni 2018 mit einer dreimonatigen Probezeit festgelegt. Weiter vereinbarten die Parteien einen Jahreslohn in der Höhe von CHF 160'000.– brutto. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses war unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist möglich. Mit Schreiben vom 14. Februar 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Gegenstand des Verfahrens vor Arbeitsgericht war unter anderem die Frage, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt war.

### **Aus den Erwägungen:**

<III.

[...]

#### 3. Beurteilung

3.1. Es ist vorliegend unbestritten, dass der Kläger die Geschäftskreditkarte in der Nacht vom 1. auf den 2. November 2018 im Umfang von CHF 3'215.–, in der Nacht vom 22. auf den 23. November 2018 im Umfang von CHF 1'600.– und zuletzt in der Nacht vom 13. auf den 14. Februar 2019 im Umfang von CHF 1'725.– für rein private Zwecke wie namentlich Dating Services verwendet hat. Zudem bestreitet der Kläger nicht, dass er am 14. Februar 2019 versuchte, mit der Geschäftskreditkarte an einem Bancomaten Bargeld abzuheben. Ferner ist unbestritten, dass der Kläger die Ausgaben vorschriftsgemäss deklarierte und der Kläger der Beklagten aus der Kreditkartenbenützung lediglich noch CHF 150.– schuldet.

3.2. Im Schreiben vom 26. Juni 2018, das dem Kläger mit der Übergabe der Geschäftskreditkarte zusammen zugeht, wird der Kläger aufgefordert, die Karte in allen Fällen zu verwenden, in denen ihm Kosten im Namen der Bank entstünden. Damit wird eigentlich schon klar, dass die Kreditkarte nicht für die Begleichung privater Auslagen gedacht war. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Dokument „Internal Directive Nr. 15 Human Resources; Internal Regulation Business Travel“. Darin wird geregelt, welche beruflichen Auslagen die Bank den Mitarbeitenden entschädigt. Festgehalten wird insbesondere auch, dass die mit der [Name Kreditkarte] beglichenen Ausgaben im Rahmen des [Bezeichnung Auslagenreglement] begründet werden müs-



sen. Aufgezählt werden auch die Auslagen, die von der Bank nicht erstattet werden. Im Dokument „Annex; Business travel - Expencc reimbursement memorandum“ werden weitere Details geregelt. In Ziffer 2.1 wird darauf hingewiesen, dass die Benützung der Geschäftskreditkarte für Auslagen für die Bank („for the sake of the bank“) der Bezahlung mit Bargeld vorzuziehen sei. Ziffer 2.2 verbietet ausdrücklich den Bargeldbezug mit der Geschäftskreditkarte („it is not permitted to make cash withdrawals with the company Business Card in any currency“).

Aus der Systematik der Reglemente sowie aus dem Sinn und Zweck der Geschäftskreditkarte ergibt sich klar, dass die Geschäftskreditkarte für die Bezahlung von Ausgaben, die im Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit entstehen, bestimmt war. Die Ausgaben des Klägers für „Dating-Services“ waren unbestrittenermassen rein privater Natur und standen in keinem Zusammenhang zu einer geschäftlichen Aufgabenerfüllung.

3.3. Ob das Schreiben vom 26. Juni 2018 und die genannten Reglemente darüber hinaus so zu interpretieren sind, dass eine Verwendung der Geschäftskreditkarte zu privaten Zwecken verboten war oder nicht, kann offengelassen werden. Spätestens mit dem formellen Verweis vom 26. November 2018 hat die Beklagte den Kläger schriftlich verwarnt und ein solches Verbot ausdrücklich statuiert. Sie stellt darin klar, dass sie mit den privaten Transaktionen des Klägers nicht einverstanden ist und dass die Geschäftskreditkarte „ausschliesslich in Zusammenhang mit Geschäftsausgaben der Bank verwendet werden“ dürfe. Sodann ist nochmals daran zu erinnern, dass Ziffer 2.2 des Reglements „Internal Directive Nr. 15 Human Resources; Annex Business travel - Expencc reimbursement memorandum“ den Bezug von Bargeld mit der Geschäftskreditkarte explizit verbietet.

Die Beklagte stellte im Verweis klar, dass sie den Gebrauch der Geschäftskreditkarte für private Zwecke als inakzeptabel erachtete und eine Wiederholung nicht sanktionslos hinnehmen werde. Neben der Missbilligung der missbräuchlichen Verwendung der Geschäftskreditkarte machte die Beklagte den Kläger darauf aufmerksam, dass er ihr gegenüber am 2. November 2018 eine Falschaussage bezüglich seiner Abwesenheit wegen angeblicher Krankheit gemacht habe. Die Beklagte wies den Kläger darauf hin, dass sie ohne weitere Vorwarnungen gezwungen wäre, „drastischere Massnahmen“ dem Kläger gegenüber vorzunehmen, „falls sich ähnliche Vorfälle wiederholen würden“. Nebst der Androhung drastischer Massnahmen begrenzte die Beklagte in der Folge als Ausdruck ihrer Missbilligung die Ausgabelimite der Geschäftskreditkarte des Klägers auf CHF 2'000.–.



Dem Kläger musste aufgrund dieses Verweises klar sein, was die Beklagte in Zukunft nicht mehr dulden würde, nämlich insbesondere die Verwendung der Geschäftskreditkarte zu privaten Zwecken und Falschaussagen betreffend Krankheit. Dass die drastischere Massnahme eine Kündigung oder gar eine fristlose Entlassung sein könnte, liegt aufgrund des Wortlautes ebenfalls auf der Hand. Angesichts des Umstandes, dass die Verwarnung sich zwar hauptsächlich, aber nicht nur auf die Verwendung der Geschäftskreditkarte, sondern auch auf Falschaussagen bezieht, hätte der Kläger keineswegs „höchstens mit dem Entzug der Kreditkarte“ rechnen dürfen.

Entgegen der Ansicht des Klägers handelte es sich daher beim formellen Verweis vom 26. November 2018 um eine eigentliche Verwarnung.

3.4. Trotz der Verwarnung vom 26. November 2018 und dem darin enthaltenen ausdrücklichen Verbot verwendete der Kläger die Geschäftskreditkarte am 14. Februar 2019 erneut für private Zwecke. Von einer Verwechslung wegen der „Dunkelheit in der Bar“ kann bei vierzehn Versuchen, die Kreditkarte zu verwenden (wobei elf Versuche scheiterten), schwerlich gesprochen werden. Zudem sind Bancomaten (zwei dieser Versuche) in der Regel auch in der Nacht ausreichend beleuchtet. Aber letztlich kann offen bleiben, ob es sich um eine Verwechslung gehandelt hat oder nicht. Auch wenn dies so gewesen wäre, kann dem Kläger der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass er nach dem deutlichen Verweis besondere Vorsicht hätte walten lassen müssen. Der Kläger hat mit seinem Handeln gegen die Weisung der Beklagten als Arbeitgeberin verstossen und seine Treuepflicht als Arbeitnehmer in krasser Weise verletzt.

Besonders ins Gewicht fällt zweierlei:

Zum einen hat der Kläger genau die gleiche Verfehlung begangen, die im Zentrum der Verwarnung vom 26. November 2018 stand.

Zum andern ist zu bedenken, dass bereits die im Verweis gerügten Handlungen keine Bagatellen darstellten. Beanstandet wurden „diverse private Transaktionen“ im „Laufe des Monats November 2018“. Bereits im November 2018 hat der Kläger nicht nur in einer Nacht, sondern in zwei Nächten (1./2. bzw. 22./23. November 2018) die Kreditkarte privat verwendet. Hinzu kommt, dass der Kläger nicht nur für die Kreditkartenbenützung verwarnt wurde, sondern auch wegen der Falschaussagen bezüglich angeblicher Krankheit am 2. November 2018. Der Kläger hatte sich am 2. November 2018 (nach dem Aufenthalt im Club A. mit letzter Kreditkartenbelastung um 07:48 Uhr) um 07:49 Uhr wegen einer „Magengrippe“ und wegen 40 Grad Fieber (09:08 Uhr) abgemeldet. Dass diese Meldung gelogen war, hat der Kläger nicht bestritten. Gegenstand des Verweises waren also am 26. November 2018 gewichtige

Treuepflichtverletzungen. Vor allem das Anlügen bezüglich Krankheit war bereits damals geeignet, das Vertrauen in den Kläger mindestens zu erschüttern.

Je schwerwiegender die Verfehlungen sind, die einer Verwarnung zugrunde liegen, umso weniger braucht es, dass eine neuerliche Verfehlung „das Fass zum Überlaufen“ bringen und Grund für eine fristlose Entlassung sein kann.

Von einem Angestellten in der Position des Klägers kann erwartet werden, dass er nach einer Verwarnung ein besonderes Mass an Sorgfalt diesbezüglich an den Tag legt. Bei der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit als Officer im Fachbereich «Financial Intermediaries» und einem Jahresgehalt von CHF 160'000.– brutto handelt es sich um eine verantwortungsvolle Tätigkeit. Angesichts dieser Tätigkeit muss dem Kläger unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können.

Dass der Kläger die Geschäftskreditkarte entgegen der Weisung der Beklagten erneut für private Zwecke verwendete, war durchaus geeignet, das Vertrauensverhältnis schwer und endgültig zu erschüttern. Aufgrund der langen Kündigungsfrist von sechs Monaten erschien eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar.

3.5. Die Beklagte entliess den Kläger gleichentags (am 14. Februar 2019) nach der Kenntnisnahme der erneuten Verwendung der Geschäftskreditkarte mit Verweis auf die erneute missbräuchliche Verwendung der Geschäftskreditkarte rechtzeitig und gerechtfertigt. Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft zu werden, ob die von der Beklagten im Sinne nachgeschobener Kündigungsgründe behaupteten Vorfälle (insbesondere die behauptete und bestrittene sexuelle Belästigung einer Mitarbeiterin) stattgefunden hat oder nicht.

3.6. War die fristlose Entlassung des Klägers gerechtfertigt, schuldet die Beklagte dem Kläger weder Schadenersatz für entgangenen Lohn (inkl. Essensentschädigung, Pensionskassenbeiträge) noch eine Pönale. Insoweit ist die Klage abzuweisen.»

*(AN190053-L Urteil vom 11. Mai 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

**15. OR 337; Vorwurf mangelhafter Arbeitsleistung gegenüber einem Arzt**

Der Kläger war ab dem 1. Mai 2019 als Arzt in einem 70%-Pensum bei der Beklagten tätig.

Mit E-Mail vom 24. Dezember 2020 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2021, was ihm von A.\_ am 30. Dezember 2020 per E-Mail bestätigt wurde. Mit Schreiben vom 9. Januar 2021 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos. Im Kündigungsschreiben wurde auf das „wiederholte nicht Einhalten der medizinischen Richtlinien gemäss der beiliegenden Mail-Korrespondenz von 30.12.2020 und dem beiliegenden Fall von [N.S.]“ hingewiesen.

Der Kläger erachtete die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt und forderte teilklageweise einen Teil des Lohnes für die Kündigungsfrist als Schadenersatz. Mit Bezug auf den in der Kündigung erwähnten Fall N.S., der angeblich „das Fass zum Überlaufen“ gebracht habe, liess er ausführen, dieser beziehe sich wohl auf den Patienten N.S. Der Kläger habe den Fuss des Patienten nachweislich untersucht. Protokollarisch habe der Kläger in seiner Notiz vom 29. Dezember 2020 seine Befunde und Diagnose festgehalten. Dass ein anderer Arzt eine Woche später nach neuem Kenntnisstand und nach einer Röntgenaufnahme eine andere Diagnose stelle, weise nicht auf eine Sorgfaltspflichtverletzung hin, sondern gehöre in der Medizin dazu.

**Aus den Erwägungen:**

<<3. Fristlose Entlassung

[...]

3.2. Beurteilung

Vor diesem rechtlichen Hintergrund können die von der Beklagten vorgebrachten, angeblichen Vorfälle bzw. Patientenbeschwerden vom 12. September 2019, 23. November 2019, 27. Januar 2020, 27. Januar 2020, 29. Februar 2020, 29. Oktober 2020, der undatierte Vorfall betr. Luft in der Infusion und die Patientenbeschwerde vom 6. Dezember 2020 nicht als zureichende Gründe für eine fristlose Entlassung dienen. Sie fanden alle viel zu lange vor dem Aussprechen der fristlosen Kündigung vom 9. Januar 2021 statt. Die Vorfälle bzw. Beschwerden waren der Beklagten jeweils zeitnah bekannt geworden. Hätte die Beklagte deswegen fristlos kündigen wollen, hätte sie dies jeweils sofort tun müssen. Die Vorfälle könnten für die Frage der Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

lediglich dann von Belang sein, wenn nachgewiesen wäre, dass die Beklagte den Kläger wegen der Vorfälle verwarnt hatte. Dies ist nicht der Fall.

Zwar behauptete die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung, jeder einzelne Fall sei mit dem Kläger besprochen worden. Eine Besprechung stellt jedoch ebenso wenig eine Verwarnung des Arbeitnehmers dar, wie eine Notiz auf einem Spitalaustrittsbericht („Glück gehabt [...]“).

Auch die Patientenbeschwerde vom 15. Dezember 2020, wo es darum ging, dass der Kläger angeblich Leistungen abgerechnet habe, ohne diese zu erbringen kann nicht als direkter und ausschlaggebender Grund für die erst mehr als drei Wochen später am 9. Januar 2020 ausgesprochene fristlose Kündigung erhalten. Immerhin schrieb Herr A.\_ dem Kläger und Frau B.\_ folgendes E-Mail:

*„Das Beschwerdemanagement von [Kläger] kann so nicht weitergeführt werden. Ich habe gerade mit einem Patienten geredet und musste mich für das Verhalten und die Vorgehensweise sowie Hinterlassene Combox Nachrichten von [Kläger] im Namen von [der Beklagten] entschuldigen. Dasselbe bei einer anderen Patientin. [...] @[Kläger]: Nochmals bitte die erbrachte Leistung deklarieren. Klinischer Status darf nochmals nur eingesetzt werden, wenn z.B. Leistungen wie Lungenherzauskultation, Fiebertemperaturen, S02 messen, Inspektion enoral, Trommelfell -Inspektion etc. erbracht worden. Ausgesagen wie nicht krank oder 67 Jahre alt sind kein klinischer Status.“*

Anlässlich der Hauptverhandlung vertrat die Beklagte die Ansicht, damit den Kläger „explizit abgemahnt“ zu haben. Von einer Verwarnung im oben geschilderten Sinne kann bei diesem E-Mail indessen nicht gesprochen werden. Zwar wird das Verhalten des Klägers beim „Beschwerdemanagement“ kritisiert und gesagt, dieses könne so nicht weitergeführt werden. Irgendwelche Konsequenzen werden jedoch nicht angedroht und nicht einmal in Aussicht gestellt.

Bereits in der Stellungnahme zur Klage und erneut an der Hauptverhandlung behauptete die Beklagte, den Kläger mit folgendem E-Mail verwarnt zu haben:

*„Lieber [Kläger]:*

*Die Beschwerden von Patienten und Teammitgliedern über Deine medizinischen und menschlichen Umgangsformen haben ein untragbares Ausmass erreicht.*

*Das solltest Du auch die ganze Zeit nicht nur von mir hören, weshalb dringend ein abschliessendes Gespräch in [Ort] in den nächsten 7 Tagen stattfinden wird. [...]“.*

Auch dieses Mail kann nicht als eine eigentliche Verwarnung angesehen werden. Dem Kläger gegenüber wird damit zwar zum Ausdruck gebracht, welches Verhalten als problematisch betrachtet werde. Klare Konsequenzen werden indessen nicht angedroht. Lediglich ein „abschliessendes Gespräch“ wird angekündigt. Am 24. Dezember 2020 kündigte dann aber der Kläger das Arbeitsverhältnis, indem er erklärte, die Zusammenarbeit „frist- und formgerecht bis spätestens 31.03.2021“ beenden zu wollen. Herr A.\_ bestätigte dem Kläger mit Mail vom 30. Dezember 2020 „die fristgerechte Auflösung unserer Zusammenarbeit“ und bedankte sich, „dass Du mich von dieser unangenehmen Angelegenheit entlastet hast.“ Zudem schrieb er:

*„Für die verbleibende Zeit bitte ich Dich unverändert um:*

- *Abrechnen von nur erbrachten Leistungen die dokumentativ nachvollziehbar sind. Fr B.\_ wird Dich dabei ständig begleiten bzw. unklare Abrechnungen anpassen.*
- *Fälle wie Fr C.\_ (untenstehend) durch untersuchen/anfassen anzugehen. Wenn Zweifel (mulmiges Bauchgefühl des erfahrenen Arztes) besteht dann für eine Nachkontrolle anbieten. Die Götter in Weiss waren nur ein Märchen..“.*

Anlässlich der Hauptverhandlung stellte sich die Beklagte (neu) auf den Standpunkt, es handle sich dabei um eine nochmalige schriftliche Abmahnung. In der Stellungnahme zur Klage hatte die Beklagte lediglich das E-Mail vom 21. Dezember 2020 ausdrücklich als Verwarnung bezeichnet.

Von einer Verwarnung im vorne erwähnten Sinn kann auch beim E-Mail vom 30. Dezember 2020 nicht die Rede sein. Zwar wird die dringliche Bitte geäussert, richtig abzurechnen und die Untersuchungen sorgfältiger durchzuführen. Irgendwelche Konsequenzen für den Fall, dass der Kläger dieser Bitte nicht nachkommen könnte, werden nicht in Aussicht gestellt. Das war auch nicht nötig, nachdem der Kläger ja selber gekündigt hatte. Die Erleichterung von Herr A.\_ über diese Kündigung ist denn auch deutlich erkennbar.

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass dem Kläger zwar klar sein musste, welches Verhalten von seinem Arbeitgeber als problematisch betrachtet wurde und dass eine Kündigung im Raum stand. Eine explizite Verwarnung ist aber nicht erfolgt.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob der von der Beklagten angeführte Kündigungsgrund für eine fristlose Entlassung genügte. Als Auslöser der fristlosen Entlassung führt die Beklagte an, dass sie am 6. Januar 2021 erfahren habe, dass der Kläger kurz vorher erneut einen Knochenbruch bei einem Patienten nicht diagnostiziert habe, weil er die nötigen und angezeigten klinischen Untersuchungen nicht vorgenommen habe. Dieser erneute Vorfall habe das Fass zum Überlaufen gebracht. Die Aussprache der Kündigung wäre zwar zeitlich rechtzeitig erfolgt. Die Fehldiagnose aufgrund einer ungenügenden Untersuchung kann aber – selbst wenn sie nachgewiesen würde – keinen Grund für eine fristlose Entlassung darstellen, jedenfalls nicht ohne vorgängige klare und unmissverständliche Verwarnung.

Es ist daran zu erinnern, dass fachliche Unzulänglichkeiten ohnehin nur in den seltensten Fällen Grund für eine fristlose Entlassung sein können (vgl. vorstehende Ziffer 3.1.). Der in diesem Zusammenhang von der Beklagten ins Feld geführte Entscheid des Bundesgerichts (4A\_100/2019) ist anders gelagert. Jener Arzt, der fristlos entlassen worden war, war unter anderem dafür verantwortlich, dass ein Kind an beiden Ohren operiert wurde, obschon eines gesund war. Zudem gab es mehrere Vorfälle, und zwar schwerwiegendere als im vorliegenden Fall.

Vorliegend ist bei der Beurteilung sodann von massgebender Bedeutung, dass sich der Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung bereits im gekündigten Verhältnis befand. Er hatte bereits selber auf den 31. März 2021 gekündigt. Es ist dem Kläger zwar insoweit recht zu geben, als die Kündigungsfrist eigentlich vier Monate gedauert hätte. Indem der Kläger aber den Willen äusserte, das Arbeitsverhältnis per 31. März 2021 aufzulösen, und die Beklagte sich damit einverstanden erklärte, haben sich die Parteien einvernehmlich über die Abkürzung der Kündigungsfrist geeinigt. Das Arbeitsverhältnis hätte also nicht einmal mehr drei Monate gedauert. Es wäre für die Beklagte ohne Weiteres zumutbar gewesen, diese kurze Kündigungsfrist abzuwarten. Dies umso mehr, als sie ja auch angeblich erfolgte frühere Vorfälle nie zum Anlass genommen hatte, die Kündigung in Aussicht zu stellen oder gar das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aufzulösen. Die am 9. Januar 2021 ausgesprochene fristlose Kündigung war somit nicht gerechtfertigt.

Auch die von der Beklagten nachgeschobene „Patientenbeschwerde vom 11. Januar 2020“ vermag die fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen.

Selbst wenn nachgewiesen würde, dass der Kläger in seinem Bericht eine verabreichte Spritze nicht vermerkt hätte und stattdessen ein falsches Medikament aufgelistet hätte, wäre dies kein derart schwerer Fehler, der Grund für eine fristlose Kündigung sein könnte, und zwar auch nicht in Kombination mit der – angeblichen – Fehldiagnose betreffend Knochenbruch.

Die fristlose Kündigung war somit nicht gerechtfertigt.»

*(AH210084-L Verfügung und Urteil vom 16. Februar 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## **16. OR 339a/ZGB 895; Vorsorgliches Verbot im Zusammenhang mit einem Retentionsrecht an einem Porsche**

Der Arbeitnehmer (Gesuchsteller) hatte zunächst eine Forderungsklage mit einem Streitwert von Fr. 335'000.– erhoben. Mit Eingabe vom 9. März 2021 liess er sodann einen Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen mit dem Begehren einreichen, es sei seiner ehemaligen Arbeitgeberin zu verbieten, den Geschäftswagen Porsche Macan Turbo, der sich in seinem Besitz befinde, abzutransportieren oder zu verarrestieren. Er machte insbesondere ein Retentionsrecht geltend.

Mit Verfügung vom 10. März 2021 erliess das Arbeitsgericht superprovisorisch ein entsprechendes Verbot. Mit Urteil vom 29. Juni 2021 hob es dieses wieder auf und wies das Massnahmebegehren des Arbeitnehmers ab.

Auf Berufung des Arbeitnehmers hin hob das Obergericht des Kantons Zürich diesen Entscheid mit Beschluss vom 2. Februar 2022 (LA210021, abrufbar unter [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)) auf. Es bejahte dabei das Vorliegen eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und hielt fest, dass die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausfalle und sich die beantragte vorsorgliche Massnahme noch als verhältnismässig erweise. Weiter erwog es, dass die Fragen nach dem Verfügungsanspruch (sog. Hauptsachenprognose) und der zeitliche Dringlichkeit noch nicht behandelt worden seien. Es wies deshalb die Sache zur weiteren Behandlung und neuen Entscheidung an das Arbeitsgericht zurück.

Der nachfolgend wiedergegebene Auszug aus dem Folgeentscheid des Arbeitsgerichts behandelt namentlich den Bestand eines Retentionsrechts



**Aus den Erwägungen:**

«V. Retentionsrecht

1. Voraussetzungen des Retentionsrechts

1.1. Der Arbeitnehmer kann die Herausgabe von Sachen verweigern, wenn ihm ein dingliches Retentionsrecht gemäss Art. 895-898 ZGB zusteht.

1.2. Beim Porsche Macan Turbo handelt es sich unbestrittenermassen um eine verwertbare, bewegliche Sache, so dass daran grundsätzlich ein Retentionsrecht im Sinne dieser Bestimmungen in Frage kommt. Ebenso ist die Frage der Verwertbarkeit ohne Weiteres zu bejahen.

Weitere Voraussetzungen für den Bestand eines Retentionsrechts sind der Besitz am Retentionsgegenstand, der Bestand einer Forderung, die Fälligkeit der Forderung sowie die Konnexität. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Gesuchsteller die Erfüllung dieser weiteren Voraussetzungen glaubhaft zu machen vermochte.

2. Besitz am Porsche Macan Turbo

2.1. Das Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB setzt Besitz der retinierten Sachen voraus. Nach h.L. und Rechtsprechung ist rechtlich geschützter Besitz im Sinne von Art. 919 ff. ZGB gemeint. Kein Retentionsrecht steht damit dem blossen Besitzdiener zu (BSK ZGB II-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 895 N. 25; MÜLLER/RIEDER, Retentionsrecht des Arbeitnehmers - Konsequenzen für den Arbeitgeber, in: AJP 3/2009, S. 267-274, S. 270).

Gemäss Art. 919 Abs. 1 ZGB ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Hat jemand zwar die tatsächliche Gewalt über eine Sache, ist indessen diesbezüglich an die Weisungen des selbständigen oder unselfständigen Besitzers gebunden, ist er bloss Besitzdiener und nicht Besitzer. An Werkzeugen, Arbeitsgeräten und Materialien erwirbt der Arbeitnehmer für gewöhnlich keinen Besitz; er ist nur Besitzdiener und daher nicht zur Retention berechtigt. Einem Arbeitnehmer wird jedoch ein Retentionsrecht an dem ihm vom Arbeitgeber mit Zustimmung der Leasinggeberin ausschliesslich zur Verfügung gestellten und auf seinen Namen eingelösten Personenwagen zugebilligt (Zürcher Kommentar, Art. 331-355 (1996), STAEBLIN, N 7 zu Art. 339a OR; BSK ZGB II-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 895 N. 25; JAR 2004 S. 591; ZR 97 [1998] Nr. 81).

Eine rechtmässige Retention durch den Gesuchsteller als Arbeitnehmer kann somit nur vorliegen, wenn er als Besitzer des Porsche Macan Turbo zu qualifizieren ist.



2.2. Der Gesuchsteller macht diesbezüglich geltend, der fragliche Porsche Macan Turbo sei von der Gesuchsgegnerin geleast und ihm im Rahmen der Erfüllung seines Arbeitsvertrages zu geschäftlichen und privaten Zwecken zur Verfügung gestellt worden. Als unselbständiger Besitzer könne er ein Retentionsrecht daran geltend machen. Mit Schreiben vom 9. April 2020 sei der Gesuchsgegnerin angezeigt worden, dass er von seinem gesetzlichen Retentionsrecht Gebrauch mache.

2.3. Die Gesuchsgegnerin führt demgegenüber aus, dass der Gesuchsteller nicht zur privaten Nutzung des Geschäftswagens ermächtigt worden und damit lediglich Besitzdiener sei. Der Gesuchsteller habe sich eigenmächtig und ohne ihre Kenntnis als Halter des Fahrzeuges eintragen lassen und könne daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Eigentümerin der Fahrzeuges sei die A.\_ Bank AG und Leasingnehmerin sei sie, die Gesuchsgegnerin. Die Eigentümerin des Fahrzeuges hätte der Besitzübertragung an den Gesuchsteller ausdrücklich zustimmen müssen, was aber nicht der Fall sei. Der Gesuchsteller habe eigenmächtig gehandelt und den Leasingvertrag verletzt.

2.4. Zwischen der A.\_ Bank AG der Gesuchsgegnerin wurde ein Leasingvertrag über den fraglichen Porsche Macan Turbo abgeschlossen. Eigentümerin des Porsche Macan Turbo ist die A.\_ Bank AG als Leasinggeberin. Gemäss Leasingvertrag erwirbt die Bank das von der Gesuchsgegnerin ausgewählte und im Leasingvertrag spezifizierte Objekt und überlässt es der Leasingnehmerin für die vereinbarte Dauer zum entgeltlichen, gewerblichen Gebrauch. Leasingnehmerin und damit rechtmässige Besitzerin des Geschäftswagens ist somit die Gesuchsgegnerin.

Die Gesuchsgegnerin stellte dem Gesuchsteller den Porsche Macan Turbo unbestrittenermassen zu geschäftlichen Zwecken zur Verfügung. Ob der Gesuchsteller auch zur privaten Nutzung ermächtigt wurde, ist zwar umstritten. Gemäss Leasingvertrag Ziff. 5.4 war die Gesuchsgegnerin jedoch befugt, das Leasingobjekt einem Angestellten zu überlassen. Unbestrittenermassen wurde der Porsche Macan Turbo dem Gesuchsteller überlassen und ausschliesslich von diesem benutzt. Er ist im Fahrzeugausweis vom 30. Oktober 2019 denn auch als Halter des Porsche Macan Turbo eingetragen.

2.5. Der Gesuchsteller ist damit als Besitzer des Porsche Macan Turbo zu qualifizieren, womit ein Retentionsrecht daran grundsätzlich in Frage kommt.

3. Bestand einer fälligen Forderung und Konnexität

3.1. Mit Bezug auf den Bestand einer fälligen Forderung kann auf die Ausführungen unter vorstehend Ziff. IV./3. verwiesen werden. Es ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung eine Forderung nicht glaubhaft gemacht werden konnte. Unabhängig davon vermochte der Gesuchsteller jedoch den Bestand einer fälligen Forderung aus Ferienguthaben in der Höhe von rund Fr. 100'000.– glaubhaft zu machen. Selbst wenn man davon den von der Gesuchsgegnerin verrechnungsweise geltend gemachten Anspruch auf Rückerstattung von Lohnbetroffnissen in der Höhe von Fr. 47'009.75 in Abzug bringt, verbleibt eine namhafte Forderung, welche die Retention des Porsche Macan Turbo zu rechtfertigen vermag (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 4 zu Art. 339a).

3.2. Die glaubhaft gemachte Forderung des Gesuchstellers steht mit dem Retentionsgegenstand Porsche Macan Turbo in Zusammenhang und basieren auf dem gleichen Rechtsverhältnis, so dass auch die Voraussetzung der Konnexität zu bejahen ist.

VI. Fazit

1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahme gegeben sind. Insbesondere ist auch die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit zu bejahen, zumal die Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen im November 2020 bereits versucht hat, das retinierte Geschäftsfahrzeug wieder in ihren Besitz zu bringen.

2. Soweit der Antrag des Gesuchstellers ein Verbot beschlägt, das Fahrzeug Porsche Macan Turbo zu verarrestieren, kann dem Begehren allerdings nicht stattgegeben werden. Wie die Gesuchsgegnerin zu Recht vorbringen liess, handelt es sich beim Arrest um ein Sicherungsmittel, über dessen Bewilligung der Arrestrichter zu entscheiden hat. Es kann der Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren nicht verboten werden, Klage vor dem Arrestrichter zu erheben, käme dies doch einem Prozessführungsverbot gleich.»

*(AN200085-L Urteil betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 18. Mai 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

**17. OR 340a; Höhe der Konventionalstrafe**

Bei der Beklagten handelt es sich um eine GmbH mit Sitz in Zürich, die namentlich im Bereich Personalverleih und Personalvermittlung tätig ist. Die Parteien schlossen am 24. April 2017 einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit einem Arbeitspensum von 100% ab. Beginn der Anstellung war der 17. Juli 2017. Der Kläger war im Rang eines „Consultants“ bei der Beklagten angestellt, wobei ein Jahresbruttolohn in der Höhe von Fr. 72'000.– vereinbart wurde. Zusätzlich zum Jahresbruttolohn konnte der Kläger Provisionsansprüche erwirtschaften. Im Arbeitsvertrag wurde zudem ein Konkurrenzverbot vereinbart und eine Konventionalstrafe von Fr. 100'000.– vorgesehen. Mit Schreiben vom 1. Januar 2019 wurde der Kläger zum „Senior Consultant“ ernannt. Mit Schreiben vom 31. Januar 2019 kündigte er das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten per 31. März 2019. Unmittelbar nach Beendigung seiner Anstellung bei der Beklagten trat der Kläger eine Stelle bei einem Konkurrenzunternehmen in Zürich an.

Der Kläger verlangte vor Arbeitsgericht für die Monate Januar bis März 2019 Provisionszahlungen in der Höhe von Fr. 31'165.25 brutto. Die Beklagte machte eine Gegenforderung aus Verletzung des Konkurrenzverbots im Betrag von Fr. 80'281.55 geltend und forderte widerklageweise – nach Verrechnung mit der dem Kläger nach Ansicht der Beklagten zustehenden Provisionsforderung in der Höhe von Fr. 21'835.– brutto – den Betrag von Fr. 58'446.55.

Das Arbeitsgericht kam zu Schluss, dass der Kläger mit der Aufnahme einer konkurrenzierenden Tätigkeit das (gültige) Konkurrenzverbot verletzt hatte und bejahte den Anspruch auf eine Konventionalstrafe im Grundsatz. Es stellte sich indes die Frage, ob die geltend gemachte Konventionalstrafe übermässig hoch ist.

**Aus den Erwägungen:**

<<V. Konkurrenzverbot

[...]

5. Höhe der Konventionalstrafe

[...]

5.3. Würdigung

Die vertragliche Regelung sieht eine Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 100'000.– vor, wobei die Beklagte selbst nur eine reduzierte Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 80'281.55 geltend macht. Der Grundlohn des Klägers beträgt Fr. 72'000.– (brutto). Die Provision sowie die Car Allowance sind

zum Jahressalär hinzuzurechnen, wodurch ein Jahressalär von insgesamt Fr. 80'281.55 (Fr. 72'000.– + Fr. 1'681.55 + 12 x Fr. 550.–) resultiert. Dieser Betrag entspräche, wie eingangs dargelegt (vgl. Ziff. V.5.1.) der praxisgemäss höchstmöglichen Konventionalstrafe. Eine solchermassen maximale Konventionalstrafe erschiene in casu aber vor folgendem Hintergrund als unangemessen überhöht:

Der vereinbarte Grundlohn des Klägers betrug Fr. 72'000.– brutto, hinzu kamen noch die von ihm erwirtschafteten Provisionen. Gesamthaft errechnete die Beklagte selbst das Jahresgehalt des Klägers auf rund Fr. 80'000.–. Der Kläger verdiente somit keinesfalls einen ausserordentlich hohen Lohn. Seine wirtschaftliche Lage kann somit auch nicht als ausserordentlich gut bezeichnet werden. Weiter war der Kläger weder in der Geschäftsleitung oder als Kadermitarbeiter tätig, sondern vielmehr ein „normaler“ Angestellter der Beklagten, ohne Leitungsfunktion oder höhere Verantwortung, was auch aus der Lohnhöhe des Klägers ersichtlich ist. Der Kläger war schliesslich nur von Juli 2017 bis Ende März 2019 bei der Beklagten angestellt, also weniger als zwei Jahre. Weiter handelt es sich bei der Branche der Personalvermittlung um einen grossen und umkämpften Wirtschaftsbereich mit zahlreichen Konkurrenten auf ähnlichen Spezialisierungsgebieten. Die Beklagte macht zudem keinen tatsächlich entstandenen Schaden geltend, weshalb davon auszugehen ist, dass ein solcher – zumindest bis zum jetzigen Zeitpunkt – auch nicht eingetreten ist. Angesichts der Position, welche der Kläger bei der Beklagten innehatte, die, wie erwogen, weder dem Kader zugehörig war, noch mit erhöhter Verantwortung innerhalb der Gesellschaft einherging, entsprechend auch keine Einblicksmöglichkeit in delikate Geschäftsinhalte beinhaltete, ist aber auch das abstrakte Schädigungspotential als überschaubar zu beurteilen.

Somit erscheint angesichts der wirtschaftlichen Lage des Klägers, seiner hierarchischen Stellung im Unternehmen der Beklagten und der Dauer seiner Anstellung, sowie in Anbetracht der Grösse der Branche der Personalvermittlung und der für die Beklagte nicht als gravierend einzustufenden Verletzung des Konkurrenzverbots und des dargelegten rein abstrakten Schädigungspotentials ohne Nachweis eines Schadenseintritts ein Betrag in der Höhe von Fr. 30'000.– (rund viereinhalb Monatslöhne) als hinreichend und angemessen.»

*(AN200008-L Urteil vom 3. Januar 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

**18. ZPO 68; Anwaltsmonopol**

Mit Vorladungsverfügung vom 4. Mai 2022 wurden die Parteien ordnungsgemäss auf den 6. Juli 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen. In der Vorladung wurde auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 234 ZPO und das Anwaltsmonopol im Bereich der berufsmässigen Vertretung hingewiesen. Der Hinweis zur berufsmässigen Vertretung schliesst mit dem Satz: „Die berufsmässige Vertretung durch Nichtanwälte (auch Treuhänder) ist in allen Fällen ausgeschlossen“. Die Vorladung konnte sowohl dem Kläger als auch der Beklagten erfolgreich zugestellt werden.

Anlässlich der Hauptverhandlung erschien als Rechtsvertreter der Beklagten ohne Vorankündigung der Rechtspraktikant MLaw A. \_ unter Vorlage einer von der Beklagten an Rechtsanwältin lic. iur. B. \_ erteilten Anwaltsvollmacht. Für die Beklagte erschien zudem D. \_ mit einer Vollmacht der Beklagten lautend auf „C. \_ Inh. D. \_“. Beide Vollmachten waren vom einzigen und einzelunterschriftsberechtigten Verwaltungsrat der Beklagten, E. \_ , unterzeichnet worden. Aus prozessualer Sicht strittig war die rechtmässige Vertretung der Beklagten an der Hauptverhandlung.

**Aus den Erwägungen:**

«II. Prozessuales

1. Rechtsgenügende Vertretung der Beklagten an der Hauptverhandlung?

1.1. Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten lassen (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Zur berufsmässigen Vertretung sind grundsätzlich nur Anwältinnen und Anwälte befugt (Art. 68 Abs. 2 lit. a. und d. ZPO).

Laut § 11 Abs. 1 lit. b des Anwaltsgesetzes des Kantons Zürich (AnwG/ZH) i.V.m. Art. 68 Abs. 2 ZPO ist den Anwältinnen und Anwälten, die im kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind oder Freizügigkeit nach dem BGFA geniessen, die berufsmässige Vertretung im Zivilprozess vorbehalten. Gestützt auf § 11 Abs. 2 lit. a AnwG/ZH sind im Kanton Zürich in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– zudem beruflich qualifizierte Vertreter zur Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols berechtigt, d.h. Angestellte von Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisationen, denen eine Partei angehört (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1167/2020 vom 3. Dezember 2020 E. 4.5.3). Das Obergericht des Kantons Zürich kann ferner Anwältinnen und Anwälten mit Geschäftsadresse im Kanton bewilligen, unter ihrer Verantwortung Personen, die sich auf die zürcherische Anwaltsprü-

fung vorbereiten, zur Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols einzusetzen (§ 5 AnwG/ZH, sog. Venia).

Vor der materiellen Prüfung der vorliegenden Klage ist in Anwendung dieser Regelung zu prüfen, ob von einer zulässigen Vertretung der Beklagten ausgegangen werden kann oder nicht.

1.2. MLaw A.\_ gab an der Hauptverhandlung vom 6. Juli 2022 an, er sei Rechtspraktikant und durch Rechtsanwalt lic. iur. B.\_, den Rechtsvertreter der Beklagten, substituiert worden. Er werde die entsprechende Substitutionsvollmacht nachreichen. Die Kanzlei [Name Kanzlei, in welcher A.\_ und B.\_ tätig sind] Rechtsanwälte habe ihren Sitz im Kanton Schwyz, weshalb er keine Venia für den Kanton Zürich habe. Da laut § 5 AnwG/ZH einzig Rechtspraktikanten mit einer vom Obergericht des Kantons Zürich erteilten Venia zur beruflichen Vertretung im Bereich des Anwaltsmonopols eingesetzt werden können, konnte MLaw A.\_ die Beklagte an der Hauptverhandlung nicht berufsmässig vertreten. Ob MLaw A.\_, wie er geltend machte, schon mehrmals zur Vertretung vor Gerichten des Kantons Zürich zugelassen worden ist, kann offen gelassen werden, da dies für den vorliegenden Fall nicht entscheidend sein kann. Anzuführen ist immerhin, dass er sein Auftreten vor dem hiesigen Gericht als Rechtsvertreter der Beklagten nicht vorgängig angezeigt hatte und in diesem Sinne nicht von einem Vertrauensschutz profitieren konnte.

1.3. C.\_ Inh. D.\_, der nicht im Besitz eines Anwaltspatents ist, wurde anlässlich seines Erscheinens zur Hauptverhandlung von der Einzelrichterin darauf angesprochen, dass Treuhänder nicht zur berufsmässigen Vertretung vor Gericht zugelassen seien. Er gab hierzu zu Protokoll, dass der auf seiner Homepage erweckte Eindruck, dass er ein Treuhänder sei, der für verschiedene Unternehmen Finanzfunktionen übernehme, zutreffe. Er bestätigte ebenfalls, dass er mehrere Mandate betreue und im Rahmen des Mandats der Beklagten für diese vor Gericht erscheine. Er ergänzte, dass er E.\_ nicht nur geschäftlich, sondern auch privat vertrete, da dieser gesundheitlich sehr stark beeinträchtigt und seit dem letzten Jahr auch zu 100% invalid sei. Er vertrete E.\_ daher in allen seinen Belangen, insbesondere auch vor Behörden und in Gerichtsangelegenheiten. Er höre heute zum ersten Mal, dass dies problematisch sei. D.\_ ergänzte, er habe auch eine Vollmacht von E.\_, die auf seinen privaten Namen laute.

Es bleibt zu prüfen, ob D.\_ angesichts der festgestellten Tatsachen berufsmässig auftritt. Art. 68 Abs. 2 ZPO definiert nicht näher, was unter „berufsmässiger Vertretung“ zu verstehen ist. In der Lehre werden verschiedene Ansätze zur Bestimmung des Begriffs der Berufsmässigkeit vertreten. Berufs-

mässig ist eine Parteivertretung jedenfalls dann, wenn sie regelmässig und gegen Entgelt erfolgt (KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 68 N 9a). Laut Bundesgericht ist die Vertretung bereits dann berufsmässig, wenn der Vertreter bereit ist, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden. Darauf kann dann geschlossen werden, wenn er bereit ist, die Vertretung ohne besondere Beziehungsnähe zum Vertretenen zu übernehmen (BGE 140 III 555 E. 2.3 S. 560). D.\_ macht keine besondere Beziehungsnähe zur Beklagten oder zu E.\_ geltend. Er trat vielmehr im Rahmen seiner entgeltlichen Mandatstätigkeit, die er im Internet berufsmässig anbietet, für die Beklagte vor Gericht auf. Mit der auf „C.\_ Inh. D.“ lautenden, unbefristeten Vollmacht vom 14. April 2020 wird ebenfalls deutlich gemacht, dass er von der Beklagten im Rahmen seiner professionellen Treuhändertätigkeit nicht nur bezogen auf den vorliegenden Fall, sondern generell auch zur Vertretung vor Gericht mandatiert ist. Er trat berufsmässig im Bereich des Anwaltsmonopols auf und ist als Vertreter der Beklagten nicht zuzulassen. Ob D.\_ auch für private Angelegenheiten von E.\_ treuhänderisch tätig ist und diesen in Behörden- und Gerichtsangelegenheiten vertritt, kann offen gelassen werden, da dies an dieser Einschätzung nichts ändern würde.

1.4. Da weder MLaw A.\_ noch D.\_ die Beklagte rechtsgenügend vertreten konnten und sich die Beklagte somit nicht in zulässiger Weise vertreten liess, ist für die Beklagte an der Hauptverhandlung vom 6. Juli 2022 unentschuldigt niemand erschienen (Art. 234 Abs. 1 ZPO). Das nicht unterzeichnete Plädoyer samt Beilagen wurde MLaw A.\_ an der Hauptverhandlung wieder ausgehändigt.

## 2. Säumnisurteil

Erscheint eine Partei an der Hauptverhandlung unentschuldigt nicht, ist sie säumig (Art. 147 ZPO). Das Gericht entscheidet in einem solchen Fall androhungsgemäss auf Grundlage der vorhandenen Akten und der Vorbringen der anwesenden Partei, soweit an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache keine erheblichen Zweifel bestehen (Art. 234 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 153 Abs. 2 ZPO). Aufgrund der Ausführungen des Klägers an der Hauptverhandlung vom 6. Juli 2022 sowie der von ihm eingereichten Unterlagen ergeben sich keine erheblichen Zweifel an der Richtigkeit seiner Vorbringen. Es ist somit von der Sachverhaltsdarstellung des Klägers auszugehen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).»

*(AH220039-L Urteil vom 6. Juli 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*



## **19. ZPO 210/244; Bestand des Urteilsvorschlags**

Nachdem an der Schlichtungsverhandlung vom 19. Mai 2022 keine Einigung erzielt werden konnte, stellte die Friedensrichterin den Parteien die Zusendung eines Urteilsvorschlags in Aussicht und übergab diesen noch gleichentags der Post. Der Vertreter der Klägerin holte diesen Vorschlag nicht innert der sieben-tägigen Abholfrist ab, weshalb die Sendung an das Friedensrichteramt retourniert wurde. Am 31. Mai 2022 hinterliess die Friedensrichterin auf der Com-box des Vertreters eine Nachricht, mit der sie über diese Umstände informierte und darum bat, sich mit ihrer Kanzlei in Verbindung zu setzen. Mit Einschreiben vom 8. Juni 2022 an das Friedensrichteramt teilte der Vertreter der Klägerin, A., mit, er habe aufgrund einer gesundheitsbedingten Abwesenheit die Kontaktforderungen des Friedensrichteramtes nicht früher bearbeiten können. Er gehe davon aus, dass es sich um den Urteilsvorschlag handle, den seine Stellvertretung anlässlich der gescheiterten Schlichtungsverhandlung vom 19. Mai 2022 beantragt habe. Weiter wurde Folgendes festgehalten:

„Da unsere Gewerkschaft noch nicht im Besitz des Urteilsvorschlages ist, dieser aber gemäss Ihren Kontaktauforderungen bereits als zugestellt gilt, wird hiermit ihr Urteilsvorschlag abgelehnt, sofern dieser dem Rechtsbegehren des Schlichtungsgesuchs vom 06. April 2022 nicht entspricht. In einem solchen Fall ersuche Sie um Zustellung der Klagebewilligung.

Sollte Ihr Urteilsvorschlag dem Rechtsbegehren der Gesuchstellerin entsprechen, wird dieser nicht abgelehnt.“

Mit Einschreiben vom 9. Juni 2022 wurde der klägerische Vertreter von der Friedensrichterin der guten Ordnung halber darauf aufmerksam gemacht, dass die schriftliche Ablehnungserklärung eines Urteilsvorschlags als prozessrechtliches Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich ist. Namentlich habe die Klägerin innert der ihr angesetzten Frist von 20 Tagen – ohne das Formulieren von Bedingungen – zu erklären, dass sie den begründeten Urteilsvorschlag vom 19. Mai 2022 ablehne. Dieses Schreiben wurde der Vertretung der Klägerin am 10. Juni 2022 ins Postfach zur Abholung am Schalter avisiert und am 16. Juni 2022 am Schalter ausgehändigt.

Mit Schreiben vom 24. August 2022 meldete sich der Vertreter der Klägerin bei der Friedensrichterin unter dem Betreff „Klagebewilligung und Rechtsverzögerung“.



“Er machte geltend, er habe mit Eingabe vom 8. Juni 2022 fristgerecht einen zulässigen Antrag bezüglich der Ablehnung des Urteilsvorschlags gestellt. Die Friedensrichterin wurde ersucht, so schnell wie möglich die Klagebewilligung zu erteilen oder – sollte sie der Auffassung sein, dass sie im vorliegenden Fall die Klagebewilligung zu Recht verweigern könne – einen formellen Entscheid bzw. eine beschwerdefähige Verfügung zuzustellen.

Am 25. August 2022 erteilte die Friedensrichterin die Klagebewilligung mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass das Arbeitsgericht als Einzelgericht über die Gültigkeit dieser Klagebewilligung zu befinden haben werde.

Mit Eingabe vom 10. November 2022 reichte die Klägerin die Klage am Arbeitsgericht Zürich ein.

### **Aus den Erwägungen:**

«II.

1. Mit der Klage beim Arbeitsgericht ist die Klagebewilligung einzureichen (Art. 244 Abs. 3 lit. b ZPO). Das Gericht hat von Amtes wegen festzustellen, ob die Klagebewilligung gültig ist. Wird dem Gericht eine ungültige oder nichtige Klagebewilligung eingereicht, darf es auf die Klage nicht eintreten (BSK ZPO-INFANGER, Art. 209 N 18, mit Verweisen).

2. Dem Verfahren vor Arbeitsgericht hat ein Schlichtungsverfahren beim Friedensrichteramt voranzugehen (Art. 197 ZPO). Kommt es zu keiner Einigung, so hält dies die Schlichtungsbehörde im Protokoll fest und erteilt die Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 1 ZPO).

Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.– kann die Schlichtungsbehörde den Parteien auch einen Urteilsvorschlag unterbreiten. Der Urteilsvorschlag wird wie ein Entscheid eröffnet (Art. 239 i.V.m. Art. 219 ZPO). Er gilt als angenommen und hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils, wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung ablehnt. Nach Eingang der Ablehnung stellt die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung zu (Art. 211 Abs. 1 und 2 ZPO).

3. Die Ablehnungserklärung ist an keine Form gebunden; aus ihr muss lediglich hervorgehen, dass die Partei den Vorschlag nicht akzeptieren wird. Die Ablehnungserklärung ist als prozessuales Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich (HONEGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 211 N 3).

Aus der Bedingungsfeindlichkeit geht hervor, dass keine Schwebesituation entstehen soll, die den Prozessverlauf stört. Dies ist bei der zulässigen bedingten Prozesshandlung des Stellens von Eventualbegehren beispielsweise nicht der Fall, da das Gericht bei der Beurteilung ohnehin über das Hauptbegehren befinden muss und mithin selbst darüber entscheidet, ob die Bedingung eintritt. Es ist hingegen unzulässig, ein Rechtsmittel unter eine Bedingung zu stellen, weil die angerufene Instanz wissen muss, inwieweit sie zu entscheiden hat (BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einführungsgesetzgebung, 2. Aufl., Bern 2021, S. 222). Das Bundesgericht hielt in Bezug auf eine (bedingungsfeindliche) Prozesshandlung, die mit einer Bedingung verknüpft war, fest, dass diese als unzulässig betrachtet werde und unbehandelt bleibe (BGE 127 II 306 E. 6c m. w. H.).

4. Der klägerischen Eingabe vom 8. Juni 2022 ist zu entnehmen, dass die Klägerin den Urteilsvorschlag abhängig von dessen Inhalt ablehne oder nicht. Es geht daraus somit nicht klar hervor, ob die Klägerin den Urteilsvorschlag abgelehnt hat. Vielmehr wird eine allfällige Ablehnung an eine Bedingung geknüpft. Da die Ablehnung des Urteilsvorschlags ein prozessuales Gestaltungsrecht darstellt, ist die Verknüpfung mit einer Bedingung nicht zulässig. Die Prozesshandlung hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unbehandelt zu bleiben.

Dies gilt umso mehr, als dass die Klägerin trotz entsprechendem ausdrücklichen Hinweis der Friedensrichterin im Einschreiben vom 9. Juni 2022 innert der bis zum 16. Juni 2022 noch laufenden Ablehnungsfrist keine unbedingte Ablehnung erklärt hat.

5. Für die eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Greift die Zustellfiktion, ist das Gericht nicht zu einem zweiten Zustellversuch verpflichtet (BGer 4A\_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.2.).

Die Klägerin nahm am 19. Mai 2022 in Begleitung von A.\_ von der Gewerkschaft B.\_ an der Schlichtungsverhandlung teil, anlässlich derer die Friedensrichterin die Zustellung eines Urteilsvorschlages in Aussicht stellte. Die Klägerin musste somit klarerweise mit der Zustellung des Urteilsvorschlages rechnen. Dennoch wurde der Urteilsvorschlag, welcher der Vertretung der Klägerin am 20. Mai 2022 ins Postfach zur Abholung am Schalter avisiert wurde, innert der siebentägigen Abholfrist bis zum 27. Mai 2022 nicht abgeholt und an das Friedensrichteramt retourniert. Der Urteilsvorschlag gilt als

zugestellt. Zu einer erneuten Zustellung war das Friedensrichteramt nicht verpflichtet und eine solche wurde von der klägerischen Vertretung auch nicht ausdrücklich beantragt. Das Vorgehen ist diesbezüglich nicht zu beanstanden.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Schlichtungsverfahren durch den nicht ordnungsgemäss abgelehnten Urteilsvorschlag der Friedensrichterin vom 19. Mai 2022 erledigt wurde. Diesem Urteilsvorschlag kommt die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides zu. Für die Erteilung einer Klagebewilligung bestand unter diesen Umständen kein Raum. Die Klagebewilligung vom 25. August 2022 ist damit als ungültig zu qualifizieren und auf die Klage ist nicht einzutreten (Art. 59 ZPO).

7. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 ZPO). Mangels Umtrieben ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 107 ZPO).»

*(AH220120-L Verfügung vom 22. November 2022, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## **20. ZPO 357; Massgeblichkeit einer früheren Schiedsabrede**

Die Klägerin erhob vor Arbeitsgericht Zürich eine Klage gegen zwei Beklagte. Der Beklagte 1 bestritt die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts, da eine Schiedsvereinbarung zur Anwendung gelange. Er stützte sich dabei auf eine Schiedsvereinbarung im Arbeitsvertrag vom 5. Februar 2008 («Contrato»). In der Zwischenzeit hatten die Parteien zum einen am 1. Dezember 2010 einen Bonusvertrag abgeschlossen, der einen zusätzlichen Bonus regelte. Zum anderen hatten sie am 30. Mai 2015 einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnet, mit dem das Arbeitsverhältnis bis Ende 2019 verlängert wurde. Art. 5 dieses Arbeitsvertrages trug den Titel „Entrée en vigueur et modifications du contrat“ und lautete wie folgt:

„Le contrat de travail entre en vigueur dès sa signature par les deux parties et est valable pendant toute la durée du mandat du [Funktionsbezeichnung Beklagter 1]. Il remplace tous les contrats de travail précédemment conclus par les parties.“

**Aus den Erwägungen:**

«II. Fehlende (sachliche) Zuständigkeit betr. des Beklagten 1

[...]

4. Würdigung

4.1. Das Gericht prüft das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen und tritt auf eine Klage nur ein, wenn diese allesamt erfüllt sind (Art. 59 f. ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen ist unter anderem die sachliche und örtliche Zuständigkeit zu zählen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Zudem ist bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung zu prüfen, ob das angerufene staatliche Gericht seine Zuständigkeit abzulehnen hat (Art. 61 ZPO). Ob eine gültige Schiedsvereinbarung getroffen wurde oder nicht, richtet sich nach Art. 357 f. ZPO.

4.2. Bei einer Schiedsgerichtsvereinbarung handelt es sich um einen prozessrechtlichen (bzw. allenfalls gemischtrechtlichen) Vertrag. Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 358 Abs. 1 ZPO). Mangels prozessrechtlicher Regelungen kommen bezüglich Willenseinigung bzw. Willensmängeln, Auslegung etc. die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts (OR) analog zur Anwendung (F. DASSER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HASS [Hrsg.] Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 357 N 12).

4.3. Unbestrittenermassen enthält der am 5. Februar 2008 zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 abgeschlossene Contrato in Art. 8 eine Schiedsgerichtsklausel, welche den Voraussetzungen von Art. 357 f. ZPO zu genügen vermag: es besteht ein Konsens über die Beurteilung einer individuell genügend bestimmten oder bestimmaren Streitigkeit durch ein Schiedsgericht, die vorgeschriebene Form ist eingehalten, der Streitgegenstand ist schiedsfähig und das Schiedsgericht ist bestimmbar (siehe dazu BSK-ZPO-GIRSBERGER, zu Art. 357 ZPO N 13 ff.).

Diese Schiedsgerichtsvereinbarung kommt auch auf den „Bonusvertrag [Beklagter 1]“ vom 1. Dezember 2010 zur Anwendung. In der Präambel dieses Bonusvertrags wird explizit auf den Abschluss des Contrato verwiesen. Zudem wird in Ziff. 2 des Bonusvertrags festgehalten, dass alle übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages – d.h. des Contratos – vom Bonusvertrag nicht berührt und unverändert weiter gelten würden.

Der gültig zustande gekommene Arbeitsvertrag vom 30. Mai 2015 enthält keine Schiedsgerichtsvereinbarung mehr. Er verweist in Ziff. 6 auf die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts, insbesondere auf Art. 319 ff. OR, ohne Bezugnahme auf eine Zuständigkeit eines Schiedsgerichts.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob durch den Abschluss des Arbeitsvertrages vom 30. Mai 2015 die im Contrato vereinbarte und auch auf den „Bonusvertrag [Beklagter 1]“ anwendbare Schiedsgerichtsvereinbarung aufgehoben wurde.

4.4. Die Parteien verstehen den Umstand, dass im Arbeitsvertrag vom 30. Mai 2015 keine Schiedsvereinbarung festgehalten wurde, unterschiedlich. Das Zustandekommen und die Gültigkeit dieses Vertrages ist nicht strittig. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 ist somit lediglich der Inhalt des Vertrages vom 30. Mai 2015 strittig, mithin liegt ein Auslegungsstreit vor. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr mit Sicherheit feststellen, ist durch objektivierte (normative) Auslegung der Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat das Gericht das als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Es ist damit zu ermitteln, wie die Parteien den Umstand nach Vertrauensprinzip verstehen durften bzw. mussten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Rz. 1201 m.H.).

4.5. Geht man vom Wortlaut von Ziff. 5 des Arbeitsvertrages vom 30. Mai 2015 aus, so ersetzt er alle früheren Arbeitsverträge („contrats des travail“) zwischen den Parteien. Damit wurde jedenfalls der Contrato vom 5. Februar 2008, bei dem es sich explizit um einen Arbeitsvertrag handelt, aufgehoben.

Dass trotz Aufhebung des gesamten restlichen Vertrages nur gerade die Schiedsgerichtsklausel weiterhin Bestand haben sollte, vermag nicht zu überzeugen. So wird zwar in Art. 357 Abs. 2 ZPO die rechtliche Selbständigkeit der Schiedsvereinbarung festgehalten, indem die Schiedsvereinbarung unabhängig vom Hauptvertrag zu qualifizieren ist. Nach diesem Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Hauptvertrag hinsichtlich seines Zustandekommens, seiner Gültigkeit und seiner Beendigung nicht das gleiche Schicksal wie die Schiedsvereinbarung teilt. Um eine Schiedsvereinbarung zu beseitigen, muss diese üblicherweise eigenständig aufgehoben werden (BGE 121 III 495 E. 5a S. 497 mit Hinweisen; M. BURKART in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft – Schiedsfähigkeit individualarbeitsrechtlicher Streitigkeiten, Zürich 2020, Rz. 445).

Im vorliegenden Fall ist aber davon auszugehen, dass mit der – unstrittigen – Aufhebung des Contrato auch die darin enthaltene Schiedsvereinbarung aufgehoben wurde. Es würde jedenfalls wenig Sinn machen, dass eine

reine Schiedsgerichtsklausel bestehen bleibt, ohne einen Vertragsinhalt, auf welchen sie anwendbar wäre. Eine gesonderte Aufhebung der im aufgehobenen Vertrag enthaltenen Schiedsgerichtsvereinbarung musste unter diesen Umständen nicht erfolgen.

Durch die Aufhebung des Contratos und der darin enthaltenen Schiedsgerichtsklausel wurde zugleich auch dem „Bonusvertrag [Beklagter 1]“, welcher auf den Contrato verweist, hinsichtlich der Schiedsgerichtsklausel die Basis entzogen.

4.6. Richtig ist, dass der Arbeitsvertrag vom 30. Mai 2015 keine Gerichtsstandsklausel enthält. Allein aufgrund des Umstandes, dass Gerichtsstandsklauseln regelmässig in Verträge aufgenommen werden, kann jedoch entgegen den Ausführungen des Beklagten 1 das Fehlen einer Gerichtsstandsklausel nicht einfach als Beleg dafür gewertet werden, dass die ursprünglich im Arbeitsvertrag vom 5. Februar 2008 vereinbarte Schiedsklausel weitergelten solle. Auch der Umstand, dass die Klägerin in Art. [Zahl] ihrer Statuten eine Schiedsklausel aufweist, vermag dem Beklagten 1 nicht weiter zu helfen.

Was ganz allgemein Geltung haben soll, lässt keinen Rückschluss auf die individuelle Regelung der Parteien zu. Gerade weil Gerichtsstandsklauseln zu Standardvertragsklauseln gehören und regelmässig in Verträge aufgenommen werden, hätten die Parteien im Vertrag vom 30. Mai 2015 eine Schiedsvereinbarung ausdrücklich aufnehmen müssen, so sie denn eine solche abschliessen wollten.

4.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 keine gültige Schiedsvereinbarung mehr besteht, weshalb das Arbeitsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig ist. Der vom Beklagten 1 geltend gemachte Nichteintretensgrund liegt somit nicht vor.»

*(AG210003-L Zwischenbeschluss vom 12. April 2022; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## **21. GOG/ZH 20; Ansprüche aus einem „Long Term Incentive Program“**

Am 23. April 2019 schloss die Klägerin mit der A\_ AG, einer Tochtergesellschaft der Beklagten, einen Arbeitsvertrag ab, in dem auf Seite 6 Folgendes festgehalten wurde:

„Langfristiges Anreizprogramm

Die angestellte Person nimmt am Long Term Incentive Program („LTIP“) teil, das in einem separaten Reglement geregelt ist.“

Die Detailregelungen betreffend Zuteilung von Optionen und damit zusammenhängende Fragen finden sich im Long Term Incentive Plan 2018 („LTIP“) der Beklagten vom 23. Juli 2018. Darin ist unter Ziff. 2 festgehalten:

„Der Zweck des LTIP 2018 ist es, hochqualifiziertes Personal an das Unternehmen zu binden und bestimmten Mitarbeitern in Schlüsselpositionen einen zusätzlichen Anreiz zu geben, ihre Anstrengungen im Namen und im besten Interesse des Unternehmens und der A\_ Group zu erhöhen. Dies erfolgt durch die Möglichkeit, sich durch den Erwerb von Aktien über die Optionsrechte am Eigentum des Unternehmens zu beteiligen.“

### **Aus den Erwägungen:**

«II. Sachliche Zuständigkeit

[...]

4. Würdigung

4.1. Das Gericht prüft das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen und tritt auf eine Klage nur ein, wenn diese allesamt erfüllt sind (Art. 59 f. ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen ist unter anderem die sachliche und örtliche Zuständigkeit zu zählen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ergibt sich aus § 20 Abs. 1 lit. a GOG ZH (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess). Demgemäss entscheidet das Arbeitsgericht erstinstanzlich über Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen *Arbeitgebenden* und *Arbeitnehmenden*. Das Arbeitsgericht entscheidet zunächst mit Blick auf seine sachliche Zuständigkeit, ob ein Arbeitsvertrag oder ein anderer Dienstleistungsvertrag vorliegt. Massgebend sind dabei die klägerischerseits behaupteten Tatsachen (HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, § 20 N 4).

4.2. Im Weiteren ist nach dem Inhalt der faktischen und rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu beurteilen, ob ein die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts begründendes Arbeitsverhältnis vorliegt. Damit eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis vorliegt, genügt nicht schon



ein irgendwie gearteter natürlicher Kausalzusammenhang zu einem Arbeitsverhältnis; Voraussetzung ist, dass die Streitigkeit ihren Rechtsgrund im Arbeitsverhältnis hat (HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, § 20 N 5). Bei dieser Einschätzung ist der Sachzusammenhang jeweils grosszügig auszulegen.

4.3. Die Klägerin fokussiert darauf, dass der vorliegende Streitgegenstand seinen Rechtsgrund thematisch im Arbeitsverhältnis habe. Dem ist grundsätzlich beizupflichten: Sowohl verweist der Arbeitsvertrag selbst auf das LTIP-Reglement, welches die Grundlage der Mitarbeiterbeteiligung an der Beklagten bildet andererseits entfaltet die Arbeitsleistung direkte Wirkung auf die im LTIP reglementierten Ansprüche. Selbst bei Vorliegen eines ausreichenden arbeitsrechtlichen Kontextes der Forderung selbst bleibt jedoch hinsichtlich der Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes massgeblich, ob die entsprechende Streitigkeit zwischen *Arbeitgebenden* und *Arbeitnehmenden* vorliegt, d.h. ob in casu die Beklagte als Arbeitgeberin der Klägerin zu qualifizieren ist bzw. zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Arbeitsvertrag besteht.

4.4. Die Klägerin legt diesbezüglich nicht dar, dass bzw. inwieweit zur Beklagten ein Arbeitsverhältnis vorliege oder vorgelegen habe. Ein solches ist denn auch nicht ersichtlich: Vorliegend hat die Klägerin den massgeblichen Arbeitsvertrag mit der A.\_ AG, einer Tochtergesellschaft der Beklagten mit eigener Rechtspersönlichkeit, abgeschlossen. In diesem Arbeitsvertrag wurde zwar vereinbart, dass die angestellte Person am LTIP der Beklagten teilnimmt, wobei selbiges in einem separaten Reglement geregelt ist. Im LTIP selbst, dem vorliegend einzigen Anknüpfungspunkt zur Herleitung einer vertraglichen Bindung zwischen den Prozessparteien, ist demgegenüber ausdrücklich festgehalten, dass der LTIP 2018 keinen Arbeitsvertrag darstelle. Darüber hinaus ist weder ersichtlich noch vorgebracht, dass auf faktischer Ebene ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vorgelegen hätte. So war die Beklagte gegenüber der Klägerin in keiner Form weisungsbefugt, es ist kein Subordinationsverhältnis der Klägerin gegenüber der Beklagten ersichtlich und die Klägerin hatte keine Arbeitsleistungen für die Beklagte zu erbringen. Anderes macht denn auch die Klägerin nicht geltend. Vielmehr verweist auch sie explizit darauf, dass sich die Grundlage der vorliegenden Rechtsstreitigkeit im Arbeitsverhältnis bzw. dem Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der A.\_ AG finde. Arbeitgeberin war daher auch zufolge der klägerischen Ausführungen die A.\_ AG und nicht die Beklagte.



4.5. Es besteht somit in casu kein Arbeitsverhältnis bzw. kein Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten. Mangels Streitigkeit zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden ist die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts daher zu verneinen und auf die Klage ist nicht einzutreten.»

*(AN210053-L Beschluss vom 18. Mai 2022; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA220017-O vom 9. Mai 2023)*

## **II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN**

### **In der Publikation 2020**

#### **Nr. 12:**

Das Bundesgericht wies die Beschwerde des Klägers gegen das Urteil des Obergerichts, LA200031 vom 3. Februar 2022, ab, soweit es darauf eintrat (4A\_115/2022 vom 28. Juni 2022).

### **In der Publikation 2021**

#### **Nr. 4:**

Das Obergericht hiess die Berufung gut und kam zum Schluss, dass sich kein tatsächlicher Konsens zwischen den Parteien eruieren lasse. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergebe, dass die Klägerin die von der Beklagten verfasste Lohnklausel so verstehen durfte und musste, dass ein Bruttojahressalär von Fr. 62'000.– für ein Pensum von 80% vereinbart worden sei (LA210032-O, Urteil und Beschluss vom 17. August 2022). Die dagegen erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen soweit darauf eingetreten wurde (BGer 4D\_50/2022 vom 7. November 2022).

#### **Nr. 5:**

Das Obergericht kam zum selben Schluss (LA210012-O, Beschluss und Urteil vom 13. April 2023).

#### **Nr. 7:**

Das Obergericht wies die Klage ab, da die Klägerin die notwendigen Parameter für die Ermittlung bzw. Schätzung der tatsächlich angefallenen Auslagen bei der Benutzung ihres Privatfahrzeugs nicht dargetan und hierfür keine entsprechenden Beweismittel angerufen habe (RA220001-O, Beschluss und Urteil vom 8. September 2022).

#### **Nr. 8:**

Das Arbeitszeugnis war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens (LA210022-O, Beschluss und Urteil vom 23. Mai 2023).

**Nr. 12:**

Das Obergericht bestätigte den Entscheid mit Urteil vom 7. Juni 2022 (LA210035-O). In diesem Urteil hob das Obergericht hervor, die Vorinstanz habe zutreffend erwogen, dass eine (konkudent geschlossene) Aufhebungsvereinbarung und nicht ein einseitiger Verzicht der Klägerin vorgelegen habe. Im Fall der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses hätten nämlich auch der Beklagten Ansprüche zugestanden – namentlich die Arbeitsleistung der Klägerin bis im Januar 2019 –, auf welche die Klägerin nicht hätte einseitig verzichten können.

**Nr. 14:**

Das Obergericht kam zum Schluss, dass die vom Arbeitsgericht als wichtige Gründe im Sinne von Art. 337 OR qualifizierten Verhaltensweisen des Klägers dessen fristlose Entlassung nicht zu rechtfertigen vermochten und wies die Sache zur Neubeurteilung ans Arbeitsgericht zurück (LA210014-O, Beschluss vom 4. Oktober 2022). Das Bundesgericht trat auf die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil 4A\_498/2022 vom 16. März 2023 nicht ein.

**Nr. 15:**

Das Obergericht kam zum selben Schluss (LA210029-O, Beschluss und Urteil vom 3. November 2022).

**Nr. 19:**

Das Obergericht kam zum selben Ergebnis. Dabei mass es dem Umstand, dass das vereinfachte Verfahren bewusst laienfreundlich ausgestaltet sei, besondere Bedeutung bei (LA220002-O, Beschluss und Urteil vom 13. Oktober 2022).

**Nr. 20:**

Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (BGer 4A\_307/2021 vom 23. Juni 2022).

**Nr. 22:**

Die Observation war im Berufungsverfahren kein Thema (LA210016-O, Beschluss und Urteil vom 13. April 2023).

### III. STATISTISCHER ÜBERBLICK

#### Schlichtungsverfahren:

Laut Jahresbericht der Friedensrichterämter der Stadt Zürich gab es bei den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Jahr 2022 mit 647 Fällen wiederum einen Rückgang gegenüber dem Vorjahr (765). 402 Fälle erledigten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter durch Verfügung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug, Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit), Urteil oder akzeptierten Urteilsvorschlag. In 245 Verfahren wurde eine Klagebewilligung erteilt. Die Zahlen der Friedensrichterämter im Einzelnen:

	2021	2022
Anzahl Schlichtungsgesuche	765	647
Erledigung durch Verfügung	451	379
Erledigung durch Urteil	4	6
Akzeptierte Urteilsvorschläge	5	17
Abgelehnte Urteilsvorschläge/Klagebew.	4	3
Klagebewilligungen total	301	245

#### Verfahren vor Arbeitsgericht:

##### Anzahl Klagen und Erledigungen

	2021	2022
Übertrag Vorjahr	214	165
Klageeingänge von Arbeitnehmern	219	189
Klageeingänge von Arbeitgebern	9	17
Total hängige Verfahren	442	371
Erledigungen im laufenden Jahr	279	229
Pendenzen Ende Jahr	165	142

**Erledigungsarten und Anzahl Verhandlungen**

	<b>2021</b>	<b>2022</b>
durch Urteil	81	80
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	171	116
anderweitig	27	33
Anzahl Verhandlungen	209	152

**Streitwerthöhe der eingegangenen vermögensrechtlichen Klagen**

	<b>2021</b>	<b>2022</b>
bis Fr. 10 000.–	48	48
Fr. 10 000.– bis 30 000.–	118	95
Fr. 30 000.– bis 100 000.–	29	32
über Fr. 100 000.–	33	29

**Verfahrensdauer der erledigten Fälle**

	<b>2021</b>	<b>2022</b>
1 bis 3 Monate	52	65
3 bis 6 Monate	81	55
6 bis 12 Monate	88	54
1 bis 2 Jahre	48	39
über 2 Jahre	10	16

**Verfahrensausgang der erledigten Fälle**

	<b>2021</b>	<b>2022</b>
Gutheissung	13	27
Teilweise Gutheissung	51	43
Abweisung	17	10
Vergleich, Anerkennung, Rückzug	171	116
Übrige (Nichteintreten, gegenstandslos, Vereinigung)	27	33





ARBEITSGERICHT ZÜRICH