

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2021



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2021

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Auszugsweiser Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Zitiervorschlag: AGer-Z 2021 Nr. X

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	5
1. OR 63; Rückforderung von Krankenlohn	5
2. OR 320; Unentgeltliche Tätigkeit als Fussballtrainer im Juniorenbereich?	7
3. OR 321c/ArG 9; Schätzung von Überzeit	11
4. OR 322; Auslegung einer Lohnvereinbarung	16
5. OR 324; Arbeit am neuen Ort während der Freistellung?	19
6. OR 324; Arbeitsangebot nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit	23
7. OR 327b; Auslagenentschädigung für eine Kurier-Fahrerin	25
8. OR 330a; Zeugniswortlaut in englischer Sprache	28
9. OR 335; Kündigung während der Flitterwochen	29
10. OR 336; Missbräuchliche Änderungskündigung	31
11. OR 336b; Einsprache mit (unqualifizierter) E-Mail	34
12. OR 336c; Verzicht auf Verlängerung der Kündigungsfrist	36
13. OR 336c; Besonders gefährdete Personen (Covid-19-Verordnung 2)	38
14. OR 337; Fristlose Kündigung nach Treuepflichtverletzungen	41
15. OR 337; Fristlose Kündigung der Arbeitnehmerin?	47
16. OR 337; Fristlose Kündigung nach Abwerbeversuch	50
17. OR 340; Konkurrenzverbot in der Finanzbranche	53
18. ZPO 63; Kein Anwendungsfall	57
19. ZPO 68; Rechtsgenügende Bevollmächtigung an der Hauptverhandlung	59
20. ZPO 86/125; Umgang mit vier separaten Teilklagen	62
21. ZPO 138/148; Vermuteter Postdiebstahl	68
22. ZPO 152/OR 328b/DSG; Observation während der Freistellung	71
23. ZPO 209; Beginn der Dreimonatsfrist	74
24. ZPO 224/OR 321e; Widerklage gestützt auf einen Agenturvertrag	75
II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden	79
III. Statistischer Überblick	80

Hinweis

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

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

Wir freuen uns, Ihnen wiederum eine vielfältige Auswahl aus den im vergangenen Jahr am Arbeitsgericht Zürich ergangenen Entscheiden präsentieren zu dürfen.

Ein Blick ins Inhaltsverzeichnis zeigt, dass rund ein Drittel der auszugsweise abgedruckten Entscheide Kündigungen zum Gegenstand haben (Nr. 9 bis Nr. 16). Ganz grundsätzlich gilt denn auch, dass arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen in aller Regel erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht ausgetragen werden. Dies mag mit ein Grund dafür sein, weshalb Streitigkeiten mit Covid-19-Pandemie-spezifischen Rechtsfragen am Arbeitsgericht Zürich bis heute äusserst selten waren. Es scheint, dass die wirtschaftlichen Unterstützungsmassnahmen zur Sicherung von Löhnen und Arbeitsplätzen (Ausweitung und Vereinfachung der Kurzarbeit, Covid-19-Erwerbssersatz etc.) ihre Zielsetzung auch unter diesem Gesichtspunkt erreicht haben. Im Ergebnis betrifft nur einer der in dieser Sammlung wiedergegebenen Entscheide eine arbeitsrechtliche Fragestellung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie (Nr. 13).

Prominent vertreten sind nach wie vor verfahrensrechtliche Themen (Nr. 18-24). Aber auch in den Medien präsenste Phänomene wie beispielsweise der Auslagenersatz für Kurierdienst-Mitarbeitende (Nr. 7) oder Überwachungs-massnahmen in der Finanzbranche während der Freistellung (Nr. 22, vgl. auch Nr. 5) haben Eingang in die diesjährige Entscheidsammlung gefunden.

Neu finden Sie unsere Sammlung „Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich“ ab dem Jahrgang 2003 auch als PDF auf der Homepage der kantonalen Zivil- und Strafrechtspflege (www.gerichte-zh.ch), wobei die letzten beiden Jahrgänge jeweils nur in Papierform erhältlich sind.

Per 1. Januar 2022 gab es am Arbeitsgericht Zürich einen Wechsel in der Co-Bereichsvertretung. Dr. iur. Rolf Schöning, Präsident der 3. Abteilung des Arbeitsgerichts, hat den Stab von lic. iur. Erich Kaufmann übernommen. Als zweite Co-Bereichsvertreterin wirkt nach wie vor lic. iur. Renate Zefferer Stocker, Präsidentin der 1. Abteilung. Erich Kaufmann bleibt uns bis im Spätherbst noch als Präsident der 4. Abteilung erhalten.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und gute Gesundheit.

Zürich, im Mai 2022

Dr. iur. R. Schöning,
Präsident der 3. Abteilung/Co-Bereichsvertreter
Dr. iur. Th. Oertli,
Leitende Gerichtsschreiberin/Ersatzrichterin Arbeitsgericht

I. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

1. **OR 63; Rückforderung von Krankenlohn**

Der Arbeitnehmer, der im Verfahren als Kläger auftrat, arbeitete seit dem 1. Juni 2012 als stellvertretender Abteilungsleiter bei der Arbeitgeberin. Vom 31. August 2017 bis zum Erreichen des Pensionsalters im Juli 2019 meldete er der Arbeitgeberin ununterbrochen eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit und erschien nicht mehr zur Arbeit. Die Arbeitgeberin teilte dies ihrer Krankentaggeldversicherung, die sich am Verfahren als Nebenintervenientin beteiligte, Mitte Oktober 2018 mit. Im März 2019 wurde der Arbeitnehmer vom Vertrauensarzt der Krankentaggeldversicherung gutachterlich abgeklärt. Mit Schreiben vom 3. Mai 2019 erklärte die Versicherung gegenüber der Arbeitgeberin, dass sie aufgrund des Gutachtens ihres Vertrauensarztes, welches dem Kläger keine Arbeitsunfähigkeit attestiere, keine Krankentaggeldleistungen erbringen könne. Die Arbeitgeberin hatte dem Arbeitnehmer – mit Ausnahme der beiden letzten Monate Mai und Juni 2019 – jeden Monat den vollen Monatslohn ausgerichtet. Diesen Betrag forderte sie vom Arbeitnehmer verrechnungsweise zurück.

Aus den Erwägungen:

«VII. Verrechnungsforderung

[...]

3. Würdigung

3.1. Die Beklagte hat nach Erhalt der Krankmeldung des Klägers vom 31. August 2017 bis zum 30. April 2019 unbestrittenermassen während 20 Monaten den vollen Lohn an den Kläger ausbezahlt. Diesen Betrag stellt die Beklagte nun zur Verrechnung.

3.2. Damit die Beklagte mit ihrer Verrechnungsforderung durchdringt, müsste sie nachweisen, dass sie sich über die Pflicht zur Leistung dieser von ihr geleisteten Gelder *im Irrtum* befunden hat. War sie nicht in einem Irrtum, hat sie nach Art. 63 Abs. 1 OR keinen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Leistungsempfänger (d.h. dem Kläger).

Ein Irrtum läge dann vor, wenn die Beklagte die Leistung in der unrichtigen Vorstellung erbracht hätte, die Schuld bestehe. Zweifel an der Richtigkeit dieser Vorstellung schliessen den Irrtum aus. Hat nämlich

der Leistende die Schuld in Kenntnis ihres Nichtbestehens oder im Zweifel über ihren Bestand erfüllt, so fehlt es am Irrtum im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR, weshalb der Bereicherungsanspruch entfällt. Wer seine Verpflichtung bezweifelt und doch erfüllt, kann seine Leistung, wenn die Verpflichtung sich dann als nicht bestehend erweist, nicht als grundlos zurückverlangen. Die Rückforderung des Geleisteten käme hier einem widersprüchlichen Verhalten (*venire contra factum proprium*) gleich, was keinen Rechtsschutz verdient (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, 11. Auflage, Zürich 2020, Band I, N 1533 und N 1535, unter Verweis auf N 763; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, N 4 zu Art. 63 OR).

3.3. Die Beklagte hat es während Monaten unterlassen, den Kläger zu einem Vertrauensarzt zu schicken oder gar den Krankheitsfall bei der Versicherung anzumelden. Letzteres tat sie mit Schreiben vom 12. Oktober 2018, mithin rund 13.5 Monate nach der Krankmeldung des Klägers. Erst auf Veranlassung der Nebenintervenientin wurde der Kläger im Frühjahr 2019 zu einem Vertrauensarzt (der Nebenintervenientin) geschickt.

Im Rahmen des vorliegenden Prozesses argumentiert die Beklagte nun, dass es sich bei Dr. med. A._ um die persönliche Ärztin des Klägers handle. Sie sei nicht unabhängig und ihre Feststellungen würden einen reduzierten Glaubwürdigkeitsgrad aufweisen. Ihre Berichte seien unspezifisch und enthielten keine eigenen Feststellungen, auch nicht mit Bezug auf die Ursache und die Auswirkungen der (bestrittenen) Drucksituation. Sie könnten deshalb die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit nicht belegen. Genau dies musste der Beklagten aber bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der Arbeitsunfähigkeit durch den Kläger bzw. der Vorlage der unbegründeten Arztzeugnisse durch den Kläger klar sein. Kann nach Ansicht der Beklagten schon ein Bericht der behandelnden Ärztin die Arbeitsunfähigkeit nicht belegen, muss sie sich die Frage gefallen lassen, weshalb sie sich während 20 Monaten auf einfache Arztzeugnisse verlassen haben will, welche dem Kläger ohne Begründung eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestierten. Ein einfaches, vollständig unbegründetes Arztzeugnis mag zwar für Bagatellfälle bzw. kürzere Arbeitsverhinderungen ausreichend sein. Hingegen ist bei komplexeren Situationen – wie vorliegend – ab einer gewissen Zeit ein detaillierteres Arztzeugnis notwendig, welches insbesondere Angaben darüber enthält, ob die Ärztin ihre Beurteilung auf objektivierbare Befunde oder auf subjektive Patientenangaben stützt (PÄRLI/HUG/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern 2015, Rz. 217). Spätestens ab Erhalt des Arztzeugnisses vom 27. Oktober 2017, welches keine Untersuchung durch die unterzeichnende Ärztin Dr. med. A._

mehr ausweist, hätte die Beklagte reagieren müssen und wäre eine vertrauensärztliche Untersuchung angezeigt gewesen. Hat der Arbeitgeber nämlich begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses oder ist es vertraglich vereinbart, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a OR N 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-Kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 12 zu Art. 324a OR).

3.4. Es kann unter den gegebenen Umständen nicht angehen, dass die Beklagte den von ihr während 20 Monaten anstandslos geleisteten Lohn mit der Begründung zurückverlangt, sie habe sich in einem Irrtum über ihre Leistungspflicht befunden. Das Vorliegen eines relevanten Irrtums ist zu verneinen, so dass ein Rückforderungsanspruch ausser Betracht fällt.

Entsprechend kann die Frage offen gelassen werden, ob überhaupt eine Leistungspflicht bestanden hat bzw. ob der Kläger in der fraglichen Zeit effektiv zu 100% arbeitsunfähig war oder nicht.

3.5. Zusammenfassend macht die Beklagte zu Unrecht verrechnungsweise eine Rückforderung nach Art. 63 Abs. 1 OR geltend. Die von der Beklagten geltend gemachte Verrechnungsforderung ist entsprechend abzuweisen.»

(AH200137 Urteil vom 22. Juli 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

2. OR 320; Unentgeltliche Tätigkeit als Fussballtrainer im Juniorenbereich?

Der Kläger wirkte beim beklagten Fussballverein (FC A.) am Abend und am Wochenende als Juniorentrainer, Juniorenleiter und J+S Coach. Laut einem vorangegangenen befristeten Vertragsdokument wurde dem Kläger unter dem vormaligen Präsidium für ähnliche Funktionen ein Halbjahresgehalt von Fr. 11'000.– ausgerichtet. Der Beklagte bestritt den Bestand eines Arbeitsvertrags und machte geltend, der Kläger habe zugesichert, diese Tätigkeiten unentgeltlich auszuführen bis der Beklagte finanziell wieder stabil sei. Im Übrigen sei ein Verein eine gemeinnützige Institution und im Fuss-

ball auf dieser Ebene spreche man von „Spesen“. Spesen würden entschädigt, aber bei einem Verein von Lohn zu sprechen, sei falsch.

Der Kläger forderte vor Arbeitsgericht unter anderem Lohn für seine Tätigkeiten für den Beklagten in der zweiten Jahreshälfte 2019.

Aus den Erwägungen:

«1.2.1. Ausgangslage

[...]

Auch ohne eigentliche übereinstimmende Willensäusserung ist indes zu prüfen, ob ein Vertragsschluss durch Entgegennahme von Arbeit erfolgt ist. Art. 320 Abs. 2 OR besagt, dass der Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen gilt, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, wobei es allein auf die objektiven Umstände ankommt. Für den Fall, dass der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, ordnet Art. 320 Abs. 2 OR die Vertragsentstehung unabhängig davon an, ob die Parteien einen Vertrag gewollt haben oder nicht. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang auch von einem faktischen Vertragsverhältnis gesprochen. Bloss wenn die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit nachweislich und klar vereinbart ist, kann die gesetzliche Vermutung nicht greifen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 320 N 6 S. 139 f.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR, N 19; Urteil des Bundesgerichts 4A_19/2015 vom 20. Mai 2015 E. 3.2.). Dass der Lohn als einziger Grund der Arbeitsleistung erscheint, wird nicht vorausgesetzt (Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 1999, abgedruckt in: JAR 2000, S. 109 ff.).

Die Beweislast für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags und dessen Inhalt trägt nach Art. 8 ZGB, wer daraus Rechte ableitet. Wer Lohnansprüche aus einem Arbeitsverhältnis geltend macht, hat dessen Bestand zu behaupten und zu beweisen. Wird der Abschluss eines Arbeitsvertrags durch Entgegennahme von Arbeitsleistung auf Zeit behauptet, die nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, so sind die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche für den Arbeitsvertrag typisch sind, insb. (1) die Arbeitsleistung, (2) das Motiv der Entlohnung, (3) die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und (4) eine Dauerbeziehung (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR, N 18a mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Arbeitsleistung und Entschädigung können indessen auch Gegenstand anderer Vertrags- bzw. Dauerschuldverhältnisse sein, wobei vorab das Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR), aber auch andere gesellschaftliche (Rechts)-beziehungen in Frage kommen, welche ebenfalls auf Dauer ausgerichtet sein können. Zu denken ist bei einem Engagement im Juniorenbereich eines Fussballvereins namentlich an eine nebenberufliche unentgeltliche Freiwilligenarbeit, die nicht im Rahmen eines (entgeltlichen) Arbeitsvertrag erbracht wird (vgl. allgemein zur Freiwilligenarbeit: RIEMER KAFKA, Freiwilligenarbeit aus [arbeits-]vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: ARV 2007 S. 57 ff., SENTI, Gratisarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohnes, in: AJP 2016, S. 59 ff.; zum Juniorentainervertrag: DEL FABRO, Der Trainervertrags, Diss. 1992, S. 130 ff.). Der FC A. bezweckt laut Statuten, die Ausübung des Fussballsports unter Wahrung des Fairplay-Gedankens und die Pflege der Kameradschaft. Bei einem Verein mit einem ideellen Zweck liegt die Zahlung eines Lohnes nicht unbedingt auf der Hand, während dies bei einem gewinnorientierten Unternehmen den Regelfall darstellt (vgl. etwa MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2011, Rz. 187 f.). Ganz wesentlich ist der Zeitfaktor. Je kürzer der Arbeitseinsatz, desto eher muss Unentgeltlichkeit angenommen werden; zeitintensive (allenfalls wiederkehrende) Leistungen sprechen für Entgeltlichkeit (HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg i.Ü. 1999, Rz. 140). Ob die gesetzliche Vermutung von Art. 320 Abs. 2 OR zum Zug kommt ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu entscheiden.

Vorwegzuschicken ist, dass zwischen den Parteien in der ersten Jahreshälfte 2019 bereits einmal ein Trainervertrag in Form eines befristeten „Anstellungsvertrags“ bestanden hat. Der Beklagte wendet zwar ein, der Kläger habe das eingereichte Vertragsexemplar nicht unterschrieben und spricht in diesem Zusammenhang von einem „angeblichen“ Arbeitsvertrag, nimmt allerdings selber mehrfach Bezug auf dieses Dokument (so etwa: „Es war also nie die Rede davon, der bisherige Vertrag werde verlängert oder es werde ein neuer Vertrag abgeschlossen“) und bestreitet den Bestand dieses Vertrags unter der vormaligen Vereinsführung nicht substantiiert. So hat der Beklagte nie dargetan, welche (anderen) Parameter für die unbestrittenen Einsätze des Klägers für den Beklagten in der ersten Jahreshälfte 2019 hätten gelten sollen. Vielmehr stellt er sich auf den Standpunkt, es sei unverständlich, dass der vorhergehende Präsident dies so gemacht habe, das könne man gar nicht erwirtschaften. Im besagten Vertragsdokument wurde

ein Halbjahresgehalt von Fr. 11'000.– abzüglich der gesetzlich vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge vereinbart, das zum Saisonende am 30. Juni 2019 auszuführen war. Es wird eine arbeitsvertragliche Terminologie verwendet („Anstellungsvertrag“ und „Halbjahresgehalt“). Ob auch tatsächlich Sozialversicherungsbeiträge einbezahlt wurden, kann offen gelassen werden. Unbestritten ist, dass dem Kläger vom FC A. am 3. Juli 2019 ein Betrag in der Höhe von Fr. 15'416.39 mit Zahlungszweck „Spesen FC A./Trainer Juniorenl. Fr. 355.--/fehlendes Mat./Tenue“ überwiesen wurde. Der Kläger war – wie bei Mannschaftsportarten üblich – in die Organisation des Beklagten integriert (vgl. auch HÜGI, Sportrecht, Bern 2015, S. 288 Rz. 36 ff.). Zeit und Ort der Trainings standen fest. Die Trainings fanden auf der Sportanlage B. statt. Der Kläger arbeitete mit dem Material des Beklagten (vgl. den Vorwurf, wonach der Kläger im Laufe der Auseinandersetzung das gesamte Trainingsmaterial eingezogen habe). Er war in die Struktur des Vereins eingegliedert und den Weisungen des Vereinspräsidenten und des Vorstands unterstellt. Und auch wenn der Beklagte geltend macht, in einem gemeinnützigen Verein würden alle freiwillig und 99% der Leute unentgeltlich arbeiten, nahm der Beklagte vom Kläger letztlich Arbeit entgegen, die in diesem Umfang nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Der Kläger war laut eigenen Angaben während der Trainingszeit unter der Woche jeden Abend von 17:30 Uhr bis 20:30 Uhr während drei Stunden in Trainerfunktionen auf dem Fussballplatz tätig und leistete neben diesen rund 15 Stunden pro Woche auch noch an praktisch jedem Wochenende Einsätze an Fussballmatches. Der Beklagte meinte hierzu an der Hauptverhandlung, das könne sein. Sie hätten keine Rapporte, womit die Angaben des Klägers nicht – oder zumindest nicht substantiiert – bestritten wurden. Der Kläger zeichnete sich darüber hinaus als Juniorenleiter und für das J+S verantwortlich, auch das blieb unbestritten. Es obliegt bei diesen Umständen dem Beklagten zu beweisen, dass trotz der gesetzlichen Vermutung in Art. 320 Abs. 2 OR Unentgeltlichkeit und somit ein arbeitsvertragsähnlicher Vertrag *sui generis* vereinbart worden ist.»

Anmerkung: Da dem Beklagten dieser Beweis nicht gelungen war, sprach das Gericht dem Kläger gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR in Würdigung der gesamten Umstände für die geleisteten Tätigkeiten eine Entschädigung von Fr. 7'333.– brutto zu.

(AH200140 Urteil vom 20. Oktober 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

3. **OR 321c/ArG 9; Schätzung von Überzeit**

Der Kläger arbeitete ab Oktober 2010 als „Direktor Ausführung“ in der Funktion eines Teamleiters bei der Beklagten, einem in der Immobilien- und Bauwirtschaft tätigen Unternehmen. Er erzielte bis Ende 2012 ein Monatseinkommen von CHF 15'000.–, das dreizehnmal ausgerichtet wurde. Zudem nahm er laut Arbeitsvertrag an einem Bonussystem teil.

Strittig und im Folgenden Thema waren im Verfahren vor Arbeitsgericht unter anderem Mehrstunden. Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, er habe im Zeiterfassungssystem der Beklagten auf ausdrückliches Verlangen des CEO nur 8,67 Stunden pro Arbeitstag eingetragen. Tatsächlich habe er mehr gearbeitet, so im Jahr 2012 an Wochentagen regelmässig 13 bis 14,5 Stunden und zusätzlich an Wochenenden und Feiertagen insgesamt 94 Stunden. Seine Vorgesetzten hätten dies gewusst. Die Beklagte hielt dem entgegen, dass die Arbeitszeit vom Kläger selber erfasst worden sei. Gleitzeit und Mehrarbeit würden sodann eigenverantwortlich kompensiert. Die Beklagte habe aufgrund der Angaben des Klägers im Monatsrapport keinen Anlass gehabt anzunehmen, dass der Kläger mehr arbeiten würde, zumal Überzeit hätte bewilligt werden müssen.

Aus den Erwägungen:

«V. Überzeit 2012

[...]

3.3. Wegbedingung von Mehrstunden?

Die Beklagte macht geltend, dass beim Kläger Mehrarbeit in seinem hohen Lohn inbegriffen seien.

Die Vergütung für sämtliche Überstunden und die ersten 60 Überzeitstunden pro Jahr kann vertraglich (auch in einem Reglement genügt) wegbedungen werden (Art. 13 Abs. 1 ArG, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 321c OR N 7). Diese Regelung traf auch die Beklagte, wie sich aus dem Arbeitsvertrag und dem Firmenreglement ergibt, jedenfalls für Kader der Funktionsstufen D und E mit Kollektivprokura. Für Kader der Funktionsstufe C (wie der Kläger) schloss die Beklagte wie erwähnt jegliche Kompensation/Entschädigung von Überzeit aus. Die gänzliche Wegbedingung der Überzeitschädigung wäre jedoch nur möglich, wenn der Kläger als höherer leitender Angestellter vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen wäre (Art. 3 lit. d ArG).

Dass der Kläger ein höherer leitender Angestellter im Sinne des Arbeitsgesetzes war, machte die Beklagte weder in der Klageantwort noch in der Duplik geltend.

Erstmals anlässlich der Hauptverhandlung behauptete die Beklagte, dem Kläger sei ein erheblicher Einfluss auf die Unternehmung zugekommen. Die Wegbedingung der Überzeit sei daher zulässig gewesen. Damit macht sie geltend, der Kläger sei gar nicht dem Arbeitsgesetz unterstellt.

Bei dieser Behauptung handelt es sich um ein unzulässiges Novum. Mit der Erstattung der Duplik ist die Novenschranke gefallen. Abgesehen davon könnte beim Kläger nicht von einer höheren leitenden Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG gesprochen werden. Das scheint inzwischen auch die Beklagte (wieder) eingesehen zu haben (vgl. erster Schlussvortrag der Beklagten Ergänzung 1).

Daraus folgt, dass höchstens die ersten 60 Überzeitstunden pro Jahr wegbedungen werden können.

Von der Überzeitforderung wären damit weitere 60 Stunden in Abzug zu bringen. Es resultieren noch 662 Überzeitstunden.

3.4. Beweiswürdigung/Beurteilung

Die Parteien streiten sich bekanntlich darüber, ob die Arbeitszeit des Klägers plafoniert war, d.h. ob die Arbeitszeit des Klägers im System automatisch mit 8,67 Stunden pro Tag erfasst wurde, ob die Beklagte von den angeblichen Mehrstunden des Klägers wusste und natürlich über die Anzahl der angeblichen Überzeitstunden. Über all diese Fragen wurde Beweis erhoben.

Was zunächst die Frage betrifft, ob die Arbeitszeit des Klägers auf 8,67 Stunden plafoniert war, so weist das Firmenreglement durchaus in diese Richtung. Gemäss Ziff. 5.1.2 sind die Mitarbeitenden verpflichtet, einen Monatsrapport auszufüllen, auf dem die jeweiligen Leistungen bzw. Absenzen in Stunden erfasst werden. Die Einhaltung der Arbeitszeit werde durch die korrekte Zeiterfassung dokumentiert. Aus Ziff. 5.2.2 ergibt sich, dass dies für Kader der Funktionsstufen A, B und C nicht gilt (der Kläger war Funktionsstufe C). Demnach ist bei diesen Mitarbeitern Mehrarbeit im Anstellungsverhältnis berücksichtigt. Überstunden und Überzeit werden weder kompensiert noch ausbezahlt. Der Monatsrapport dient lediglich der Abwesenheitskontrolle. Daraus ergibt sich, dass die Anwesenheit des Klägers nicht stundengenau im Monatsrapport erfasst werden musste. Inzwischen ist die zunächst noch strittige Frage, ob das Zeiterfassungssystem (F_) das automatisch generierte oder ob der Kläger

dies so eintrug, geklärt. Der Kläger selber stellte klar, dass er das so eingetragen habe, auf Anweisung und weil er eine entsprechende Vereinbarung mit dem früheren CEO, G._ gehabt habe. Letztlich war aber die Frage gar nicht entscheidend.

Die Beklagte selber sah im Reglement vor, dass Mitarbeitende in der Funktionsstufe des Klägers die Arbeitszeit nicht genau zu erfassen haben. Ob es eine Vereinbarung zwischen G._ und dem Kläger gegeben habe, wonach nur 8,67 Stunden eingetragen werden sollten und Mehrstunden durch den Bonus abgegolten würden, haben die vorstehend wiedergegebenen Befragungen nicht eindeutig ergeben. Immerhin wurde dies auch nicht ausgeschlossen, z.B. von H._ [Anmerkung: damaliger Leiter Personal], der sagte, für leitende Angestellte hätten sie ein solches System gekannt. Auch die Aussagen von I._ [Anmerkung: ein damaliger Mitarbeiter des Klägers] deuten in diese Richtung. Er schilderte, dass er für die Beklagte in die Westschweiz gewechselt sei und dass dort nur 8,67 Stunden hätten aufgeschrieben werden können.

Entscheidend ist, dass auch für die Beklagte bzw. die Vorgesetzten des Klägers klar war, dass es nicht stimmen konnte, dass der Kläger jeden Tag immer genau 8,67 Stunden arbeitete. So räumte etwa der HR-Chef J._ ausdrücklich ein, dass es nicht sein könne, dass der Kläger immer genau 8,67 Stunden gearbeitet habe. J._ ging sogar noch weiter und räumte ein, dass der Kläger mehr als 8,67 Stunden gearbeitet hatte. Dennoch hat weder die HR-Abteilung noch irgend ein Vorgesetzter bezüglich der Arbeitszeiteintragungen durch den Kläger je interveniert.

Damit ist klar, dass die Beklagte ein Zeiterfassungssystem hatte, das zwar eine korrekte Erfassung der Arbeitszeiten ermöglicht hätte. Indem die Beklagte nicht einschritt gegen offensichtlich falsche Eintragungen, duldete sie eine Zeiterfassung, die den gesetzlichen Anforderungen widerspricht (vgl. Art. 73 ff. ArGV1). Dabei hätte die Beklagte als Arbeitgeberin dafür zu sorgen gehabt, dass die Arbeitszeit korrekt erfasst wird.

Das hat zweierlei zur Folge:

Erstens kann die Beklagte sich heute nicht einfach auf den Standpunkt stellen, sie habe von Mehrstunden des Klägers nichts gewusst. Sie habe gemeint, der Kläger habe allenfalls geleistete Mehrstunden immer zeitnah kompensiert. Sie hat es nämlich selber zu vertreten, dass sie die tatsächlich vom Kläger geleisteten Arbeitszeiten nicht jederzeit im Zeiterfassungssystem einsehen konnte, weil sie nämlich duldete – wenn nicht förderte oder gar forderte – dass die Zeiten eben nicht genau erfasst wurden. Hätte sie einmal interveniert und den Kläger zur korrekten Erfassung aufgefordert,

hätte sie auch gesehen, wenn der Kläger Mehrstunden leistete, und hätte gegebenenfalls dagegen einschreiten können. Sie hätte also von den Mehrstunden wissen können, wenn sie das hätten wissen wollen. Insofern kann dem Kläger auch nicht vorgeworfen werden, er handle rechtsmissbräuchlich, wenn er heute Überzeit geltend mache.

Abgesehen davon ist aufgrund der vorstehend zusammengefassten Befragungen klar davon auszugehen, dass die Vorgesetzten des Klägers nicht nur hätten wissen können, dass der Kläger Mehrstunden leistete, sondern das auch tatsächlich wussten. Sämtliche Teammitglieder leisteten Mehrstunden und gingen davon aus, der Kläger habe als ihr Vorgesetzter noch mehr gearbeitet als sie. Sie waren auch überzeugt davon, dass die Vorgesetzten von den Mehrstunden des Klägers wussten. Den Teammitgliedern wurden zudem verschiedentlich Überstunden ausbezahlt (z.B. K._; L._; I._). Sogar der Vorgesetzte des Klägers, E._, erachtete es als gut möglich, dass der Kläger mehr als die eingetragenen 8,67 Stunden arbeitete. Auch der HR-Chef J._ räumte ein, der Kläger habe mehr als 8,67 Stunden gearbeitet.

Wusste die Beklagte davon, dass der Kläger Mehrstunden leistete, ohne dagegen einzuschreiten, ist dies als Genehmigung der Mehrstunden anzusehen. Es war nicht erforderlich, ausdrücklich eine Bewilligung des Vorgesetzten einzuholen. Solches ist denn auch in den Allgemeinen Anstellungsbedingungen nicht vorgesehen, was nicht erstaunt angesichts des Umstands, dass es gemäss Reglement der Beklagten Überstunden und Überzeit in der Funktionsstufe des Klägers eigentlich gar nicht gibt. Es braucht unter diesen Umständen auch nicht geprüft zu werden, ob die vom Kläger geleisteten Mehrstunden notwendig waren oder nicht.

Zweitens kann die Beklagte heute den Kläger nicht auf die eingetragene Zeit behaften. Die Arbeitszeit (bzw. Überzeit) muss aufgrund der vom Kläger selber privat erstellten Aufstellungen und aufgrund der Ergebnisse der Befragungen ermittelt werden. Weil dies – wie zu zeigen sein wird – nicht auf die Minute exakt geschehen kann, wird eine Schätzung vorzunehmen sein (Art. 42 Abs. 2 OR analog).

Dass die Beklagte für die unrichtige Eintragung der Arbeitszeit zumindest mitverantwortlich war, ändert nichts daran, dass der Kläger beweisen muss, dass und in welchem Umfang er Mehrstunden leistete. Eine Reduzierung des Beweismasses ist nicht angebracht. Dem Kläger ist vorzuhalten, dass er die effektive Arbeitszeit hätte ins F._-System eintragen können. Es steht nirgends im Arbeitsvertrag oder in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen, dass er das nicht hätte tun dürfen. Hätte er das regelmässig

gemacht, hätte er die Beklagte monatlich über seine effektive Arbeitszeit orientiert. Die Zeiterfassung könnte heute als überzeugendes Beweismittel gelten. Hingegen stellen die eigenen Stundenrapporte des Klägers, die er unbestrittenermassen der Beklagten nie hat zukommen lassen, noch keinen ausreichenden Beweis dar (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321c OR N 10).

Erwartungsgemäss konnte keiner der im Rahmen der Beweisabnahmen Befragten die Arbeitszeitaufstellung des Klägers eins zu eins bestätigen. Nach den Befragungen kann aber ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Kläger mehr gearbeitet hat, als er hätte arbeiten müssen. Wie bereits dargetan, haben dies nicht nur alle seine Teammitglieder bestätigt. Sogar der HR-Chef J._ hat dies eingeräumt.

Was die genauen Arbeitszeiten anbelangt, sei zunächst rekapituliert, dass der Kläger sich auf die eigene Arbeitszeitaufstellung gemäss act. 5/68 beruft. Danach hat er im Jahr 2012 an den Werktagen insgesamt 2'635 Stunden gearbeitet. Hinzu kommen 94 Überzeitstunden an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen.

[Das Gericht kam in der Folge unter Würdigung der Partei- und Zeugenaussagen und Vornahme einer Schätzung zum Schluss, dass mit Bezug auf den Arbeitsbeginn, die Mittagpausen und das Arbeitsende Abzüge von der Aufstellung des Klägers vorzunehmen waren.]

3.5. Zusammengefasst ist folgende Rechnung zu machen: Wie in den vorstehenden Ziffern 3.2. und 3.3. dargelegt, ist bei richtiger Rechnung, nämlich unter Berücksichtigung der korrekten Sollstunden und nach Abzug von 60 wegbedungenen Stunden von 662 Überzeitstunden auszugehen. Nach den Beweisabnahmen sind weitere 10,5 Stunden im Zusammenhang mit dem Arbeitsbeginn, 60 Stunden im Zusammenhang mit dem jeweiligen Arbeitsende und 12 Stunden unter dem Titel Mittagspause abzuziehen. Es verbleiben somit 579,5 Überzeitstunden, die mit CHF 110.33 zu entschädigen sind. Dem Kläger ist somit eine Entschädigung von CHF 63'936.25 brutto bzw. nach Abzug von 6,4 % AHV, IV, ALV, EO von CHF 59'844.35 netto zuzusprechen.»

(AN170039 Urteil vom 12. August 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

4. OR 322; Auslegung einer Lohnvereinbarung

Die Klägerin arbeitete bei der Beklagten in einer Kinderkrippe. Anlässlich des ersten Teils der Hauptverhandlung forderte die Klägerin CHF 14'572.80. Umstritten waren hauptsächlich die von der Beklagten vorgenommenen Abzüge für Abwesenheiten der Klägerin, aber auch die Frage, ob die Parteien einen zweigeteilten Lohn vereinbart hatten, einen tieferen Lohn für die Administrationsarbeiten, einen höheren Lohn für die Kinderbetreuung. Bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung liess die nunmehr anwaltlich vertretene Klägerin ihre Forderung neu auf CHF 14'925.50 beziffern und auf eine vollständig andere Basis stellen.

Im Rahmen der Fortsetzung der Hauptverhandlung liess die Klägerin neu geltend machen, dem Begleitbrief der Beklagten zum Arbeitsvertrag vom 6. März 2019 sei unmissverständlich zu entnehmen, dass das Startsalär der Klägerin CHF 62'000.– brutto pro Jahr betragen habe. Um den vereinbarten Lohn zu eruieren, müsse durch objektivierte Auslegung der Vertragsinhalt nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden. Der Wortlaut des Schreibens der Beklagten vom 6. März 2019 und der Inhalt des Vorsorgeausweises 2020 liessen keinen anderen Schluss zu, als dass die Parteien ein Bruttojahressalär in der Höhe von CHF 62'000.– bei einem Arbeitspensum von 80% vereinbart hätten.

Aus den Erwägungen:

«3. Lohndifferenzen

[...]

3.2. Beurteilung

Strittig ist nach der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 7. Juli 2021 einzig noch die Höhe bzw. die Berechnungsweise des Lohnes.

3.2.1. Lohnhöhe

3.2.2. CHF 62'000 für 100%-Pensum oder für 80%-Pensum?

3.2.2.1. Die Klägerin hat anlässlich der (ersten) Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2020 klipp und klar zu Protokoll gegeben, wie sie die Lohnvereinbarung verstand: Auf Frage, wie sie ihre Berechnung gemacht habe, führte die Klägerin aus, sie habe den Jahreslohn auf zwölf Monate verteilt und davon die 80% genommen. Auf die Frage des Einzelrichters, was sie mit 80% meine, antwortete sie, „Fr. 62'000.– und davon 80%.“. Der Einzelrichter fragte sodann nochmals nach, ob er dies richtig verstehe, dass ihr

Jahreslohn 80% von CHF 62'000.– betrage. Darauf antwortete die Klägerin mit „Richtig“. Damit musste anlässlich der ersten Hauptverhandlung davon ausgegangen werden, dass unter den Parteien ein (natürlicher) Konsens darüber bestand, dass die im Begleitbrief vom 6. März 2019 zum Arbeitsvertrag genannten CHF 62'000.– für ein 100%-Pensum gedacht waren.

Wenn die nunmehr anwaltlich vertretene Klägerin anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung geltend machen lässt, die CHF 62'000.– seien der Lohn für ihr 80%-Pensum gewesen, erscheint das in höchstem Masse ungläubhaft.

Zunächst sind keinerlei Anzeichen ersichtlich, dass die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2020 aus Überforderung und plötzlicher Verunsicherung etwas Falsches zu Protokoll gab. Im Gegenteil: Erstens hat der Einzelrichter, im Einklang mit den Vorschriften des vereinfachten Verfahrens, nach der ersten Antwort der Klägerin ausdrücklich noch einmal nachgefragt. Die Klägerin hätte also Gelegenheit gehabt, einen allfälligen Fehler zu korrigieren. Zweitens passt die Darstellung der Klägerin vom 2. Dezember 2020 auch zu ihrem Verhalten während des Arbeitsverhältnisses und bei Einleitung des Prozesses. Die Klägerin hat zwar während des Arbeitsverhältnisses verschiedentlich moniert, dass sie nicht den Lohn erhalten habe, der vertraglich zugesichert worden sei. Aber nie stand dabei zur Diskussion, dass die im Begleitbrief zum Arbeitsvertrag statuierten CHF 62'000.– für ein 80%-Pensum gedacht sein könnten. Dabei hätte es durchaus Gelegenheit geben können, wenn denn die Klägerin dieser Ansicht gewesen wäre. In keinem Monat wurde nämlich ein Lohn bezahlt, der auch nur annähernd in der Höhe der neu geltend gemachten CHF 5'166.65 gewesen wäre. Am 3. April 2019, also weniger als einen Monat nach Abschluss des Arbeitsvertrages, erhielt die Klägerin einen Vorsorgeausweis der Sammelstiftung A., auf dem als gemeldeter Lohn CHF 49'600.– aufgeführt war. Das entspricht nota bene 80% von CHF 62'000.–. Die Klägerin selber macht nicht geltend, sie habe dies einmal beanstandet. Dass im Vorsorgeausweis 2020 von CHF 62'000.– die Rede ist, ändert nichts. Wenn überhaupt ein Vorsorgeausweis tauglich wäre, Rückschlüsse auf das Verständnis und den wahren Willen der Parteien beim Abschluss des Arbeitsvertrages zu ziehen, dann wäre es derjenige, der zeitlich näher beim Vertragsschluss liegt.

Die Klägerin ist sodann auch bei ihrer Klageeinleitung nicht annähernd von einem monatlichen Lohn von CHF 5'166.65 ausgegangen. Sonst wäre nämlich die Klägerin bei ihrer Berechnung, die sie ausserhalb einer belastenden Gerichtsatmosphäre vornehmen konnte, auf einen viel höheren

Forderungsbetrag als die ursprünglich eingeklagten CHF 14'572.80 gekommen. Zu bedenken ist nämlich, dass in diesem Betrag all die Abzüge unter dem Titel „unpaid leave“ enthalten waren, welche die Klägerin noch in der ersten Hauptverhandlung beanstandete, die aber anlässlich der zweiten Hauptverhandlung akzeptiert wurden. Offensichtlich ging die Klägerin bei ihrer Berechnung von einem Monatslohn von CHF 4'333.– aus, wie sie dies an der Verhandlung vom 2. Dezember 2020 sagte. Auf diesen Betrag von CHF 4'333.– kam die Klägerin aufgrund der Abrechnung der Arbeitslosenkasse, die von einem versicherten Verdienst von CHF 4'333.– ausging. Wie die Arbeitslosenkasse auf diesen Betrag kam, ist nicht bekannt. Jedenfalls liegt aber auch dieser Betrag von CHF 4'333.– ganz weit entfernt von dem neu geltend gemachten monatlichen CHF 5'166.65 und viel näher beim von der Beklagten geltend gemachten Monatslohn von CHF 4'133.35 (49'600.– : 12). Von irgendwoher musste die Arbeitslosenkasse die Angaben über den Lohn der Klägerin haben, entweder von der Klägerin selber (worauf z.B. act. 4/9 hindeutet), oder von der Beklagten.

Wenn die Klägerin ausführen lässt, die angeblich widersprüchlichen Angaben anlässlich der Hauptverhandlung müssten auf den Umstand zurück geführt werden, dass der bei der Arbeitslosenversicherung versicherte Lohn 80% des arbeitsvertraglich vereinbarten Salärs betrage, dann ist das aus zweierlei Gründen falsch.

Erstens entspricht der versicherte Lohn dem AHV-pflichtigen Lohn. Die Taggelder betragen dann 70% oder – wie hier bei der Klägerin – 80% dieses versicherten Lohnes (Art. 22 und 23 AVIG; vgl. z.B.: www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/stellensuchende/arbeitslos-was-tun-/faq_arbeitslosenentschaedigung.html). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich sprach denn auch Taggelder von 80% des versicherten Lohnes von CHF 4'333.– zu ($4'333 \times 80\% : 21.7$).

Zweitens verhielt die Klägerin sich bis und mit der ersten Hauptverhandlung eben gerade insofern nicht widersprüchlich, als sie immer von Lohnbeträgen im Bereich von 80% von CHF 62'000.– ausging.

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, die Parteien hätten sich am 6. März 2019 darauf geeinigt, dass der Lohn 80% von CHF 62'000.– sein sollte.

Auf eine Parteibefragung der Klägerin, wie dies anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Juli 2021 offeriert wurde, kann verzichtet werden. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass auch eine zusätzliche Befragung der Klägerin kein anderes Resultat ergäbe.

3.2.2.2. Selbst wenn man nun aber nicht von einer Einigung im eben genannten Sinne ausginge, würde man – anders als die Klägerin anlässlich der Verhandlung vom 7. Juli 2021 – mittels Auslegung letztlich zum gleichen Ergebnis gelangen. Der Wortlaut des Schreibens der Beklagten vom 6. März 2019 ist nicht völlig klar und lässt durchaus einen andern Schluss zu, als den, welchen die Klägerin an der Verhandlung vom 7. Juli 2021 hat ziehen lassen. „CHF 62'000 gross per annum pro rata“ kann für sich allein betrachtet sehr wohl bedeuten, der Lohn betrage beim Pensum von 80% eben 80% von CHF 62'000.–. Schaut man den gesamten Brief an, spricht der Wortlaut dafür, dass CHF 62'000.– für ein 100%-Pensum gedacht war, zumal im Brief davon die Rede ist, dass das Pensum variieren könne, und erklärt wird, wie viele Stunden ein 100%-Pensum ausmachen würde, nämlich 42.5 Stunden pro Woche. Vor allem spricht aber auch für diese Auslegung, dass ein Lohn von monatlich CHF 5'166.65 für ein 80%-Pensum sehr hoch wäre. So betrug die Mindestlohnvorgabe für das Jahr 2021 in der Stadt Zürich für eine Fachperson Betreuung – nota bene für ein 100%-Pensum – CHF 54'600.– pro Jahr oder CHF 4'200.– pro Monat.

Es ist daher nach dem Gesagten von einem Jahreslohn der Klägerin in der Höhe von 80% von CHF 62'000.– auszugehen.»

(AH200168 Verfügung und Urteil vom 5. August 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

5. OR 324; Arbeit am neuen Ort während der Freistellung?

Dem Urteil, aus dem nachfolgend zitiert wird, lag ein grösserer Rechtsstreit zwischen der in der Finanzbranche tätigen Beklagten und dem Kläger sowie mehreren anderen ehemaligen Mitarbeitenden der Beklagten zugrunde. Der unter Nr. 22 wiedergegebene Entschendauszug betrifft einen dieser weiteren Mitarbeiter, einen Teamleiter. Die Beklagte warf ihren ehemaligen Angestellten und so auch dem Kläger unter anderem vor, bereits während der Freistellung für ein von A., Mitgründer und langjähriger CEO der Beklagten, neu gegründetes Unternehmen, die B. AG, tätig gewesen zu sein. Das dabei erzielte (oder erzielbare) Einkommen übersteige den verbleibenden Lohnanspruch gegenüber der Beklagten während der Freistellung. Der Kläger bestritt dies.

Aus den Erwägungen:

«IV. Lohnanspruch während der Freistellung

[...]

2.3.2. Der Aufbau der B._ AG, insbesondere einer Datenplattform, benötigt Monate

Die Beklagte bringt vor, ein Projekt wie die B._ AG, die Mitte Mai 2019 ihre Tätigkeit aufgenommen habe, könne nicht innert weniger Tage oder einiger Wochen auf die Beine gestellt werden, vielmehr stecke dahinter eine monatelange Vorbereitungs- und Aufbauzeit. Insbesondere der Aufbau einer Datenplattform für strukturierte Produkte habe bei der Beklagten mehrere Jahre gedauert und einen dreistelligen Millionenbetrag gekostet; es müsse daher davon ausgegangen werden, dass sich der Kläger und die weiteren ehemaligen Mitarbeiter für den Aufbau dieser Datenplattform, welche anscheinend schon kurz nach dem Weggang des Klägers und der anderen ehemaligen Mitarbeiter in Funktion gewesen sei, massgeblich auf das technische Know-how und die Daten der Beklagten abgestützt haben.

Aufgrund der Behauptungen der Beklagten zum Aufbau der Datenplattform bleibt unklar, wann die Datenplattform aufgebaut worden sein soll und wer wie viel Zeit darin investiert haben soll. Auch aus den Ausführungen der Beklagten, dass der Kläger womöglich lange vor seinem Weggang bei der Beklagten an diesem System gearbeitet habe, ist unklar, ob die Plattform im Zeitpunkt der Kündigung des Klägers überhaupt noch aufgebaut werden musste, zumal gemäss der Beklagten die B._ AG schon Mitte Mai, also kurz nach der Kündigung des Klägers, ihre operative Tätigkeit aufgenommen hat. Sodann gesteht auch die Beklagte zu, dass die Grundlösung für eine solche Datenplattform von einem Drittanbieter erworben werden kann, womit sich der Aufwand für den Aufbau der Plattform bereits erheblich reduzieren dürfte. Es bestehen mithin keine konkreten Hinweise dafür, dass der Kläger während seiner Kündigungsfrist die Datenplattform der B._ AG aufgebaut hätte. Entgegen der Beklagten hat C._ [Anmerkung: einer der anderen Mitarbeitenden, die zusammen mit dem Kläger gekündigt haben] in seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme ihre Vorbringen betreffend Aufbau einer Datenbank bei der B._ AG nicht bestätigt. Im Gegenteil hat C._ ausgesagt, dass man das Tool kaufen könne. Es müsse nicht selber entwickelt werden. Auch führte er aus, dass das „Reinladen der Daten“ relativ schnell gehe. Alles andere sei „ongoing“. Dies spricht nicht für die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger während der Freistellung die Datenplattform aufgebaut hatte.

Ohne konkrete Hinweise laufen die Beweisanträge der Beklagten ins Leere. Die Anordnung der Urkundenedition ist nur soweit zulässig, als die Urkunden für den Beweis konkret behaupteter Sachverhalte relevant sind. Hinsichtlich des Erfordernisses der Relevanz sind ferner strenge Anforderungen zu stellen; die sich dabei ergebende Mitwirkungspflicht der zur Edition verpflichteten Partei (oder des Dritten) im Sinne von Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO darf nicht überspannt werden (ZR 95 Nr. 62 E. 5.3. i.f.; ZR 114 Nr. 70 E. 3).

Die beantragten Editionen sämtlicher Zugriffe des Klägers auf das IT-System der B._ AG während der Kündigungsfrist, der Unterlagen zum Zeitpunkt der Eröffnung seines Mail-Accounts bei der B._ AG, der versandten und eingegangenen Mails des Klägers während der Kündigungsfrist bei der B._ AG, des Arbeitsvertrags mit der B._ AG sowie des Gesellschaftsvertrags und sämtlicher anderer Verträge zwischen dem Kläger und den weiteren Gesellschaftern und schliesslich der Nachweis über sämtliche Zahlungen der B._ AG an den Kläger zwischen dem 1. Oktober 2018 und 31. Dezember 2019 sind allesamt als unzulässige Beweisausforschungsbegehren zu qualifizieren.

2.3.3. Hinweise durch Kundenrückmeldungen und Überwachung des Klägers

Die Beklagte führt aus, sie habe die Situation aufgrund von Kundenrückmeldungen, wonach ihre Mitarbeiter trotz laufendem Arbeitsverhältnis bereits für die B._ AG tätig gewesen seien, von einem Detektivbüro abklären lassen. In Bezug auf die Tätigkeit des Klägers habe die Detektei festgestellt, dass er sich sowohl am 25. als auch am 26. April 2019 während mehrerer Stunden im Bürogebäude der B._ AG aufgehalten habe.

Aus dem Schlussbericht des Detektivbüros vom 2. Mai 2019 geht hervor, dass sich der Kläger während des Überwachungszeitraums vom 16. bis 30. April 2019 am 25. und 26. April 2019 für einige Stunden im Bürogebäude der B._ AG aufgehalten und mit den anderen überwachten Mitarbeitern Kontakt hatte. Daraus ergibt sich aber auch, dass der Kläger an den übrigen Tagen, d.h. vom 16. bis 24. April und vom 27. bis 30. April 2019, nicht im Bürogebäude der B._ AG war.

Der Kläger begründet seine Anwesenheit mit den ausgebliebenen Lohnzahlungen der Beklagten. Aufgrund derer habe sich der Kläger mit seinen Kollegen getroffen, um zu besprechen, wie gegen die Lohnrückbehalte vorzugehen sei. Dies erscheint angesichts der von der Beklagten ins Recht gelegten Mahnschreiben des Klägers und seinen Kollegen, die alle

vom 25. April 2019 datieren, nicht unplausibel, zumal die Beklagte selbst vorbringt, dass diese „inhaltlich nahezu übereinstimmend sind“ und „am selben Ort und zur selben Zeit auf die Post aufgegeben worden [...] sind“.

Die Beklagte äussert im Übrigen lediglich Vermutungen betreffend den anderweitigen Verdienst des Klägers während der Freistellungszeit. Weder kann aber von – aus Sicht der Beklagten – universellen Tatsachen (der Kläger hat bei der B._ AG mindestens dasselbe Einkommen erzielt, ansonsten er nicht gewechselt hätte) auf die konkreten Umstände der Anstellung des Klägers bei der B._ AG geschlossen werden noch könnte aufgrund der Berichte des Detektivbüros, die eine Anwesenheit des Klägers in den Büroräumlichkeit der B._ AG an gerade einmal zwei Tagen nachweisen, davon ausgegangen werden, der Kläger hätte während der Kündigungsfrist schon eine substantielle Tätigkeit für die B._ AG ausgeübt. Es kann demnach offengelassen werden, ob die Überwachung des Klägers überhaupt zulässig war.

Sodann wurde von der Beklagten nicht bestritten, dass der Kläger während seiner Freistellung grösstenteils auf Reisen war. Aufgrund der eingereichten Zug- und Flugtickets sowie der Hotelrechnungen ist belegt, dass der Kläger im Zeitraum vom 10. April 2019, also kurz nach der Freistellung, bis zum 29. Juni 2019 lediglich vom 22. April bis 1. Mai, vom 6. bis 8. Mai 2019 und vom 20. bis 21. Mai in der Schweiz gewesen ist. Ansonsten hat er sich in D._, E._, F._ und G._ [Anmerkung: Städte in Europa] aufgehalten.

Zur pauschalen Behauptung der Beklagten, wonach es sich dabei um Geschäftsreisen und somit um eine Tätigkeit für die B._ AG gehandelt habe, kann mit den angeführten Zeugenaussagen kein Beweis geführt werden. Ausserdem läuft der Editionsantrag, der Kläger habe alle Namen und Adressen der von ihm während seiner Reisen getroffenen Geschäftspartner zu nennen, auf ein unzulässiges Suchen nach Beweismitteln hinaus (vgl. ZR 73 Nr. 12 zur Bekanntgabe von Zeugen durch Beweisgegner), weshalb dem entsprechenden Beweisantrag nicht gefolgt werden kann. Im Übrigen sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die zeigen, dass der Kläger während der Kündigungsfrist von zu Hause aus für die B._ AG tätig gewesen wäre.

3. Fazit

Von einer substantiellen, entschädigungspflichtigen Tätigkeit des Klägers während der Kündigungsfrist für die B._ AG ist nach dem Gesagten nicht auszugehen. Demzufolge hat sich der Kläger auch keinen anderweitigen

Verdienst anrechnen zu lassen und die Beklagte schuldet ihm in vollem Umfang den Lohn für die Monate April bis Juni 2019.»

(AN190047 Urteil vom 5. März 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

6. OR 324; Arbeitsangebot nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit

Die Klägerin war ab dem 1. Mai 2019 als „Senior Coach“ für die Beklagte tätig. Die Beklagte wollte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin kündigen, nachdem diese mit einer im Dezember 2019 vorgeschlagenen Vertragsänderung nicht einverstanden gewesen war. Eine rechtsgültige Beendigung des Arbeitsverhältnisses kam indes nach Einschätzung des Gerichts nie zustande. Der Klägerin wurde mit ärztlichen Zeugnissen vom 6. Januar 2020 bis 14. Februar 2020 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit infolge Unfalls attestiert. Diese Zeugnisse stellte sie der Beklagten zeitnah zu. Bis zum 14. Februar 2020 bezog die Klägerin Lohn bzw. Unfalltaggelder. Die Klägerin forderte vor Arbeitsgericht im Sinne einer Teilklage Lohnfortzahlung bis und mit 31. Juli 2020.

Aus den Erwägungen:

«III. Lohnforderung

[...]

5.3. Lohnfortzahlung infolge Arbeitgeberverzug (15. Februar bis 31. Juli 2020)

5.3.1. Um den Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Art. 324 OR herbeizuführen, muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung grundsätzlich anbieten. Wenn der Arbeitgeber auf die Annahme der angebotenen Arbeitsleistung verzichtet, bleibt er lohnzahlungspflichtig (Art. 91 OR; BGE 135 III 349 E. 4.2 mit Hinweisen). Das bedeutet, dass dem Arbeitnehmer vorbehaltlich von Art. 324 Abs. 2 OR alle Vorteile zufließen müssen, wie wenn er gearbeitet hätte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 322 N 9). Nach Art. 324 Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer auf den Lohn jedoch anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Die Lohnfortzahlungspflicht ohne

Arbeit dauert so lange, bis der Annahmeverzug aufhört oder das Arbeitsverhältnis endet (BGE 116 II 142).

5.3.2. Die Klägerin macht geltend, dass sie die Beklagte mehrfach schriftlich, und zwar mit Einschreiben vom 19., 27. und 29. Februar 2020 darauf hingewiesen habe, dass sie seit Ende der „Krankmeldung“ am 14. Februar 2020 der Beklagten wieder zur Verfügung stehe. Von der Beklagten habe sie nie eine Reaktion darauf erhalten. Diese Arbeitsangebote der Klägerin wurden von der Beklagten nicht bestritten. Die Beklagte stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dass spätestens mit dem Einschreiben vom 20. Dezember 2019 eine definitive Kündigung vorgelegen habe, mit welcher die Klägerin auch freigestellt worden sei. Den Januarlohn habe die Beklagte noch ordentlich bezahlt und ein Arbeitszeugnis habe die Klägerin ebenso erhalten. Insofern sei „der Fall“ für die Beklagte „längstens abgeschlossen“.

5.3.3. Mit den ins Recht gelegten Einschreiben der Klägerin vom 19., 27. und 29. Februar 2020 suchte die Klägerin um Klärung des Arbeitsverhältnisses und wies die Beklagte darauf hin, dass diese ihr die Kündigung aussprechen müsse. Gleichzeitig wies sie die Beklagte darauf hin, dass sie seit Ende der „Krankschreibung“ bis und mit 14. Februar 2020 der Beklagten wieder „zur Verfügung“ stehe. Damit bot die Klägerin der Beklagten ihre Arbeitsleistung unmissverständlich an. Da die Beklagte auf die Arbeitsangebote der Klägerin unbestrittenermassen nicht reagierte, geriet sie in Arbeitgeberverzug gemäss Art. 324 OR.

5.3.4. Das erste Arbeitsangebot seitens der Klägerin erfolgte jedoch erst mit Einschreiben vom Mittwoch, 19. Februar 2020, welches an demselben Tag der Poststelle übergeben wurde und gemäss Sendungsnachverfolgung der Schweizerischen Post am Montag, 24. Februar 2020, der Beklagten zugestellt werden konnte. Die Beklagte hatte folglich erst am Montag, 24. Februar 2020, Kenntnis davon, dass die Klägerin wieder genesen war und ihre Arbeitsleistung anbot. Folglich kam die Beklagte auch erst am 24. Februar 2020 in Arbeitgeberverzug, zumal es Sache des Arbeitnehmers ist, dem Arbeitgeber seine Dienste am Ende der Arbeitsunfähigkeit anzubieten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a-b N 10 mit Hinweisen). Folglich ist die Beklagte ab dem 24. Februar 2020 lohnfortzahlungspflichtig und zwar mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den gesamten in Frage stehenden Zeitraum bis zum 31. Juli 2020.

5.3.5. Die Klägerin hätte sich darauf anzurechnen, was sie wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR). Die Klägerin macht geltend, dass sie trotz regelmässiger und intensiver Stellensuche erst per 1. November 2020 eine neue Stelle antreten konnte. Dies blieb von der Beklagten unbestritten. Auch sonst sind aus den Akten keine Hinweise ersichtlich, dass die Klägerin bis zum 31. Juli 2020 ein anderweitiges Einkommen erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hatte. Entsprechend hat sich die Klägerin auch nichts auf den geschuldeten Lohn anrechnen zu lassen.

5.3.6. Folglich ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den vollen Lohn vom 24. Februar 2020 bis zum 31. Juli 2020 zu bezahlen. Ausgehend vom vereinbarten Bruttolohn von Fr. 5'100.– pro Monat und noch fünf verbleibenden Arbeitstagen im Monat Februar 2020 hat die Beklagte der Klägerin für den Monat Februar 2020 noch Fr. 1'172.40 (Fr. 5'100.– / 21.7 x 5) und für die Monate März bis Juli 2020 je Fr. 5'100.–, entsprechend total Fr. 26'672.40 brutto (5 x Fr. 5'100.– + Fr. 1'172.40), zu bezahlen.»

(AH200142 Urteil vom 16. Februar 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

7. OR 327b; Auslagenentschädigung für eine Kurier-Fahrerin

Die Klägerin arbeitete seit dem 2. Dezember 2018 als Kurier-Fahrerin bei der Beklagten, und zwar zunächst mit befristetem Arbeitsvertrag zu einem Stundenlohn von CHF 19.–. Am 19. August 2019 schlossen die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag, in dem ein Bruttostundenlohn von CHF 21.– (nach dem Verständnis der Parteien inkl. einer pauschalen Auslagenentschädigung von CHF 2.– pro Stunde für die Verwendung des Privatfahrzeugs) vereinbart wurde. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Vor Arbeitsgericht machte die Klägerin eine Auslagenentschädigung für die Benutzung des Privatfahrzeugs geltend. Sie orientierte sich dabei am von den Steuerbehörden anerkannten Ansatz von CHF 0.70 pro Kilometer.

Aus den Erwägungen:

«IV. Entschädigung gemäss Art. 327b OR

[...]

3. Beurteilung

[...]

3.3. Kilometerentschädigung

Die Beklagte bestreitet, dass die Höhe der tatsächlichen Entschädigung CHF 0.70 pro km betragen müsste. Sie berechnet eine Entschädigung von CHF 0.56 pro km.

Statt umständlicher Berechnungen kann auch eine feste Kilometerentschädigung (oder eine Monatspauschale) vereinbart werden (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts [Der Arbeitsvertrag] vom 25. August 1967, BBl 1967 II S. 342). Da Art. 327b Abs. 1 OR zugunsten des Arbeitnehmers zwingend ist (Art. 362 Abs. 1 OR), muss die Kilometerpauschale so hoch sein, dass sie im Durchschnitt eine volle Deckung der dem Arbeitnehmer erwachsenden effektiven Kosten bewirkt. Im Allgemeinen orientieren sich die vereinbarten Kilometerpauschalen an den von den Steuerbehörden anerkannten Sätzen. Diese sind auch massgebend, wenn der Richter mangels genauer Belege über die effektiven Unkosten diese frei schätzen muss (MANFRED REHBINDER, JEAN-FRITZ STÖCKLI: Berner Kommentar, BD. VI/2/2/1, Art. 319-330b OR, Bern 2010, Art. 327b N 6). Gemäss Seite 3 des Kreisschreibens 25 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 18. Dezember 2009 über Muster-Spesenreglemente für Unternehmen und für Non-Profit-Organisationen beträgt die Kilometer-Entschädigung für Dienstreisen mit dem Privatwagen maximal CHF 0.70 (<<https://www.steuerkonferenz.ch/?Dokumente:Kreisschreiben>>, letztmals besucht am 3. November 2021). Auch die Wegleitung der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) und der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) zum Ausfüllen des Lohnausweises bzw. der Rentenbescheinigung, Formular 11, Stand 1. Januar 2021, geht hier von einem Maximalbetrag von CHF 0.70 pro Kilometer aus (<<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/lohn-ausweis.html>>, letztmals besucht am 3. November 2021). Die Beklagte bringt vor, dass eine analoge Anwendung steuerrechtlicher Kilometerpauschalen im Arbeitsrecht gesetzlich nicht vorgesehen sei. Es trifft zwar zu, dass steuerrechtliche Kilometerpauschalen gesetzlich nicht vorgesehen sind, dies bedeutet aber nicht, dass solche Pauschalen sich für das Arbeitsrecht nicht eignen. Im Gegenteil ermöglichen sie praktikable Lösungen, die

sich über Jahre hinweg bewährt haben, ohne komplizierte Berechnungen anstellen zu müssen, die letztlich nicht zwingend zu genaueren Resultaten führen. In Bezug auf die Kilometerentschädigung sind jedenfalls nicht zu strenge Anforderungen an die Berechnungsparameter zu stellen. Jedenfalls muss die Kilometerpauschale die effektiven Kosten decken, und dem Arbeitnehmer kann nicht das Risiko zugemutet werden, selber für Aufwendungen aufkommen zu müssen, die ihm durch die Verrichtung seiner Arbeitstätigkeit entstanden sind. Es ist also ohne Weiteres von den von der Klägerin geltend gemachten 70 Rappen pro Kilometer auszugehen. Dies umso mehr, als sich aus der von der Beklagten selber eingereichten Medienmitteilung des TCS ergibt, dass ab 2019 sogar ein Durchschnittspreis von 71 Rappen gerechtfertigt wäre. Mit einem Satz von CHF 0.70 pro km ergibt sich daher die folgende Berechnung: $9'671.75 \text{ km} \times 0.70 \text{ km} = \text{CHF } 6'770.25$.

3.4. Entschädigung für die zurückgelegte Strecke

Nachdem die Klägerin ihre Forderung zum zweiten Mal reduziert hat, berücksichtigt sie in den Schlussvorträgen die bereits erhaltene Pauschale von CHF 2.– pro Arbeitsstunde nicht mehr. Noch in der Klage zog sie aber CHF 1'902.28, also die Pauschale von CHF 2.– pro Stunde, zu Recht vom damals errechneten Betrag ab. Der bereits erhaltene Betrag ist jedenfalls vom Gesamtbetrag abzuziehen.

Es ist unbestritten, dass die Klägerin im Zeitraum vom 1. Februar 2019 bis 18. November 2019 885.85 Stunden gearbeitet hat. Die nun berechnete, zurückgelegte Strecke bezieht sich aber nur auf die Zeit vom 1. Februar 2019 bis 31. Oktober 2019, weshalb die Arbeitsstunden für November 2019 abzuziehen sind. Im November hat die Klägerin 64.25 Stunden gearbeitet. Es ist daher vom Gesamtbetrag die bereits erhaltene Pauschalentschädigung für 821.6 Stunden ($885.85 \text{ h} - 64.25 \text{ h}$) abzuziehen, demnach CHF 1'643.20 ($\text{CHF } 2.- \times 821.6 \text{ h}$).

Zieht man von den errechneten CHF 6'770.25 die bereits erhaltenen CHF 1'643.20 ab, ergibt dies einen Betrag von CHF 5'127.05 (brutto gleich netto). Da diesem Betrag effektive Auslagen gegenüberstehen, dürfen davon keine Beiträge für Sozialversicherungen abgezogen werden (vgl. e contrario STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 327a N 3 m.w.H.)»

(AH200124 Verfügung und Urteil vom 12. November 2021; Beschwerde am Obergericht anhängig)

8. OR 330a; Zeugniswortlaut in englischer Sprache

Das nachfolgend auszugsweise zitierte Urteil hatte unter anderem das Begehren um Aus- und Zustellung eines geänderten Arbeitszeugnisses in englischer Sprache zum Gegenstand.

Aus den Erwägungen:

«IV. Arbeitszeugnis

[...]

3. Beurteilung

3.1. Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid über den Zeugniswortlaut in deutscher Sprache ergeht, da Deutsch im Kanton Zürich Amtssprache ist (Art. 129 ZPO). Auf diesen Umstand wurden die Parteien bereits im Beschluss vom 10. August 2020 hingewiesen.

Dass der Kläger mit seinen Änderungsanträgen – wie bereits in der Klage – auch in der Hauptverhandlung vom 15. März 2021 auf den englischsprachigen Zeugniswortlaut und nicht auf die zwischenzeitlich eingereichte Übersetzung Bezug nahm, vermag an der Entscheidungsrelevanz der deutschen Sprache nichts zu ändern. Dass das richtig ist, zeigt sich in diesem Fall, in dem die Parteien gleich mehrere Differenzen betreffend englische Grammatik (inkl. Interpunktion) erkennen lassen, geradezu exemplarisch: Auch abgesehen vom Aspekt der Amtssprache ist es nicht Sache des hiesigen Gerichts, darüber zu entscheiden, ob nach „Moreover“ ein Komma zu setzen ist, ob der Ausdruck „special note“ nur durch Voranstellen des unbestimmten Artikels „a“ sprachlich korrekt ist oder ob es richtigerweise „took up the position“ oder „took up on the position“ heissen müsste.

3.2. Ebenfalls bereits mit Beschluss vom 10. August 2020 wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass die Frage, ob die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger auch eine englische Übersetzung des Zeugnisses auszuhändigen, vom Umstand zu trennen ist, dass auf Deutsch über die gestellten Änderungsanträge zu entscheiden ist.

Da der Anspruch des Klägers auf ein Arbeitszeugnis in englischer Sprache unbestritten ist (das ihm an der Schlichtungsverhandlung ausgehändigte Zeugnis ist in englischer Sprache verfasst), ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Übersetzung des Arbeitszeugnisses in englischer Sprache aus- und zuzustellen.»

(AN200045 Urteil vom 26. März 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

9. **OR 335; Kündigung während der Flitterwochen**

Die Klägerin 1 (als Klägerin 2 trat die Arbeitslosenkasse A. auf) arbeitete seit Oktober 2015 für die Beklagte. Laut dem im Zeitpunkt der Kündigung aktuellen Vertrag war sie bei der Beklagten in einem 100%-Pensum als Kunsthistorikerin angestellt, wobei sie auch die Aufgabenbereiche der kunsthistorischen Recherche sowie Administration der Geschäftsleitung übernahm. Der Jahreslohn betrug Fr. 81'600.– brutto.

Vom 10. September 2019 bis am 6. Oktober 2019 war die Klägerin 1 ferienhalber abwesend, was von der Beklagten auch so genehmigt worden war. Sie verbrachte in dieser Zeit ihre Flitterwochen. Am 25. September 2019 – die Klägerin 1 hielt sich zu diesem Zeitpunkt in einem Land ausserhalb Europas auf – sandte die Beklagte eine E-Mail an die private E-Mailadresse der Klägerin 1. Im Anhang befand sich ein Schreiben mit dem Inhalt, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2019 kündige und die Klägerin 1 per sofort freigestellt sei.

Aus den Erwägungen:

«IV. Zugang der Kündigung

[...]

2. Beurteilung

2.1. Wie bereits dargelegt, dienen Ferien der Erholung der Arbeitnehmenden, vorliegend der Klägerin 1. Betreffend die ständige Erreichbarkeit von Arbeitnehmenden während ihren Ferien ist daher grundsätzlich Zurückhaltung geboten, wird der eigentliche Zweck zweifelsohne doch zu einem gewissen Mass torpediert (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2/6 Art. 329a OR). Die Klägerin 1 besetzte bei der Beklagten keine Kaderfunktion, es wurden keine Abreden betreffend die Erreichbarkeit während der ferienbedingten Abwesenheit getroffen und sie wurde auch nicht mit entsprechenden elektronischen Geräten ausgestattet. Die Beklagte konnte schon allein deswegen nicht erwarten, dass die Klägerin 1 während ihren Flitterwochen regelmässig das Postfach ihres privaten E-Mail-Kontos überprüft.

2.2. Daran vermag auch das von der Klägerin am 6. September 2019 per E-Mail offerierte Arbeitsangebot für die letzte Woche im Monat September 2019 nichts zu ändern. Diesbezüglich ist vorab anzumerken, dass

die Klägerin 1 ihre Arbeitskraft während den ihr zustehenden Ferien anbot und folglich keineswegs mit einer Kündigung rechnen musste. Sodann blieb die E-Mail unbeantwortet, weshalb die Klägerin einstweilen auch nicht mit ihr per E-Mail kommunizierten Arbeitsaufträgen rechnen musste. Vielmehr wäre sie zwecks Erteilung von Arbeitsaufträgen in adäquater Weise zu kontaktieren gewesen. Es erscheint in dieser Hinsicht denn auch fraglich, ob die Erteilung solcher Aufträge via die private E-Mail-Adresse der Klägerin 1 aus datenschutzrechtlichen Überlegungen überhaupt angebracht gewesen wäre. Diese Frage kann an dieser Stelle aber offen gelassen werden.

Ferner kann sich die Beklagte auch aus ihrem Vorbringen, die Klägerin 1 habe am [Datum Mitte September] 2019 von der Beklagten an ihre private E-Mail-Adresse gesendete Glückwünsche zum Geburtstag verdankt, nichts zu ihren Gunsten ableiten. So erscheint es einerseits naheliegend, dass die Klägerin 1 speziell an ihrem Geburtstag ihr elektronisches Postfach überprüft. Andererseits kann aus einer einmaligen Rückmeldung per E-Mail während eines mehrwöchigen Ferientaufenthaltes nicht auf durchgehende Regelmässigkeit geschlossen werden.

Es bleibt festzuhalten, dass von der Klägerin 1 unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles nicht erwartet werden konnte, in ihren Flitterwochen regelmässig den Posteingang ihres E-Mail-Kontos zu prüfen.

2.3. Zur Kenntnis genommen wurde die per E-Mail übermittelte Kündigung von der Klägerin 1 am 6. Oktober 2019. Die Kündigung gilt an diesem Tag als zugestellt, womit sie ab dem 6. Oktober 2019 ihre Wirkung entfaltete.

Gemäss dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag stand jeder Partei das Recht zu, das Vertragsverhältnis unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende eines jeden Monats aufzulösen. Demnach endete das Arbeitsverhältnis infolge der am 6. Oktober zugegangenen Kündigung am 30. November 2019. Die Klägerin 1 hat der Beklagten mit E-Mail vom 6. Oktober 2019 kommuniziert, dass ihrer Ansicht nach das Arbeitsverhältnis noch bis zum 30. November 2019 dauere und ihre Arbeitskraft trotz Freistellungserklärung seitens der Beklagten gehörig angeboten. Die Lohnzahlungspflicht der Beklagten bestand demzufolge bis zum 30. November 2019.»

(AH200113 Urteil vom 9. Juni 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

10. OR 336; Missbräuchliche Änderungskündigung

Die Klägerin arbeitete ab dem 15. Juli 2019 als Rechtsanwältin in einem Pensum von 40% bei der Beklagten. Es war ein Bruttolohn von Fr. 4'000.– zzgl. eines 13. Monatslohns vorgesehen. Zudem wurde vereinbart, dass ein Jahresbonus in der Höhe von Fr. 15'000.– ausgerichtet werde, sofern der effektive Nettoumsatz der Klägerin mehr als Fr. 175'000.– betrage. Im Verlaufe des Dezembers 2019 wurde eine Vertragsanpassung Thema. Dies vor dem Hintergrund, dass die Klägerin nach Ansicht von A., dem einzigen Verwaltungsrat der Beklagten, u.a. die Arbeitszeiten nicht eingehalten und zu wenig verrechenbare Stunden aufgewiesen habe. Zudem bemängelte die Beklagte die Arbeitsleistung der Klägerin. Am 23. Dezember 2019 wurde der Klägerin eine Vertragsanpassung vorgeschlagen, die per 1. Januar 2020 hätte in Kraft treten sollen. Die Klägerin erklärte mit E-Mail vom gleichen Tag, dass sie mit dieser Änderungs-offerte nicht einverstanden sei.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende März 2020.

Aus den Erwägungen:

«IV. Missbräuchliche Kündigung

[...]

3.2 Änderungskündigung

[...]

3.2.11 Obwohl die Initiative zur Änderung des Vergütungssystems gemäss der vorangegangenen Korrespondenz nicht von der Klägerin ausgegangen war, versuchte die Beklagte ihr eine Vertragsänderung aufzudrängen, die nicht nur den Wechsel vom Fixlohn auf Umsatzbeteiligung vorsah, sondern nicht einmal die ordentliche Kündigungsfrist wahrte. Bei der fraglichen Vertragsanpassung handelt es sich um eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, welche sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht damit rechtfertigen lässt, die Klägerin könne ihre Arbeitszeit frei festlegen. Die Änderungen sind zu einschneidend, um allein durch eine flexiblere Arbeitszeit abgegolten zu sein. Hinzu kommt, dass der Klägerin am 23. Dezember 2019 eine Vertragsanpassung vorgeschlagen wurde, die per 1. Januar 2020, also innert weniger Arbeitstage, hätte in Kraft treten sollen. Dies, obwohl die ordentliche Kündigungsfrist drei Monate betrug.

3.2.12 Die Klägerin erklärte die Rückweisung der Änderungs-offerte mit E-Mail vom 23. Dezember 2019 um 13:30 Uhr. Noch am selben Tag, dem 23. Dezember 2019, wurde der Klägerin in den Räumlichkeiten der Beklagten die Kündigung ausgehändigt, deren Erhalt sie bestätigte. Die Beklagte sprach die Kündigung somit ohne jegliches Zuwarten aus. Die Beklagte führte aus, nach der Rückweisung der Änderungs-offerte habe wieder zum „Ausgangspunkt“ zurückgekehrt werden müssen, nämlich zur ordentlichen Kündigung. Sie räumt damit selber ein, dass sie mit ihrem Vorgehen die einschneidende Veränderung der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen zu erreichen versuchte, für den Fall der Ablehnung ihrer Änderungs-offerte durch die Klägerin das Arbeitsverhältnis jedoch beenden wollte. Der enge zeitliche und sachlich-funktionale Zusammenhang von Änderungs-offerte und Kündigung durch die Beklagte ist erstellt. Es liegt eine Änderungskündigung (i.w.S.) der Beklagten vor.

3.2.13 Zwar führten die Kritikpunkte, welche gegen die Klägerin vorlagen (Erscheinen erst um 9 Uhr, Minusstunden, wenig verrechenbare Stunden, übermäßige Inanspruchnahme der studentischen Mitarbeitenden, Missachtung von Weisungen, nicht regelkonforme Abmeldungen, kritische Rückmeldungen von Mitarbeitenden und Behörden, Haftungsrisiken) bei der Beklagten zur Motivation, der Klägerin die Kündigung anzudrohen. Es lagen somit aus Sicht der Beklagten durchaus weitere Kündigungsmotive vor. Der Nachweis, dass die Beklagte auch ohne Vorliegen des verpönten Grundes gekündigt hätte, gelingt ihr jedoch nicht. Dies insbesondere deshalb, weil sie der Klägerin eine Änderungs-offerte präsentierte und sie weiterbeschäftigt hätte, wäre diese vereinbart worden. Die vorliegende Korrespondenz macht deutlich, dass, falls der Änderungsvorschlag unterschrieben worden wäre, die Bereitschaft der Beklagten bestanden hätte, trotz der mannigfaltigen Kritikpunkte weiterhin mit der Klägerin zusammenzuarbeiten. Bei einem neuen Entlohnungsmodell hätte die Beklagte das Nichterscheinen im Büro um 8 Uhr und die vorgenannten Schwächen der Klägerin im Arbeitsumfeld hingenommen.

3.2.14 Das überwiegende und ausschlaggebende Kündigungsmotiv lag somit vorliegend darin, dass die Klägerin die mit der zu kurzen Kündigungsfrist versehene Änderungs-offerte abgelehnt hat. Dies wurde umgehend mit einer Kündigung abgestraft. Der enge zeitliche und sachlich-funktionale Zusammenhang lässt keinen andern Schluss zu, als dass ohne die Zurückweisung der Änderung eine Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre.

A. schrieb denn auch ausdrücklich, er wolle es vor Weihnachten erledigt haben, weshalb sie den Vertrag am Folgetag unterschreiben solle.

3.2.15 Nicht zu folgen ist der Argumentation der Beklagten, die Klägerin habe sich widersprüchlich verhalten, da sie der Kündigung zugestimmt habe. Ihr war von der Beklagten die Kündigung angedroht worden und sie wehrte sich mit ihren Berechnungen gegen die vorgebrachten Kritikpunkte (Minderstunden, zu wenig verrechenbare Stunden etc.). Die E-Mail-Korrespondenz zeigt, dass sie sich eine kurzfristige Vertragsanpassung nur vorstellen konnte, wenn ihre Berechnungen berücksichtigt würden und ihre Arbeitszeiten zu ihren Gunsten angepasst würden. Dass sie keine bezahlten Ferien erhalten würde, schwebte ihr nicht vor. Ihr Hinweis an die Beklagte auf eine bestehende Kündigungsmöglichkeit war zu allgemein gehalten, als dass er mit einer Zustimmung gleichgesetzt werden könnte. Eine leichtfertige Annahme, die Klägerin habe ohne Not auf ihre Arbeitnehmerrechte verzichtet, verbietet sich. Die Klägerin verhielt sich nicht treuwidrig widersprüchlich.

3.2.16 Die Änderungsofferte beinhaltete weit schlechtere Entlohnungskonditionen für die Klägerin und beachtete nicht einmal die Übergangszeit der Kündigungsfrist. Zudem wurde die Klägerin in zeitlicher Hinsicht noch zusätzlich unter Druck gesetzt, indem die Unterzeichnung bereits am Folgetag erwartet wurde, mit der Begründung, man wolle das noch vor Weihnachten abschliessen. Vor dem Hintergrund der bereits im Raum stehenden Kündigungsandrohung erweist sich die Vorgehensweise der Beklagten als eine massive Druckausübung, da der Klägerin kaum eine Reaktionszeit eingeräumt wurde und die Erwartung, sie habe umgehend zu unterzeichnen auch keinen Raum für weitere Vertragsanpassungen mehr bot.

3.2.17 Mit ihrem Vorgehen überschritt die Beklagte das zulässige Mass der (grundsätzlich zulässigen) Druckausübung: Die Klägerin als wirtschaftlich schwächere Partei wurde durch das Vorgehen der Beklagten überaus stark bedrängt. Im Kündigungszeitpunkt war sie zudem 59 Jahre alt, also fortgeschrittenen Alters. Unter den vorliegenden Umständen setzte die Beklagte ihr (grundsätzlich bestehendes) Recht auf eine Änderungskündigung mit unbilliger Druckausübung ein. Dass die Beklagte bei dieser Ausgangslage die ablehnende Reaktion der Klägerin zum Anlass nahm, diese umgehend mit einer Kündigung abzustrafen, erweist sich als rechtsmissbräuchlich.»

(AH200188 Verfügung und Urteil vom 4. Juni 2021; das Obergericht bestätigte den Entscheid betreffend die Missbräuchlichkeit der Kündigung mit Urteil vom 6. April 2022, LA210023)

11. OR 336b; Einsprache mit (unqualifizierter) E-Mail

Der Kläger hatte die Beklagte im Jahr 2013 unter einer damals anderslautenden Firma gegründet, die nach Umstrukturierungen und Verkauf im Zeitpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung Teil einer komplexeren internationalen Konzernstruktur war. Der Kläger war ab dem 1. Mai 2014 im Bereich Software-Lizenzmanagement SAP in der Funktion eines Entwicklungsleiters und Produktmanagers im Vollzeitpensum bei der Beklagten mit Sitz in Zürich angestellt. Zuletzt betrug der Fixlohn des Klägers als Entwicklungsleiter bzw. „Manager SAP“ Fr. 213'879.–. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Es endete nach Einschätzung des Gerichts am 30. September 2019. Der Kläger erachtete die Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

«III. Missbräuchliche Kündigung

[..]

3.2 Zur Einsprache und Klageeinleitung

3.2.1 Die Klage traf am 24. März 2020 beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 1 und 2, und damit innerhalb der gesetzlichen Frist von 180 Tagen seit dem Ende des Arbeitsverhältnisses ein. Zu prüfen bleibt, ob eine gültige Einsprache vorliegt.

3.2.2 Auch wenn es gemäss den Vorbringen des Klägers in der Lehre Stimmen gibt, welche nicht unterzeichnete E-Mails, SMS und Faxschreiben als der Schriftlichkeit genügend ansehen möchten, kann dem nicht gefolgt werden. Es trifft zu, dass im Geschäftsverkehr E-Mails immer wichtiger geworden sind. Es darf aber nicht ausser Acht bleiben, dass die Bestimmungen über eigenhändige Unterschriften mit dem Inkraftsetzen von Art. 14 Abs. 2^{bis} OR ausdrücklich verschärft wurden. Der Gesetzgeber hat entschieden, dass nur eine qualifizierte E-Mail, welche eine elektronische Signatur enthält, der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist. Beim Schrifterfordernis von Art. 336b Abs. 1 OR handelt es sich um eine absolut zwingende

Bestimmung (vgl. Art. 361 Abs. 1 OR). Die vorstehend zitierte Rechtsprechung wurde ausdrücklich an die geänderten Voraussetzungen angepasst. Es besteht vorliegend kein Grund, davon abzuweichen.

3.2.3 Die E-Mail des Klägers vom 21. Juli 2019 enthält keine eigenhändige Unterschrift und keine elektronische Signatur. Festzuhalten bleibt, dass es sich auch inhaltlich nicht um eine Einsprache handelt, nachdem der Kläger nur die Frage nach dem „warum“ der Kündigung stellt.

3.2.4 Die E-Mail von Rechtsanwalt W._ [Rechtsanwalt des Klägers] vom 15. August 2019 war an Rechtsanwältin X._ gerichtet, welche von der Beklagten nicht zur Vertretung in der Kündigungsangelegenheit bevollmächtigt war. Der von der Beklagten bevollmächtigte Rechtsanwalt Y._ war nur im Cc aufgeführt, so dass bereits fraglich ist, ob die E-Mail überhaupt gültig an die Beklagte adressiert war. Wie es sich damit verhält, kann an dieser Stelle jedoch offenbleiben, da die E-Mail unbestrittenermassen weder eine eigenhändige Unterschrift noch die erforderliche elektronische Signatur aufweist. Eine rechtsgültige Einsprache liegt nicht vor.

3.2.5 Das Schreiben von Rechtsanwalt W._ vom 11. September 2019 kann inhaltlich zwar als Einsprache angesehen werden. Adressat des Schreibens war jedoch nicht die Beklagte, sondern die A._ S.à.r.l. [Anmerkung: eine in der Konzernstruktur mehrere Stufen über der Beklagten angesiedelte Gesellschaft mit Sitz in einer europäischen Stadt ausserhalb der Schweiz]. Damit handelt es sich ebenfalls nicht um eine gültige Einsprache, muss diese doch an den Kündigenden, mithin an die Beklagte gerichtet sein. Dass Rechtsanwalt W._ dieses Schreiben gleichentags auch an die Anwaltskanzlei Z._, [Anmerkung: Diese in einer wiederum anderen europäischen Stadt ausserhalb der Schweiz angesiedelte Kanzlei beriet und vertrat nach Angabe des Klägers verschiedene Konzerngesellschaften] gesandt hat, ist unbehelflich, zumal es sich auch bei dieser Adressatin nicht um die kündigende Arbeitgeberin des Klägers handelt.

3.2.6 Im Ergebnis sind vorliegend die Anforderungen an eine gültige Einsprache bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht erfüllt. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung wurden nicht eingehalten. Zuzufolge fehlender rechtsgültiger Einsprache ist ein allfälliger Entschädigungsanspruch verwirkt. Dies führt zur Abweisung der Klage.»

(AN200057 Urteil vom 11. November 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

12. OR 336c; Verzicht auf Verlängerung der Kündigungsfrist

Die Klägerin war ab dem 8. Januar 2018 als Treuhänderin in einem 60%-Pensum für die Beklagte tätig. Das Arbeitsverhältnis wurde von der Beklagten ordentlich per Ende Dezember 2018 gekündigt. Die Klägerin machte vor Arbeitsgericht unter anderem geltend, sie sei nach Erhalt der Kündigung erkrankt und zufolge ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit vom 20. November bis 9. Dezember 2018 nicht arbeitsfähig gewesen. Die Kündigungsfrist habe sich deshalb bis Ende Januar 2019 verlängert.

Aus den Erwägungen:

«V. Verlängerung der Kündigungsfrist bis Ende Januar 2019

[...]

3. Würdigung

3.1. Die von der Klägerin eingereichten Arztzeugnisse attestieren ihr eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit vom 20. November 2018 bis 9. Dezember 2018. Ob es an dieser Arbeitsunfähigkeit berechnigte Zweifel gibt oder ob eine bloss arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hat, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden.

3.2. Die Krankheit der Klägerin hätte – sofern sie tatsächlich vorgelegen hätte und nicht arbeitsplatzbezogen gewesen wäre – in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist bis 31. Januar 2019 geführt. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 teilte die Rechtsschutzversicherung der Klägerin der Beklagten jedoch im Namen der Klägerin und in Kenntnis dieses Umstands mit, dass die Klägerin auf die Verlängerung der Kündigungsfrist im Sinne von Art. 336c OR verzichte. Die relative Unverzichtbarkeit von Art. 336c OR verbietet es den Parteien nicht, das Arbeitsverhältnis jederzeit einvernehmlich aufzulösen, sofern dies nicht zur klaren Umgehung des Kündigungsschutzes führt (vgl. BGer 4A_187/2010 vom 6. September 2010 E. 2.5). Eine solche ist vorliegend nicht ersichtlich, kam der Verzicht auf die Verlängerung der Kündigungsfrist für den Januar 2019 und somit der Vorschlag der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses per Ende Dezember 2018 doch von der Klägerin selbst

bzw. von deren Rechtsschutzversicherung, die erklären liess, die Klägerin habe im Januar 2019 eine Anschlusslösung. Nachteilige Auswirkungen auf die Klägerin sind entsprechend, wie ausgeführt, weder ersichtlich noch wurden sie substantiiert vorgebracht. Damit ist erstellt, dass die Aufhebung (auch) im Interesse der Klägerin lag. Das Arbeitsverhältnis endete somit per 31. Dezember 2018.

3.3. Überdies ist festzuhalten, dass die Klägerin im Januar 2019 ihre Arbeit gemäss eigenen Angaben nicht angeboten hat. Nur aus der Tatsache, dass die Beklagte im Dezember 2018 den Schlüssel zurückverlangte, durfte die Klägerin nicht darauf schliessen, dass die Beklagte während einer verlängerten Kündigungsfrist im Januar 2019 auf ihre Dienste verzichtet. Schliesslich hat die Klägerin selbst, sofern man das Schreiben vom 5. Dezember 2018 nicht als gültige Aufhebung betrachten sollte, immerhin zu erkennen gegeben, dass sie eine Anschlusslösung im Januar 2019 habe. Es kann in dieser Konstellation nach Treu und Glauben nicht an der Beklagten sein, die Klägerin erneut zur Arbeit aufzubieten.

3.4. Dasselbe gilt in Bezug auf die Aussage der Klägerin, es sei abgemacht gewesen, dass sie im Dezember 2018 Ferien und Überstunden beziehe. Selbst wenn dem so war, konnte die Klägerin nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass für den Januar 2019 dasselbe galt (sofern denn überhaupt ein Ferien- und/oder Überstundensaldo im benötigten Ausmass vorlag). Sodann trifft es zu, dass die Beklagte den Lohn für Dezember 2018 aufgrund der erklärten Verrechnung nicht ausbezahlt. Bevor die Klägerin jedoch allenfalls gestützt auf Art. 82 OR zur Arbeitsniederlegung berechtigt gewesen wäre, hätte sie die Beklagte abmahnen und die Niederlegung der Arbeit androhen müssen (vgl. JAR 1999 S. 37). Dies gerade deshalb da der Novemberlohn unbestrittenermassen schliesslich am 12. Dezember 2018 – als Reaktion zum genannten Schreiben – ausbezahlt wurde. Ein Lohnanspruch für den Januar 2019 wäre nach dem Gesagten selbst dann nicht gegeben, wenn kein Verzicht auf die Verlängerung der Kündigungsfrist bis Ende Januar 2019 erfolgt wäre.

3.5. Die Forderung der Klägerin auf den Lohn für Januar 2019 ist abzuweisen.»

(AH200018 Verfügung und Urteil vom 20. Juli 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

13. OR 336c; Besonders gefährdete Personen (Covid-19-Verordnung 2)

Der Auseinandersetzung vor Arbeitsgericht lag ein Arbeitsverhältnis zugrunde, das zwischen der Klägerin und dem Beklagten mit Arbeitsvertrag vom 16. März 2012 begründet worden war. Die Klägerin arbeitete beim Beklagten als Mitarbeiterin Hauswirtschaft in einem 60%-Pensum und verdiente zuletzt ein Bruttosalär von Fr. 2'685.– (zzgl. 13. Monatslohn).

Mit Schreiben vom 24. März 2020 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich per 30. Juni 2020 und stellte die Klägerin gleichzeitig frei. Mit Zeugnis vom 25. März 2020 (1 Tag nach dem Datum des Kündigungsschreibens) bescheinigte Dr. med. A., Innere Medizin FMH, dass die Klägerin einer Hochrisikogruppe angehöre. Sie dürfe während der Corona-Pandemie keinen Kontakt zu anderen Leuten haben. Die Klägerin leidet laut diesem und weiteren Attesten ihres behandelnden Arztes, Dr. med. A., an Diabetes. Es wurde im Prozess nicht geltend gemacht, dass die Beklagte dies bereits im Kündigungszeitpunkt wusste und die Kündigung damit in Zusammenhang stand.

Vom 17. März bis 22. Juni 2020 waren die Bestimmungen der Covid-19-Verordnung 2 in Kraft, womit für „besonders gefährdete Personen“ besondere Schutzmassnahmen galten, die verschiedentlich angepasst wurden (Art. 10b und Art. 10c Covid-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020). Unstrittig war im Prozess, dass die Klägerin als besonders gefährdete Person im Sinne dieser Verordnung zu gelten hat. Strittig war, ob die Klägerin deshalb im Kündigungszeitpunkt vom zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR profitieren konnte.

Aus den Erwägungen:

«3.4. Anwendung des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auf besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

3.4.1. Einleitend ist darauf hinweisen, dass die speziellen in E. 3.3. dargestellten Schutzvorschriften für besonders gefährdete Arbeitnehmende, so wie sie zwischen dem 24. März und 22. Juni 2020 in Kraft waren, sich von den gegenüber sämtlichen Arbeitnehmenden einzuhaltenden Schutzvorkehrungen nicht radikal unterscheiden. Es gab allerdings Unterschiede und es bestanden – auch als Folge der unsteten Regelungen zu Beginn des

Pandemieausbruchs in der Schweiz – auch Unsicherheiten, wie einer besonderen Gefährdung im Arbeitsumfeld begegnet werden soll. Ein Unterschied bestand etwa darin, dass im massgebenden Zeitabschnitt besonders gefährdeten Arbeitnehmenden wenn immer wie möglich (gemäss Änderung vom 16. April 2020 allenfalls auch unter Zuweisung gleichwertiger Ersatzarbeit) die Arbeit im Homeoffice gewährt werden sollte (E. 3.3.2. und E. 3.3.3.). Mit der Änderung vom 16. April 2020 wurde sodann spezifiziert, was für Schutzvorkehrungen notwendig waren, um besonders gefährdete Arbeitnehmende vor Ort zu beschäftigen, wenn deren Präsenz aus betrieblichen Gründen unabdingbar war (E. 3.3.3.). Auf diese Regelung zielt der Beklagte ab, wenn er geltend macht, die Schutzmassnahmen seien im Betrieb des Beklagten eingehalten worden und die Präsenz vor Ort sei in einem Heim grundsätzlich unabdingbar. Darüber hinaus wurde den besonders gefährdeten Arbeitnehmenden in der ab dem 17. April 2020 gültigen Fassung aber auch das Recht zugestanden, die ihr zugewiesene Arbeit (unter Lohnfortzahlung) abzulehnen, wenn sie die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der getroffenen Massnahmen aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachteten (E. 3.3.3.). Die Arbeitgeberin konnte ein ärztliches Attest verlangen (vgl. zum Ganzen THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in AJP 5/2020 S. 545 ff., S. 549 f.).

3.4.2. Die Klägerin macht geltend, dass sie als besonders gefährdete Arbeitnehmerin im Sinne der Covid-19-Verordnung 2 von einem zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR profitieren konnte.

In der Lehre wird als Hauptargument für die Anwendung der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auf besonders gefährdete Arbeitnehmende die ratio legis der Sperrfristenregelung (vgl. hierzu: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. Zürich 2012, Art. 336c N2 S. 1072, DENIS G. HUMBERT/ANDRÉ LERCH, Kündigungsschutz in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, S. 411 ff. Rz. 11.134) angeführt (vgl. KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, in: Jusletter 8. Februar 2021 Rz. 96). Laut Botschaft zielt der in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR statuierte Kündigungsschutz darauf ab, dass „eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint.“ (BBl 1984 1984 605; vgl. auch BGE 128 III 212 E. 3a [Schriftbild geändert]:

„*Le but de la loi, comme on l'a vu, est de protéger le travailleur contre le risque de recevoir le congé à un moment où il pourrait difficilement trouver un nouvel emploi pour l'échéance.*“). Auch für besonders gefährdete Arbeitnehmende bestanden unter der dargestellten Covid-19-Verordnung 2 mit Bezug auf die Einsatzmöglichkeit erschwerende Umstände. Die Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR könnte sich insoweit an die Intention des Gesetzgebers anlehnen. Bei der Klägerin, die im Hausdienst tätig war, war die Unsicherheit mit Bezug auf künftige Einsatzmöglichkeiten grösser als bei einer Person, die im Büro arbeitet.

3.4.3. Gegen die Anwendung einer Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auf besonders gefährdete Person im Sinne der Covid-19-Verordnung 2 spricht demgegenüber die abschliessende Aufzählung der Schutztatbestände im Gesetz (vgl. hierzu etwa BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 9). In Art. 336c Abs. 1 lit. b OR wird ein zeitlicher Kündigungsschutz bei einer ganzen oder teilweisen (unverschuldete) Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Krankheit oder Unfall statuiert. Es genügt nicht, krank oder verunfallt zu sein. Vielmehr muss die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer beweisen, dass sie oder er wegen Krankheit oder Unfall (ganz oder teilweise) an der Arbeitsleistung verhindert ist. Eine laut Covid-19-Verordnung 2 besondere Schutzmassnahmen begründende Gefährdung kann nicht unbesehen einer Krankheit gleichgesetzt werden. Besonders gefährdete Arbeitnehmende, darunter fallen auch Personen ab 65 Jahren, sind nicht „durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert“. Art. 10c der Covid-19-Verordnung 2 hat vielmehr besonders gefährdete Arbeitnehmende zum Gegenstand, die nicht arbeitsunfähig sind, die aber aufgrund ihrer gesundheitlichen Dispositionen vor einer Ansteckung mit Covid-19 am Arbeitsplatz geschützt werden sollen. Ist es nicht möglich, die Arbeit unter angemessenen Bedingungen zu organisieren, oder macht eine Arbeitnehmerin von ihrem Ablehnungsrecht Gebrauch, beschränkt sich Art. 10c auf die Festlegung eines Urlaubs sui generis mit Anspruch auf Lohnfortzahlung. Wenn der Bundesrat spezifische Vorschriften zum Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer traf, so hätte er auch mit Bezug auf einen besonderen Kündigungsschutz eine Regelung treffen können und müssen, wenn ein solcher zum Zuge kommen soll. Eine neue Sperrfrist für besonders gefährdete Personen kann nur – im Rahmen der Notrechtsbefugnis – vom Bundesrat oder vom Parlament eingeführt werden (sinngemäss JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en

période de déconfinement, in: Newsletter, DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020, S. 14 f.).

Diese namentlich von DUNAND/WYLER vertretene Lehrmeinung überzeugt. Der Bundesrat erliess zwischen dem 13. März 2020 und dem 22. Juni 2020 sehr differenzierte und auch immer wieder geänderte Vorschriften im Zusammenhang mit dem Ausbruch der Corona-Pandemie in der Schweiz. So ist namentlich die Fassung von Art. 10c der Covid-19-Verordnung 2 vom 17. April 2020 zum Schutz der Gesundheit von besonders gefährdeten Arbeitnehmenden mit insgesamt acht Absätzen ausserordentlich detailreich formuliert. Der Bundesrat erliess dabei gewissermassen arbeitsrechtliches Notrecht. Ein zeitlicher Kündigungsschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmende wurde jedoch nie vorgesehen und findet deshalb auch keine Anwendung.

3.4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die am 24. März 2020 vom Beklagten ausgesprochene Kündigung nicht zur Unzeit erfolgte, da keine Sperrfrist im Sinne von Art. 336c OR anwendbar ist, und der Klägerin deshalb kein Lohnanspruch über das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist hinaus zusteht. Die Klage ist dementsprechend abzuweisen.»

(AH210077 Urteil vom 27. August 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

14. OR 337; Fristlose Kündigung nach Treuepflichtverletzungen

Der Kläger nahm seine Tätigkeit als Arbeitnehmer der Beklagten im Jahr 2003 auf. Er hatte zunächst die Funktion des stellvertretenden Finanzdirektors inne und war Mitglied der Geschäftsleitung. Per 1. Januar 2004 wurde er zum Direktor Finanzen & Controlling ernannt. Nach dem Weggang des Generalsekretärs C._ im September 2015 übernahm der Kläger ad interim dessen Amt. Er war fortan als Finanzchef (Director Finance & Administration) und geschäftsführender Generalsekretär (Acting Secretary General) bei der Beklagten tätig. Am 23. Mai 2016 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. Sie wirft dem Kläger gravierende Treuepflichtverletzungen vor.

Aus den Erwägungen:

«V. Fristlose Entlassung

[...]

2.3. Zusatzverträge vom 30. April 2011, Beratung durch Anwaltskanzlei E., Rückerstattung der Spesen

[...]

2.3.3. Beurteilung

Ob der Abschluss der Zusatzverträge vom 30. April 2011, mit denen das Arbeitsverhältnis (unter anderem) des Klägers um weitere vier Jahre über den bis 31. Dezember 2015 gültigen Arbeitsvertrag hinaus bis zum 31. Dezember 2019 verlängert wurde, allein schon einen Grund für eine fristlose Entlassung des Klägers darstellen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden, ist aber zweifelhaft. Und zwar ist es deshalb zweifelhaft, weil die Verträge von den damals zuständigen Organen, den Vorgesetzten des Klägers, nämlich B. und C., unterzeichnet waren (undatiertes Zusatzvertrags, „Version Simple“; Zusatzvertrag vom 30. April 2011, zusätzlich unterschrieben von D.). Das Wissen dieser Personen dürfte der Beklagten als Arbeitgeberin anzurechnen sein. Zwar wendet die Beklagte immer wieder ein, das Wissen von Personen, die in einem „coordinated effort“ gehandelt hätten, die gegenseitige Interessen gehabt hätten und die die Beklagte vorsätzlich hätten schädigen wollen, sei der Beklagten nicht anzurechnen. Das mag grundsätzlich zutreffen. Allerdings dürfte der Nachweis des Schädigungsvorsatzes schwer zu erbringen sein. Zudem waren der Beklagten bereits am 11. Januar 2016 die Verträge von C. bekannt. Hätte sich die Beklagte daran gestört, hätte die Beklagte bereits damals Anlass gehabt, auch die Verträge des Klägers genau anzusehen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Nachschieben des Kündigungsgrundes der Verletzung von Pflichten im Zusammenhang mit der Vertragsverlängerung an sich verspätet sein dürfte. Letztlich kann die Frage aber hier offen bleiben, wie zu zeigen sein wird.

Immerhin kontrastieren die Akten mit der Darstellung des Klägers, die Zusatzverträge seien ein reiner „Top Down“-Entscheid gewesen, mit welchem der Kläger nichts zu tun gehabt habe. So sprechen die Berechnungen der „Abgangsentschädigungen“ für C. und den Kläger, die unbestrittenermassen auf einem im Rahmen der Safe-Öffnung im Büro des Klägers gefundenen USB Memory Stick enthalten waren, eine ganz andere Sprache. Erstens ist davon auszugehen, dass ein stellvertretender Generalsekretär, Finanzchef und oberster Personalchef sehr wohl mit Vertragsverlängerungen von Mitarbeitenden im Top Management zu tun hat. Zweitens stellt niemand, der nichts mit Vertragsverlängerungen zu tun hat, Berechnungen über die finanziellen Folgen solcher Vertragsverlängerungen an. Und drittens gab der Kläger selber gegenüber Rechtsanwalt Dr. E. von der Anwaltskanzlei E. an, dafür verantwortlich zu sein:

[Es folgt ein Abbild einer E-Mail des Klägers vom 18. März 2011 an den Rechtsanwalt Dr. E., Anwaltskanzlei E., betreffend „Dringliche Terminanfrage“, in welcher der Kläger schreibt, als stellvertretender Generalsekretär der Beklagten sei er auch für Personalangelegenheiten verantwortlich. Der Kläger fragt in dieser E-Mail nach einem Termin am selben Tag für ein dringendes arbeitsrechtliches Anliegen.]

[Es folgt ein Abbild eines Schreibens des Klägers an Rechtsanwalt Dr. E. vom selben Tag, worin er ausführt, dass sie für einige wenige Mitglieder ihres Top-Managements, z.B. den Generalsekretär, eine Veränderung existierender Arbeitsverträge erzielen möchten. Diese sollten aus juristischer Sicht absolut wasserdicht sein. Der Kläger stellte dem Anwalt mit dem Schreiben zwei geschwärzte bereits existierende Verträge und zwei Entwürfe, wie sie sich die Verlängerung in etwa vorstellten, zu. Unter anderem stellte der Kläger dem Anwalt einen Entwurf einer Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag zu.]

War der Kläger zumindest verantwortlich für die Vorbereitung der Verträge, hätte er auch eingreifen müssen, wenn Vorgesetzte problematische Vertragsinhalte verlangten. Ein Überprüfenlassen der Verträge durch eine externe Anwaltskanzlei wie die Anwaltskanzlei E. wäre grundsätzlich durchaus ein geeignetes Vorgehen gewesen. Nur hat dies der Kläger nicht so getan, wie es von einem verantwortungsvollen Personalchef eigentlich zu erwarten gewesen wäre. Zwar hat er die Anfrage an Anwaltskanzlei E. zumindest sinngemäss im Namen der Beklagten gestartet, wie die vorstehenden Unterlagen zeigen. In der Folge hat der Kläger dann aber offenbar die Beratung durch Anwaltskanzlei E. als privates Mandat von ihm gesehen und sich die Rechnung nach Hause schicken lassen. Auch die Anwaltskanzlei hat denn ja auch bestätigt, kein Mandat von der Beklagten gehabt zu haben. Weshalb diese private Beratung auch im Interesse der Beklagten gewesen sein soll, bleibt das Geheimnis des Klägers. Zwar behauptet dies der Kläger gestützt auf ein geschwärztes Schreiben von Dr. E. vom 8. April 2011. Darin steht, der Kläger habe Dr. E. gebeten, „einen Entwurf dieser Zusatzvereinbarung aus einer objektiven Warte auf seine Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht zu prüfen, ohne dabei die Interessen der einen oder anderen Vertragspartei besonders zu gewichten.“ Was letztlich Dr. E. für eine Meinung abgegeben hat, hat der Kläger nicht offen gelegt. Sicher ist jedenfalls Folgendes: Im Interesse der Beklagten kann eine Beratung nur dann gewesen sein, wenn das Ergebnis der Beratung auch in die tatsächliche Vertragsausgestaltung Einfluss gefunden hat. Und dies

ist auszuschliessen. Einer der renommiertesten Arbeitsrechtler der Schweiz hat dem Kläger – und schon gar nicht der Beklagten – mit Sicherheit nicht empfohlen, einen Zusatzvertrag wie den vom 30. April 2011 datierten und in [Stadt in Lateinamerika] unterschriebenen abzuschliessen. Er hätte den Kläger mit Sicherheit darauf aufmerksam gemacht, dass die Regelung von Ziffer 5 in Verbindung mit Ziffer 4 den absolut zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts widerspricht (Art. 337 und Art. 337b OR in Verbindung mit Art. 361 OR).

[Es folgt das Abbild eines Auszugs aus dem besagten Vertrag, in dem in Ziffer 4 für den Fall einer gerechtfertigten vorzeitigen Kündigung eine von der geleisteten Arbeitsdauer unabhängige Abgangsentschädigung vereinbart wird. Die Höhe der Abgangsentschädigung entspreche dem entfallenen Salär (inklusive Zulagen, Spesen und Nebenleistungen) bis zum Ablauf der Vertragsdauer am 31. Dezember 2019. In Ziffer 5 wird festgelegt, die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 ff. OR bleibe vorbehalten. Werde das Arbeitsverhältnis während der Vertragsdauer aus wichtigem Grund fristlos aufgelöst, gelte die gleiche Abgangsentschädigung wie in Ziffer 4 dieser Zusatzvereinbarung.]

„Wasserdicht“ sind diese Regelungen mit Bestimmtheit nicht. Wenn es dem Kläger darum gegangen wäre, sich ernsthaft und im Sinne der Interessen der Beklagten beraten zu lassen, hätte er den Vertrag vom 30. April 2011 als oberster Personalchef nie zulassen dürfen, auch wenn er seinen persönlichen Interessen durchaus entsprochen haben mag. Und mit Sicherheit hatte (oder hätte) die Anwaltskanzlei E. dem Kläger nicht empfohlen, zwei Versionen der Zusatzverträge mit den Vertragsverlängerungen vorzubereiten, zu unterschreiben und aufzubewahren. Wenn eine vertragliche Regelung in juristischer Sicht „absolut wasserdicht“ sein soll, wie das der Kläger angeblich wollte und wie es im Sinne der Arbeitgeberin wäre, dann sind Verträge über die gleiche Angelegenheit mit zwei verschiedenen Wortlauten ein absolutes „No-go“. Existieren wie hier verschiedene Versionen eines Vertrages (nebst dem Vertrag vom 30. April 2011 auch die undatierte „Version Simple“), ergeben sich regelmässig Streitereien. Das ist hier nicht anders: Welche Version ist die gültige? Welche Version ist die zeitlich erste Version? Hat die zeitlich spätere Version die erste ersetzt? Waren beide Versionen im Personaldossier enthalten? Hatte die „Version Simple“ den Zweck, jemanden zu täuschen, zum Beispiel die Revisionsstelle? Ähnliche Streitfragen ergeben sich nota bene bezüglich der verschiedenen Vertrags-

versionen betreffend Sonderboni [Bezeichnung] (soweit erforderlich wird darauf zurück zu kommen sein). Die hier genannten Streitfragen müssen letztlich nicht beantwortet werden. Massgebend ist, dass ein verantwortungsvoll handelnder Finanz- und oberster Personalchef nie hätte zulassen dürfen, dass es vom gleichen Vertrag mehrere Versionen gibt. Mit Sicherheit hat der Kläger nicht das Vorgehen gewählt, zu dem der Arbeitsrechtsspezialist Dr. E._ – nach Überprüfung aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht – grünes Licht gegeben hat. Das bedeutet, dass der Kläger entweder beratungsresistent war oder dass die Beratung eben nur in seinem persönlichen und im persönlichen Interesse von C._ lag. Beides sind gravierende Verstösse gegen arbeitsrechtliche Pflichten.

Ob auch Anwaltskanzlei F._ den Kläger darauf hinwies, dass die Vertragsverlängerung problematisch sein könnte, kann hier offen bleiben, weil die Pflichtverletzung auch ohne einen solchen Hinweis bereits gravierend ist.

Als weitere gravierende Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten ist sodann der Umstand zu werten, dass der Kläger sich schliesslich die Kosten der Beratung durch Anwaltskanzlei E._, welche der Beklagten wie dargelegt überhaupt nichts genützt hat, als Spesen von der Beklagten zurückerstatten liess. Dass C._ diesen Spesenbeleg visitierte, ändert an der Pflichtverletzung nichts. Ein verantwortungsvoller Finanzchef, der die Interessen seiner Arbeitgeberin zu verfolgen hat, hätte eine solche Anwaltsrechnung nie als Spesen geltend machen dürfen. Der Kläger erachtet die fristlose Entlassung wegen eines Betrags von CHF 9'714.95 als schlicht unverhältnismässig, selbst wenn die Rückerstattung nicht angezeigt gewesen wäre. Dem ist zu widersprechen. Von Bedeutung ist der Umstand, dass es sich beim Kläger nicht um irgendeinen untergeordneten Angestellten der Beklagten handelte. Er gehörte vielmehr auch nach seiner eigenen Darstellung zum Top Management, war oberster Personalchef und Finanzchef, gleichsam der „Kassenwart“. Der Umgang mit Spesen betrifft den Kernbereich seiner Aufgaben. Das ist von massgeblicher Bedeutung. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 22. Juni 2017 die fristlose Entlassung einer Kassiererin, die mehr als 10 Dienstjahre aufzuweisen hatte, als rechtmässig bestätigt, die je zwei Packungen Vollkorncracker und Aufschnitt gestohlen hatte. Das Bundesgericht betonte, als Kassiererin habe sie die Verantwortung für einen reibungslosen Verkaufsabschluss und Zahlungsverkehr an der Kasse getragen. Zu ihrem Aufgabenbereich hätten unter anderem das Bedienen der Kasse, die Bedienung von Kunden, das Sicherstellen des Geldflusses sowie das Erstellen der Kassenabrechnung gehört. Diesen besonderen Aufgaben und der

Treuepflicht entsprechend sei es offenkundig, dass ihr die Arbeitgeberin im besonderen Masse habe vertrauen müssen. Der erfolgte Diebstahl habe eine schwere Verfehlung im Kernbereich ihrer Aufgaben bedeutet und eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt (BGer in 4A_177/2017 vom 22. Juni 2017).

Der Umgang des Klägers mit den angeblichen Spesen von knapp CHF 10'000 stellte also keine Bagatelle dar, und es handelte sich nicht um einen „lächerlichen Themenkomplex“, wie der Kläger meint.

Der Kläger wendet ein, das Nachschieben von Kündigungsgründen im Zusammenhang mit der Rechtsberatung durch die Anwaltskanzlei E._ sei verspätet. Zwar dürfte es zutreffen, dass die E-Mails zwischen dem Kläger und Anwaltskanzlei E._ vom 18. März 2011 und vom 1. April 2011 und wohl auch die Spesenabrechnung im EDV-System der Beklagten gespeichert waren. Es dürfte auch zutreffen, dass die Rechtsvertreter der Beklagten seit dem Start der internen Untersuchung nach dem 27. Mai 2015 Zugriff darauf hatten. Zu bedenken ist allerdings, dass die Untersuchung eingeleitet wurde im Nachgang der Verhaftungen im [Lokalität] und im Zusammenhang mit der Eröffnung der Strafuntersuchungen [einer ausländischen Untersuchungsbehörde] und [einer inländischen Untersuchungsbehörde]. Im Vordergrund standen damals die Umstände im Zusammenhang mit den Zahlungen an den [Bezeichnung Verband] und H._. Es ging damals (noch) nicht um mögliche Pflichtverletzungen des Klägers im Zusammenhang mit Vertragsverlängerungen im Frühling 2011. Zudem kommen die zwei Mails an Anwaltskanzlei E._ völlig unverdächtig daher. Wie erwähnt, erscheint es auf den ersten Blick geradezu vernünftig, eine externe Anwaltskanzlei um eine Beratung zu bitten. Stutzig machen könnte höchstens, dass die Mails – was unbestritten geblieben ist – in einem Ordner mit dem Titel [Fantasiename] gespeichert und damit versteckt waren. Gerade weil sie an einem Ort abgelegt waren, wo sie nicht zu erwarten sind, musste die Beklagte auch nicht danach suchen. Hinzu kommt – was ebenfalls unbestritten geblieben ist –, dass die Excel-Tabellen mit der Berechnung der Folgen einer möglichen Vertragsverlängerung um weitere vier Jahre erst bei der Safe-Öffnung auf einem USB Memory Stick gefunden wurden. Die Zusammenhänge waren also von der Beklagten vernünftigerweise erst nach der fristlosen Entlassung des Klägers erkennbar. Dabei kann offen bleiben, ob auch die undatierte „Version Simple“ erst nach der fristlosen Kündigung im Tresor gefunden wurde, wie die Beklagte behauptet, der Kläger aber bestreitet.

Zusammenfassend war die fristlose Kündigung auch wegen der erst nach der fristlosen Kündigung entdeckten Pflichtverletzungen des Klägers

im Zusammenhang mit der Beratung durch Anwaltskanzlei E., mit den damit verbundenen Spesen und mit den verschiedenen Vertragsversionen gerechtfertigt. Das entdeckte Verhalten war geeignet, das Vertrauensverhältnis zum Kläger nachhaltig zu zerstören. Einen Finanzchef und obersten Personalchef wie den Kläger noch weitere 7 ½ Jahre weiter zu beschäftigen, war der Beklagten nicht zuzumuten.»

(AN160059 Beschluss und Urteil vom 10. März 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

15. OR 337; Fristlose Kündigung der Arbeitnehmerin?

Die Klägerin war seit dem 1. September 2014 bei der Beklagten als „Merchandising & Buying Supervisor“ in einem 100%-Pensum und mit einem Jahresgehalt von Fr. 85'000.– (13 Monatslöhne) angestellt. Für die Zeit vom 7. März 2020 bis zum 14. Mai 2020 attestierte eine Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie FMH der Klägerin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Mit E-Mail vom 8. März 2020 wandte sich die Klägerin an ihren Vorgesetzten A. und machte diverse Missstände geltend. All dies habe bei ihr zu einem schlechten Gesundheitszustand geführt. Sie schloss die E-Mail mit folgenden Worten:

„Aus all diesen Gründen ist eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für mich untragbar geworden. Ich halte die unverzügliche einvernehmliche Trennung für die einzige Lösung. Ich erwarte schnellstmöglich Deine schriftliche Erwiderung, spätestens bis Ende der nächsten Woche (Freitag 13. März). Sollte eine einvernehmliche Trennung nicht möglich sein, behalte ich mir vor, den Rechtsweg zu bestreiten.“

Mit E-Mail vom 10. März 2020 antwortete A. der Klägerin, dass er ihre Überlegungen zur Kenntnis nehme, ihre Wahrnehmungen aber nicht teile und schickte ihr einen Entwurf einer Aufhebungsvereinbarung, welcher die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 10. März 2020 vorsah, verbunden mit der Bitte um Retournerung zweier unterzeichneter Exemplare. Daraufhin schickte die Klägerin A. am 14. März 2020 einen Gegenvorschlag mit den Konditionen, zu denen sie bereit wäre, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzulösen.

Aus den Erwägungen:

«IV. Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses

[...]

3. Beurteilung

3.1. Die beweisbelastete Beklagte stützt ihr Vorbringen, die Klägerin habe per 10. März 2020 eine fristlose Kündigung ausgesprochen, bzw. die fristlose Vertragsaufhebung auf dieses Datum hin beantragt, auf deren E-Mail vom 8. März 2020. Da die Klägerin dies bestreitet und auf dem Standpunkt steht, sie habe lediglich vorgeschlagen, einen Aufhebungsvertrag abzuschliessen, gilt es den Wortlaut der E-Mail zu analysieren.

3.2. Die Klägerin hat der Beklagten am Ende ihrer E-Mail vom 8. März 2020 mitgeteilt, dass für sie eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses untragbar geworden sei. Diese Formulierung beinhaltet die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsvertrages, wie sie für eine fristlose Kündigung (neben dem Vorliegen eines wichtigen Grundes) vorgegeben ist. An dieser Stelle hat die Klägerin jedoch nicht erklärt, dass sie (per sofort oder unter Einhaltung der Kündigungsfrist) kündigt. Weder schreibt die Klägerin von einer Kündigung noch nennt sie ein Enddatum. Eine Willenserklärung, welche auf eine einseitige sofortige Vertragsaufhebung abzielt, liegt nicht vor. Liegt aber keine Kündigungserklärung vor, steht lediglich das Vorliegen eines Aufhebungsvertrages im Raum.

3.3. Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe ultimativ gefordert, das gesamte Arbeitsverhältnis sei unverzüglich, also per sofort zu beenden. Dem ist mit Blick auf den Wortlaut nicht zuzustimmen. Von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist nicht die Rede. Die Klägerin schreibt weit unspezifischer, sie halte eine unverzügliche Trennung für die einzige Lösung. Damit macht sie deutlich, dass aus ihrer Sicht die Trennung ohne Verzug geschehen müsse. Entgegen der Beklagten, schreibt die Klägerin hier aber nicht, das *Arbeitsverhältnis* müsse unverzüglich beendet werden. Sie schreibt nur von einer Trennung und führt unmissverständlich aus, dass ihr eine *einvernehmliche* Trennung vorschwebt. Die Klägerin schlägt mit anderen Worten vor, die Parteien sollten eine zeitnahe Einigung erzielen, wie das gesamte Arbeitsverhältnis einvernehmlich beendet werden soll. Dies wird dadurch verdeutlicht, dass sie der Beklagten nicht etwa den 10. März 2020 oder sonst ein Enddatum vorschlägt, sondern eine schnelle schriftliche Erwiderung erwartet und der Beklagten dafür eine Frist von mehreren Tagen bis zum Freitag 13. März 2020 ansetzt. Aus der Bemerkung der

juristisch nicht versierten Klägerin, wenn eine einvernehmliche Trennung nicht möglich sei, behalte sie sich vor, den Rechtsweg zu beschreiten, kann die Beklagte nichts für sich ableiten. Diese Passage ist dahingehend zu verstehen, dass die Klägerin ihren Worten Nachdruck verleihen wollte. Denn hier wiederholt die Klägerin einmal mehr ihren Wunsch nach einer einvernehmlichen Trennung, was sich selbstverständlich nicht nur auf ein formelles Beendigungsdatum bezieht, sondern auch die Einigung über die übrigen Vertragsbedingungen (Freistellung, Überstunden, Ferien etc.) beinhaltet.

3.4. Wie die Klägerin zutreffend festhält, bestand bei ihr im Zeitpunkt, als sie die E-Mail vom 8. März 2020 verfasste, bereits eine Arbeitsunfähigkeit von 100%, weshalb ihrerseits keine Veranlassung bestand, auf arbeitsrechtlichen Schutz (Lohnfortzahlung während der zweimonatigen Kündigungsfrist, Bonusauszahlung) zu verzichten. Bereits diese Ausgangslage spricht dagegen, dass sich die Klägerin bereits auf ein Enddatum festlegen wollte, ohne dass eine Einigung über die Nebenfolgen zustande gekommen war.

3.5. Es handelt sich bereits vom Wortlaut der E-Mail her bloss um eine Aufforderung gegenüber der Beklagten, sie solle der Klägerin ein Angebot bezüglich einer Aufhebungsvereinbarung unterbreiten. Dass die Beklagte diese Aufforderung ebenfalls so verstanden hat, zeigt der Umstand, dass sie hernach eine detaillierte Aufhebungsvereinbarung zu sämtlichen zu regelnden Themen entworfen und der Klägerin zugestellt hat. Im Vorschlag findet sich u.a. folgende Formulierung: „Dies vorausgeschickt, vereinbaren die Parteien die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die damit verbundenen Nebenfolgen wie folgt zu regeln: (...)“. Die Beklagte ging also ebenfalls davon aus, dass alle Beendigungsmodalitäten (nicht nur das Enddatum) einvernehmlich zu regeln waren.

3.6. Die Beklagte war es somit, welche der Klägerin eine konkreten Vorschlag unterbreitet hat, wie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit allen Nebenfolgen aus ihrer Sicht vereinbart werden solle. Eine Kündigung auf einen bestimmten Zeitpunkt oder gar die sofortige Beendigung des Vertrages, wie von der Beklagten behauptet, kann aus der E-Mail vom 8. März 2020 nicht abgeleitet werden. Andernfalls hätte die Klägerin der Beklagten weder mitgeteilt, sie erwarte ihre schriftliche Erwiderung, noch Frist angesetzt. Vielmehr hätte sie erklärt, sie schlage vor, man beende den Vertrag per 10. März 2020 und könne sich über die Nebenfolgen später noch einigen.

Dies hat sie nicht getan, sondern bei der Beklagten nachgefragt, wie diese sich zu einer zeitnahen einvernehmlichen Trennung stelle.

3.7. Dass die Parteien sich in Vertragsverhandlungen befanden, zeigt der Umstand, dass die Klägerin den vorgeschlagenen Auflösungsvertrag sorgfältig prüfen wollte und dass sie der Beklagten alsdann einen Gegenvorschlag unterbreitete mit den Konditionen, zu denen sie bereit gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zu beenden. Die Klägerin hat hinzugefügt, dass ihr Gegenvorschlag unter anderem ihre vertraglichen Rechte (zweimonatige Kündigungsfrist, Bonus etc.) berücksichtige, und dass es essenziell sei, dass der Auflösungsvertrag die Interessen beider Parteien berücksichtige und ausgewogen sei. Damit hat die Klägerin das Angebot der Beklagten klar abgelehnt und sich damit auch implizit gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 10. März 2020 ausgesprochen. Auf den Gegenvorschlag der Klägerin hat die Beklagte nicht mehr reagiert. Damit ist klar, dass bezüglich eines Aufhebungsvertrages kein Konsens zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

3.8. Da kein Aufhebungsvertrag zustande gekommen ist, blieb das Arbeitsverhältnis weiterbestehen, bis die Klägerin dieses am 15. Mai 2020 per 31. Juli 2020 ordentlich kündigte.»

(AH200169 Urteil vom 15. Juni 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

16. OR 337; Fristlose Kündigung nach Abwerbeversuch

Der Kläger war ab dem 1. September 2009 zunächst als Callcenter-Agent für die Beklagte tätig. Im Laufe des Arbeitsverhältnisses wurde er zum stellvertretenden Leiter des Callcenters und anschliessend zum Leiter des Callcenters befördert. Ab April 2015 war der Kläger Country Manager und im Januar 2017 folgte die Beförderung zum Chief Operating Officer (COO), womit der Kläger ein Mitglied der Geschäftsleitung wurde. Mit E-Mail bzw. WhatsApp-Nachricht vom 30. April 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ordentlich per Ende Juli 2019 und stellte ihn per sofort frei. Mit Schreiben vom 11. Juli 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis in der Folge fristlos. Sie begründete die fristlose Kündigung damit, dass der Kläger versucht habe, den Leiter ihrer IT, A. für

ein Konkurrenzunternehmen im Immobilien-Maklerbereich abzuwerben. Über den strittigen Abwerbeversuch führte das Gericht ein Beweisverfahren durch.

Aus den Erwägungen:

«V. Ansprüche aus fristloser Kündigung

[...]

3. Würdigung

[...]

3.8. Der Zeuge A._ ist glaubwürdig, er hat keinen vertieften Kontakt mehr mit keiner der Parteien und arbeitet nicht mehr bei der Beklagten. Seine Aussagen, insbesondere jene, die den Kläger tatsächlich belasten, sind zudem glaubhaft, da der Zeuge gerade wiederholt zum Ausdruck kommen liess, den Kläger eigentlich nicht belasten zu wollen. So führte er nicht nur aus, nachdem er von B._ [Anmerkung: dem CEO der Beklagten] angehalten worden sei, das entsprechende Gespräch mit dem Kläger schriftlich zu bestätigen, habe er sich ausgenutzt gefühlt, sondern entschuldigte sich sogar noch vor seiner Einvernahme beim Kläger. Die Aussagen des Klägers, er habe zu jener Zeit gar nicht über seine Zukunft nachgedacht und deshalb an diesem Abend auch nicht über Entsprechendes gesprochen, wirkt hingegen wenig glaubhaft, wenn berücksichtigt wird, dass doch immerhin im September 2019 unbestrittenermassen die C._ AG gegründet wurde, mit welcher der Kläger heute in selbständiger Tätigkeit in der Immobilienbranche auftritt. Selbst wenn der Kläger zu Beginn nur in reduziertem Umfang und nur im „Background“ tätig war, wie er dies anlässlich seiner Parteibefragung ausführte, kann unter diesem Gesichtspunkt gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung nicht davon gesprochen werden, der Kläger habe sich im Frühsommer 2019 noch überhaupt keine Gedanken zu seiner beruflichen Zukunft gemacht. In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass die Behauptungen der Beklagten betreffend die Umfirmierung der D._ GmbH und den Aufbau der C._ AG bereits im Sommer 2019 in der Klageantwort unbestritten blieben. Es ist damit auf die Aussagen des Zeugen A._ abzustellen.

3.9. Die von der Beklagten aufgestellte Behauptung in Bezug auf den Abwerbeversuch des Klägers bestätigte der Zeuge jedoch nicht in der von der Beklagten vorgetragenen Form. Würde auf die Zeugenaussagen von A._ abgestellt, so wäre stattdessen lediglich anzunehmen, dass der Kläger diesen anfragte, ob er mit ihm bei einem zukünftigen Projekt zusammenarbeiten

bzw. in ein solches „einsteigen“ wolle. Eine solche Anfrage während laufender Kündigungsfrist geht zwar möglicherweise über das hinaus, was im Rahmen zulässiger Vorbereitungsarbeiten für eine spätere Tätigkeit nach Treu und Glauben erlaubt war, insbesondere auch mit Blick auf die Kaderstellung des Klägers, welche eine verstärkte Treuepflicht mit sich bringt. Hingegen erreicht eine solche Treuepflichtverletzung nicht die Intensität, welche eine fristlose Kündigung während der laufenden Kündigungsfrist rechtfertigt. Gemäss den Aussagen des Zeugen machte der Kläger diesem gerade kein konkretes Angebot für eine konkrete Stelle und der Zeuge wusste nicht einmal mit Sicherheit, für was für eine Position und für welche bzw. was für eine Firma dieses Angebot gelten sollte. Zudem war der Zeuge sich unsicher, ob der Kläger sich sein damaliges Gehalt würde leisten können, was den Schluss nahelegt, dass auch über einen allfälligen Lohn nicht gesprochen wurde. Nicht bestätigt hat der Zeuge die Behauptung der Beklagten, es sei ihm eine Beteiligung an einer Gesellschaft angeboten worden. Auch der Rahmen der Unterhaltung zwischen dem Kläger und A._ spricht eher nicht für einen ernsthaften und konkreten Abwerbeversuch. So fand das Gespräch im Vorfeld eines Abschiedsessens für den Kläger statt, wobei wenig später weitere Teilnehmer dieses Essens im Restaurant eintreffen würden. A._ bestätigte überdies mehrfach, zu spät erschienen zu sein, womit anzunehmen ist, dass das Gespräch nur wenige Minuten dauerte. Weitere Abwerbungs-handlungen oder Anfragen führte der Zeuge A._ nicht an, sondern erklärte, er habe dem Kläger schliesslich gesagt, er wolle nicht mitmachen, ihm aber angeboten, ihm zu helfen mit etwas, was er bspw. am Samstag oder Sonntag machen könne. Gemäss den Aussagen des Zeugen ging der Kläger auf dieses Angebot jedoch nicht ein, sondern brach den Kontakt ab. Nach dem Beweisverfahren konnte ein ausreichend konkreter Abwerbungsversuch betreffend den damaligen Head of IT der Beklagten, A._, welcher eine fristlose Kündigung während laufender Kündigungsfrist zu rechtfertigen vermöchte, damit nicht erstellt werden. Da damit kein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vorlag, war diese ungerechtfertigt. Auf die Frage, ob die fristlose Kündigung rechtzeitig erklärt wurde, muss folglich nicht weiter eingegangen werden.»

(AN200002 Urteil vom 20. August 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

17. OR 340; Konkurrenzverbot in der Finanzbranche

Der Kläger arbeitete seit dem 1. Februar 2018 als Teamleiter im Treuhandbereich bei der Beklagten. Der Kläger verpflichtete sich im Arbeitsvertrag, nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die ihm übertragenen bzw. von ihm betreuten Mandate an die Beklagte abzutreten und keine Kunden der Beklagten abzuwerben. Sollte der Kläger solche Mandate nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses trotzdem mitnehmen und weiterführen, verpflichtete sich der Kläger, die dannzumal geltenden Honorare während einer Periode von 12 Monaten an die Beklagte abzuführen. Ausgenommen von dieser Regelung waren jene Mandate, welche der Kläger im Verlauf des Jahres 2018 selber einbrachte. Mit Nachtrag vom 29. August 2019 wurde diese Ausnahme ersatzlos gestrichen.

Per 18. November 2019 wurde das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit Aufhebungsvereinbarung beendet. Nach dem Ausscheiden des Klägers bei der Beklagten übertrug die Beklagte auf entsprechendes Verlangen der Kunden hin verschiedene ihrer bisherigen Mandate bzw. Gesellschaften auf die neue Arbeitgeberin des Klägers, die A._ AG. Vor Arbeitsgericht machte die Beklagte gestützt auf eine Verletzung des Konkurrenzverbotes widerklageweise eine Forderung von Fr. 129'000.– geltend.

Aus den Erwägungen:

«B. Nachvertragliches Konkurrenzverbot/Abwerbungsverbot

[...]

3. Würdigung

3.1. Der Kläger bringt zunächst vor, dass die Formulierung des Konkurrenzverbots in Art. 7 des Arbeitsvertrags unklar und missverständlich sei. Aufgrund der Formulierung müsse davon ausgegangen werden, dass vom Abwerbungsverbot lediglich die dem Kläger von der Beklagten übertragenen Mandate betroffen seien. Die Beklagte widerspricht dieser Auffassung.

Der Ansicht des Klägers ist insoweit nicht zu folgen, als mit der gewählten Formulierung zum Ausdruck gebracht wird, dass sowohl von der Beklagten übertragene wie auch generell von ihm betreute Mandate erfasst werden sollen. Nach dem Vertrauensprinzip und insbesondere unter Berücksichtigung des Nachtrags zum Arbeitsvertrag vom 29. August 2019 muss die Klausel dahingehend verstanden werden, dass sämtliche vom Kläger betreuten Mandate erfasst sein sollen. Wie von der Beklagten geltend

gemacht, wird mit diesem Nachtrag zum Arbeitsvertrag, wonach der Satz der Originalversion von Art. 7 des Arbeitsvertrags („*Ausgenommen sind jene Mandate, welche im Jahr 2018 vom Arbeitnehmer eingebracht werden*“) ersatzlos gestrichen wird, festgehalten, dass auch sämtliche Mandate unter das Verbot von Art. 7 des Arbeitsvertrags fallen, welche der Kläger bei der Beklagten eingebracht hat. Aus der Unterzeichnung des Nachtrags kann nach Treu und Glauben ein übereinstimmender Wille abgeleitet werden. Das Vorbringen des Klägers, wonach es nicht in seinem Sinne gewesen sei, bei einem Ausscheiden auf seine bis anhin betreuten Mandate zu verzichten, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten, ist nicht zu hören. Er hat diese Klausel unterzeichnet und somit im Nachhinein einer erheblichen Einschränkung zugestimmt. Die unsubstantiierte Behauptung des Klägers, wonach er sich in einer „Notlage“ befunden habe und deshalb zur Unterzeichnung „gezwungen“ gewesen sei, wurde durch die Beklagte bestritten und ist demnach nicht zu berücksichtigen. Aus den nachfolgend darzulegenden Gründen kann die Beklagte daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Soweit die Beklagte nämlich geltend macht, dass entgegen klägerischer Auffassung nicht das aktive Abwerben durch den Kläger für die Auslösung der Konventionalstrafe massgeblich sei, sondern das weitere Betreuen der entsprechenden Mandate über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus, ist der Beklagten zu widersprechen. Gemäss Wortlaut der Klausel wird das Abwerben ausdrücklich vorausgesetzt: „*Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die ihm übertragenen bzw. von ihm betreuten Mandate an die Arbeitgeberin abzutreten und keine Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben*“. Diesbezüglich behauptet die Beklagte keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, der ihrer Auslegung der Vertragsklausel entsprechen würde (abgesehen davon könnte sie einen solchen mit den von ihr a.a.O. offerierten Beweismitteln, die sich auf die Beklagte beschränken, auch gar nicht beweisen). Nach dem Vertrauensprinzip kann die erwähnte Vertragsklausel nur so verstanden werden, dass eine aktive Abwerbung zur Erfüllung des Tatbestandes vorausgesetzt ist. Dieses Ergebnis wird durch den zweiten Satz von Art. 7 des Arbeitsvertrages bestätigt, in dem von der Mitnahme und Weiterführung von Mandaten die Rede ist. Diese Tätigkeiten sind die Folge der Abwerbungs-handlungen und setzen entgegen beklagtischer Auffassung durchaus ein „aktives Zutun“ voraus. „Aus irgendwelchen Gründen“ bringt im zweiten Satz von Art. 7 des Arbeitsvertrages einzig zum Ausdruck, dass es auf das Motiv der Abwerbung nicht ankommt.

Da die Beklagte nicht behauptet, dass der Kläger Kunden abgeworben habe, ist die Widerklage schon aus diesem Grund abzuweisen und festzuhalten, dass die von der Beklagten behauptete Verrechnungsforderung nicht besteht.

3.2. An diesem Ergebnis würde sich im Übrigen auch dann nichts ändern, wenn – entgegen der vorliegenden Auffassung – das bloss Mitnehmen und Weiterführen von Mandaten als die Konventionalstrafe von Art. 7 des Arbeitsvertrages auslösend erachtet würde. Jede nachvertragliche Einschränkung der Betätigungsfreiheit, somit auch das in casu von der Beklagten behauptete nachvertragliche Weiterbetreuungsverbot, unterliegt nämlich den einschränkenden Voraussetzungen der Art. 340 ff. OR (BGE 130 III 353 E. 2.1.1; PORTMANN/RUDOLPH, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 340 N 7). Gemäss Rechtsprechung ist ein Konkurrenzverbot unzulässig, wenn die Kunden dem Arbeitnehmer nicht wegen der beim Arbeitgeber erworbenen Kenntnisse, sondern wegen dessen besonderen, persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten folgen (BGE 138 III 67 E. 2.2.1).

Zunächst ist festzuhalten, dass das klägerische Vorbringen, er habe die fraglichen Mandate entweder in das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten eingebracht oder während seiner Anstellung bei der Beklagten selbst akquiriert, seitens der Beklagten nicht bestritten wurde. Der Kläger führt sodann aus, dass zwischen ihm und den in Frage stehenden Mandanten eine persönlich geprägte Kundenbeziehung vorliege. Die Beklagte bestreitet dies nur pauschal, mithin unsubstantiiert, und ohne Beweismittel für die eigene Sachdarstellung zu bezeichnen.

Abgesehen davon spricht bereits die Tatsache, dass der Kläger gewisse Kunden schon betreut hatte, als er von seiner ehemaligen Arbeitgeberin zur Beklagten wechselte, für eine persönlich geprägte Kundenbeziehung. Diese Kunden sind dem Kläger somit bereits im Zuge eines früheren Arbeitgeberwechsels gefolgt und blieben ihm auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten treu. Diese Kunden messen den persönlichen Fähigkeiten des Klägers offenkundig mehr Bedeutung bei als der Identität seiner Arbeitgeberin. Hinzu kommt, dass die klägerische Behauptung, er habe bei den fraglichen Gesellschaften Organstellung inne, seitens der Beklagten nicht rechtsgenügend bestritten wurde (act. 25 Rz. 22 ff.: gar keine Bestreitung; act. 25 Rz. 42: bloss pauschale Bestreitung, der nicht zu entnehmen ist, worauf sie sich bezieht, weshalb sie die gebotene Substantiierung vermissen lässt; Prot. S. 11, 13: erst im Rahmen der Novenstellung-

nahme bzw. einer weiteren Stellungnahme und damit nach Aktenschluss aufgestellte Behauptung, die weder ein echtes noch ein unechtes Novum im Sinne von Art. 229 ZPO darstellt und deshalb als verspätet nicht zu berücksichtigen ist). Als Folge seiner Organstellung hat der Kläger einen direkten Einblick in die Gesellschaften und kennt deren Strukturen, was besonders bei Trusts eine erhöhte Vertrauensstellung begründet und mit einer gewöhnlichen Vermögensverwaltung nicht zu vergleichen ist. Die beiden vorerwähnten Umstände führen – je für sich und erst recht in Kombination – zum Schluss, dass eine starke persönliche Beziehung zwischen dem Kläger und den Mandanten, die auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten durch ihn betreut werden wollten, zu bejahen ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist bei der Beurteilung der Gültigkeit eines Konkurrenzverbots nicht bloss auf die Berufsbezeichnung ‚Treuhandler‘ abzustellen. Aus der Rechtsprechung zu den freien Berufen kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten herleiten, da sich daraus nicht ergibt, dass bei anderen Berufen, wie z.B. Treuhändern, ein Konkurrenzverbot stets als zulässig zu erachten wäre. Vielmehr ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen, dass ein Konkurrenzverbot auch bei anderen Berufen unzulässig sein kann, sofern die Beziehung zum Kunden – wie vorliegend – von einer starken persönlichen Komponente gekennzeichnet ist (BGE 138 III 67 E. 2.2.1.; in casu ging es um einen Arbeitnehmer, der als „Senior Training Coach“ im Bereich Schulung/Ausbildung bzw. Unternehmensberatung tätig war). Soweit die Beklagte geltend macht, dass nur eine „sehr geringe Anzahl von Kunden dem Kläger auf seinem beruflichen Werdegang folgten“, führt sie ein irrelevantes Kriterium ins Feld. Es geht vorliegend nicht um die Mandate, die der Beklagten auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger verblieben, sondern einzig um diejenigen, welche diesem zu seiner neuen Arbeitgeberin folgten. Dass Kunden bei der Beklagten blieben, schliesst nicht aus, dass andere Kunden aufgrund ihrer persönlichen Beziehung zum Kläger mit diesem zu dessen neuen Arbeitgeberin wechselten. Das in Art. 7 des Arbeitsvertrages statuierte Konkurrenzverbot (im weiteren Sinne) ist somit aufgrund der persönlichen Beziehung zwischen dem Kläger und den Mandanten, die ihm zur neuen Arbeitgeberin folgten, als unzulässig zu qualifizieren.»

(AN200064 Urteil vom 19. Oktober 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

18. ZPO 63; Kein Anwendungsfall

Die Klägerin machte vor Arbeitsgericht Zürich am 13. September 2021 ein Verfahren betreffend missbräuchliche Kündigung anhängig, dem sie dieselbe von der Paritätischen Schlichtungsbehörde des Kantons Zürich für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz ausgestellte Klagebewilligung vom 6. Dezember 2019 beilegte wie bereits in einem vorangegangenen Verfahren zwischen denselben Parteien, das mit Urteil vom 23. Juli 2021 erledigt worden war. Sie stützte sich dabei auf Art. 63 ZPO. Gemäss Art. 63 ZPO werde die Rechtshängigkeit auf das Datum der ersten Einreichung, d.h. den 26. März 2020 perpetuiert, womit nach wie vor sämtliche Klagefristen gewahrt seien. Im Urteil vom 23. Juli 2021 betreffend diskriminierende/misbräuchliche Kündigung hatte das Arbeitsgericht erkannt, dass die Klage betreffend Rechtsbegehren 1 abzuweisen sei, „soweit überhaupt darauf einzutreten ist“.

Aus den Erwägungen:

«3.1. Dem Entscheidverfahren vor Arbeitsgericht hat ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voranzugehen (Art. 197 ZPO). Kommt es zu keiner Einigung, erteilt die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 1 ZPO). Die korrekte Durchführung des Schlichtungsverfahrens sowie das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung sind Prozessvoraussetzungen, deren Vorliegen von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 ZPO; MORF, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], OFK-Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2015, N 32 zu Art. 59 ZPO m. H. a. BGE 137 III 273 E. 2.1 sowie ZINGG, in: Berner Kommentar ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, N 165 zu Art. 59 ZPO).

3.2. Sinn und Zweck von Art. 63 ZPO liegen darin, die als unbillig empfundene Konsequenz zu vermeiden, dass eine unrichtige Klageeinleitung und der daraufhin ergehende Nichteintretensentscheid zu einem Rechtsverlust der Klägerin führt, weil die mit der ursprünglichen Klageanhebung eingetretene Rechtshängigkeit entfällt und dadurch Klagefristen nicht mehr gewahrt sind. Ausserhalb der Zweckbestimmung von Art. 63 ZPO liegt aber, der Klägerin Gelegenheit zu geben, ihre Eingabe im Hinblick auf die Neueinreichung zu verbessern oder zu verändern (BGE 141 III 481 E. 3.2.4). Sodann erfasst Art. 63 ZPO nur die fehlende örtliche Zuständigkeit und die Klageeinleitung im unrichtigen Verfahren. Erfasst sind also weder das Fehlen anderer Prozessvoraussetzungen noch formelle Mängel der Eingabe

(BGE 141 III 481 E. 3.2.4; INFANGER in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 6 zu Art. 63 ZPO). Aus praktischen Gründen ist daher zu verlangen, dass die Klägerin dieselbe Rechtsschrift, die ursprünglich beim unzuständigen Gericht eingegangen war, im Original beim zuständigen Gericht einreicht (BGE 141 III 481 E. 3.2.4).

4. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist Art. 63 ZPO vorliegend nicht anwendbar.

4.1. Zunächst fehlt es bereits an der Voraussetzung eines Nichteintretensentscheids, da das Arbeitsgericht Zürich im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. AN200024-L keinen solchen erliess, sondern ein Urteil fällte. Dass das Arbeitsgericht Zürich im besagten Urteil vom 23. Juli 2021 die Klage betreffend Rechtsbegehren 1 abwies und dabei „soweit überhaupt darauf einzutreten ist“ festhielt, ändert am Gesagten nichts, sondern ist auf folgenden Umstand zurückzuführen: Das erste Rechtsbegehren der Klägerin im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. AN200024-L lautete: „Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 67'733.80 netto, zzgl. 5% Zins ab 1. April 2019 (als Entschädigung wegen missbräuchlicher/diskriminierender Kündigung) zu bezahlen.“ Gleichzeitig machte die Klägerin in ihrer Klageschrift vom 26. März 2020 geltend, dass sie mit diesem Rechtsbegehren einen Anspruch geltend mache, der sich auf das Gleichstellungsgesetz stütze. Gemäss Art. 243 ZPO gilt das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– sowie unabhängig vom Streitwert für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz. Der Anspruch gemäss Rechtsbegehren 1 wie auch die übrigen im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. AN200024-L geltend gemachten Ansprüche waren somit im vereinfachten Verfahren zu beurteilen, was klarerweise auch der klägerischen Rechtsauffassung entsprach. Eine Entschädigung in der Höhe von CHF 67'733.80 wegen missbräuchlicher Kündigung im Sinne von Art. 336 OR wäre demgegenüber im ordentlichen Verfahren zu beurteilen (Art. 243 Abs. 1 OR e contrario). Da die Klägerin die in Rechtsbegehren 1 verlangte Entschädigung wie erwähnt nicht nur mit einer diskriminierenden Kündigung, sondern auch mit einer missbräuchlichen Kündigung begründete und damit auf Art. 336 OR Bezug nahm, hielt das Arbeitsgericht Zürich – um sich nicht den Vorwurf der Verweigerung des rechtlichen Gehörs gefallen lassen zu müssen – im Urteil vom 23. Juli 2021 fest, dass es insoweit an der Prozessvoraussetzung

der gleichen Verfahrensart im Sinne von Art. 90 lit. b ZPO fehle. Allein aus diesem Grund wurde im Urteil erkannt, dass die Klage betreffend Rechtsbegehren 1 abzuweisen sei, „soweit überhaupt darauf einzutreten ist“. In dieser Konstellation gelangt Art. 63 ZPO nicht zur Anwendung, da es an der Voraussetzung fehlt, dass die Klage mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder zurückgewiesen wurde (INFANGER, a.a.O., N 9 zu Art. 63 ZPO).

4.2. Abgesehen davon fehlt es auch an einer weiteren Voraussetzung von Art. 63 ZPO, da die im vorliegenden Verfahren eingereichte Klage (act. 1) nicht mit der Klage im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. AN200024-L identisch ist (BGE 141 III 481 E. 3.2.4). Entsprechend fehlt es auch an der Voraussetzung, dass die gleiche Rechtsschrift „im Original“ beim von der Klägerschaft für zuständig gehaltenen Gericht neu eingereicht wurde (INFANGER, a.a.O., N 9 zu Art. 63 ZPO). Somit handelt es sich bei der vorliegenden Klageschrift um eine unzulässige Klageveränderung.

4.3. Da Art. 63 ZPO demnach nicht zur Anwendung gelangt, fehlt es an der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzung der gehörigen Klageeinleitung, weshalb auf die vorliegende Klage nicht einzutreten ist.»

(AN210041 Beschluss vom 6. Dezember 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

19. ZPO 68; Rechtsgenügende Bevollmächtigung an der Hauptverhandlung

Der nachfolgende Entschaidauszug behandelt die Frage, ob die Beklagte an der Hauptverhandlung vom 14. September 2021 rechtsgültig vertreten oder säumig war.

Aus den Erwägungen:

«II. Prozessuales

1. Vertretung der Beklagten

1.1 Die Parteien wurden am 18. Mai 2021 zur Hauptverhandlung auf den 14. September 2021 vorgeladen mit dem Hinweis, dass juristische Personen eine einzelzeichnungsberechtigte oder bevollmächtigte Person

zu entsenden hätten, die über die Streitsache orientiert und zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sei. Erscheine weder eine Partei persönlich noch eine von ihr bestellte Vertretung zur Verhandlung, könne das Gericht die bisher eingereichten Eingaben berücksichtigen und seinem Entscheid die Akten und die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen. Die Vorladung konnte beiden Parteien erfolgreich zugestellt werden.

1.2 An der Hauptverhandlung vom 14. September 2021 erschien für die Beklagte deren Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied A., der gemäss Handelsregister mit Kollektivunterschrift zu zweien für die Beklagte zeichnungsberechtigt ist. Die Beklagte entsandte ihn ohne eine einzelzeichnungsberechtigende Vollmacht. Das Gericht setzte eine Nachfrist bis zur Stellungnahme zur Klage an, um seine Bevollmächtigung auszuweisen. Innert dieser Nachfrist reichte A. eine E-Mail von B., Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten mit Kollektivunterschrift zu zweien, ein, wonach sie A. bevollmächtige, die Beklagte an der besagten Hauptverhandlung zu vertreten. Nachdem der Kläger zu Protokoll gab, dass die Vollmacht nicht unterzeichnet sei, erstattete A. die Stellungnahme zur Klage unter dem Vorbehalt, dass er rechtsgenügend bevollmächtigt sei. Im Rahmen seines Vortrags reichte A. sodann per E-Mail eine unterzeichnete Vollmacht von Dr. C., Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten mit Kollektivunterschrift zu zweien, ein (act. 12). Der Kläger wandte dazu ein, dass A. weder zu Beginn der Hauptverhandlung noch zu Beginn seines Vortrages rechtsgenügend bevollmächtigt gewesen und die Vollmacht auch nicht entsprechend einer in Art. 130 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Form eingereicht worden sei. Die Beklagte sei daher säumig und die Vorbringen des Klägers seien unbestritten geblieben.

1.3 Jede Person, die ermächtigt ist, eine juristische Person vor Gericht zu vertreten, muss ihre Funktion und ihre Vertretungsbefugnis nachweisen, indem sie entweder einen Handelsregisterauszug oder die Prozessvollmacht für das hängige Verfahren einreicht (siehe Art. 68 Abs. 3 ZPO; BGE 141 III 80, E. 1.3 = Praxis 104 [2015] Nr. 103). Dies ist entsprechend Art. 60 ZPO durch das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, zumal es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt (BSK ZPO-TENCHIO, 3. Aufl., Art. 68 N 14). Fehlt die Vollmacht, so hat das Gericht eine Nachfrist zur Verbesserung zu setzen. Für schriftliche Eingaben sieht Art. 132 Abs. 1 ZPO explizit vor, dass Mängel wie eine fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen

Nachfrist zu beheben sind. Diese Vorschrift ist Ausprägung des Verbots des überspitzten Formalismus, womit verhindert werden soll, dass auf formell mangelbehaftete, jedoch korrigierbare Eingaben aus formellen Gründen nicht eingetreten wird (BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl., Art. 132 N 1; BGE 120 V 413). Geschützt werden soll mit dieser Bestimmung der Rechtssuchende, dem bei der Einreichung seiner Eingabe ein verbesserungsfähiger Fehler unterlaufen ist. Die Ansetzung einer Nachfrist setzt voraus, dass der Mangel bzw. Fehler verbesserlich ist, was nicht der Fall ist, wenn es sich um eine freiwillige – d.h. nicht versehentliche – Unterlassung handelt (BGer 5A_822/2014 Urteil vom 4. Mai 2015 E. 2.3). Gleiches muss für mündlich vorgenommene Prozesshandlungen gelten (KUKO ZPO-DOMEJ, 3. Aufl., Art. 68 N 4).

1.4 Gemäss Art. 130 Abs. 1 ZPO sind Eingaben an das Gericht in Papierform oder elektronisch einzureichen und zu unterzeichnen. Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument, das die Eingabe und die Beilagen enthält, mit einer anerkannten elektronischen Signatur der Absenderin oder des Absenders versehen sein (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Als Eingaben im Sinne von Art. 130 Abs. 1 ZPO gelten die schriftlichen Prozesshandlungen der Parteien, d.h. die schriftlich zu erstattenden Äusserungen wie z.B. schriftliche Klageschriften, Klageantworten, Replik und Duplik sowie Fristerstreckungsgesuche (BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl., Art. 130 N 3; BK ZPO-FREI, Art. 130 N 3, KUKO ZPO-WEBER, 3. Aufl., Art. 130 N 2).

1.5 Der Kläger macht geltend, A._ sei weder zu Beginn der Hauptverhandlung noch im Zeitpunkt der Erstattung der mündlichen Stellungnahme zur Klage bevollmächtigt gewesen. Zunächst ist festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach die Unterlassung der Beklagten bzw. von A._ freiwillig erfolgt wäre. Der Mangel war somit verbesserlich und der Beklagten wurde im Sinne der vorstehenden Erwägungen eine Nachfrist zur Verbesserung angesetzt. Im Rahmen der Hauptverhandlung vermochte A._ sodann seine Vertretungsbefugnis durch eine unterzeichnete Vollmacht eines ebenfalls kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten Mitglieds des Verwaltungsrates auszuweisen (act. 12). Es ist unter dem Gesichtswinkel von Art. 132 Abs. 1 ZPO unerheblich, ob A._ zum Zeitpunkt der Erstattung der Stellungnahme zur Klage bevollmächtigt war und lediglich vergass, sich über seine Vollmacht auszuweisen, oder ob er zu diesem Zeitpunkt nicht bevollmächtigt war, sein Handeln aber nachträglich von der vertretenen Beklagten genehmigt wurde (vgl. Art. 38 Abs. 1 OR).

Im letzteren Fall bezieht sich die Genehmigung zurück auf den Zeitpunkt, in dem der Vertreter gehandelt hat (vgl. BGer 5A_822/2014 Urteil vom 4. Mai 2015 E. 2.3). Folglich hat die Beklagte A._ rechtsgültig bevollmächtigt.

1.6 Entgegen dem Vorbringen des Klägers sind die Formerfordernisse von Art. 130 Abs. 1 ZPO nicht einschlägig, wenn es um die Einreichung einer Vollmachtsurkunde geht. Eine schriftliche Vollmacht dient lediglich der Überprüfung einer rechtskonformen Vertretung und stellt keine Eingabe im Sinne von Art. 130 Abs. 1 ZPO dar. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, weshalb das Original der eingereichten Vollmacht einzufordern gewesen wäre, wie es der Kläger geltend macht. Es bestehen keinerlei Zweifel an der Echtheit der vorliegenden Kopie, zumal selbst der Kläger keine entsprechenden Bedenken zur Vollmacht gemäss act. 12 äusserte. In diesem Falle hat eine Kopie zu genügen, was auch der üblichen Gerichtspraxis entspricht (vgl. BSK ZPO-TENCHIO, 3. Aufl., Art. 68 N 14).

1.7 Somit war die Beklagte an der Hauptverhandlung vom 14. September 2021 rechtsgültig durch A._ vertreten.»

(AH210070 Verfügung und Urteil vom 6. Dezember 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

20. ZPO 86/125; Umgang mit vier separaten Teilklagen

Die Klägerin ist eine ehemalige Arbeitnehmerin der Beklagten. Diese betreibt Zahnarztkliniken in der Schweiz. Die Klägerin war ab 1. März 2011 bei der Beklagten als Zahnärztin und zusätzlich ab 1. November 2012 als Zentrumsleiterin im Nebenamt angestellt. Den Arbeitsvertrag als Zentrumsleiterin kündigte die Beklagte per 17. Juni 2018, den Arbeitsvertrag als Zahnärztin per 4. Januar 2019.

Am 13. Januar 2020 erhob die Klägerin am Arbeitsgericht Zürich zwei Klagen: Im unter der Prozessnummer AH200005 geführten Verfahren machte sie eine Forderung von Fr. 29'999.– wegen missbräuchlicher Kündigung der Anstellung als Zahnärztin geltend. Im zweiten Verfahren (Prozessnummer AH200006) verlangte die Klägerin ebenfalls die Zusprechung von

Fr. 29'999.–, und zwar wegen missbräuchlicher Kündigung der Anstellung als Zentrumsleiterin. Zwei weitere Klagen erhob die Klägerin am 8. Dezember 2020: Im unter der Prozessnummer AH200203 geführten Verfahren machte sie Lohnansprüche aus beiden Arbeitsverträgen in der Höhe von Fr. 29'999.– geltend. Die zweite Klage hatte – wiederum aus beiden Arbeitsverträgen – Ferienlohnansprüche von Fr. 8'587.–, zwei Arbeitszeugnisse und die Erstellung von Schlussrechnungen zum Gegenstand (Prozessnummer AH200204).

Mit Verfügung vom 8. September 2020 vereinigte das Gericht zunächst die beiden ersten Verfahren AH200005 und AH200006, wobei das Verfahren unter der Prozessnummer AH200005 im vereinfachten Verfahren weitergeführt und das Verfahren AH200006 abgeschrieben wurde. Nach Einreichen der beiden weiteren Klagen AH200203 und AH200204 wählte das Gericht ein anderes Vorgehen.

Aus den Erwägungen:

«III.

[...]

5. Dass die Klägerin im Rahmen von zwei separaten Arbeitsverträgen angestellt war, liess nach Einreichen der ersten beiden Klagen (AH200005-L und AH200006-L) noch den Schluss zu, dass es sich um zwei getrennte Lebenssachverhalte handeln könnte. Nach Einreichen der Klagen AH200203-L und AH200204-L ist jedoch evident, dass sich alle vier Klagen aus demselben Lebenssachverhalt – dem Arbeitsverhältnis der Klägerin gegen die Beklagte – ergeben und mithin als objektive Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 ZPO anzusehen sind.

6. Aufgrund des allen vier ursprünglichen Klagen zugrundeliegenden Lebenssachverhalts drängt sich – wie von der Klägerin anlässlich ihrer Stellungnahme auch grundsätzlich ebenfalls beantragt (act. 35 in Prozess Nr. AH200005-L) – zur Vereinfachung des Verfahrens die Vereinigung der vorliegenden Prozesse auf.

7. Aufgrund dessen sind die Prozesse AH200005-L, AH200203-L und AH200204 L i.S.v. Art. 125 lit. c in Verbindung mit Art. 90 ZPO miteinander unter der vorliegenden Prozessnummer AH200005-L zu vereinigen. Die Prozesse Nr. AH200203-L und AH200204-L sind als dadurch erledigt abzuschreiben.

IV.

1. Gemäss Art. 114 lit. c ZPO sind arbeitsrechtliche Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– kostenlos. Bei einer objektiven Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

2. Im Falle der richterlichen Vereinigung von Prozessen i.S.v. Art. 125 lit. c ZPO regelt das Gesetz jedoch nicht ausdrücklich, wie sich eine solche auf den Streitwert der betroffenen Prozesse auswirkt. Zwar gelten die allgemeinen Regeln von Art. 91 ff. ZPO. Vereinigt das Gericht mehrere separat eingereichte Klagen, muss aber grundsätzlich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Initiative zur Vereinigung vom Gericht ausgeht, weshalb der Klägerin dadurch kein Nachteil entstehen darf (ROGER WEBER in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAAS, Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 125 N 7; NINA J. FREI, Berner Kommentar zur ZPO, Art. 125 N 20).

3. Vorliegend hat die Klägerin ursprünglich vier Klagen aus demselben Lebenssachverhalt vor dem hiesigen Gericht anhängig gemacht. Alle vier Klagen sind so ausgestaltet, dass ihr Streitwert jeweils unter Fr. 30'000.– liegt, wodurch die Klagen jeweils vom Gericht separat im vereinfachten Verfahren angelegt wurden. Diese Aufteilung der klägerischen Ansprüche erscheint mittlerweile aufgrund ihrer Häufung und zeitlichen Staffelung, gekoppelt gleichzeitig an das Begehren, trotzdem sämtliche Verfahren möglichst zusammen zu verhandeln, sei es durch Vereinigung (sofern der Streitwert beibehalten wird) oder durch gleichzeitige Verhandlung aller Verfahren an einer gemeinsamen Hauptverhandlung, rechtsmissbräuchlich. Aus dem Vorgehen und den Vorbringen der Klägerin erhellt, dass sie ihre diversen Klagen offensichtlich einzig deshalb aufteilt, um von den Vorteilen des kostenlosen Verfahrens zu profitieren, letztendlich aber doch erreichen will, dass die einzelnen Klagen in einem einzigen Prozess oder zumindest in einem einzigen (Haupt)Verfahren behandelt werden. Ein solches Vorgehen kann nicht geschützt werden, weshalb die Klägerin auch nicht vom Schutz vor Nachteilen bei gerichtlich initiiertes Prozessvereinigung profitieren kann (ROGER WEBER in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAAS, Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 125 N 7). Damit erscheint es vorliegend zulässig und angebracht, die einzelnen Klagen im Sinne einer objektiven Klagenhäufung mit den Rechtsfolgen gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO zu vereinigen, mithin auch unter Zusammenrechnung der Streitwerte, welche zusammen entsprechend Fr. 30'000.– übersteigen.

4. E contrario aus Art. 93 Abs. 2 ZPO ergibt sich für den Fall der objektiven Klagenhäufung im Weiteren, dass wenn der Streitwert durch die Zusammenrechnung mehrerer Begehren über Fr. 30'000.– beträgt, die Verfahrensart vom vereinfachten ins ordentliche übergehen kann. Dies gilt auch für den Fall, wenn mehrere ursprünglich im vereinfachten Verfahren erhobenen Ansprüche richterlich miteinander vereinigt werden (CHRISTIAN FRAEFEL in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 243 N 13).

5. Aufgrund dessen ist das neu unter der Prozessnummer AH200005-L vereinigte Verfahren ins ordentliche Verfahren vor Kollegialgericht zu überführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Im ordentlichen Verfahren ist der Prozess unter der Nummer AN200093-L weiterzuführen.»

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

«3. a) Gemäss Art. 86 ZPO kann nur ein Teil eines Anspruchs eingeklagt werden, wenn dieser teilbar ist. Durch die Erhebung einer Teilklage kann die klagende Partei den Streitwert begrenzen und ihre Kostenrisiken verringern, unter Umständen Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit und das anwendbare Verfahren nehmen und von einem gerichtskostenlosen Verfahren profitieren. Es wird allgemein anerkannt, dass es sich dabei um legitime Absichten handelt. Grenze für das Vorgehen mittels Teilklagen bildet das Rechtsmissbrauchsverbot und das Gebot von Treu und Glauben sowohl gegenüber der Gegenpartei als auch gegenüber dem Gericht (FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 86 N 2; BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 86 N 6; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 86 N 2; BK ZPO-MARKUS, Art. 86 N 6 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., 2019, § 14 Rz 37; MOHS, OFK-ZPO, Art. 86 N 2; ZR 114 {2015} Nr. 55 E. 3.1).

Typische Fälle von Rechtsmissbrauch sind die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt, die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts, ein krasses Missverhältnis der beteiligten Interessen, die schonungslose Rechtsausübung und das widersprüchliche Verhalten (BGE 143 III 279 E. 3.1; BGer 4A_104/2011 vom 27.09.2011, E. 3.2, m.w.H.). Das Rechtsmissbrauchsverbot schützt u.a. die Prozessbeteiligten und die staatlichen Instanzen vor missbräuchlicher Inanspruchnahme einzelner prozessualer Befugnisse durch eine Partei (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 56). Im Entscheid BGer 4A_104/2011 sah das Bundesgericht im Rahmen der Prüfung auf Willkür eine zweckwidrige Verwendung eines Rechtsin-

stituts darin, dass der Kläger nach einer ersten Teilklage beim Arbeitsgericht des Bezirks La Côte VD eine zweite Teilklage mit einem Streitwert unter Fr. 100'000.– beim Bezirksgericht Lausanne einreichte und sich dabei die Geltendmachung weiterer Ansprüche vorbehielt, welche die Zuständigkeit der Cour civile begründet hätten (E. 3.4, Stichwort „saucissonnage“; zustimmend de BENOIT, *L'action partielle et l'abus de droit*, QFLR 1/14 S. 20 f.; TSCHUDI, *Teilklagen in arbeitsrechtlichen Verfahren: Kritik an der grundsätzlichen Kostenlosigkeit*, AJP 10/2018 S. 1209; vgl. auch TAPPY, *SZZP 1/2012 S. 13 ff.*). Als (klar) rechtsmissbräuchlich wird die Aufteilung einer Gesamtforderung in viele kleine Teilklagen erachtet, um die beklagte Partei zu schikanieren (ZR 114 {2015} Nr. 55 E. 3.1), ebenso mehrere sich aufeinander folgende Teilklagen (CURCHOD/GONCZY, *L'action partielle*, AJP 8/2019 S. 810; BAUMANN WEY, *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage – die Qual der Wahl?*, in: *Haftpflchtprozess 2014*, Hrsg. FELLMANN/WEBER, 2014, S. 102) bzw. die Aufteilung einer Forderung allein aus Kostengründen auf mehrere Teilklagen (BÄRTSCHI, *Die gerichtliche Durchsetzung von Minderheitenrechten im Gesellschaftsrecht*, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI*, Hrsg. KUNZ/JÖRG/ARTER, 2016, S. 138 Fn 34; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7. A., 2012, S. 52; MEIER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2010, S. 220; KUKO ZPO-WEBER, Art. 125 N 7).

b) Vorliegend hat die Klägerin Ansprüche von insgesamt Fr. 98'584.–, die Ausstellung von zwei Arbeitszeugnissen und die Erstellung von Schlussrechnungen zum Gegenstand von vier separaten Klagen gemacht. Der Streitwert für die Arbeitszeugnisse beträgt praxisgemäss ein Monatslohn, somit rund Fr. 16'000.– oder – weil es nur um Änderungen geht – mit der Beklagten mindestens Fr. 6'000.–. In der dazugehörigen Klagebewilligung wird der Streitwert der vierten Klage mit Fr. 23'600.– beziffert. Insgesamt summiert sich der Streitwert der vier Klagen auf mindestens Fr. 113'597.– (3 x Fr. 29'999.– + Fr. 23'600.–). Vorbehalten hat sich die Klägerin die Geltendmachung von Ansprüchen als variabler Lohnanteil ab Beginn ihrer Anstellung als Zentrumsleiterin. Aufschluss über die Höhe dieses Lohnanteils erhofft sich die Klägerin aus der entsprechenden Schlussabrechnung zu erhalten. Im Zahlungsbefehl vom 5. Januar 2021 wird der variable Lohnanteil 2015 mit Fr. 90'000.– beziffert. Gemäss Arbeitsvertrag vom 6. Juni 2012 setzte sich der Lohn für die Zentrumsleitung aus einem Fixlohn und einem variablen Lohn zusammen, welcher auf dem Standortgewinn basierte. Art. 322a Abs. 2 OR statuiert für diesen Fall ein

Auskunfts- und Einsichtsrecht der Arbeitnehmerin. Diese Rechte sind vermögensrechtlicher Natur; sie bilden die Voraussetzung für eine spätere Geltendmachung allfälliger weiterer Ansprüche (vgl. BGer 4A_398/2008 vom 18.12.2008, E. 1.4.2). Zu Recht wirft die Beklagte der Klägerin vor, sie missbrauche das vereinfachte, kostenlose Verfahren. Nur schon die Aufteilung in vier Teilklagen erscheint als rechtsmissbräuchlich, dient doch das Institut der Teilklage nicht dazu, durch eine nahezu beliebige Anzahl Teilklagen mit einem Streitwert von jeweils unter Fr. 30'000.– ohne Gerichtskosten im vereinfachten Verfahren zu prozessieren. Vielmehr verfolgt die Kostenfreiheit den Zweck, den am Arbeitsverhältnis Beteiligten, namentlich der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer als schwächere Partei, zu ermöglichen, ohne Kostenrisiko um ihr Recht zu kämpfen (URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 114 N 8; kritisch zu dieser Privilegierung BK ZPO-STERCHI, Art. 113 und 114 N 5). Dieser Zweck wird mit der gleichzeitigen oder gestaffelten Erhebung mehrerer Teilklagen unter Fr. 30'000.– missbraucht. Angesichts des Gesamtstreitwerts von über Fr. 100'000.– ist es auch nicht gerechtfertigt, dass die Klägerin die „Vorteile des vereinfachten Verfahrens“ beanspruchen kann (Urk. 44 S. 10), welches im Bereich von kleinen Streitwerten sich durch die Verfahrensbeschleunigung und die Laientauglichkeit sowie richterliche Hilfestellung bei der Feststellung des Sachverhalts auszeichnet (BSK ZPO-MAZAN, Vor Art. 243-247 N 11; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 243 N 2). Hinzu kommt, dass sich die Klägerin die Geltendmachung weiterer Forderungen vorbehalten hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es umso stossender, dass die Klägerin ihre übrigen Ansprüche auf vier Teilklagen aufgesplittet hat.

c) Die Vorinstanz hat den Rechtsmissbrauch mit der Vereinigung der Verfahren und Überführung ins ordentliche Verfahren sanktioniert. Dies wird für den Fall, dass der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs bejaht wird, von der Klägerin nicht gerügt. Alternativ hätte die Vorinstanz auf die Klagen mangels Rechtsschutzinteresse nicht eintreten können (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 65 und 70) und der Klägerin wäre es offen geblieben, ihre Ansprüche mit einer neuen Klage im ordentlichen Verfahren geltend zu machen (vgl. TAPPY, a.a.O., S. 16).

d) Aufgrund dieser Erwägungen ist die Beschwerde gegen die Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich vom 9. Februar 2021 abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.»

(AH200005 Verfügung vom 9. Februar 2021 und Obergericht des Kantons Zürich, RA210006, Beschluss vom 23. April 2021, abrufbar unter www.gerichte-zh.ch; Weiterzug ans Bundesgericht unter der Verfahrensnummer 4A_307/2021, Entscheid noch ausstehend)

21. ZPO 138/148; Vermuteter Postdiebstahl

Die Beklagte hatte die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 17. September 2021 nicht abgeholt und war dementsprechend an der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2021 säumig. Auch das nach Säumnis an der Hauptverhandlung ergangene unbegründete Urteil vom 5. Oktober 2021 holte sie nicht innert Frist ab. Beide Dokumente waren mit eingeschriebener Gerichts-urkunde versandt worden und wurden nach verpasster Abholfrist mit dem Vermerk „nicht abgeholt“ dem Gericht wieder retourniert. Am 26. Oktober 2021 erschien der Geschäftsführer der Beklagten am Arbeitsgericht Zürich und erklärte, soeben erst Kenntnis vom Urteil vom 5. Oktober 2021 erhalten zu haben. In der Folge liess die Beklagte ein Gesuch um Wiederherstellung der Hauptverhandlung einreichen. Nach Einholung einer Stellungnahme beim Kläger wies das Gericht das Gesuch mit der nachfolgenden Begründung ab.

Aus den Erwägungen:

«II.

[...]

3. Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft.

4. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob der Gesuchstellerin in Bezug auf ihre Unkenntnis des Verfahrens und ihre Säumnis an der Hauptverhandlung kein oder nur ein leichtes Verschulden vorzuwerfen ist.

5. Die Gesuchstellerin bringt vor, es sei ihr kein Verschulden vorzuwerfen. Es muss festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin selbst vorbringt, dass seit ca. Mitte April 2021 mindestens sechs Fälle fehlender Geschäftskorrespondenz vorgefallen seien. Die Gesuchstellerin hat jedoch erst

am 27. Oktober 2021 einen Auftrag zur Postumleitung aufgegeben und am 1. November 2021 eine Strafanzeige betreffend den mutmasslichen Postdiebstahl erstattet. Zuvor – so bringt die Gesuchstellerin vor – habe sie nur mit den jeweiligen Korrespondenten der fehlenden Postsendungen Kontakt aufgenommen und die Nachsendung resp. Zustellung per E-Mail beantragt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin nicht bereits früher weitergehende Massnahmen ergriffen hat, um dem „Postverlust“ entgegenzuwirken, immerhin sind gemäss Angabe der Gesuchstellerin seit Beginn der Problematik und der Erteilung des Umleitungsauftrags rund sechseinhalb Monate vergangen.

Es ist ergänzend festzuhalten, dass zwei der vier E-Mail-Konversationen, die der Gesuchsgegner zum Beweis der fehlenden Post einreicht, vom 28. Oktober 2021 stammen. Sie vermögen die Behauptung der Gesuchstellerin, alles ihr Mögliche getan zu haben, nicht weiter zu unterstützen.

Zudem erscheint es als eher unglaubwürdig, dass gar beide Zustellungen resp. Abholungseinladungen des Gerichts nicht angekommen sind resp. gestohlen worden sein sollen, zumal diese niemandem ausser den Parteien im vorliegenden Verfahren einen Nutzen bringen würden.

Es verbleibt darauf hinzuweisen und dem Gesuchsgegner beizupflichten, dass auch aufgrund der Rechtssicherheit dem vorliegend gestellten Gesuch nicht stattgegeben werden kann, ansonsten sich jede Person mit der blossen Behauptung des Postdiebstahls einem Verfahren entziehen resp. jederzeit verpasste Fristen wiederherstellen lassen könnte.

6. Folglich kann nicht von einem nur leichten Verschulden der Gesuchstellerin ausgegangen werden und das Gesuch um Aufhebung des Urteils vom 5. Oktober 2021 und erneuter Vorladung zur Hauptverhandlung ist abzuweisen.

III.

1. Die Gesuchstellerin beantragt eventualiter die Begründung des Urteils vom 5. Oktober 2021 und bringt vor, die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 ZPO setze voraus, dass eine Abholungseinladung mit Fristangabe im Briefkasten oder Postfach des Adressaten hinterlassen worden sei. Sodann sei es nötig, dass der Empfänger mit gewisser Wahrscheinlichkeit mit einer Zustellung habe rechnen müssen. Allein aufgrund der Klagebewilligung müsse die Gesuchstellerin nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen. Vorliegend greife die Zustellfiktion folglich für beide erfolglosen ge-

richtlichen Zustellungen nicht. Weiter löse die Unmöglichkeit der Zustellung an die bekannte Domiziladresse einer juristischen Person nicht ohne Weiteres eine Zustellfiktion aus. Es dürfe nicht sogleich von der Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden, sondern es bedürfe drei weiterer formeller Zustellversuche auf zwei verschiedenen Wegen. Vorliegend sei jedoch bei beiden Postsendungen des Gerichts lediglich je ein Zustellversuch erfolgt.

2. Der Gesuchsgegner beantragt die Abweisung des Eventualbegehrens und bringt vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin die Abholeinladungen des Gerichts nicht erhalten haben soll, während weitere Post offensichtlich angekommen sei. Die Vorladung sei an die öffentlich zugängliche bzw. im Handelsregister eingetragene Adresse verschickt worden. Es sei an der Gesuchstellerin, dafür besorgt zu sein, dass ihr die Post korrekt zugestellt werden könne. Die Behauptungen der Gesuchstellerin seien nicht glaubhaft. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Gesuchstellerin die Vorladung sowie das Urteil rechtmässig hat zugestellt werden können. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zur Unmöglichkeit seien irrelevant, da die Zustellung eben nicht unmöglich gewesen sei.

3. Nach Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Verfügungen durch eingeschriebene Post oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Die Vorladung vom 17. September 2021 zur Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2021 sowie das Urteil vom 5. Oktober 2021 wurde der Gesuchstellerin mittels Gerichtsurkunde an ihre Domiziladresse gemäss Handelsregister des Kantons Zürich zuzustellen versucht. Hat eine Partei Kenntnis vom hängigen Verfahren, muss sie mit einer gerichtlichen Sendung rechnen – was vorliegend nach gescheitertem Schlichtungsverfahren, an dem die Gesuchstellerin teilnahm, der Fall war (BGer 4P.30/2007 E. 5.3.).

Durch die Kenntnis des hängigen Verfahrens entsteht die prozessuale Pflicht aus Treu und Glauben, dafür zu sorgen, dass Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Können Entscheide des Gerichts dennoch nicht zugestellt werden, ist von einer Zustellfiktion auszugehen (BGE 130 III 396, E. 1.2.3; BGer 2C_35/2016 vom 18. Juli 2016, E. 3.1 m.w.H.). Die Zustellung einer mit eingeschriebener Gerichtsurkunde versandten Sendung gilt, wenn diese nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

4. Die Gesuchstellerin kann sich somit nicht darauf berufen, dass die Zustellfiktion nicht eingetreten ist, da sie – wie oben ausgeführt – nicht genügend dafür gesorgt hat, dass ihr die gerichtlichen Sendungen zugestellt werden können. In beiden Fällen der Zustellung (Vorladung und Urteil) ist somit die Zustellfiktion eingetreten und das Urteil vom 5. Oktober 2021 war am 26. Oktober 2021 – wie auf der Rechtskraftbescheinigung vermerkt – bereits rechtskräftig. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Begründung des Urteils vom 5. Oktober 2021 ist somit abzuweisen.»

(AH210113 Verfügung vom 15. Dezember 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

22. ZPO 152/OR 328b/DSG; Observation während der Freistellung

Im vorliegenden Rechtsstreit ging es unter anderem um die Fragestellung, ob die von der Beklagten zum Beweis angerufenen E-Mails und Observationsberichte einer Detektei im Verfahren berücksichtigt werden können. Hintergrund war folgende arbeitsrechtliche Auseinandersetzung:

Der Kläger arbeitete seit dem 1. Januar 2011 bei der Beklagten, einer Aktiengesellschaft, die Finanzprodukte emittiert und vertreibt, zuletzt im Rang eines „Managing Directors“. Er leitete ein Team mit sechs Mitarbeitenden. Am 1. April 2019 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ordentlich per 30. Juni 2019. Nebst dem Kläger kündigten auch vier weitere Mitarbeiter der Beklagten Ende März bzw. Anfang April 2019 (vgl. auch den Fall Nr. 5), drei davon aus dem Team des Klägers. Alle diese fünf ehemaligen Mitarbeiter – inklusive des Klägers – wechselten von der Beklagten zur B._ AG, welche von A._, Mitgründer und ehemaligem CEO der Beklagten, gegründet worden war.

Mit Schreiben vom 1. April 2019 stellte die Beklagte den Kläger bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses frei und bezahlte ihm in der Folge keinen Lohn mehr. Der Kläger forderte vor Arbeitsgericht den Lohn für die Freistellungszeit von April bis Juni 2019 in Höhe von Fr. 89'402.70 netto.

Aus den Erwägungen:

«IV. Prozessuales

[...]

2. Zulässigkeit der beklagischen Beweismittel – Observationsbericht und E-Mails

[...]

2.3. Würdigung

2.3.1. Unbestrittenermassen kündigte der Kläger zusammen mit weiteren Angestellten der Beklagten, welche ihm teilweise unterstellt waren, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zur selben Zeit, um zur B._ AG zu wechseln. Der Kläger selbst führt aus, dass die Beklagte dies spätestens am 8. April 2019 erfahren habe. Die Beklagte sieht die B._ AG als Konkurrentin an. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist im vorliegenden Verfahren nicht abzuklären. Durch die zeitgleiche Kündigung und den Wechsel zur B._ AG sowie den Presseberichten, in welchen der CEO der B._ AG ankündigte, diese würde im Mai 2019 „an den Start gehen“, lagen jedoch gewichtige und ausreichende Anhaltspunkte vor, um Untersuchungen zu unternehmen. Dies gilt umso mehr, als dass der Kläger als Mitglied der Geschäftsleitung und auch als Vorgesetzter einiger der anderen zeitgleich abgewanderten Mitarbeiter der Beklagten einer verstärkten Treuepflicht unterstand.

2.3.2. Bei den vorliegend interessierenden bzw. von der Beklagten eingereichten und vom Kläger monierten E-Mails handelt es sich ausschliesslich um solche, die entweder von oder an die geschäftliche E-Mail-Adresse des Klägers bei der Beklagten gesandt wurden. Zwei dieser E-Mails wurden von der geschäftlichen E-Mail-Adresse des Klägers an seine private Adresse gesandt, eine von seiner privaten an seine geschäftliche Adresse und zwei von seiner geschäftlichen Adresse an seine private bzw. an die Adresse seiner Partnerin C._. Mit anderen Worten erfolgten alle im Recht liegenden E-Mail-Konversationen über die geschäftliche E-Mail-Adresse des Klägers, sei dies als Empfänger oder Absender. Die E-Mails wurden weder als privat gekennzeichnet, noch sind sie anderweitig als privat erkennbar. Im Gegenteil enthalten die E-Mails lediglich Sachdaten und keinerlei personenbezogenen Informationen. Es handelt sich mithin bei all diesen E-Mails um geschäftsbezogene Nachrichten, welche die Beklagte ohne Weiteres einsehen durfte. Dazu kommt, dass die Mitarbeitenden der Beklagten im Reglement betreffend den Gebrauch von E-Mails vom 14. Dezember 2017 auf die Möglichkeit der E-Mail-Überwachung hingewiesen worden waren.

2.3.3. Hinsichtlich der Observation des Klägers durch die von der Beklagten engagierte Detektei ist festzuhalten, dass gemäss dem Überwachungs- und Erhebungsrapport des Detektivbüros hauptsächlich die Büroräumlichkeiten der B._ AG an der [Adresse der B._ AG] beobachtet wurden und nicht etwa der Kläger bzw. seine Bewegungen generell. So wurde überwiegend festgehalten, zu welchen Zeiten der Kläger sowie auch weitere Personen die Büroräumlichkeiten betraten und verliessen. Die Observation war mithin auf Tatsachen beschränkt, welche sich im öffentlichen Bereich abspielten und von jedermann wahrgenommen werden konnten und stellte deshalb lediglich einen geringfügigen Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers dar. Nach dem einheitlichen Abgang des Klägers mit weiteren ehemaligen Arbeitnehmern der Beklagten (teilweise ihm unterstellte Mitarbeiter) zur B._ AG sowie der Entdeckung der vorstehend erwähnten E-Mails hatte die Beklagte einen genügenden Anlass, um eine Untersuchung betreffend allfällige Weisungs- und Gesetzesverstösse anzustrengen. Insbesondere muss ihr auch zugestanden werden, Abklärungen in Bezug auf einen allfälligen Ersatzverdienst des Klägers während der Freistellungszeit anzustrengen, nachdem sie für einen solchen beweispflichtig ist (vgl. Ziff. V.3./3.1 ff.). Die Überwachung des Klägers sollte dazu dienen, eine allfällige Tätigkeit für die B._ AG noch während laufender Kündigungsfrist bei der Beklagten festzustellen und sie beschränkte sich auf das für diesen Zweck Notwendige, nämlich die Beobachtung der Büroräumlichkeiten der B._ AG. Anders als der Kläger ausführt, ermöglichte diese punktuelle Observation auch nicht die Erstellung eines eigentlichen Bewegungsmusters, nachdem der Kläger in seiner generellen Freizeit (bspw. am Abend oder am Wochenende) bzw. an anderen Orten als an den Büroräumlichkeiten der B._ AG sowie in deren näheren Umfeld gerade nicht observiert wurde.

2.3.4. Ohnehin wäre jedoch eine Verwertbarkeit sowohl des Observationsberichts als auch der E-Mails vorliegend gestützt auf Art. 152 Abs. 2 ZPO zu bejahen. Das Parteiinteresse der Beklagten an deren Verwertbarkeit bemisst sich am Streitwert, welcher mit fast Fr. 90'000.– beträchtlich ist. Im Vergleich dazu war der Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers durch die Beschaffung der genannten Beweismittel eher gering, handelt es sich bei den E-Mails gerade nicht um private E-Mails (bzw. enthalten diese gerade keine privaten Informationen) und beschränkte sich die Observation des Klägers auf einen eng begrenzten Ort in der öffentliche Sphäre und fand nur zu begrenzten Zeiten statt.»

(AN190049 Urteil vom 24. März 2021; Berufung am Obergericht anhängig)

23. ZPO 209; Beginn der Dreimonatsfrist

Die Beklagte machte geltend, dass der Kläger die Frist zur Einreichung der Klage beim Gericht gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO verpasst habe. Das Gericht fällte zu diesem und anderen Vorhalten der Beklagten einen Zwischenentscheid über die Eintretensfrage (gemäss Art. 237 ZPO) aus dem im Folgenden zitiert wird.

Aus den Erwägungen:

«2. Einhaltung der Klagefrist

2.1. Die Beklagte stellt sich vorab auf den Standpunkt, dass der Kläger mit Einreichung der Klageschrift vom 19. Mai 2021 die dreimonatige Frist zur Einreichung der Klage gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO verpasst habe. Massgebend sei nämlich nicht die Zustellung der (schriftlichen) Klagebewilligung, sondern deren Eröffnung. Mit „Eröffnung der Klagebewilligung“ im Sinne von Art. 209 Abs. 3 ZPO sei die mündliche Mitteilung anlässlich der Schlichtungsverhandlung gemeint. Die Frist zur Einreichung der Klagebewilligung habe damit unter Berücksichtigung der Gerichtsferien bereits am 18. Mai 2021 geendet. Auf die Klage sei nicht einzutreten.

2.2. Der Kläger hält daran fest, dass die Frist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO erst am Folgetag der Zustellung der schriftlichen Klagebewilligung zu laufen begonnen habe. Seine Eingabe vom 19. Mai 2021 sei somit innert der gesetzlich vorgesehenen Klagefrist erfolgt und auf die Klage sei einzutreten.

2.3. Gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO berechtigt die Klagebewilligung „nach Eröffnung“ während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht. Unter „Eröffnung“ ist gemäss Praxis und h.L. die schriftliche Aushängung der Klagebewilligung anlässlich der Schlichtungsverhandlung bzw. deren postalische Zustellung zu verstehen (F. HUNZIKER-BLUM, in: SJZ 114 [2018] Nr. 23 S. 558 ff.; LB140093, Obergericht des Kantons Zürich, I. ZK, 17. Februar 2015; BGE 140 III 227 Erw. 3.1). Vor Erhalt der schriftlichen Klagebewilligung ist es einer Partei denn auch faktisch gar nicht möglich, die Klage einzureichen, nachdem die Klagebewilligung im Original als Beilage mit der Klage einzureichen ist (Art. 221 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 244 Abs. 3 lit. b ZPO).

Von der Beklagten wird nicht geltend gemacht, dass im vorliegenden Fall anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 2. Februar 2021 die

Klagebewilligung schriftlich ausgehändigt worden wäre. Der Klagebewilligung vom 4. Februar 2021 ist denn auch nur zu entnehmen, dass der klagenden Partei die Klagebewilligung „erteilt“ wird. Dieser Vermerk ist lediglich dahingehend zu verstehen, dass die Schlichtungsbehörde die schriftliche Klagebewilligung nächstens zustellen werde. Eine eigentliche mündliche Eröffnung der Klagebewilligung mit dem zwingenden Inhalt gemäss Art. 209 Abs. 2 ZPO wurde weder geltend gemacht noch ist dies anhand der Klagebewilligung ersichtlich.

2.4. Nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung vom 2. Februar 2021 wurde die Klagebewilligung am 4. Februar 2021 an den damaligen Vertreter des Klägers versandt. Dieser konnte die Klagebewilligung frühestens am 5. Februar 2021 in Empfang nehmen. Der Fristbeginn ist somit auf den 6. Februar 2021 zu datieren (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Die dreimonatige Frist zur Einreichung der Klagebewilligung lief unter Berücksichtigung der Gerichtsferien am 21. Mai 2021 ab. Der Kläger hat die Frist mit Eingabe vom 19. Mai 2021 gewahrt.»

Das Obergericht bestätigte auf Berufung der Beklagten hin den Entscheid des Arbeitsgerichts. Es erläuterte, weshalb keine Veranlassung bestehe, auf die Praxis der I. Kammer gemäss ihrem Entscheid vom 17. Februar 2015 (*OGer ZH LB140093 vom 17.02.2015, E. 4*) zurückzukommen. Vielmehr sei daran festzuhalten, dass die Frist für die Einreichung der Klage am Tag nach der Zustellung resp. Übergabe der Klagebewilligung zu laufen beginne.

(AH210076 Verfügung vom 25. Oktober 2021 sowie Beschluss vom 18. Januar 2022 des Obergerichts des Kantons Zürich, LA210039)

24. ZPO 224/OR 321e; Widerklage gestützt auf einen Agenturvertrag

Die Beklagte vertrat im Prozess die Ansicht, sie habe mit dem Kläger einen Agenturvertrag geschlossen; der Kläger sei selbständiger Agent gewesen. Auf die Klage sei daher wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit des Arbeitsgerichts nicht einzutreten. Gleichzeitig verlangte die Beklagte mit ihrer Widerklage basierend auf dem Agenturvertrag die Bezahlung einer Konventionalstrafe.

Aus den Erwägungen:

«2. Sachliche Zuständigkeit Widerklage

2.1 Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Das Hauptklagegericht muss für die Sachbeurteilung der Widerklage sachlich zuständig sein, weil es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt (BSK ZPO–WILLISEGGER, Art. 224 ZPO N 46). Über die Frage der sachlichen Zuständigkeit sprechen sich Art. 14 und 224 ZPO nur hinsichtlich einer gerichtlichen Zuständigkeitsabgrenzung aufgrund des Streitwertes explizit dazu aus, unter welchem Aspekt gegebenenfalls eine Prozessüberweisung zu erfolgen hat. Im Zuständigkeitsbereich der Spezialgerichte, die im Rahmen des kantonalen Organisationsrechts errichtet werden (u.a. Arbeitsgerichte), bestimmt das kantonale Recht, ob die (gleiche) Sachzuständigkeit für die Widerklage als Prozessvoraussetzung gewahrt sein muss (BSK ZPO–WILLISEGGER, Art. 224 ZPO N 46; mit Hinweis auf BGE 138 III 471 E. 5).

2.2 Das Obergericht des Kantons Zürich hat in seinem Urteil vom 3. Dezember 2018 im Verfahren LA180020 unter Bezugnahme auf die differierenden Meinungen festgehalten, wenn eine Hauptklage aufgrund der Natur der Streitsache (z.B. arbeitsrechtliche Streitigkeit) in die Sachkompetenz eines Spezialgerichtes falle, sei eine Widerklage grundsätzlich nur zulässig, falls auch sie auf Grund der Natur der Streitsache in die Sachkompetenz des Hauptklagegerichtes falle. Das gelte selbst für den Fall, dass Haupt- und Widerklage konnex seien, da sich Art. 14 ZPO nur auf die örtliche Zuständigkeit beziehe. In einem Verfahren vor einem kantonalen Arbeitsgericht könne daher keine Widerklage erhoben werden, sofern der Anspruch bei selbständiger Erhebung in die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte falle. Den Lehrmeinungen von WILLISEGGER (BSK ZPO, Art. 224 N 51) und PAHUD (DIKE Komm. ZPO, Art. 224 ZPO N 26) folgend erzog das Obergericht sodann, die vom Kanton Zürich (mit Bezug auf das Arbeitsgericht) getroffene Regelung sei dahingehend zu verstehen, dass die gleiche sachliche Zuständigkeit gegeben sein müsse. Decke sie auch den Streitgegenstand der Widerklage ab, müsse eine gemeinsame Beurteilung erfolgen. Andernfalls sei die Widerklage in einem besonderen Verfahren zu behandeln (OGer ZH vom 3. Dezember 2018, LA180020, E. 5.1).

2.3 Daraus folgt, dass es bedeutungslos ist, ob Haupt- und Widerklage konnex sind. Entscheidend ist vielmehr, ob das Arbeitsgericht für die

Widerklage der Beklagten auch zuständig wäre, wenn sie als selbständige Hauptklage vor Arbeitsgericht erhoben würde.

2.4 Nach den Tatsachenbehauptungen der Beklagten (Widerklägerin) liegt ein Agenturvertrag vor. Wie vorstehend unter Erwägung III.1. ausgeführt, sind die Gegenargumente des Klägers (Widerbeklagter) für die Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Das Gericht hat für die Beurteilung der Zuständigkeit die Argumentation der Beklagten, es liege ein Agenturvertrag vor, als wahr zu unterstellen. Bei selbständiger Erhebung der Widerklage wäre somit die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zu verneinen, zumal dieses lediglich erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden entscheidet (§ 20 Abs. 1 lit. a GOG).

2.5 Da die Beklagte von einem Agenturverhältnis ausgeht und ihre Widerklage auf dieses Vertragsverhältnis stützt, ist die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zu verneinen. Auf die Widerklage ist nicht einzutreten.

2.6 Festzuhalten bleibt, dass der Widerklage bei der Annahme, es liege ein Arbeitsvertrag vor, mit Bezug auf die Konventionalstrafe kein Erfolg beschieden wäre. Dies aus folgenden Gründen:

2.6.1 Die Beklagte wirft dem Kläger vor, er habe den Versuch unternommen, verschiedene Agenten (die Herren A., B., C. und D.) abzuwerben und verlangt die Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 25'000.–. Die Beklagte stützt sich dabei auf Ziffer 53 des Vertrags vom 23. April 2015, wonach der Kläger u.a. für jeden Versuch, Kunden, für die Beklagte tätige Personen, Agenten oder Partnergesellschaften abzuwerben, je eine Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 50'000.- bezahlen müsse.

2.6.2 Herr A., Herr B., Herr C. und Herr D. wurden durch den Kläger nicht abgeworben. Es blieb beim Versuch von deren Abwerbung und deren Mitarbeit blieb der Beklagten erhalten. Gemäss Ziffer 53 des Vertrages zieht nicht nur eine erfolgreiche Abwerbung sondern auch ein erfolgloser Abwerbungsversuch, der für die Beklagte keine finanziellen Nachteile bringt, eine Konventionalstrafe nach sich. Mit Bezug auf den Versuch einer Abwerbung wurde somit eine schadensunabhängige Haftung statuiert. Eine Vertragsklausel, die eine schadensunabhängige Vertragsstrafe vorsieht, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nichtig, da die Arbeit-

nehmerhaftung gemäss Art. 321e OR zwingend den Eintritt eines ersatzpflichtigen Schadens voraussetzt. Da der Arbeitnehmer höchstens für einen verursachten Schaden haftbar gemacht werden kann, ist die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Zahlung einer den tatsächlichen Schaden übersteigenden Vertragsstrafe unzulässig (vgl. BGE 144 III 327 E. 5.3.1).

2.6.3 Mit Bezug auf den Abwerbeversuch ist die Vertragsklausel – sofern es sich um einen Arbeitsvertrag handeln würde – somit nichtig.»

(AH200008 Verfügung und Urteil vom 1. März 2021, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2020

Zu Nr. 8:

Mit Urteil vom 15. Juli 2021 wies das Obergericht die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ab (RA200007). Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht ein und wies die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab, soweit darauf einzutreten war (4A_471/2021 Urteil vom 26. Januar 2022).

Nr. 12:

Mit Bezug auf die in Nr. 12 wiedergegebenen Erwägungen wurde das Urteil des Arbeitsgerichts vom Obergericht mit Entscheid vom 3. Februar 2022 bestätigt und die fristlose Kündigung ebenfalls als gerechtfertigt erachtet (LA200031).

Nr. 14:

Das Obergericht gelangte im Berufungsentscheid zum selben Ergebnis. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Kündigung als solche nicht bedingt ausgesprochen worden sei. Es sei aber nicht von einem subjektiv stark zerstörten Vertrauen auszugehen, da sich die Beklagte bereit erklärt habe, den Kläger unter bestimmten Bedingungen wieder zu beschäftigen (LA210005 vom 15. Juni 2021 S. 25 f.).

Nr. 20:

Das Obergericht erachtete die Klageänderung im Schlussvortrag als zulässig, da sich die Klägerin damit bereit erklärt habe, bei einer Ausübung der Option mehr bezahlen zu müssen. Es liege eine jederzeit zulässige Beschränkung der Klage im Sinne von Art. 227 Abs. 3 ZPO vor (LA200029 vom 22. Juni 2021 E. 6.4.).

III. STATISTISCHER ÜBERBLICK

Schlichtungsverfahren:

Laut Jahresbericht der Friedensrichterämter der Stadt Zürich gab es bei den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Jahr 2021 mit 765 Fällen einen Rückgang gegenüber dem Vorjahr (1'057). 460 Fälle erledigten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter durch Verfügung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug, Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit), Urteil oder akzeptierten Urteilsvorschlag. In 305 Verfahren wurde eine Klagebewilligung erteilt. Die Zahlen der Friedensrichterämter im Einzelnen:

	2020	2021
Anzahl Schlichtungsgesuche	1'057	765
Erledigung durch Verfügung	621	451
Erledigung durch Urteil	7	4
Akzeptierte Urteilsvorschläge	21	5
Abgelehnte Urteilsvorschläge/Klagebew.	7	4
Klagebewilligungen	401	301

Verfahren vor Arbeitsgericht:

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2020	2021
Übertrag Vorjahr	186	214
Klageeingänge von Arbeitnehmern	308	219
Klageeingänge von Arbeitgebern	9	9
Total hängige Verfahren	503	442
Erledigungen im laufenden Jahr	289	279
Pendenzen Ende Jahr	214	165

Erledigungsarten /Anzahl Verhandlungen

	2020	2021
durch Urteil	99	81
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	149	171
anderweitig	41	27
Anzahl Verhandlungen	232	209

Streitwerthöhe der eingegangenen vermögensrechtlichen Klagen

	2020	2021
bis Fr. 10 000.–	58	48
Fr. 10 000.– bis 30 000.–	149	118
Fr. 30 000.– bis 100 000.–	54	29
über Fr. 100 000.–	30	33

Verfahrensdauer der erledigten Fälle

	2020	2021
1 bis 3 Monate	75	52
3 bis 6 Monate	80	81
6 bis 12 Monate	77	88
1 bis 2 Jahre	38	48
über 2 Jahre	19	10

Verfahrensausgang der erledigten Fälle

	2020	2021
Gutheissung	26	13
Teilweise Gutheissung	48	51
Abweisung	25	17
Vergleich, Anerkennung, Rückzug	149	171
Übrige (Nichteintreten, gegenstandslos, Vereinigung)	41	27



ARBEITSGERICHT ZÜRICH