

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2023



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2023

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Auszugsweiser Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Zitiervorschlag: AGer-Z 2023 Nr. X

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

Inhaltsverzeichnis

Editorial	3
I. Aus den Entscheiden	5
1. OR 101/328; Arbeitsunfall in der Restaurantküche	5
2. OR 321c/ArG 9; Beweis von Überzeit	8
3. OR 319/GOG 20; Zwischenbeschluss zur sachlichen Zuständigkeit	11
4. OR 322; Mündliche Vereinbarung zur Kommissionsvergütung	14
5. OR 322/779a; Lohnvereinbarung mit einer Gesellschaft in Gründung	18
6. OR 322a; Beteiligung am Gesamtvertragswert während der Freistellung	25
7. OR 322d; Bonus Anwaltskanzlei	28
8. OR 322d; Bonus im Jahr der Kündigung	32
9. OR 322d; Zielbonus einer Leiterin Human Resources	36
10. OR 324; Minusstunden	42
11. OR 324a; Zeitpunkt der Information zum Übertrittsrecht in die Einzelversicherung	44
12. OR 329d; Ferieneinschluss im Tageslohn	47
13. OR 336/GIG 3; Kündigung nach Schwangerschaftskomplikationen und späterer Mutterschaft	49
14. OR 337; Vertrauensverlust in Senior Legal Counsel	51
15. OR 337c/327a; Absehen von einer Pönale	55
16. OR 340; Umfang des Einblicks in den Kundenkreis	60
17. OR 340; Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften	62
18. AVG 19; Abzug einer Bearbeitungsgebühr vom Bruttolohn	64
19. ZPO 59/223; Unbestimmtes Begehren um Übertragung von Aktien	66
20. ZPO 107; Verteilung der Prozesskosten	69
21. BGFA 12; Anwaltliche Interessenkollision	74
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 Leserschaft

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

Auch die diesjährige Auswahl gibt Einblick in die grosse Bandbreite der Fälle am Arbeitsgericht. Was aus den kurzen Urteilsauszügen nicht hervorgeht, ist der Weg zu diesen Entscheidungen, der die Arbeit des Gerichts genauso ausmacht. Bevor ein Urteil gefällt wird, findet regelmässig eine Hauptverhandlung statt, die öffentlich ist. Es wird eine gütliche Einigung gesucht. Es gilt umfangreiche Rechtsschriften und Unterlagen zu studieren. Nicht selten müssen prozessuale Vorfragen und besondere Verfahrensanträge geprüft werden, bevor über den eigentlichen Streitgegenstand entschieden werden kann. In einigen der zitierten Fällen fanden Zeugeneinvernahmen statt.

Ein Blick ins Inhaltsverzeichnis zeigt unverkennbar: Zahlreiche Fälle vor Arbeitsgericht haben Bonusforderungen zum Gegenstand. Uneindeutige variable Vergütungselemente und in Aussicht gestellte, aber als freiwillig bezeichnete Bonuszahlungen bieten grosses Streitpotential. Das ist allgemein bekannt. Dass auf derartige Vergütungsmodelle deshalb vermehrt verzichtet würde, können wir bei unserer Arbeit jedoch nicht feststellen.

Bis Ende 2025 wird das Arbeitsgericht Zürich seinen Standort voraussichtlich weiterhin im Provisorium an der Thurgauerstrasse 40 in 8050 Zürich-Oerlikon haben. Hier finden auch die Verhandlungen statt. Unsere Postanschrift bleibt "Bezirksgericht Zürich, Arbeitsgericht, Postfach, 8036 Zürich". An dieser Stelle lohnt es sich wieder einmal in Erinnerung zu rufen: Das am Bezirksgericht Zürich angegliederte Arbeitsgericht Zürich ist für den Gerichtsstand Bezirk bzw. Stadt Zürich und nicht für den ganzen Kanton zuständig.

Wir danken Ihnen für Ihr Interesse, das Sie unserer Arbeit entgegenbringen, und wünschen Ihnen eine spannende Lektüre.

Zürich, im Mai 2024

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

I. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

1. **OR 101/328; Arbeitsunfall in der Restaurantküche**

Der Kläger war vom 1. August 2019 bis 31. Oktober 2020 als Hilfskoch bei der Beklagten angestellt. Am 1. Dezember 2019 erlitt er einen Arbeitsunfall. Er zog sich am rechten Auge eine Verätzung durch das Geschirrspülmittel zu und war nach dem Unfall vom 1. bis 10. Dezember 2019 in der Augenklinik des Universitätsspitals Zürich hospitalisiert. Bis Ende 2020 leistete die Unfallversicherung Unfalltaggelder.

Der Kläger war im Unfallzeitpunkt mit dem Abwasch beschäftigt. An jenem Tag war das Geschirrspülmittel anders als üblich am Boden in einem Plastikkanister unterhalb des Arbeitsbereichs des Klägers platziert, und zwar links neben der festen Installation mit dem Glanzmittel. Dieser provisorische Behälter war am Tag zuvor vom Küchenchef A._ installiert worden. Normalerweise wird ein System mit einem Sicherheits-Steckanschluss verwendet, und das Spülmittel befindet sich bei dieser angestammten Konstruktion in einer Halterung über dem Glanzmittel. Der Küchenchef A._ gab in der polizeilichen Befragung rund zweieinhalb Jahre nach dem Unfall zum fraglichen Provisorium an, er habe mit einem Schraubenzieher ein Loch in den Deckel des Plastikkanisters gemacht und den Schlauch durchgezogen. Der Schlauch sei fest drinnen und der Deckel zu und angezogen gewesen, weshalb es unmöglich gewesen sei, dass der Schlauch einfach so rausgesprungen wäre. Ausser man hätte den Kanister geschüttelt oder eine ähnliche Manipulation vorgenommen.

Strittig war vor Arbeitsgericht, ob die Beklagte für diesen Unfall eine zivilrechtliche Haftung trifft.

Aus den Erwägungen:

«IV. Würdigung Haftung im Grundsatz
[...]

7. Es ist der Beklagten insofern Recht zu geben, dass heute nicht mehr präzise nachvollzogen werden kann, wie das Spülmittel ins Auge des Klägers gelangte. Dass der Boden zum Unfallzeitpunkt mit Material vollgestellt war, ist nicht erstellt. Trotzdem scheint es möglich, dass der Unfall dadurch verursacht wurde, dass der Kläger das Provisorium während des Abwaschvorgangs mit einem sperrigen Gegenstand oder anderweitig touchierte. Erstellt ist dies

aber nicht. Nicht gefolgt werden kann indes der Schlussfolgerung der Beklagten, der Vorfall müsse Folge einer Manipulation und/oder Unachtsamkeit des Klägers gewesen sein, anders könne es sich die Beklagte schlicht nicht erklären. Den Vorbringen der Beklagten lässt sich denn auch nicht entnehmen, dass eine Abklärung zum Unfallvorgang stattgefunden hat. Dass es sich bei der Augenverletzung des Klägers nicht um eine Bagatelle handelte, war indes bereits am Unfalltag absehbar. Spätestens nach Kenntnis des längeren Spitalaufenthalts wäre es – auch in Ausübung ihrer Fürsorgepflicht – angezeigt gewesen, den Unfall zu dokumentieren, sich über die Hintergründe des Unfalls Kenntnisse zu verschaffen und den zweifelhaften Kanister als Beweismittel zu sichern. Dass dies nicht geschehen ist, ist entscheidend dafür, dass der Unfallhergang und auch die genaue Beschaffenheit des provisorischen Behälters im Unklaren bleibt. Mit ein Grund ist auch, dass keine der Parteien die am Aufbau des provisorischen Behälters beteiligten und auch am Unfallort anwesenden Personen (den Küchenchef A. und den Betriebsleiter B.) als Zeugen aufgerufen haben (wobei immerhin das Einvernahmeprotokoll von A. bei der Polizei vom [Datum] bei den Akten liegt). Der Verstoss gegen die Obliegenheit der Arbeitgeberin, sich über den Unfallhergang Rechenschaft zu verschaffen, hat prozessuale Nachteile beweisrechtlicher Natur zur Folge. Es trifft zwar zu, dass grundsätzlich der Kläger die Beweislast nicht nur für den Schaden, sondern auch für die Verletzung der Fürsorgepflicht und die Kausalität zum Schaden trifft. Dass es sich bei der ein Tag vor dem Unfall vom Küchenchef angefertigten Vorrichtung – nach dessen Angaben durch Einfädeln des Schlauchs in ein selbstgebohrtes Loch durch den Deckel – um eine improvisierte, Lösung handelte, welche nicht dieselbe Sicherheit bot wie die angestammte Lösung, ist allerdings wie bereits erwähnt offensichtlich (vgl. E. 4). Unbestritten ist sodann, dass sich der Kläger eine Augenverletzung mit dem Geschirrspülmittel zugezogen hat. Prima-Facie drängt sich die Vermutung auf, dass der provisorische Behälter nicht die genügende Sicherheit bot und für den Unfall verantwortlich war. Es obliegt unter den geschilderten Umständen der Arbeitgeberin, diese Vermutung durch erhebliche Zweifel umzustürzen.

8. Auch andere haftpflichtrechtliche Anspruchsgrundlagen, wie etwa die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) kennen ähnliche Beweisprobleme. Es obliegt grundsätzlich dem Geschädigten, den Werkmangel und die Kausalität zu beweisen (Art. 8 ZGB). Ein Werkmangel besteht nicht schon deshalb, weil das Werk einen Schaden verursacht hat (BK – BREHM, Art. 58 OR, N 54). Ist ein Werk durch einen Unfall zerstört oder sonst nach einem Ereignis verändert worden, so könnte jedoch ein allzu strenges Beharren auf der Beweis-

pflicht des Geschädigten die Werkeigentümerhaftung in vielen Fällen relativieren. Es ist daher unter Umständen angezeigt, dass das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung vom eingetretenen Schaden auf den mangelhaften Zustand eines Werkes schliesst (BSK OR-I KESSLER Art. 58 N 19 unter Hinweis auf OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, Besonderer Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, S. 213 f.).

9. Der Spülmittelbehälter, der unter dem Abwaschbereich stand, musste vernünftigerweise so konstruiert sein, dass kein Mittel verspritzt werden kann. Das ist die Intention des normalerweise verwendeten Steckanschlusses und des fixierten Behälters. Derselbe Zweck erfüllt der in act. 39/2 abgebildete Abfüllstutzen. Die Gewährleistung einer jederzeit sicheren Vorrichtung ist mit vernünftigem Aufwand zu erreichen. Die Arbeitgeberin muss im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht auch mit Unachtsamkeit rechnen. Was genau geschah, bleibt, wie erwähnt, unklar. Es gibt allerdings auch nach durchgeführtem Beweisverfahren keine überzeugenden Indizien dafür, wonach der Kläger am Behälter hantierte. Es bleibt beim Anschein, dass der Behälter, der zum Unfall führte, die im Rahmen der Fürsorgepflicht verlangte Sicherheit nicht gewährleistete und für den Unfall verantwortlich war.

Zusammenfassend gelangt das Gericht in Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss, dass die Augenverätzung auf das nicht genügend Sicherheit bietende Provisorium, das vom für die Einhaltung von Vorschriften in der Küche verantwortlichen Küchenchef, A., nach Rücksprache mit dem Geschäftsführer, B., installiert worden war, zurückzuführen ist. Die Fürsorgepflichtverletzung und der Kausalzusammenhang zur Augenverletzung sind erstellt. Die Beklagte haftet für den aus dem Handeln ihrer Hilfspersonen entstandenen Schaden nach Art. 101 OR. Es ist – mit dem Kläger – von einem wenig ausgeprägten Verschulden auszugehen.»

(AH210141-L Urteil vom 21. Juni 2023, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

2. OR 321c/ArG 9; Beweis von Überzeit

Die Beklagte ist im Bereich der Unternehmensberatung tätig. Der Kläger trat per 1. November 2013 bei der Beklagten ein und arbeitete zuletzt im Rang eines Directors. Die Parteien vereinbarten, dass alle Überstunden mit dem Lohn abgegolten seien. Überzeit sollte mit Freizeit anstelle von Lohn abgegolten werden. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 29. Januar 2021 per 30. April 2021.

Der Kläger forderte vor Arbeitsgericht Zürich unter anderem die Bezahlung von nicht abgegotener Überzeit in der Höhe von Fr. 126'514.80. Der nachfolgende Auszug behandelt die Fragestellung der rechtsgenüglichen Behauptungen von Überzeit sowie der Beweiserbringung unter Zuhilfenahme des Outlook-Kalenders.

Aus den Erwägungen:

«V. Überzeit

[...]

3.6. Darlegung des Quantitatifs der geleisteten Arbeits- bzw. Überzeit
Der Kläger lässt schliesslich einlässliche Behauptungen zu seinen geltend gemachten Arbeitsstunden vermissen und beschränkt sich darauf, jeweils eine (stets runde) Stundenanzahl pro Tag sowie die ausgerechnete wöchentliche Überzeit aufzulisten. Dies genügt nicht. Der Kläger wäre hinsichtlich des Quantitatifs der geleisteten Arbeitsstunden zumindest gehalten gewesen, sich konkret dazu zu äussern, von wann bis wann und mit welchen Pausen er an welchen Tagen gearbeitet habe. Solchermassen hinreichend substantiierte Behauptungen fehlen indessen durchwegs.

Ebenso fehlen konkrete Angaben, zu welchen Zeiten, aufgrund welcher Arbeiten und mit welchen Projekten bzw. für welche Partner die geltend gemachten Überzeitstunden zu leisten waren. Solches hätte der Kläger aber wenigstens in den Grundzügen in den Rechtsschriften darlegen müssen.

Insgesamt ist entsprechend auch die Behauptung hinsichtlich der Anzahl Stunden Arbeits- bzw. Überzeit als nicht genügend substantiiert zu qualifizieren.

3.7. Fazit

Nach dem Gesagten scheitert das Klagevorbringen hinsichtlich der Überzeit somit mangels hinreichender Substantiierung hinsichtlich Quantitativ, Notwendigkeit und Anordnung durch die Arbeitgeberin bzw. zumindest diesbe-

züglichem Wissen der Arbeitgeberin. Es fehlt damit am notwendigen Klagefundament, weshalb Ziffer 2 des Rechtsbegehrens sowie das Eventualbegehren Ziffer 3 ohne Weiterungen abzuweisen sind.

3.8. Selbst wenn aber von einer genügenden Substantiierung ausgegangen würde, wäre der Anspruch aus den nachfolgenden Gründen abzuweisen:

3.8.1. Outlook-Kalender

Der Kläger reicht zum Beweis seiner Überzeitstunden insbesondere Outlook-Kalendereinträge und eine Arbeitsstundentabelle ein. Zudem offeriert er für diejenigen Zeitabschnitte, für die er keine Outlook-Kalendereinträge hat, die Edition derselben bei der Beklagten. Act. 5/9 besteht aus Bildschirmfotos des Outlook-Kalenders des Klägers und deckt den Zeitraum Januar bis August 2018 sowie die Jahre 2019 und 2020 ab. Es sind darauf Kalendereinträge unter anderem betreffend Termine, Meetings, Zugverbindungen und gebuchte Flüge zu erkennen. Der Kläger stützt sich aber nicht nur auf die eingetragenen Termine, sondern gibt grossmehrheitlich an, er habe überdies länger gearbeitet, als es aus den Kalendereinträgen ersichtlich sei. Der Kläger bringt diesbezüglich vor, er habe jeweils auf dem Weg zur Arbeit bereits E-Mails abgearbeitet und auch während der Heimfahrt und zu Hause noch weitergearbeitet. Zudem sei der Arbeitsbeginn und -schluss nicht im Outlook-Kalender erfasst worden. Es liessen sich jedoch Rückschlüsse auf den Arbeitsbeginn und den Arbeitsschluss ziehen, weshalb die Kalendereinträge beweistauglich seien. So bringt er beispielsweise vor, am 12. Juli 2018 zehn Arbeitsstunden geleistet zu haben. Im Vordergrund sei das Projekt betreffend A._ gestanden. Aus dem Outlook-Kalender ist ersichtlich, dass der Kläger am 12. Juli 2018 von 8 bis 9 Uhr ein Skype Meeting betreffend A._ Project vereinbart hatte. Von 11.00 bis 11.30 Uhr war zufolge Kalender nochmals ein mit "A._ Project" benannter Termin geplant und um 13.30 bis 14.00 Uhr ist ein Eintrag betr. "B._" zu finden, sowie von 15.00 bis 16.00 Uhr noch ein Termin mit der Bezeichnung "C._" eingetragen.

Das obige Beispiel zeigt, dass die vom Kläger behaupteten Arbeitsstunden vorliegend nicht mit den Outlook-Kalendereinträgen übereinstimmen. Die Outlookeinträge decken bei einer behaupteten Arbeitszeit von zehn Stunden bloss drei Stunden ab. Das Missverhältnis zwischen behaupteten Arbeitsstunden und Terminen im Kalender trifft auf zahlreiche Arbeitstage des Klägers zu (z.B. die Woche vom 16. – 20. Juli 2018).

Ein elektronischer Kalender dient als Gedankenstütze und als Planungs- und Organisationsinstrument. Kalendereinträge sollen grundsätzlich zukünftige Ereignisse festhalten und nicht die Vergangenheit wiedergeben.

Demgegenüber bezweckt die Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers das Gegenteil: Es werden die geleisteten Arbeitszeiten eingetragen, um einen verbindlichen Überblick über die Leistungen und An-/Abwesenheiten zu erhalten. Eine Zeiterfassung dient somit der exakten Widerspiegelung der geleisteten Arbeitszeit. Es ist demgegenüber völlig üblich, dass im Kalender erfasste Termine nicht wie geplant stattfinden, etwas mehr oder weniger Zeit in Anspruch nehmen, abgesagt oder verschoben werden. So lassen sich wohl Rückschlüsse darauf ziehen, woran der Kläger gearbeitet hat, also welche Projekte an bestimmten Tagen im Vordergrund standen, mit wem er Besprechungen zu welchen Projekten abgehalten hat und durchaus auch, ob viel Arbeit anstand. Es ist jedoch aufgrund der Outlook-Einträge nicht möglich, genau zu ermitteln, wie viel Zeit die Termine jeweils effektiv in Anspruch nahmen und somit auch, wann der Kläger mit der Arbeit jeweils begann und diese beendete oder wie lange er effektiv gearbeitet hat.

Der Kläger versucht vorliegend jedoch, seine in der Vergangenheit angeblich erbrachten Überzeitstunden anhand seiner Kalendereinträge zu belegen. Vor dem Gesagten ist evident, dass ihm dies nicht gelingen kann. Bereits aus der Natur eines Kalenders ergibt sich, dass dieser kein geeignetes Beweismittel für geleistete Arbeitsstunden darstellen kann. Vorliegend kann zudem auch in tatsächlicher Hinsicht – wie vorstehend dargelegt – gezeigt werden, dass anhand der Kalendereinträge die geleistete Arbeitszeit im vom Kläger behaupteten Quantitativ nicht abgeleitet werden kann. Wenn der Kläger weiterhin vorbringt, er habe Arbeitsbeginn und -schluss jeweils nicht im Kalender eingetragen und auf den Arbeitsweg und nach der Arbeit zu Hause auch noch gearbeitet, so wird dieser Umstand noch verstärkt.

Für diejenigen Zeitabschnitte, für die der Kläger vorbringt, er habe die Outlook-Einträge verloren, beantragt er die Edition derselben bei der Beklagten. Da jedoch für die zu edierenden Unterlagen dasselbe gelten würde wie für die bereits eingereichten Kalendereinträge, kann von einer Edition dieser (dem Kläger nicht vorliegenden) Outlook-Kalender der übrigen Zeitspanne abgesehen werden. Der Kläger könnte selbst bei Vorliegen derselben, wie ausgeführt, keinen genügenden Beweis für seine Behauptungen hinsichtlich geleisteter Überzeiten erbringen.

[...]»

(AN220020-L Beschluss und Urteil vom 28. März 2023, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

3. OR 319/GOG 20; Zwischenbeschluss zur sachlichen Zuständigkeit

Die Beklagte 2 ist eine Stiftung mit Sitz in Zürich und im Bereich Blockchain tätig. Die Beklagte 1 mit Sitz ausserhalb von Zürich ist eine zu 100% von der Beklagten 2 gehaltene Tochtergesellschaft. Mit schriftlichem Arbeitsvertrag vom 16. Juli 2019 wurde der Kläger von der Beklagten 1 als “Finance and Accounting Manager” angestellt. Bereits kurz zuvor, am 12. Juli 2019, hatte der Kläger mit der Beklagten 2 einen “Token-Vertrag” abgeschlossen. Im Jahr 2021 wurde dazu ein “Cash-in-Lieu-of-Tokens Programm” (CILP) entwickelt, das die Barauszahlung der Tokens ermöglichen sollte. Am 9. Juli 2021 sprach die Beklagte 2 die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages mit dem Kläger aus. Der Kläger macht vor Arbeitsgericht Zürich unter anderem gegenüber den Beklagten 1 und 2 Ansprüche aus dem laut ihm vertragswidrigen Abbruch des CILP geltend (Rechtsbegehren Ziff. 2 ff.).

Umstritten war zunächst unter anderem die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich betreffend Ansprüche aus dem Token-Vertrag, worüber mit einem Zwischenbeschluss entschieden wurde.

Aus den Erwägungen:

«3. Würdigung

3.1. Vorliegend sind die vom Kläger behaupteten Tatsachen zur Qualifikation des Token-Vertrags als Lohnbestandteil und der Arbeitgeberinnen-Stellung der Beklagten 2 sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich. Nicht strittig ist die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Arbeitsgerichts in Bezug auf das Rechtsbegehren Ziff. 1. Bestritten wird die sachliche Zuständigkeit hingegen betreffend die Rechtsbegehren Ziff. 2 ff., womit Forderungen aus dem zwischen dem Kläger und der Beklagten 2 geschlossenen Token-Vertrag bzw. aus dem CILP geltend gemacht werden.

3.2. Die klägerischen Behauptungen erscheinen nicht auf Anhieb fadencheinig und inkohärent und die Beklagten 1 und 2 konnten diese Behauptungen nicht unmittelbar und eindeutig widerlegen, weshalb für die Würdigung der sachlichen Zuständigkeit vorliegend darauf abzustellen ist.

3.3. Gemäss klägerischen Ausführungen und den im Recht liegenden Unterlagen, wurden der Arbeitsvertrag und der Token-Vertrag zwar in zwei

unterschiedlichen Dokumenten, jedoch in einer E-Mail an den Kläger geschickt. Der Betreff lautete dabei “[Kläger]: [Beklagte 2] Full Time Agreement”. Bezeichnend ist, dass damit bereits bei der Übermittlung des Token-Vertrags auf eine “Vollzeitvereinbarung” des Klägers bei der Beklagten 2 Bezug genommen wurde und zeitgleich der Arbeitsvertrag, mit der Beklagten 1 als Vertragspartei, zugestellt wurde. Alleine der Umstand, dass der Token-Vertrag auf den 12. Juli 2019 und der Arbeitsvertrag auf den 16. Juli 2019 datiert, schliesst einen Zusammenhang noch nicht aus. So ist einerseits eine gewisse zeitliche Nähe bei einem Unterschied von vier Tagen nicht von der Hand zu weisen und andererseits wurden vertraglich sowohl der Arbeitsbeginn als auch der Start des Vesting-Datums der Tokens auf den 2. September 2019 festgelegt. Sodann wurden die Dokumente im Zeitraum vom 12. Juli 2019 bis zum 1. August 2019 elektronisch signiert. Zusammenfassend ist bereits aus den Umständen der Vertragsabschlüsse ein gewisser Zusammenhang zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Token-Vertrag erkennbar.

3.4. Ziff. 8 des Arbeitsvertrags enthält unter dem Stichwort “Salary and other compensation” folgende Regelung:

“The Employee shall receive an annual gross salary of 140,000 CHF. The salary is pro-rated and paid on a monthly basis.

The parties will enter into a separate agreement regarding the issuance of [Beklagte 2] Endowment incentive tokens.”

Demnach wurde bereits im Arbeitsvertrag unter dem Titel “Lohn und sonstige Vergütungen” festgehalten, dass “die Parteien” eine separate Vereinbarung betreffend die Tokens der Beklagten 2 schliessen würden. Es erhellt nicht, wieso dieser Hinweis im Arbeitsvertrag angebracht werden sollte, wenn der Token-Vertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten 2 losgelöst und unabhängig vom Arbeitsverhältnis hätte geschlossen werden sollen. Kommt hinzu, dass auch der Token-Vertrag Klauseln enthält, die auf eine Verbindung zum Arbeitsverhältnis hindeuten. So wird das Vesting gemäss Ziff. 3.a.1. in Verbindung mit Ziff. 2.e nur dann unverfallbar, falls der Kläger weiterhin seine “Services” (= Arbeitsleistung) für die Beklagte erbringt. Auch Ziff. 9.a hält explizit fest, dass die Unverfallbarkeit der RTUs nur durch ununterbrochenen “Service” (= Arbeitsleistung) des Empfängers erworben wird. Auch hier ist eine Verknüpfung des Token-Vertrags mit dem Arbeitsverhältnis erkennbar und es ist davon auszugehen, dass die Ansprüche aus dem Token-Vertrag vom Fortbe-

stand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten 1 abhängig sind. So wurden die Tokens gemäss klägerischen Ausführungen dann auch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 9. Juli 2021 monatlich mit dem Lohn ausbezahlt, auf den Lohnabrechnungen aufgeführt und darauf die Sozialabgaben erhoben. Weiter wurde von den Beklagten keine sonstige Gegenleistung des Klägers, die unter den Begriff “Service” im Sinne des Token-Vertrags zu subsumieren wäre, geltend gemacht. Die Beklagte 2 hat sodann auch selbst von den Tokens als “Vergütung” im Rahmen von “erstklassigen Arbeitsbedingungen” gesprochen. Insofern sind die Ansprüche aus dem Token-Vertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten 2 – gestützt auf die vorliegend relevanten Behauptungen des Klägers mit Bezug auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit – als Teil des Entgelts des Klägers aus dem Arbeitsvertrag zu qualifizieren.

3.5. Betreffend die behauptete faktische Arbeitgeberinnen-Stellung der Beklagten 2 ist zunächst auf ihre Kommunikation gegenüber dem Kläger einzugehen. Hierzu reichte der Kläger u.a. eine Mitteilung von B., Mitglied des Stiftungsrates der Beklagten 2, vom 25. Juni 2021 ins Recht, wonach es von Anfang an das Ziel der Stiftung (somit der Beklagten 2) gewesen sei, allen “Mitarbeitenden” erstklassige Arbeitsbedingungen zu bieten und dementsprechend ein Anreizplan eingeführt worden sei, bei dem ICP-Token vergeben würden. Mangels Präzisierung der “Mitarbeitenden” kann darauf geschlossen werden, dass die Beklagte 2 die Adressaten der Nachricht, mithin auch den Kläger, als ihre Mitarbeitenden bezeichnet. Dies stimmt auch mit dem Vorgehen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger überein, im Rahmen dessen die Beklagte 2 als Arbeitgeberin auftrat. So erfolgte zum einen die fristlose Kündigung unter dem Namen der Beklagten 2 und wurde von C., dem Präsidenten des Stiftungsrates der Beklagten 2, unterzeichnet. D. war zu diesem Zeitpunkt die einzige zeichnungsberechtigte Person der Beklagten 1. Zum anderen wendete der Rechtsvertreter der Beklagten 1 und 2 auf die klägerische Rüge des formellen Fehlers ein, es sei dem Kläger bewusst, dass alle Entscheidungen bezüglich der Beschäftigung von Schweizer und US-Mitarbeitenden der drei A.-Einheiten effektiv von Herrn B. und/oder Herrn C. getroffen würden. C. ist – wie erwähnt – der Präsident und B. Mitglied des Stiftungsrates der Beklagten 2, weshalb diesem Schreiben entnommen werden kann, dass auch aus Sicht der beiden Beklagten der Beklagten 2 eine Arbeitgeberinnen-Stellung zugeschrieben wurde und sie im Sinne einer Geschäftseinheit als gemeinsame Arbeitgeberinnen gegenüber ihren Mitarbeitenden auftraten. Die Formulierung im Schreiben impliziert zudem, dass dies nicht nur ihr, sondern auch dem Kläger klar gewesen sei.

3.6. Bestätigt wird die Arbeitgeberinnen-Stellung der Beklagten 2 und somit der Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten 2 ausserdem von den klägerischen Vorbringen, dass sein direkter Vorgesetzter, E._, bei der Beklagten 2 angestellt gewesen sei und er u.a. deshalb mit den Beklagten 1 und 2 vereinbart habe, seinen ständigen Hauptarbeitsplatz in den Büroräumlichkeiten der Beklagten 2 in Zürich zu haben. Die Tatsache, dass der direkte Vorgesetzte nicht bei der gleichen Arbeitgeberin angestellt ist und die Vereinbarung des ständigen Arbeitsplatzes in den Büroräumlichkeiten einer anderen Firma sind ungewöhnlich und ein klares Zeichen der Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beklagten 2. Mit dem gemeinsamen Auftritt der A._-Gruppe mit einer Webseite, auf der alle Mitarbeitenden zusammen aufgeführt worden seien, bestätigen die Beklagten 1 und 2 das – gestützt auf die klägerischen Ausführungen gezeichnete – Bild auch gegen aussen.

3.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – unter Berücksichtigung der Grundsätze betreffend die doppelrelevanten Tatsachen und demnach unter Abstellung auf die klägerischen Vorbringen – die Forderungen des Klägers aus dem Token-Vertrag arbeitsrechtlicher Natur sind, die Beklagte 2 gegenüber dem Kläger eine Arbeitgeberinnen-Stellung eingenommen hat und damit auch die Rechtsbegehren Ziff. 2 ff. eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis betreffen. Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Arbeitsgerichts ist zu bejahen.»

(AN220040-L Zwischenbeschluss vom 28. Juni 2023; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte den Entscheid des Arbeitsgerichts, LA230017-O vom 19. Oktober 2023)

4. OR 322; Mündliche Vereinbarung zur Kommissionsvergütung

Die Beklagte ist auf die Entwicklung und Vermarktung von Hardware- und Software-Sicherheitssystemen spezialisiert. Der Kläger war ab dem 1. Januar 2008 in verschiedenen Ländern als Area Sales Manager für die Beklagte tätig, die damals noch unter einem anderen Namen firmierte. Die Hauptaufgabe des Klägers war die Akquisition neuer Kunden und der Vertrieb der von der Beklagten entwickelten Hard- und Software. Neben einem monatlichen Basissalär erhielt der Kläger einen Bonus sowie eine Verkaufskommission, deren Höhe davon abhing, wie viele Einnahmen er mit bestehenden oder neuen Kunden generierte. Für die Höhe der Kommissionen kam es darauf an, ob die

Kunden als “New” oder “Existing” eingestuft wurden. Für die Kategorie “New”, also für neue Kunden, wurden höhere Provisionen ausbezahlt. Im Jahr 2010 wurde der Kläger von der Beklagten nach Brasilien entsandt. Im Mai 2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger per Ende August 2017.

Der Kläger machte im Verfahren vor Arbeitsgericht unter anderem ausstehende Kommissionsansprüche geltend und führte hierzu aus, es sei vor Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrags eine mündliche Vereinbarung getroffen worden, wonach Kunden, die der Kläger selbst akquiriert habe, für die Kommissionsberechnung jährlich als neue Kunden anerkannt würden.

Aus den Erwägungen:

«VI. Ansprüche aus Kommission

(Februar bis April 2014, Februar 2016 bis August 2017)

3. Würdigung

3.1. Es ist unbestritten, dass der Kläger nebst dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Fixsalär Kommissionszahlungen erhielt. Der Arbeitsvertrag vom 30. November 2007 verweist in Ziff. 4.3 auf den diesem angehängten “Commission Plan” (als “Appendix 1”). Der Kläger behauptet, der “Commission Plan” sei seinem Arbeitsvertrag nicht beigelegt gewesen und von ihm auch nicht unterzeichnet worden. Im Arbeitsvertrag des Klägers, der von diesem unterzeichnet wurde, findet sich jedoch ein klarer Hinweis darauf, dass der “Commission Plan” als “Appendix 1” dem Arbeitsvertrag beiliege und die Kommissionen entsprechend bezahlt würden. Der Kläger beruft sich in seinen Ausführungen bspw. betreffend den Zahlungstermin und auch betreffend anwendbarer Kommissionssätze sodann selbst auf diesen Plan und hat die entsprechende “Commission Matrix” denn auch selbst ins Recht gereicht. Dass der Kläger den “Commission Plan” nicht unterzeichnet hat, ist unter diesen Umständen nicht entscheidend und es ist als erstellt zu erachten, dass der entsprechende Plan dem Kläger bekannt war und Teil des Vertragsschlusses zwischen den Parteien bildete. Zu eruieren bleibt, ob diese Kommissionsregelung durch weitere Abreden der Parteien modifiziert wurde, wie der Kläger dies behauptet.

3.2. Das Vertragsangebot vom Dezember 2015, in dem schriftlich bestimmte (andere bzw. höhere) Kommissionssätze vorgesehen waren, wurde gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien nie gegenseitig unterzeichnet. Der entsprechende Vertrag wurde somit nicht abgeschlossen, was auch dadurch untermauert wird, dass der Kläger sich in der vorliegenden Klage zur Berechnung seiner Ansprüche nicht auf das Angebot vom Dezember 2015,

sondern auf eine von ihm behauptete ältere, mündliche Abrede stützt. Für die Frage der Höhe der klägerischen Kommissionsforderungen ist diese Zusatzvereinbarung demnach irrelevant.

3.3. Der Kläger begründet die von ihm geltend gemachten Kommissionsansprüche damit, dass es eine von den schriftlichen Vereinbarungen abweichende mündliche Vereinbarung gegeben habe. Der Kläger behauptet diesbezüglich, er habe noch vor seinem Stellenantritt im Jahr 2007 mit A._ und B._ mündlich vereinbart, dass auf die von ihm vermittelten Geschäfte höhere Kommissionssätze anwendbar seien. Es sei vereinbart worden, dass Bankkunden, die der Kläger selber akquirierte, für die Kommissionberechnung jährlich als “New” gelten sollten und nicht in die Kategorie “Existing” eingeordnet würden, sodass auch für bestehende Kunden immer die höheren Kommissionssätze für neue Kunden ausbezahlt und keine Kürzung der Kommissionssätze stattfinden würde. Die Beklagte bestreitet, dass es eine solche Vereinbarung gegeben habe.

3.4. Da für den Abschluss des Arbeitsvertrages keine Formvorschriften vorgesehen sind, hätte eine solche Abrede grundsätzlich auch gültig mündlich erfolgen können, ungeachtet dessen, dass ansonsten die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses schriftlich festgehalten worden waren. So hätte denn auch mündlich der im klägerischen Arbeitsvertrag referenzierte und diesem angeschlossene “Commission Plan” und die “Commission Matrix” mündlich abgeändert und höhere als die dort vorgesehenen Kommissionssätze vereinbart werden können. B._, welcher gemäss dem Kläger mit ihm die Vereinbarung schloss, hätte als Einzelzeichnungsberechtigter die Beklagte mit einer solchen Vereinbarung verpflichten können.

3.5. Der Kläger, der einen solchen mündlichen Vertragsschluss behauptet und daraus Rechte ableitet, trägt die Substantiierungs- sowie gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast für den von ihm behaupteten Vertragsschluss sowie den Inhalt des Vereinbarten. Wie bereits dargelegt (vgl. hiervor Ziff. IV 2.), ist der Substantiierungspflicht nicht schon dadurch Genüge getan, dass behauptet wird, der Prozessgegenstand werde sich mit der Durchführung eines Beweisverfahrens erhellern. Die prozessualen Folgen einer unsubstantiiert vorgebrachten Tatsachenbehauptung, welche in casu vom Kläger zu tragen sind, liegen darin, dass das Gericht den Kläger damit nicht hört.

3.6. Der Kläger behauptet zwar mehrfach, dass und mit wem er eine solche Vereinbarung geschlossen haben will und offeriert die Herren A._ sowie

B._ als Zeugen. Bei seinen Vorbringen beschränkt sich der Kläger indessen darauf, geltend zu machen, der entsprechende Vertragsinhalt sei mit den zwei Zeugen in einem unbestimmten Zeitpunkt vor dem schriftlichen Vertragsschluss 2007 vereinbart worden. Im Weiteren fehlen jedwelche Ausführungen zum genaueren Zeitpunkt der behaupteten mündlichen Abrede, ebenso fehlen sämtliche Angaben zu den Modalitäten des Vertragsschlusses, namentlich wie und wo die oder das behauptete Vertragsgespräch geführt wurde, ob mit beiden Zeugen gemeinsam oder je einzeln, ob in geplanter Sitzung oder spontan, ob in Geschäftsräumlichkeiten im Rahmen einer anberaumten Sitzung oder bei sonstiger Gelegenheit bzw. in privater Umgebung. Damit bleibt die klägerische Behauptung einer mündlichen Vertragsvereinbarung in gewichtigem Ausmass gänzlich unsubstantiiert. Hinsichtlich der fehlenden Substantiierung ist zudem zu bemerken, dass insbesondere Zeitpunkt und Modalität der behaupteten Vertragsabsprachen dahingehend wesentlich wären, als der Umstand, dass der der Kläger behauptet, die entsprechende Absprache sei vor dem schriftlichen Vertrag vom 30. November 2007 getroffen worden, die Frage aufwirft, weshalb denn bei solcher Chronologie das vorgängig angeblich mündlich Vereinbarte keinen Niederschlag im nachfolgend schriftlich geschlossenen Arbeitsvertrag gefunden hat, obwohl es sich um einen essentiellen Vertragsbestandteil (Höhe des variablen Lohnbestands) handelte bzw. weshalb im zeitlich nachfolgenden schriftlichen Vertrag explizit das Gegenteil der behaupteten, vorher mündlich getroffenen Abmachung festgehalten wurde.

3.7. Der Kläger führt sodann aus, dass sich die Beklagte längere Zeit an diese mündliche Vereinbarung aus dem Jahr 2007 gehalten und zwischen 2008 bis 2011 sowie erneut ab Mai 2014 bis Januar 2016 seine Kommissionen ordnungsgemäss berechnet und insbesondere bestehende Kunden als Neukunden gewertet habe. Die Beklagte bestreitet nicht, dass in dieser Zeit höhere Kommissionen ausbezahlt wurden. Aus den seiner Ansicht nach korrekten, höheren Auszahlungen durch die Beklagte leitet der Kläger jedoch an sich nichts (bspw. einen konkludenten Vertragsschluss) ab, sondern stützt sich als Grundlage für die von ihm geltend gemachten Kommissionsansprüche durchgehend und einzig auf die behauptete mündliche Vereinbarung aus dem Jahr 2007. Zudem bleiben die Vorbringen des Klägers auch an diesem Punkt vage, führt er denn lediglich aus, die Beklagte habe in den entsprechenden Zeiträumen die Kommission richtig und höher berechnet, ohne weiter zu erläutern, wie die richtige, gemäss seiner Darstellung mündlich vereinbarte Berechnung funktionierte.

3.8. Aus den dargelegten Gründen ist die Behauptung des Klägers, es seien vor dem schriftlichen Vertragsschluss vom 30. November 2007 individuelle Modalitäten zur Berechnung der Kommissionszahlungen mündlich vereinbart worden, als unsubstantiierte Parteibehauptung nicht zu hören. Damit erübrigt sich ferner eine Befragung der diesbezüglich offerierten Zeugen sowie die anbegehrten Editionen durch die Beklagte.

3.9. Demnach sind die entsprechenden Forderungen des Klägers in den Rechtsbegehren Ziff. 7 und 8 auf Nachzahlungen für Kommissionsansprüche in der Zeit von Januar 2013 bis Mai 2014 und Februar 2016 bis August 2017 im Betrag von mind. CHF bzw. USD 200'000.– sowie CHF bzw. USD 250'000.–, soweit sie nicht ohnehin verjährt sind (vgl. Kapitel IV), aufgrund mangelhafter Substantiierung abzuweisen.»

(AN210023-L Beschluss und Urteil vom 18. Januar 2023; das Obergericht wies die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA230002-O Urteil vom 11. August 2023)

5. OR 322/779a; Lohnvereinbarung mit einer Gesellschaft in Gründung

Die Beklagte gehört zu einer Unternehmensgruppe mit Hauptsitz in England, die ihr Tätigkeitsgebiet auf die Schweiz ausdehnen wollte und zu diesem Zweck die Beklagte – damals unter der Firma B._ (Switzerland) GmbH – gründete. Die Beklagte wurde mit Gründungsurkunde vom 16. Juni 2016 errichtet. Die Gründerin und einzige Gesellschafterin der Beklagten, die B._ Ltd., wurde anlässlich der Gründung durch A._, Geschäftsführer, und E._, Berater, vertreten. Als Geschäftsführer der Beklagten mit Einzelunterschrift wurde anlässlich der Gründung der Kläger gewählt.

Aus den Erwägungen:

«IV. Lohnforderung des Klägers

3. Würdigung

3.1. Dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand, das am 31. Dezember 2020 endete, ist unbestritten. Uneinig sind sich die Parteien hingegen einerseits über den Beginn des Arbeitsverhältnisses und damit des Lohnanspruchs des Klägers sowie über dessen Höhe. Der Kläger, der sich auf

den Standpunkt stellt, der vereinbarte Lohn habe Fr. 6'000.– brutto pro Monat betragen und einen Nachzahlungsanspruch für die Zeit vom 1. Juli 2016 bis 31. Dezember 2020 geltend macht, trägt gemäss Art. 8 ZGB die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass erstens der Lohn in dieser Höhe vereinbart wurde und zweitens der Stellenantritt am 1. Juli 2016 erfolgte.

3.2. Der Kläger legt den Arbeitsvertrag vom 14. Juni 2016 ins Recht. Der Abschluss dieses schriftlichen Vertrages erfolgte vor der Gründung der Beklagten am 16. Juni 2016, für die Beklagte in Gründung unterzeichnete – was nach dem zweiten Schriftenwechsel unbestritten ist – A._ den Arbeitsvertrag. Es wurden ein Pensum von 60% und ein Jahresgehalt von brutto Fr. 72'000.– vereinbart, zu zahlen in zwölf jeweils per Ende eines Monats auszubezahlenden Löhnen. Der Stellenantritt wurde auf den 1. Juli 2016 festgelegt. Zutreffend ist, dass die Beklagte zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht existierte und deshalb nicht direkt aus dem Vertrag verpflichtet werden bzw. sich verpflichten konnte. Deshalb ist unerheblich, ob A._ die Beklagte und/oder für deren Muttergesellschaft und Gründerin B._ Ltd. im Sinne einer organschaftlichen oder gewillkürten Vertretungsmacht binden konnte. Für eine (noch nicht stehende) Gesellschaft in Gründung kann grundsätzlich auch ein Dritter handeln, wobei gerade keine direkte Bindungswirkung für die Gesellschaft in Gründung eintritt, sondern die Gesellschaft in die Rechte und Pflichten des so geschlossenen Vertrags eintreten bzw. diesen übernehmen muss (Art. 779a OR), sei dies ausdrücklich oder konkludent.

3.3. Für die Übernahmeerklärung gemäss Art. 779a Abs. 2 OR wäre auf Seiten der Beklagten der Kläger als deren Geschäftsführer zuständig gewesen (Art. 810 Abs. 1 OR). Da jedoch ein Insichgeschäft vorgelegen hätte, konnte der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten nicht die Übernahme seines eigenen Arbeitsvertrages erklären bzw. die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht gültig vertreten. In einem solchen Fall ist stattdessen das neben- oder übergeordnete Organ für die Genehmigung bzw. Übernahmeerklärung betreffend den Vertrag zuständig, hier also die Gesellschafterversammlung der Beklagten in Form der einzigen Gesellschafterin, der Muttergesellschaft der Beklagten B._ Ltd. (Art. 804 ff. OR).

Ein expliziter Beschluss der B._ Ltd. bzw. von deren zuständigen Organ betreffend die Genehmigung bzw. Übernahme des Vertrages vom 14. Juni 2016 nach deren Gründung wird vom Kläger nicht behauptet, er weist allerdings insbesondere auf zwei Umstände im Umfeld der Gründung: So ist unbestritten und durch die Gründungsurkunde vom 16. Juni 2016 ausge-

wiesen, dass der Kläger anlässlich der Gründung der Beklagten nur zwei Tage nach dem Vertragsschluss am 14. Juni 2016 tatsächlich als Geschäftsführer gewählt wurde. Zwar ist richtig, dass der Arbeitsvertrag in der Gründungsurkunde nicht erwähnt wird, eine solche Erwähnung gehört allerdings auch nicht zum notwendigen (oder üblichen) Inhalten des Errichtungsaktes einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 777 OR, Art. Art. 71 und 72 HRegV).

Weiter legt der Kläger eine E-Mail-Konversation betreffend den Vertragsschluss vom 14. Juni 2016 ins Recht, welche zwischen ihm, A._ sowie C._ und D._ stattfand. Es handelt sich dabei um Personen, die – ausgewiesen durch die Gründungsurkunde und zudem unbestritten – auch mit der Gründung der Beklagten betraut waren. A._ (Geschäftsführer) und E._ (Berater) handelten – vertraten durch u.a. den Rechtsanwalt C._ – anlässlich der Gründung für die Muttergesellschaft B._ Ltd. Die Beklagte bestreitet desweiteren insbesondere nicht, dass es sich bei C._ und D._ um Rechtsanwälte handelte, die rechtsgültig mit ihrer Gründung betraut waren.

Wie der Kläger behauptet, erklärte D._ in der E-Mail vom 13. Juni 2016 an den Kläger sowie im cc an A._, dass sie den Arbeitsvertrag des Klägers fertigstellen würde. Daraufhin lieferte der Kläger die von D._ noch verlangten Angaben und A._ stimmte diesem Vorgehen zu. In der Folge reichte D._ beim Amt für Wirtschaft und Arbeit Zürich das Gesuch betreffend Bewilligung zur privaten Auslandsvermittlung ein und reichte mit Datum vom 23. Juni 2016 das Formular “Verantwortliche Person” unter Nennung des Klägers ein, in welchem insbesondere ein Pensum des Klägers von 60% – wie dies im Arbeitsvertrag vom 14. Juni 2016 vereinbart worden war – angegeben wird.

Es ist mithin erstellt, dass nur zwei Tage vor der Gründung der Beklagten ein schriftlicher Vertragsschluss zwischen dem Kläger sowie A._, bei welchem es sich gemäss der Gründungsurkunde vom 16. Juni 2016 um einen Geschäftsführer der Gründerin und einzigen Gesellschafterin der Beklagten, B._ Ltd. handelte, erfolgte. A._ vertrat sodann die B._ Ltd. auch bei der Gründung, anlässlich welcher der Kläger als Geschäftsführer gewählt wurde. Zudem stand A._ mit dem Kläger und den Rechtsanwälten, welche mit der Gründung der Beklagten betraut waren, im Vorfeld dazu betreffend den Arbeitsvertrag des Klägers im Kontakt. Allein gestützt auf die vorstehend genannten Umstände durfte der Kläger in guten Treuen davon ausgehen, dass A._ für die Beklagte in Gründung den Arbeitsvertrag vom 14. Juni 2016 unterzeichnen durfte und dass anlässlich der Gründung, bei welcher die Wahl des Klägers als Geschäftsführer nur zwei Tage nach dem Vertragsschluss tatsächlich stattfand, eine (konkludente) Übernahme des Vertrages i.S.v. Art. 779a Abs. 2 OR durch die Beklagte bzw. durch deren Gründerin und Muttergesellschaft stattgefunden

hatte. Damit ist gestützt auf das Vertrauensprinzip ein auf die Übernahme des Vertrages gerichtete, normative Erklärung durch die Beklagte zu bejahen und sie ist aus dem Arbeitsvertrag vom 14. Juni 2016 verpflichtet.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, es sei dem Kläger bewusst gewesen, dass A._ für sie (bzw. die Muttergesellschaft) nicht oder zumindest nicht allein handeln können und dass nur F._ als Geschäftsführer der Muttergesellschaft und direkter Linienvorgesetzter des Klägers für diesen Entscheid zuständig gewesen sei. Der Verweis auf die Gründungsurkunde ist dabei jedoch unbehelflich, geht aus dieser doch lediglich hervor, dass es sich bei A._ (auch) um einen Geschäftsführer der Muttergesellschaft handelt. Sodann ist zutreffend, dass die Muttergesellschaft anlässlich der Gründung zusätzlich auch von E._ (dieser bezeichnet als Berater) vertreten wurde. Angaben zur Zeichnungsberechtigung beider Vertreter lassen sich der Urkunde aber nicht entnehmen. Zudem ist durch die vorstehend genannte E-Mail-Konversation erstellt, dass von der Muttergesellschaft im Vorfeld A._ mit dem Kläger und den mit der Gründung betrauten Rechtsanwälten betreffend den Arbeitsvertrag des Klägers im Kontakt stand und schliesslich auch seine Zustimmung dazu erklärte. Es erhellt nicht, weshalb der Kläger hätte davon ausgehen müssen, dass A._ – der immerhin wie der genannte F._ Geschäftsführer der Muttergesellschaft war – für den Vertragsschluss trotzdem nicht zuständig war, und die Beklagte erläutert dies auch nicht weiter. Sie führt zwar an, die Zusammenarbeit mit dem Kläger habe auf einer anderen vertraglichen Abrede als der vom Kläger behaupteten basiert, denn es habe einen mündlichen Vertragsschluss zwischen dem Kläger und I._, dem Bruder des Klägers und damals faktischer Leiter Finanzen der Muttergesellschaft gegeben. Vereinbarung worden sei ein Gehalt von Fr. 2'000.– brutto pro Monat ab Aufnahme der Geschäftstätigkeit. Dies habe F._ genehmigt. Die Beklagte substantiiert jedoch weder den Abschluss noch den Inhalt dieser mündlichen Vereinbarung in irgendeiner Weise. So fehlen einerseits Angaben zur zeitlichen Einordnung dieser behaupteten Vereinbarung, zudem ist auch nicht klar, wie die Parteien anlässlich dieser mündlichen Vereinbarung den Einsatz des Klägers genauer definiert haben (etwa betreffend dem Arbeitspensum, bei welchem die Beklagte ungenau bleibt). Mit dieser unsubstantiiert gebliebenen Behauptung des mündlichen Vertragsschlusses ist die Beklagte deshalb nicht zu hören.

3.4. In der Folge bezahlte die Beklagte dem Kläger – so die übereinstimmenden Aussagen der Parteien – nie einen Bruttolohn von Fr. 6'000.– aus, sondern stets niedrigere Beträge, in der Regel Fr. 2'000.– netto pro Monat. Die Lohnausweise des Klägers weisen hingegen stets einen Jahreslohn entsprechend

einem Monatslohn von Fr. 6'000.– brutto pro Monat aus, basierend darauf wurden auch die Sozialabgaben und Quellensteuern bezahlt. Weiter liegen für jedes Jahr der Tätigkeit des Klägers von 2016-2020 Kontoblätter im Recht, welche unter "KK [Name Kläger]" jeweils einen Betrag im "Haben" ausweisen. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich dabei um den Differenzbetrag zwischen dem ihm ausbezahlten und dem vereinbarten Lohn von Fr. 6'000.– brutto pro Monat, welcher ihm als Forderung gutgeschrieben worden sei. Ebenso liegen die Jahresrechnungen der Beklagten für die Jahre 2016/2017 bis 2019 im Recht. Auch innerhalb dieser ist jeweils für jedes Jahr in Kontokorrent des Klägers mit einem Guthaben für diesen verzeichnet. Die Treuhänderin der Beklagten, G._ Treuhand, kommunizierte mit dem Kläger im Februar 2017 ebenfalls über seinen Lohn in Höhe von Fr. 6'000.– und zeige die zu zahlenden Abzüge (Sozialabgaben, KTG, UVG) auf. Der Kläger leitete diese ihm gegenüber gemachten Ausführungen der Treuhänderin an E._ von der Muttergesellschaft der Beklagten weiter, wobei im betreffenden E-Mail die Lohnhöhe nicht genannt ist, allerdings hängte der Kläger der E-Mail eine Lohnabrechnung für Januar 2017 an, auf welcher der Bruttolohn von Fr. 6'000.– inkl. Abzüge ausgewiesen ist. Zudem waren der genannten E-Mail auch eine Rechnung der [Name Versicherungsgesellschaft] sowie eine Rechnung [Name andere Versicherungsgesellschaft], die den Jahreslohn mit Fr. 72'000.– ausweist, angehängt. Der Kläger bezeichnet E._ als "Geschäftsführer" der Muttergesellschaft, was diese nicht bestreitet und insbesondere für den fraglichen Zeitraum auch durch die Geschäftsberichte der Muttergesellschaft ausgewiesen ist. Die Beklagte beruft sich darauf, dass die Verantwortlichen bei der Muttergesellschaft die klägerischen Lohnabzüge nicht hätten nachvollziehen bzw. daraus nicht auf die Höhe des Lohns hätten schliessen können. In den vom Kläger an E._ gesendeten Dokumente ist der Jahreslohn bzw. Monatslohn jedoch klar ausgewiesen.

3.5. Mithin trifft es zwar zu, dass dem Kläger über Jahre hinweg effektiv nur Fr. 2'000.– monatlich ausbezahlt wurden, es ist nach dem Gesagten jedoch auch erstellt, dass gegen aussen (gegenüber Steuerbehörden, den Ausgleichskassen und Versicherungen) über einen Lohn von monatlich Fr. 6'000.– brutto abgerechnet und dies auch intern buchhalterisch so festgehalten wurde. Die Beklagte beruft sich darauf, dass die Lohnausweise und Lohnblätter durch die G._ Treuhand im Auftrag und Geheiss des Klägers und ohne ihre Kenntnis erstellt worden seien. Die Jahresrechnungen der Beklagten seien der Muttergesellschaft nicht bekannt gewesen, da sie keinen eigentlichen konsolidierten Abschluss vornehme. Die B._ Ltd. ist einzige Gesellschafterin der Beklagten.

Gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 5 und 6 OR gehören die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer (bzw. im vorliegenden Fall des Geschäftsführers) zur unübertragbaren Kompetenz der Gesellschafterversammlung (bzw. im vorliegenden Fall der Muttergesellschaft als einzige Gesellschafterin der Beklagten). Die Beklagte kann sich mithin nicht darauf berufen, sie bzw. ihre einzige Gesellschafterin habe insbesondere von den Jahresabschlüssen keine Kenntnis gehabt, gehört diese Kenntnis doch zu ihren unübertragbaren gesetzlichen Pflichten. In den von Klägern eingereichten Jahresberichten der Muttergesellschaft wird zudem festgehalten, dass eine konsolidierte Rechnung vorliegt (“annual report and consolidated financial statement” als Titel), die Beklagte als Tochtergesellschaft wird explizit als Teil dieser Konsolidierung genannt (“the financial statements consolidate the accounts of B._ Limited (“B._”) and all of its subsidiary undertakings (“subsidiaries”) [...] The subsidiaries of B._ are [...] B._ (Switzerland) GmbH [...]). Anders als die Beklagte behauptet, nahm ihre Muttergesellschaft gemäss diesen Berichten mithin tatsächlich eine konsolidierte Jahresrechnung vor, im Rahmen dessen sie auch die entsprechenden Abschlüsse der Beklagten zu prüfen bzw. genehmigen hatte. Dass die vom Kläger eingereichten Abschlüsse und Lohnausweise von der G._ Treuhand erstellt wurde, welche durch den Kläger beauftragt worden war, ändert deshalb nichts daran, dass in der Buchhaltung der Beklagten die Forderungen des Klägers basierend auf dem Vertrag vom 14. Juni 2016 festgehalten wurden und der Beklagten dies bekannt war bzw. ihr das entsprechende Wissen anzurechnen ist. Zudem hatte – neben A._ – auch E._ als Geschäftsführer der Muttergesellschaft Kenntnis vom gegen aussen abgerechneten Lohn des Klägers in Höhe von Fr. 6'000.– bzw. der Kläger durfte in guten Treuen davon ausgehen, dass E._ davon Kenntnis hatte. Durch diese Vorgänge anerkannte die Beklagte wiederholt die klägerischen Lohnforderungen und durfte der Kläger in guten Treuen von einer solchen Anerkennung ausgehen.

3.6. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, er habe die Beklagte mehrmals aufgefordert, ihm den ausstehenden Lohn zu überweisen. Er stützt sich zunächst auf eine E-Mail vom 1. Februar 2017 an H._, Mitarbeiterin in der Finanzabteilung der Muttergesellschaft, mit welcher er auch eine Rechnung der [Name Versicherungsgesellschaft] betreffend Pensionskassenbeiträge zustellte und um Bezahlung von Fr. 2'000.– “on account of January 2017 salary” bat. Der Ausdruck “on account of” kann jedoch – wie die Beklagte richtig vorbringt – sowohl bedeuten, dass es um eine Akonto-Zahlung geht, als auch nur als “wegen/aufgrund” verstanden werden, womit aus dieser E-Mail nicht abge-

leitet werden kann, dass der Kläger klar signalisierte, es gehe nur um eine Teilzahlung. Weiter stützt sich der Kläger auf eine E-Mail vom 19. November 2018 an I._ von der Muttergesellschaft, mit welcher er mitteilte, er habe gegenüber “[Abkürzung für] B._ (Switzerland) GmbH” eine Forderung von Fr. 76’338.78 aus “unpaid salary nad expenses”. Dabei handelt es sich um das Guthaben des Klägers gemäss Kontokorrent für die Jahre 2016 und 2017, womit erstellt ist, dass der Kläger I._ – der von der Beklagten selbst als Finanzberater der Muttergesellschaft bezeichnet wird – auf die seiner Meinung nach bestehenden Ausstände hinwies. Anders als die Beklagte ausführt, ist diese E-Mail nicht missverständlich formuliert, sondern der Kläger erklärt klar, man müsse sein Guthaben über Fr. 76’338.78 besprechen und erklärt, es handle sich um “undrawn salary nad expenses (effectively) paid by myself on behalf of “[Abkürzung für] B._ (Switzerland) GmbH” – mainly “[Abkürzung für] B._ (Switzerland) GmbH” (employer) pension contributes”. Damit ist die Aussage der Beklagten, I._ habe (wie F._) aufgrund der Beteuerungen des Klägers stets geglaubt, dass die Höhe der Versicherungsbeiträge den Schweizer Vorgaben entspreche und allein eine monatliche Entschädigung von Fr. 2’000.– massgebend sei, keineswegs glaubhaft.

3.7. Dass (bspw. durch die Auszahlung eines niedrigeren Lohns) nach dem 14. Juni 2016 oder nach der Gründung und im Verlauf der tatsächlichen Tätigkeit des Klägers für sie eine Vertragsänderung stattgefunden hat, behauptet die Beklagte nicht. Sie beruft sich, wie vorstehend bereits ausgeführt wurde, lediglich in unsubstantiiert Weise darauf, dass von Anfang an eine andere, mündliche Abrede bestanden habe.

3.8. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Verhalten der Beklagten sowohl anlässlich der Ausarbeitung des Arbeitsvertrages vom 14. Juni 2016 durch A._ und die mit der Gründung der Beklagten mandatierten Anwälte, durch die darauf folgende Wahl des Klägers als Geschäftsführer nur wenige Tage später am 16. Juni 2016 und durch die buchhalterisch durchgehend festgehaltenen Forderungen sowie die Abrechnung gegen ausen nach Treu und Glauben von einer Übernahme des Arbeitsvertrages vom 14. Juni 2016 durch die Beklagte auszugehen und die Ansprüche des Klägers aus diesem Vertrag, somit der Lohn in Höhe von brutto Fr. 6’000.–, zu schützen ist. Die Beklagte ist daher zur Auszahlung der Differenz der ausgezahlten Lohnzahlungen zum entsprechenden Bruttolohn von Fr. 6’000.– an den Kläger zu verpflichten.»

(AN210035-L Urteil vom 10. Februar 2023; Die Beklagte zog die dagegen erhobene Berufung vor Obergericht des Kantons Zürich zurück, LA230006-O Beschluss vom 19. Januar 2024)

6. OR 322a; Beteiligung am Gesamtvertragswert während der Freistellung

Die Beklagte ist im Bereich Informationstechnologie und Telekommunikation tätig. Mit den Produkten der Beklagten können Unternehmen anhand von Sensoren den Standort ihrer Lieferungen verfolgen. Der Kläger trat am 1. Januar 2018 seine Stelle als Chief Sales Officer (CSO) bei der Beklagten an. Er war verantwortlich für den Aufbau eines Verkaufsteams, um die Produkte der Beklagten weltweit zu vermarkten und zu vertreiben. Das Gehalt des Klägers belief sich für das Kalenderjahr 2018 auf ein jährliches Zielgehalt von Fr. 300'000.–, bestehend aus einem Fixlohn in der Höhe von Fr. 180'000.– und einer variablen Entschädigung in der Höhe von Fr. 120'000.– (bei Zielerreichung von 100%). Zudem wurden eine Pauschalspesenentschädigung von Fr. 1'000.– und eine Fahrzeugschädigung von Fr. 1'300.– im Monat vereinbart.

Am 27. September 2018 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist per 31. Dezember 2018. Die Beklagte stellte den Kläger bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses von der Erbringung seiner Arbeitsleistung frei.

Vor Arbeitsgericht Zürich verlangte der Kläger unter dem Titel Provision / variable Entschädigung mindestens Fr. 155'609.31 brutto. Die Beklagte hatte mit einem Anspruch von Fr. 53'877.74 brutto abgerechnet und auf Aufforderung des Gerichts die von ihr in ihren Abrechnungen per 1. Juli 2018 und 31. Dezember 2018 aufgeführten Verträge ediert.

Das Arbeitsgericht stellte in seinem Urteil zunächst fest, dass der vereinbarte variable Lohn des Klägers vom Gesamtvertragswert (TCV) abhing, der im Kalenderjahr 2018 erzielt worden war. In der Folge prüfte das Gericht das Argument des Klägers, wonach Vertragsverhandlungen mit weiteren Kunden im Zeitpunkt der Freistellung so weit fortgeschritten gewesen seien, dass jeweils ein Vertragsabschluss im vierten Quartal 2018 zu erwarten gewesen sei. Aufgeführt wird nachstehend beispielhaft der Kunde A._.

Aus den Erwägungen:

«VI. Variable Verkaufsprovision / variable Entschädigung

[...]

4. Würdigung

Der vereinbarte variable Lohn des Klägers hängt vorliegend vom Gesamtvertragswert (TCV) ab, der im Kalenderjahr 2018 erzielt worden ist. Der Anspruch des Klägers besteht unabhängig davon, wer von der Beklagten diese Kundenverträge abgeschlossen hat. Relevant sind somit grundsätzlich einzig die im Kalenderjahr 2018 verbindlich abgeschlossenen Verträge. Der Kläger muss dabei nicht eine massgebliche Vorarbeit zum Vertragsabschluss geleistet haben. Seine Tätigkeit muss keine *conditio sine qua non* des Geschäftsabschlusses sein. Der variable Lohn ist somit nicht als Provision im Sinne von Art. 322b OR zu qualifizieren. Es ist vielmehr eine Analogie zum Anteil am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR zu ziehen.

Wenn dem Kläger der Nachweis gelingt, dass ohne seine Freistellung oder auch trotz seiner Freistellung im Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2018 weitere Verträge verbindlich abgeschlossen worden wären bzw. sind, sind diese Vertragsvolumen bei seinem variablen Lohnanspruch zu berücksichtigen.

[...]

VIII. Entschädigungsrelevantes Vertragsvolumen 2018

[...]

3.2 [Firma] A._

Unbestritten ist, dass das Vertragsvolumen in der Höhe von Fr. 3'887'980.– mündlich vereinbart worden ist und es geplant war, diesbezüglich einen Vertrag schriftlich abzuschliessen. Dass mit der Vereinbarung des Vertragsvolumens auch die "*essentialia negotii*" bereits erfasst worden seien, wurde nicht geltend gemacht. Ob das vorgenannte Vertragsvolumen nur eine optionale Erweiterung betraf, die dem Kläger vertragsgemäss nicht anzurechnen wäre, ist vorliegend umstritten. Dies kann indessen offen gelassen werden. Der Kläger anerkennt, dass die Vertragserweiterung mit A._ spätestens bis 2. April 2019 verbindlich abgeschlossen worden ist. Gestützt auf die Mitteilung der Beklagten vom 2. April 2019 und der Anerkennung des Klägers, dass die grau hinterlegten Vertragsvolumen in der Provisionsabrechnung per 31. Dezember 2018 noch nicht vertraglich vereinbart waren, ist erstellt, dass es im Jahr 2018 zu keinem verbindlichen Vertragsabschluss in der Höhe von Fr. 3'887'980.– gekommen ist.

Der Kläger hat sein Arbeitsverhältnis von sich aus gekündigt. Es stand der Beklagten zu, ihn von seiner Arbeitspflicht zu entbinden, d.h. ihn freizustellen. Bei seiner Funktion als Chief Sales Officer (CSO) musste er mit einer umgehenden Freistellung rechnen. Während seiner Freistellung hatte der Kläger Anspruch auf seinen Lohn und ebenso auf die Beteiligung am Geschäftsergebnis für das Jahr 2018. Dass die Beklagte es durch ein treuwidriges Verhalten unterlassen habe, während seiner Freistellung ein Geschäftsvolumen betreffend A._ zu erwirtschaften, brachte der Kläger nicht substantiiert vor. Seine Freistellung war rechtens und stellt kein treuwidriges Verhalten dar. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Freistellung erfolgte, um dem Kläger für diese Zeit keine variable Entschädigung entrichten zu müssen.

Der Kläger führt sodann lediglich pauschal aus, dass die Vertragsverhandlungen mit den Vertretern von A._ (B._ und C._) im Zeitpunkt seiner Freistellung am 1. Oktober 2018 so weit fortgeschritten gewesen seien, dass ein Vertragsabschluss über die Erweiterung des Volumens bis 31. Dezember 2018 zu erwarten gewesen sei. Inwiefern ohne seine Freistellung ein Vertragsabschluss bis zum 31. Dezember 2018 erfolgt wäre, brachte er nicht substantiiert vor. Welche konkreten Umstände auf einen solchen Vertragsabschluss hindeuteten, führte er nicht aus. In welchem Stadium sich die Verhandlungen befunden hätten, legte er nicht konkret dar. Inwiefern bereits eine Einigung zwischen der Beklagten und A._ bestanden habe und welche Punkte noch offen gewesen seien, brachte er nicht vor; ebenso wenig, dass konkrete Verhandlungen geplant gewesen seien und gegebenenfalls worüber. Dass allenfalls in seiner Geschäftsagenda Termine mit dem Kunden A._ vorgesehen gewesen seien, bedeutet nicht, dass diese Termine tatsächlich stattgefunden hätten, wenn er nicht freigestellt worden wäre. Ebenso wenig sind allenfalls in den Monaten Oktober bis Dezember 2018 aufgeführte Kundentermine mit einem Vertragsabschluss gleichzusetzen. Der Kläger ist seiner Behauptungslast nicht rechtsgenügend nachgekommen. Die vom ihm offerierten Beweismittel dürfen nicht erst die Begründung seines Prozessstandpunktes ermöglichen. Ein Beweisverfahren ist unter diesen Umständen nicht durchführbar. Die Einvernahmen der vom Kläger offerierten Zeugen, die Einholung eines Gutachtens, die Edition weiterer Verträge und Unterlagen, die nicht bereits vom Beschluss vom 22. November 2021 erfasst worden sind, sowie die Parteibefragungen haben somit nicht zu erfolgen.

Unbestritten ist sodann, dass die Vertragserweiterung im Umfang von Fr. 423'400.– optional war. Dass es im Jahr 2018 vertraglich zu einer definitiven und nicht optionalen Vertragserweiterung im Umfang von Fr. 423'400.– gekommen sei, wurde vom Kläger nicht behauptet. Da vertragsgemäss Optionen

beim erzielten Gesamtvertragsvolumen/Gesamtvertragswert (TCV) keine Berücksichtigung finden, kann von einer Edition der im Zusammenhang mit den Fr. 423'400.– stehenden Unterlagen und insbesondere dem Optionsvertrag abgesehen werden. Eine Edition muss sich sodann grundsätzlich auf verhältnismässig wenige und bestimmt zu bezeichnende Aktenstücke beziehen. Ein Antrag auf Vorlage der gesamten Korrespondenz, sämtlicher Verträge, Bankauszüge und Buchhaltungsbelege ab Januar 2018 etc. ist unzulässig (Editions-antrag des Klägers act. 71 D.3 und D.15). Im Übrigen ist es nicht Sache des Gerichts, das Beweismittelverzeichnis danach durchzuforschen, welche Editions-begehren A._ betreffen.

Die Beklagte reichte u.a. den Annex 1.1 zum Rahmenvertrag zwischen A._ [Namenszusatz] SA und der Beklagten vom 30. April 2018 sowie den Rahmenvertrag zwischen A._ [Namenszusatz] SA und der Beklagten vom 30. April 2018 ein. Anhand dieser Verträge und den Ausführungen der Beklagten dazu sind ihre Provisionsabrechnungen per 1. Juli 2018 und per 31. Dezember 2018 überprüfbar; die Auftragsdetails sind ersichtlich. Inwiefern die geschwärzten Passagen umsatzrelevante Regelungen enthalten könnten, ist aufgrund der jeweiligen Überschriften – entgegen den Vorbringen des Klägers – nicht ersichtlich und wurde vom Kläger auch nicht näher ausgeführt. Eine entsprechende Offenlegung kann unter diesen Umständen unterbleiben. Die Provisionsabrechnungen der Beklagten betreffend A._ per 1. Juli 2018 und 31. Dezember 2018 erweisen sich als korrekt.

Der Kläger hat betreffend A._ keinen weiteren Anspruch auf eine variable Entschädigung.»

(AN200007-L Urteil vom 24. Januar 2023; Berufung am Obergericht anhängig)

7. OR 322d; Bonus Anwaltskanzlei

Die Beklagte betreibt eine Anwaltskanzlei. Der Kläger ist Rechtsanwalt und trat am 1. April 2018 als Salary Partner (Partner ohne Gesellschafterstellung) in die Dienste der Beklagten ein. Gemäss Arbeitsvertrag vom 7. Dezember 2017 wurden ein fixes monatliches Grundsalar in der Höhe von Fr. 9'700.–, eine monatliche Spesenpauschale im Betrag von Fr. 1'300.–, eine Akquisitionsprämie sowie eine leistungsorientierte Bonusvergütung ("LOB") vereinbart. Der Kläger kündigte den Arbeitsvertrag mit Schreiben vom 6. Dezember 2019 per 31. März 2020.

Vor Arbeitsgericht Zürich verlangte der Kläger unter anderem LOB-Vergütungen für die Abrechnungsperioden 2019 und 2020. Er qualifizierte die LOB-Vergütung als Lohnbestandteil. Das Gericht kam, wie die auszugsweise wiedergegebenen Erwägungen zeigen, zu einem anderen Ergebnis.

Aus den Erwägungen:

«III. LOB-Vergütung

[...]

4. Qualifikation der LOB-Vergütung

Gemäss Arbeitsvertrag handelt es sich bei der LOB-Vergütung um einen “variablen Bonus”, der den finanziellen Erfolg der Kaderfunktion entsprechend unmittelbar vom wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit des Klägers für die Beklagte abhängig macht. Des Weiteren wird Folgendes festgehalten: “[Name Beklagte] lässt Sie am guten Gang des Geschäftes bei ebenfalls guten persönlichen Leistungen teilhaben und hat zu diesem Zweck ein Bonusmodell für leistungsabhängige Entlohnung geschaffen. Die Grundsätze dieses Modells sind in dem beiliegenden Dokument “Leistungsorientiertes Bonussystem LOB für Salary Partner / Pensum 100%” beschrieben (Anhang 2)”.

Aus diesen allgemein gehaltenen Ausführungen lässt sich nichts Relevantes für die Qualifikation der LOB-Vergütung ableiten. Es wird lediglich statuiert, dass sowohl der Geschäftsgang als auch die persönlichen Leistungen des Klägers eine zentrale Rolle spielen, um eine zusätzliche Vergütung zu erhalten.

Gemäss – unbestrittenermassen anwendbarem – Anhang 2 zum Arbeitsvertrag wird die LOB-Vergütung in drei Schritten berechnet. In einem ersten Schritt sind als Minimalvoraussetzung für einen Bonusbezug 1020 anrechenbare Stunden zu erreichen. Im zweiten Schritt wird festgehalten, dass 1020 anrechenbare Stunden einen Minimalbonus von Fr. 14'000.– ergeben und pro 100 zusätzlich geleisteten anrechenbaren Stunden weitere Fr. 14'000.– hinzugerechnet werden. Der entsprechend berechnete Betrag ergibt den Basis-Bonus. Der dritte Schritt steht unter dem Titel “Multiplier – Subjektive Beurteilung / Anwendung der [Name Beklagte] Grundwerte” und hält Folgendes fest: **“Anpassung des Basis-Bonus durch subjektive, individuelle Beurteilung** [Hervorhebung im Original] **der Salary Partner durch die Gesellschafter unter anderem auf der Basis der [Name Beklagte] Grundwerte “Professionalität” und “Sozialkompetenz”.** Im vierten Schritt wird verankert, dass die LOB-Vergütung durch die Multiplikation von Basis-Bonus und Multiplier berechnet wird. Sodann folgen Berechnungsbeispiele und eine Aufzählung von Erläuterungen. In den Erläuterungen wird insbesondere festgehalten, dass Gesellschaf-

ter der Beklagten *“nach freiem Ermessen und aufgrund subjektiver Kriterien einen Multiplier (zusätzlicher Bonus respektive Malus) anwenden”* können.

Somit erfolgt die Berechnung des Basis-Bonus aufgrund eines klaren, mathematischen – mithin objektiv bestimmbar – Systems. Sowohl die Zielvorgaben, d.h. die Anzahl der zu erreichenden Stunden, als auch die Höhe der Geldbeträge sind klar definiert.

Die Multiplikation des Basis-Bonus mit dem Multiplier, der aufgrund einer subjektiven Bewertung fixiert wird, überlässt der Beklagten einen Ermessensspielraum. Der Kläger bestreitet, dass der Beklagten dieses Ermessen zusteht. Er verweist zunächst auf den Wortlaut im Arbeitsvertrag, der, wie bereits ausgeführt, sehr vage gehalten ist und aus dem der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Dass der Bonus *“unmittelbar vom wirtschaftlichen Erfolg ihrer Tätigkeit für [Name Beklagte] abhängig”* ist, entspricht der Berechnung des Basis-Bonus und sagt nichts über die Zulässigkeit des Multipliers aus. Die vom Kläger vorgebrachte Formulierung in Anhang 2 des Arbeitsvertrages *“stufenlose, lineare Bonusberechtigung bei Arbeitsleistung von mehr als 1020 anrechenbaren Stunden”* ist, wie von der Beklagten geltend gemacht, unter dem zweiten Schritt angebracht und bezieht sich auf die Berechnung des Basis-Bonus. Die Stellung dieser Formulierung als zweiter Absatz innerhalb des zweiten Schrittes stellt klar, dass dies der Erläuterung des zweiten Schrittes dienen soll und nicht eine grundsätzliche Aussage zur LOB-Vergütung darstellt. Sodann können aufgrund dieser – wohl missglückten – Formulierung die darauffolgenden Schritte nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden.

Der Kläger bringt mit Verweis auf einen Entscheid des Obergerichts Zürich vor, dass die vorliegende Bonusregelung widersprüchlich sei. Im zitierten Entscheid schützte das Obergericht Zürich ein Urteil des hiesigen Gerichts, wonach ein Bonussystem widersprüchlich sei, wenn es zunächst eine objektiv bestimmte Berechnungsformel festlege und sodann die Ausrichtung des Bonus durch eine Zusatzregelung von einem diffusen Ermessen abhängig mache, sei es im Allgemeinen (*“Bonus gilt nicht als Lohnbestandteil”/“kein Rechtsanspruch für die Folgejahre”*) oder bei besonderen Verhältnissen (bei drohender substanzieller Schwächung aus betriebswirtschaftlicher Sicht). Die Ermessensausübung müsse sich jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die subjektive Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beziehen (unter Hinweis auf die Urteile des Bundesgerichts 4A_28/2009 vom 26. März 2009 E. 2.3 und 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3). Das *“freie Ermessen”* beziehe sich nach Sinn und Zweck der Vereinbarung ferner gar nicht auf die Beurteilung der persönlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers (Entscheid des Obergerichts Zürich LA150037 vom 11. April 2016, E. 3c und 3d, m.w.H.).

Im vorliegenden Bonussystem wird zunächst ebenfalls ein objektiv bestimmbarer Basis-Bonus festgesetzt. Anders als im zitierten Entscheid bezieht sich der Multiplier jedoch nicht auf scheinbar objektive Kriterien wie die betriebswirtschaftliche Lage der Beklagten. Auch wurde kein pauschaler Hinweis angebracht, dass kein Rechtsanspruch bestehe. Vielmehr dient der Multiplier gemäss vertraglicher Regelung der *“Anpassung des Basis-Bonus durch subjektive, individuelle Beurteilung [...]”*. Mit anderen Worten soll die objektiv bestimmbare Arbeitsleistung (Anzahl anrechenbarer Stunden) durch eine Beurteilung des individuellen Verhaltens angepasst werden. Massgebend sind dabei laut Anhang 2 zum Arbeitsvertrag die Grundwerte “Professionalität” und “Sozialkompetenz”. Die Beklagte argumentiert, dass sie eine spezielle Unternehmenskultur pflege, die ebenfalls Vertragsbestandteil und ausschlaggebend für die Bestimmung des Multipliers sei. Zu Recht verweist sie darauf, dass im Arbeitsvertrag relativ detailliert auf ihre Grundwerte (“Geschäftsphilosophie”) eingegangen wird und diese teilweise verpflichtend formuliert sind. Somit ist irrelevant, dass die Beklagte diese Unternehmenskultur erst im Jahr 2019, nach Eintritt des Klägers, in einem separaten Dokument verschriftlichte. Dass die Beklagte sich vorbehält, die Höhe des Bonus durch die Beurteilung von sogenannten “soft factors” zu beeinflussen, ist nicht zu beanstanden, auch wenn diese stets einen Interpretationsspielraum zulassen. Der Multiplier dient gemäss vertraglicher Regelung der Anpassung des Basis-Bonus. Damit wurde kein bloss pauschaler, gänzlicher Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht. Der Multiplier stellt kein diffuses und sachfremdes Ermessen dar. Das Bonussystem der Beklagten ist nicht widersprüchlich. Vielmehr ist die Regelung so zu verstehen, dass mit einem leistungsorientierten Basis-Bonus ein Anreiz für die Generierung von möglichst vielen verrechenbaren Stunden – und somit auch Umsatz für die Beklagte – gesetzt wird. Sodann behält sich die Beklagte mit dem Multiplier, der auf subjektiven und verhaltensbasierten Kriterien basiert, einen subjektiven Einfluss auf die auszurichtende LOB-Vergütung vor.

[...]

Der Basis-Bonus wurde durch objektive, mathematisch bestimmbare Werte festgesetzt. Die Beklagte konnte jedoch subjektiv auf den Multiplier Einfluss nehmen, mithin ein Ermessen ausüben. Gemäss vertraglicher Regelung dient der Multiplier bloss der “Anpassung des Basis-Bonus” und ist nicht als gänzlicher Freiwilligkeitsvorbehalt ausgestaltet. Somit steht der Beklagten bei der Kalkulation des Bonus ein Ermessen zu. Es ist jedoch nicht von einer grundsätzlichen Freiwilligkeit der Ausrichtung auszugehen.

Fazit: Die LOB-Vergütung ist folglich nicht als Lohnbestandteil, sondern als unechte Gratifikation zu qualifizieren.»

(AN200086-L Urteil vom 5. Juni 2023; Das Obergericht bestätigte die Qualifikation der LOB-Vergütung als unechte Gratifikation, LA230016-O vom 16. Mai 2024.)

8. OR 322d; Bonus im Jahr der Kündigung

Die Beklagte bezweckt primär die Strukturierung, die Emission und den Vertrieb von Finanzprodukten. Der Kläger gehörte zu den Gründern der Beklagten und war von 2009 bis zum 30. April 2018 als Chief Executive Officer (CEO) bei der Beklagten angestellt. Als vertragliche Grundlage für die klägerische Tätigkeit figurierte zuletzt der Arbeitsvertrag vom 28. Januar 2014 sowie eine Mitteilung zur Saläranpassung vom 24. Februar 2015. Demzufolge wurde dem Kläger für seine Tätigkeit als CEO der Beklagten ein jährliches Bruttogrundgehalt im Betrag von CHF 977'200.– ausgerichtet, entsprechend CHF 81'422.22 pro Monat. Am 5. Oktober 2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Vor Arbeitsgericht forderte der Kläger unter anderem einen Bonus für das Geschäftsjahr 2017.

Aus den Erwägungen:

«VI. Bonus für das Geschäftsjahr 2017

[...]

4. Anspruch auf Bonus gemäss Arbeitsvertrag/Qualifikation des Bonus

4.1 Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 22./28. Januar 2014 haben die Parteien unter dem Titel “Discretionary annual bonus” festgehalten, dass der Kläger für die Jahre 2013, 2014 und die ersten neun Monate des Jahres 2015 nicht zum Bezug eines diskretionären oder irgend eines anderen Bonus berechtigt sei (*“is not eligible for a discretionary or any other kind of bonus”*). Unter dem Stichwort “General provisions” wurde als Zahlungstermin für den nicht aufgeschobenen Bonusanteil Ende März des auf das bonusrelevante Geschäftsjahr folgenden Jahres festgelegt (*“If applicable, an annual bonus will be paid at the end of March following the year for which the annual bonus is payable.”*).

Gemäss dieser Regelung im Arbeitsvertrag hatte der Kläger als CEO der Beklagten keinen unbedingten Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus. Es wurde explizit festgehalten, dass der Bonus diskretionär sei und die Ausrich-

tung eines Bonus damit im Ermessen der Arbeitgeberin liege (discretionary = beliebig, willkürlich, im Ermessen stehend). Unter dem Stichwort “General provisions” lassen sich – nebst der vorstehend erwähnten Bezeichnung des “*discretionary bonus*” – weitere Formulierungen finden, wonach kein unbedingter Anspruch auf ein Bonus besteht und dieser in das Ermessen der Beklagten fällt (Hervorhebungen hinzugefügt): *“If a bonus will be paid, ...”* oder *“If applicable, ...”*.

4.2. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, das Ermessen der Beklagten habe sich darauf beschränkt, wie der ermessensunabhängige Bonus in Bargeld und andere Komponenten aufgeteilt werde. Diesbezüglich ist im Arbeitsvertrag vom 22./28. Januar 2014 folgendes festgehalten (Hervorhebungen hinzugefügt):

“If a bonus will be paid, the Employer will fix the applicable bonus deferral rate as well the applicable split between cash and other benefits, e.g. [Name Beklagte] shares, especially in the deferred bonus rate, at the discretion of its Board of Directors, acting through its competent committee.”

Es ist somit zutreffend, dass die Aufteilung des Bonus sowohl hinsichtlich der aufgeschobenen Bonusanteile als auch in Bargeld und andere Komponenten (Aktien) im Ermessen der Beklagten als Arbeitgeberin stand. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass nur diesbezüglich ein Ermessen der Beklagten bestand. Dieser Abschnitt des Arbeitsvertrages ist im Kontext zu sehen, aus welchem – wie vorstehend ausgeführt – explizit hervorgeht, dass der Bonus als solcher ermessensbasiert (“*discretionary*”) war. Nachdem es am bzw. nach dem 5. Oktober 2017 unbestrittenemassen nicht zu einer Änderung der Anstellung des Klägers bzw. einer Neuanstellung in anderer Position kam, weil der Kläger das entsprechende Angebot der Beklagten ablehnte, blieb es bei dieser vertraglichen Regelung.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass sich der Kläger mit seinen Ausführungen im Rahmen der Stellungnahme zu den Noven zu seinem Standpunkt gemäss Klagebegründung selbst in Widerspruch setzt. Die im Rahmen der Stellungnahme gemachten Ausführungen, das Ermessen der Beklagten habe sich darauf beschränkt, ob ein Bonus ausbezahlt werde, würde nämlich gerade für eine Qualifikation als Gratifikation sprechen.

4.3. Im Hinblick auf das vom Kläger zitierte “Executive Compensation Modell” ist festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass die Berechnung der

Bonushöhe von objektiv messbaren Zahlen und Geschäftsergebnissen abhängt, nicht automatisch bedeutet, dass es sich um einen Lohnbestandteil (und keine Gratifikation) handelt, solange die Ausrichtung des Bonus als solche im Ermessen der Arbeitgeberin verbleibt. Davon ist nach dem Gesagten auszugehen und der Kläger bringt in seinen Ausführungen zum “Executive Compensation Modell” auch nichts vor, was dies widerlegen würde. Auf die von ihm verlangte Edition kann deshalb verzichtet werden.

4.4. Von einer regelmässigen Ausrichtung eines Bonus kann nicht die Rede sein, nachdem der Kläger gemäss vertraglicher Vereinbarung für die Jahre 2013, 2014 und die ersten neun Monate des Jahre 2015 von Vornherein nicht für bonusberechtigt erklärt und für das Jahr 2016 kein Bonus ausbezahlt wurde. Im Jahr 2016 wurde angesichts des Geschäftsergebnisses dem gesamten Management der Beklagten und damit auch dem Kläger kein Bonus ausgerichtet. Dass ein solcher eigentlich geschuldet gewesen wäre und die Geschäftsleitungsmitglieder darauf verzichtet hätten, wird vom Kläger nicht substantiiert vorgetragen und scheint aufgrund des ausgewiesenen und auch im Grundsatz unbestritten gebliebenen Kurssturzes im Jahr 2016 auch nicht glaubhaft. Von wem aus der Verzicht (zuerst) vorgeschlagen wurde – der Geschäftsleitung oder dem Verwaltungsrat – ist dabei irrelevant.

4.5. Sodann übersteigt das im Arbeitsvertrag des Klägers vom 22./28. Januar 2014 vereinbarte Bruttogehalt von CHF 983'200.00 die Schwelle des fünffachen Medianlohnes bei Weitem, so dass die Akzessorietätsrechtsprechung des Bundesgerichts keine Anwendung findet.

4.6. Im Employment Manual January 2017 findet sich in Art. 34 die folgende Passage (Hervorhebungen hinzugefügt):

*“An Employee is only eligible to obtain a variable compensation payment – which is subject to all further conditions set forth in the individual contract of employment – in case such Employee **is on the date on which any variable compensation payment would otherwise be due and payable still employed by the Employer and he/she is not under notice to terminate his/her employment** (for whatever reason and whether notice was given by the Employee or the Employer).”*

Der Kläger bestreitet nicht substantiiert, dass das Employment Manual anwendbar ist (sondern scheint selbst dieser Ansicht zu sein, nachdem er sich bei der Frage einer allfälligen Formvorschrift für die Kündigung selbst auf das Employment Manual beruft). Zudem hat der Kläger im Arbeitsvertrag vom 22. Januar 2014 die Anwendbarkeit des (damals geltenden) Employment Manuals bestätigt. Er führt jedoch aus, es sei in seinem Arbeitsvertrag eine abweichende Vereinbarung getroffen worden, nach welcher nur dann kein Bonus geschuldet sei, wenn der Arbeitnehmer künde. Das relevante Reglement (Employment Manual) ist gemäss dessen Art. 51 per 1. Januar 2017 in Kraft getreten und ersetzt alle vorhergehenden Regelungen, damit auch eine allenfalls abweichende Regelung im Arbeitsvertrag des Klägers, welcher vom 22. Januar 2014 datiert. Ohnehin widerspricht die vom Kläger referenzierte Regelung in seinem Arbeitsvertrag nicht der Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Employment Manual. Im klägerischen Arbeitsvertrag findet sich nämlich folgende Regelung (Hervorhebungen hinzugefügt):

*“In case the Employee decides to terminate the Agreement, **all of the outstanding deferred discretionary annual bonus** will be forfeited, unless the Employee retires, as defined by the Board of Directors in its sole discretion.”*

Es geht in dieser Passage darum, dass im Falle einer Arbeitnehmerkündigung alle aufgeschobenen Boni-Anteile verfallen. Im Gegensatz dazu geht es in der entsprechenden Bedingung im Employment Manual, dass kein Bonus ausbezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer im Auszahlungszeitpunkt im gekündigten Arbeitsverhältnis steht. Dies bezieht sich gemäss dem Wortlaut dieser Vereinbarung nicht (nur) auf die möglicherweise längerfristig aufgeschobenen Bonusanteile vergangener Jahre, sondern auf den im jeweiligen Auszahlungszeitpunkt fälligen Bonus des letzten Jahres.

4.7. Die ins Ermessen der Beklagten gestellte freiwillige Vergütung ist damit als Gratifikation zu qualifizieren, auf die kein Anspruch besteht. Allein gestützt auf die Regelungen im Arbeitsvertrag, auf die Regelungen im massgebenden Reglement und auf die weiteren Umstände hat der Kläger keinen Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus für das Geschäftsjahr 2017. Dazu kommt die im Reglement der Beklagten somit (da der Bonus eine Gratifikation ist) zulässigerweise vereinbarte Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Auszahlungszeitpunkt und der damit verbundene Ausschluss eines pro rata-Anspruchs für eine Gratifikationszahlung. Auch aufgrund dieser hat der

Kläger keinen Anspruch auf eine Gratifikation für das Geschäftsjahr 2017, da er im Auszahlungszeitpunkt – also im März 2018 – in gekündigtem Arbeitsverhältnis stand. Dies gilt unabhängig davon, ob er die für das Jahr 2017 vereinbarten Ziele erreicht hat, weshalb die vom Kläger diesbezüglich vorgebrachten Beweismittel nicht weiter zu berücksichtigen und die diesbezüglich beantragten Editionen nicht vorzunehmen sind.

4.8. Der Kläger kann auch aus dem (von der Beklagten bestrittenen) Umstand, dass anderen gekündigten Mitarbeitern trotz der Regelung im “Employment Manual” ein Bonus ausbezahlt worden sei, nichts für sich ableiten. Zunächst behauptet der Kläger nicht, es sei dem “Gros der Belegschaft” ein Bonus ausgerichtet worden, sondern bezieht sich nur auf einzelne Beispiele von vier ehemaligen Mitarbeitern, was im Falle einer grossen Unternehmung wie der Beklagten keinen Grossteil der Belegschaft darstellt. Zudem bestreitet der Kläger die Behauptung der Beklagten, allfällig vorgenommene Zahlungen seien “deferred payments” gewesen, nicht substantiiert.

Die Behauptung, alle anderen Geschäftsleitungsmitglieder hätten für das Jahr 2017 einen Bonus erhalten, nur er willkürlicherweise nicht, bringt der Kläger erst in der Stellungnahme zu den Noven und somit verspätet vor, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Selbst wenn dem jedoch so wäre, könnte der Kläger daraus keinen Anspruch ableiten. Denn wie vorstehend ausgeführt, sprach die Beklagte die Kündigung vom 5. Oktober 2017 aufgrund diverser Verfehlungen des Klägers aus. Unter solchen Umständen kann der Kläger aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nichts für sich ableiten.»

(AN190017-L Urteil vom 13. März 2023, Berufung am Obergericht anhängig)

9. OR 322d; Zielbonus einer Leiterin Human Resources

Die Klägerin trat am 1. Mai 2021 als Leiterin Human Resources in die Dienste der Beklagten, eine Schweizer Privatbank mit Sitz in Zürich, ein. Die Parteien vereinbarten im Arbeitsvertrag unter anderem ein Jahresfixsalar in der Höhe von Fr. 191'127.– brutto und eine jährliche Spesenpauschale im Betrag von Fr. 9'600.–. Zudem wurde ein als “Zielbonus 2021” bezeichneter Betrag in der Höhe von Fr. 30'000.– brutto p.a. abgemacht. Mit Schreiben vom 5. November 2021 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis ordentlich per 28. Februar 2022.

Vor Arbeitsgericht Zürich machte die Klägerin einen Bonusanspruch in der Höhe von Fr. 25'000.– pro rata temporis für die Anstellungsdauer von 10 Monaten geltend.

Aus den Erwägungen:

«V. Würdigung

1. Vertragssimulation

1.1 Beweisverfahren

Die Klägerin stützt ihren Bonusanspruch auf die Behauptung, es habe dem tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen, den im Arbeitsvertrag als “Zielbonus” bezeichneten Betrag als Lohnbestandteil zu vereinbaren. Dies wird von der Beklagten bestritten. Zum Beweis ihrer behaupteten Simulation offerierte die beweisbelastete Klägerin zunächst ihre eigene und die Befragung von A._ je als Partei sowie die Einvernahme der Headhunterin B._ als Zeugin. Im Nachgang zur Beweisverfügung vom 14. Februar 2023 verzichtete die Klägerin mit Eingabe vom 27. Februar 2023 auf die Zeugeneinvernahme von B._. Dementsprechend wurden lediglich die Klägerin und A._ im Rahmen der Beweis- und Schlussverhandlung vom 3. Mai 2023 je als Partei zum tatsächlichen Konsens betreffend die streitgegenständliche Bonusklausel befragt.

Die Klägerin sagte zusammengefasst aus, es hätten zwei Gespräche zwischen ihr und A._ stattgefunden, wobei das Salär von Anfang an besprochen worden sei und sie ihre Vorstellungen mitgeteilt habe. A._ habe der Klägerin gesagt, er könnte ihr nicht die gleiche Lohnhöhe bieten, die sie bei ihrer vorhergehenden Anstellung verdient hätte, und die Offerte gemäss Arbeitsvertrag gemacht. Die Klägerin habe gewusst, dass ihr die Beklagte als kleinere Bank weniger Lohn als ihre vorhergehende Arbeitgeberin ausrichten würde und habe dies akzeptiert. A._ habe noch den Zielbonus erwähnt und gesagt, die Klägerin würde diesen sicher erhalten, damit sie an das Grundsälär ihrer vorhergehenden Arbeitgeberin käme.

A._ sagte zusammengefasst aus, die Gespräche hätten grundsätzlich wie von der Klägerin beschrieben stattgefunden. Allerdings hätten die Parteien sich auf eine Gesamtvergütung geeinigt, wie sie im Arbeitsvertrag abgebildet sei, mithin auf ein Grundsälär inkl. Spesen in der Höhe von ca. Fr. 200'000.– und einen Zielbonus im Betrag von Fr. 30'000.–. Der Zielbonus sei nicht garantiert, sondern je nach Geschäftsgang und Zielerreichung geschuldet, wie es der Terminus definiere. Diesbezüglich sei in keiner Weise jemals über eine spezifische Garantie gesprochen worden.

1.2 Fazit

Die Klägerin und A. _ wiederholten je ihre Parteistandpunkte, ohne sich in Widersprüche zu verstricken. Die Umstände, mit denen die Klägerin ihren Standpunkt belegen will, führen nicht zur Überzeugung, dass eine Vertrags-simulation vorliegt. Dass die Klägerin im Rahmen ihrer vorhergehenden An-stellung ein Grundgehalt in der Höhe von Fr. 230'000.– erzielte, ist für das vorliegende Arbeitsverhältnis irrelevant. Im Übrigen sagte die Klägerin selbst aus, sie habe aufgrund der unterschiedlichen Unternehmensgrösse der beiden Arbeitgeberinnen eine andere Gesamtvergütung (bei der Beklagten) akzep-tiert. Auch aus der unbestrittenen Tatsache, dass das Vergütungsreglement der Beklagten weder im Arbeitsvertrag aufgelistet noch der Klägerin abgege-ben worden ist, kann Letztere nichts zu ihren Gunsten ableiten. So erscheint es widersprüchlich, dass der Bonus im Arbeitsvertrag bloss zum Schein als Zielbonus bezeichnet (Simulation), das Vergütungsreglement jedoch in Nach-ahmung der tatsächlichen (Lohn-)Abrede bewusst nicht in den Arbeitsvertrag integriert worden sein soll. Dementsprechend stellt sich die Beklagte auch auf den Standpunkt, das Vergütungsreglement sei aufgrund des Verweises im Mit-arbeiterhandbuch Bestandteil des Arbeitsvertrages geworden. Der Vollständig-keit halber ist darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin behauptete unter-lassene Zielsetzung von dieser als Folge und nicht als Teil der Vertragsabrede bezeichnet wird und daher für den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt der Vertragsschliessung irrelevant ist. Somit stehen sich vorliegend betreffend den tatsächlichen Vertragswillen entgegengesetzte Parteibehauptungen gegenüber. Es kann kein übereinstimmender wirklicher Parteiwille ermittelt werden. Die Bonusklausel ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Die Parteien sind sich grundsätzlich einig, dass der Wortlaut der streitgegenständlichen Klausel *“Zielbonus 2021 CHF 30'000.00 brutto p.a.”* einen Bonus festlegt, der von Zielen bzw. deren Erreichung abhängt. Dies ent-spricht dem allgemeinen Sprachgebrauch und Verständnis dieser Formulie-rung. Demnach durften und mussten die Parteien die Klausel nach Treu und Glauben auch so verstehen.

2. Anwendbare Vertragsbestandteile

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass sie am 24. März 2021 einen Arbeitsvertrag unterzeichneten und dass demgemäss das Mitarbeiterhandbuch Vertragsbestandteil bildet. Umstritten ist, ob das Vergütungsreglement gültig in den Arbeitsvertrag übernommen wurde. Die Klägerin brachte zunächst in der Klageschrift vor, das Vergütungsreglement sei weder in der Liste der Regle-mente und Weisungen im Arbeitsvertrag erwähnt noch sei es ihr bekannt oder

dem Arbeitsvertrag beigelegt gewesen. In der Replik liess sie ausführen, das Vergütungsreglement sei ihr zwar bekannt gewesen, jedoch nicht in ihren Einzelarbeitsvertrag übernommen worden. Die Beklagte erklärt unter Verweis auf den Ingress von Ziffer 5 des Mitarbeiterhandbuches, wonach das Vergütungsreglement die wesentlichen Elemente der Gesamtvergütung regelt, das Vergütungsreglement sei einschlägig und relevant gewesen. Dass der Klägerin das Vergütungsreglement vor oder bei Vertragsschluss nicht übergeben worden sei, bestreitet die Beklagte nicht.

Eine sog. Staffelterweisung (Verweis von einem Reglement auf ein weiteres Reglement) wird nicht per se als unzulässig angesehen, sie erscheint jedoch zumindest problematisch (vgl. KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, S. 107). Um ein Regelwerk gültig als Bestandteil in einen Arbeitsvertrag zu integrieren ist jedoch auf jeden Fall erforderlich, dass die Arbeitnehmerin Gelegenheit erhält, vom Inhalt des Regelwerks Kenntnis zu nehmen, beispielsweise durch deren Übergabe im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss. Gemäss dem vorliegenden Arbeitsvertrag wurden der Klägerin die aufgelisteten Reglemente, Weisungen und Instruktionen mit einem USB-Stick übergeben. Das Vergütungsreglement ist in der besagten Liste nicht enthalten. Die Beklagte macht weder geltend, sie habe der Klägerin vor oder bei Vertragsschluss dessen Kenntnisnahme ermöglicht, noch bestreitet sie, dass es der Klägerin nicht übergeben worden sei. Insoweit genügt der Verweis im Ingress der Ziffer 5 des Mitarbeiterhandbuches – ohne Übergabe oder anderweitige Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die Klägerin bei Vertragsabschluss – nicht, um das Vergütungsreglement gültig in den Arbeitsvertrag zu integrieren.

Die Beklagte wirft jedoch zurecht die Frage auf, ob die Klägerin als Leiterin Human Resources das Vergütungsreglement nach Treu und Glauben nicht ohnehin gegen sich gelten zu lassen hat. Die Klägerin erklärte, sie habe das Vergütungsreglement nicht erhalten, weil es aufgrund der Abrede, dass der Bonus Lohnbestandteil sei, nicht relevant gewesen sei. Gemäss den Erwägungen zur Vertragssimulation ist eine entsprechende Abrede nicht erstellt (vgl. vorstehende Ziffer V.1.2). Dass die Parteien anlässlich der Vertragsverhandlungen über die anwendbaren Reglemente, insbesondere über das Vergütungsreglement, gesprochen hätten, wurde von der Klägerin nicht behauptet. Dass das Vergütungsreglement aus einem anderem Grund nicht angewendet werden sollte, macht sie nicht geltend. Damit fällt ihre diesbezügliche Argumentation in sich zusammen.

Wie die Klägerin richtig festhält, ist irrelevant, welche Reglemente den anderen Mitarbeitenden ausgehändigt wurden und welche nicht. Dies gilt auch in Bezug auf ihre Behauptung, einer anderen Mitarbeitenden mit einer anderen Vertragskonstellation (zielunabhängiger Bonus im vollumfänglichen Ermessen der Beklagten) sei das Vergütungsreglement ausgehändigt worden (von der Beklagten bestritten). Die Klägerin selbst behauptet nicht, dass der Arbeitsvertrag jener Mitarbeitenden ihrem eigenen Arbeitsvertrag entsprach (weder dem simulierten noch dem tatsächlich unterzeichneten Vertrag). Der Arbeitsvertrag jener Mitarbeitenden ist für die vorliegend zu beantwortende Frage nicht von Relevanz; die von der Klägerin beantragte Edition ist somit nicht zielführend.

Die Klägerin wendete in ihrer Position als Leiterin Human Resources sowohl das Personal- als auch das Vergütungsreglement im Rahmen ihrer Tätigkeit unbestrittenermaßen auf andere Arbeitsverhältnisse der Beklagten an. Folglich waren ihr der Verweis im Ingress der Ziffer 5 des Personalreglements sowie der Inhalt des Vergütungsreglements bekannt. Sie wusste ebenfalls, dass die Beklagte das Vergütungsreglement aufgrund des Verweises im Personalreglement als anwendbar und in die Einzelarbeitsverträge integriert erachtete. So brachte sie im vorliegenden Verfahren vor, die von der Beklagten angeführten Verweise seien irrelevant. Sie brachte nicht vor, dass ihr dieser Mechanismus bzw. dieses Verständnis der Beklagten nicht bekannt gewesen sei. Ihre Ausführung, sie habe das Vergütungsreglement nicht auf ihr eigenes Arbeitsverhältnis angewendet oder dieses für sich selbst genehmigt, ist angesichts ihrer diesbezüglichen Doppelrolle als Arbeitnehmerin und Leiterin Human Resources nicht stichhaltig. Dass sie gegenüber der Beklagten gegen das Vergütungsreglement opponierte bzw. kundtat, dass das Vergütungsreglement ihres Erachtens nicht Bestandteil ihres Arbeitsvertrages sei, hat die Klägerin nicht vorgebracht.

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen ist kein Umstand ersichtlich, aus dem die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass das Vergütungsreglement für sie nicht gelte. Es erscheint in der vorliegenden Konstellation treuwidrig, wenn sie in ihrer Position als Leiterin Human Resources und dem damit verbundenen Wissen um die Reglemente der Beklagten und deren Handhabung, das Vergütungsreglement nicht gegen sich gelten lassen will. Folglich sind die Bestimmungen im Vergütungsreglement im vorliegenden Arbeitsverhältnis anwendbar.

3. Qualifikation des Bonus

Das Mitarbeiterhandbuch sieht in Ziffer 5.6 das Folgende vor: *“Alle Beiträge, die den Mitarbeitenden über das vereinbarte Jahressalär (inkl. Zulagen) ausbezahlt werden, stellen eine Sondervergütung gemäss Art. 322d OR dar. Es handelt sich dabei immer um freiwillige Zahlungen der Bank, die keinen Rechtsanspruch begründen, selbst dann nicht, wenn die Zahlungen während mehrerer Jahre regelmässig erfolgt sind.”* Die arbeitsvertragliche Formulierung *“Zielbonus 2021 CHF 30'000.00 brutto p.a.”* legt die Höhe Zielbonus für das Jahr 2021 betragsmässig fest.

Zwischen den Parteien ist sodann unbestritten, dass bei der Beklagten die Ausrichtung und die Höhe des “Zielbonus” grundsätzlich von Zielen bzw. deren Erreichung abhängig sind. Die Klägerin bestreitet zwar die Anwendbarkeit der von der Beklagten vorgebrachten Kriterien gemäss Vergütungsreglement (Teamleistung, individuelle Leistung, Compliance-Kultur und Funktion & Kompetenzen). Dass die Festlegung mathematisch bestimmbarer Ziele vorgesehen ist (sog. hard factors), hat sie jedoch nicht vorgebracht und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Folglich verbleibt der Beklagten gemäss Arbeitsvertrag und Mitarbeiterhandbuch ein Ermessen betreffend Ausrichtung und Höhe des Bonus.

Gemäss Vergütungsreglement kann die Beklagte abhängig vom Gesamtjahresergebnis auf allen Funktionsstufen eine jährliche variable Vergütungskomponente ausrichten, die auch Null betragen kann. Den Mitarbeitenden steht auch nach wiederholter regelmässiger Ausrichtung kein Anspruch auf Bezahlung einer variablen Vergütung zu. In Bezug auf die Zielvorgaben hält das Vergütungsreglement fest, dass die variable Vergütungskomponente von der erbrachten retrospektiven Leistung abhängig ist und anhand der vier Komponenten Teamleistung, individuelle Leistung, Compliance-Kultur sowie Funktion und Kompetenzen festgelegt wird. Auch diese Regelung überlässt der Beklagten bei der Bestimmung der individuellen Zielvorgaben und der Zielerreichung, mithin der Höhe des Bonus, einen weiten Ermessensspielraum. Bei den Zielen handelt es sich schliesslich auch um sog. soft factors, die keiner mathematischen Berechnung zugänglich sind. Dass der Bonus dennoch aufgrund seines Verhältnisses zum Jahresfixsalär als Lohn erscheint, macht die Klägerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Dieser ist somit auch unter Berücksichtigung des Vergütungsreglements als Gratifikation zu qualifizieren.

Fazit: Der vorliegende Zielbonus stellt eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR dar.

4. Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses

Eine Gratifikation kann im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist (BGer 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3, 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 E. 5.1).

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen ist das Vergütungsreglement im vorliegenden Arbeitsverhältnis zu beachten (vgl. vorstehende Ziffer V.2). Demgemäss ist das Vorliegen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Zahlung – d.h. im 1. Quartal bzw. März / April des Folgejahres – Voraussetzung zur Ausrichtung einer variablen Vergütung. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis am 5. November 2021 per 28. Februar 2022; die Voraussetzung zur Auszahlung des Bonus ist folglich nicht gegeben. Die streitgegenständliche Gratifikation ist somit basierend auf den vertraglichen Grundlagen nicht geschuldet. Demnach kann offenbleiben, ob der Klägerin Ziele gesetzt wurden, ob ihre Arbeitsleistung Anlass zu berechtigten Beanstandungen gegeben hat und welche Mitarbeitende der Beklagten den formellen Prozess der Zielsetzung durchlaufen und welche nicht.»

(AH220101-L Urteil vom 14. Juni 2023, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

10. OR 324; Minusstunden

Die Klägerin arbeitete ab dem 1. Juli 2022 in einem 100% Pensum als Verkäuferin bei der Beklagten. Die Dienstpläne wurden jeweils kurz vor Monatsbeginn in einer App aufgeschaltet und damit für die Klägerin ersichtlich. Die Klägerin arbeitete an den durch die Beklagte im Dienstplan eingetragenen Tagen ab ihrem Stellenantritt am 1. Juli 2022 bis zum 31. Oktober 2022. Ab 1. November 2022 war die Klägerin zu 100% krankgeschrieben. Vor Arbeitsgericht Zürich war unter anderem die Lohnfortzahlung während der Krankheit strittig. Die Beklagte hatte vom Lohn Krankentaggeldversicherungsbeiträge abgezogen, aber keine entsprechende Versicherung abgeschlossen. Die Klägerin forderte Schadenersatz in der Höhe der ihr zustehenden Krankentaggelder.

Die Beklagte machte verrechnungsweise Minusstunden der Klägerin geltend. Um diese Verrechnungsforderung geht es in den nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen.

Aus den Erwägungen:

«D. Verrechnungsforderungen

[...]

3. Beurteilung

[...] Es ist sodann ausgewiesen, dass die Beklagte die Arbeitsschichten ihrer Mitarbeiter jeweils im Dienstplan eintrug und in der App kurz vor dem Arbeitseinsatz veröffentlichte. Die Einsätze der Klägerin basieren demnach auf einer Arbeitszuteilung der Beklagten und etwaige Minusstunden wurden nicht aus bei der Klägerin liegenden Gründen verursacht. Denn es liegt in der Verantwortung der Beklagten, die Klägerin im Dienstplan so einzuteilen, dass sie auf die vertraglich vereinbarten Arbeitsstunden kommt. Unterlässt sie dies, so kann sie ohne ausdrückliche anderslautende Abrede nicht Minusstunden verrechnen, die entstanden sind, weil die Beklagte der Klägerin nicht die vertraglich vereinbarten Stunden zugewiesen hat. Entgegen der Beklagten ist es sicherlich nicht Aufgabe der Klägerin, selbstständig mehr oder andere Schichten zu leisten, als die Beklagte ihr zugewiesen hat. Das war denn auch gar nicht möglich, zumal – mangels anderslautender Behauptungen der Beklagten – davon auszugehen ist, dass die Beklagte ihre Mitarbeitenden so eingeteilt hat, dass ihr Bedarf gedeckt war. Hinzu kommt, dass die Beklagte in Kenntnis der angeblichen Minusstunden den Lohn bis zum Oktober 2022 stets vollständig und ohne Vorbehalt ausbezahlt hat. Erst am 9. Dezember 2022 machte die Beklagte geltend, die Minusstunden verrechnen zu wollen. Zudem hat die Beklagte der Klägerin aufgrund der ausgesprochenen Kündigung keine Möglichkeit eingeräumt, allfällige Minusstunden aufzuarbeiten. Schliesslich liegt nichts dafür vor, dass die Parteien vereinbart hätten, die Lohnzahlungen würden lediglich akonto Zahlungen darstellen und stünden unter dem Vorbehalt der Verrechnung mit Minusstunden. Die Beklagte hat abgesehen von der pauschalen Behauptung weder substantiiert, wann in welchem Wortlaut eine solche Vereinbarung getroffen worden sei noch hat sie hierzu Beweismittel offeriert. Dasselbe gilt, soweit die Beklagte behauptet, sie habe der Klägerin im Probezeitgespräch gesagt, Minusstunden müssten nachgearbeitet werden. Selbst wenn dem so gewesen sein sollte, wäre es an der Beklagten gewesen, der Klägerin Gelegenheit zu geben, die Minusstunden aufzuarbeiten. Dies hat die Beklagte jedoch mit der Kündigung vereitelt. Bei diesem Ergebnis muss auch nicht näher abgeklärt werden, ob der Saldo der geltend gemachten Minusstunden zutrifft. Nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen bleibt, dass die Beklagte nicht darlegt, wie sie den geltend gemachten Minusstundensaldo errechnet. Stellt man auf die handschriftlich erfassten Stunden der Klägerin ab, ergibt sich bis Ende Oktober 2022 unter Berücksichtigung der als Arbeitszeit anzurechnenden vier

Krankheitstage im September 2022 ein Minussaldo von lediglich (gerundet) 118 Stunden.»

(AH230052-L Urteil vom 10. November 2023; das Obergericht wies die dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, LA230029-O Urteil vom 7. März 2024)

11. OR 324a; Zeitpunkt der Information zum Übertrittsrecht in die Einzelversicherung

Der Kläger leistete für die Beklagte, eine Personalverleiherin, verschiedene Einsätze im Bauhauptgewerbe. Gemäss dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV) haben Arbeitnehmende beim Austritt aus der kollektiven Krankentaggeldversicherung das Recht, innert 90 Tagen in die Einzelversicherung überzutreten. Die Arbeitnehmenden sind rechtzeitig über das Übertrittsrecht zu informieren. Strittig war vor Arbeitsgericht Zürich unter anderem, in welchem Zeitpunkt diese Informationspflicht zu erfüllen ist.

Aus den Erwägungen:

«VIII. Krankentaggeld

[...]

3.5. Im Rahmenarbeitsvertrag findet sich eine ausführliche Erklärung und Regelung, wie sich die Lohnausfallentschädigung bei Krankheit gestaltet. Ziffer 4.3 des Rahmenvertrages wurde bereits vorstehend unter Ziffer III.3. vollständig zitiert. An dieser Stelle sind die folgenden Passagen nochmals hervorzuheben:

(...)

Im Krankheitsfall ist der Arbeitnehmer während 720 aufeinanderfolgender Tage (innert 900 Tage), versichert...

Für den Fall einer vorbestandenen Krankheit des Arbeitnehmers erbringt die Versicherung [Firma Versicherung] reduzierte Leistungen, die für den Arbeitnehmer verbindlich sind...

Der Arbeitnehmer ist berechtigt, innerhalb von 90 Tagen nach Ende des Arbeitseinsatzes in eine Einzelkrankentaggeldversicherung überzutreten....

3.6. Der Kläger wurde somit zu Beginn der Vertragsbeziehung ausdrücklich schriftlich darauf hingewiesen, dass er bei der [Firma Versicherung] versichert ist und dass er für die Zeit, in welcher kein Einsatzvertrag besteht, in eine Einzelversicherung übertreten kann.

3.7. Aus dem Rahmenvertrag geht klar hervor, dass der Kläger mit Ende des Arbeitsverhältnisses jeweils aus der Kollektivtaggeldversicherung austritt und für die Fortdauer des Versicherungsschutzes in eine Einzelversicherung übertreten müsste. Sowohl der Name des Versicherers [Firma Versicherung] als auch die für die Erklärung des Übertrittsrechts massgebende Verwirkungsfrist von 90 Tagen wurden im Rahmenarbeitsvertrag ausdrücklich erwähnt.

3.8. Damit hatte der Kläger alle erforderlichen Informationen, welche er bei einem grundsätzlichen Interesse an einem Übertritt in die Einzelversicherung haben musste. Er kannte seine Rechte und Pflichten. Im Fall seines grundsätzlichen Interesses an der Einzelversicherung wäre davon auszugehen gewesen, dass der Kläger dieses beim Austritt bei der Beklagten bzw. der Versicherung [Firma Versicherung] geltend machen würde und die weiteren Informationen (Policenummer, Kontaktperson und genaue Konditionen der Einzelversicherung wie z.B. die genaue Prämienhöhe) anfordern würde. Dass der Kläger sein Interesse an der Ausübung des Übertrittsrechts beim Austritt bekundete und die Beklagte eine dahingehende Anfrage des Klägers unbeantwortet liess, wurde nicht behauptet. Der Kläger liess im Gegenteil keinerlei Interesse an einem Übertritt in die Einzelversicherung erkennen. Insgesamt ist von einer genügenden Information des Klägers auszugehen, unabhängig davon, ob eine Krankentaggeldversicherung nach KVG oder VVG vorliegt. Dass der Kläger von den wesentlichen Versicherungsvertragsinhalten gemäss Ziff. 4.3 des Rahmenarbeitsvertrags Kenntnis genommen hat, bestätigte er mit seiner Unterschrift unter den Rahmenarbeitsvertrag.

3.9. Zu prüfen bleibt, in welchem Zeitpunkt die Informationspflicht zu erfüllen ist. Eine Auslegung von Art. 64.10 LMV ergibt, dass die Erfüllung der Informationspflicht nicht zwingend am Ende des Arbeitsverhältnisses beim Austritt aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung bzw. beim Personalverleih bei Beendigung eines Einsatzvertrages ohne anschliessenden Einsatz erfolgen muss. Dies gilt umso mehr angesichts des Umstands, dass andere GAV einen Zeitpunkt für die Erfüllung der Informationspflicht vorschreiben (z.B. Art. 38.5 des allgemeinverbindlich erklärten GAV der Schweizerischen Elektrobranche:

“Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber die Pflicht den Arbeitnehmer darüber zu informieren, dass er das Recht hat in die Einzelversicherung seiner kollektiven Krankentaggeldversicherung überzutreten”).

Eine vergleichbare hier anwendbare Norm betreffend den Zeitpunkt der Information fehlt vorliegend: Auch aus Art. 3 Abs. 3 VVG geht kein zwingender Informationszeitpunkt hervor, soweit eine Krankentaggeldversicherung nach VVG vorliegen sollte. Da keine allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) vorliegen, ist nicht abklärbar, ob der Versicherer die Informationspflicht an die Beklagte delegiert hat. Es wurde seitens des Klägers nicht behauptet, in den AVBs sei die Beklagte vom Versicherer [Firma Versicherung] zur Information im Zeitpunkt des Austritts aus dem Versichertenkreis bzw. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet worden. Doch selbst wenn die Delegation unterstellt würde, geht aus Art. 71 Abs. 2 KVG kein zwingender Informationszeitpunkt hervor. Entsprechend ist die Rechtzeitigkeit der Informationspflicht Erfüllung von der Frage, ob eine Krankentaggeldversicherung nach KVG oder VVG abgeschlossen wurde, unabhängig.

3.10. Wie vorstehend ausgeführt, wird nach der Praxis auch eine Information zu Beginn des Arbeitsverhältnisses als genügend angesehen. Die Information des Klägers im Rahmenarbeitsvertrag (vom Kläger unterzeichnet am 4. Dezember 2019) erfolgte auch rechtzeitig im Sinne der anwendbaren GAV-Bestimmungen. Eine erneute Information bei Beendigung eines Einsatzvertrags bzw. des Arbeitsverhältnisses, d.h. im Zeitpunkt des Erlöschens des Versicherungsschutzes mit dem Austritt aus dem versicherten Personenkreis, ist entbehrlich. Bei der vorliegenden Ausgestaltung der Vertragsbeziehung im Personalverleih (Rahmenvertrag, daneben ständig wechselnde Einsätze mit entsprechend häufigen Vertragsabschlüssen und -beendigungen), wäre eine erneute Information wohl auch kaum praktikabel.

3.11. Die Informationspflicht wurde von der Beklagten sowohl in inhaltlicher als auch zeitlicher Hinsicht erfüllt. Die Information erfolgte schriftlich, was den Formvorschriften für die Information über das Übertrittsrecht sowohl nach Art. 71 Abs. 2 KVG als auch nach Art. 3 Abs. 3 VVG (in Kraft seit 1. Januar 2022) entspricht. Es kann somit auch an dieser Stelle offenbleiben, ob eine Krankentaggeldversicherung nach KVG oder VVG vorliegt. Unerheblich ist angesichts der Schriftlichkeit der Information im Rahmenvertrag, ob die Be-

klagte beim behaupteten Kündigungsgespräch den Kläger nochmals mündlich auf sein Übertrittsrecht hinwies. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Aufgrund des Gesagten ist eine Pflichtverletzung der Beklagten zu verneinen.

3.12. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger auch für den Kausalzusammenhang beweiselastet wäre. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Prämien für die Einzeltaggeldversicherung hoch sind und ohne Parteivorbringen hierzu davon auszugehen wäre, dass der Kläger mit wirtschaftlich vernunftgemäsem Verhalten und ohne Krankheitsfall sich gegen den Übertritt entscheiden würde. Es ist nicht auszuschliessen, dass das Kläger unabhängig davon wie detailliert und wie häufig er informiert wurde, die Einzelversicherung gar nicht abgeschlossen hätte.

3.13. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Krankentaggeld für die Zeit vom 22. Januar 2022 bis und mit dem 7. Februar 2022 nicht besteht. Rechtsbegehren Ziffer 4 ist abzuweisen.»

(AH220074-L Verfügung und Urteil vom 22. Februar 2023; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

12. OR 329d; Ferieneinschluss im Tageslohn

Die Beklagte ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie erbringt Dienstleistungen im Bereich Arbeitsvermittlung und Personalverleih und verleiht insbesondere IT-Spezialisten an Kunden. Der Kläger ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland und wurde als IT- und Business-Spezialist mit mehreren Einsatzverträgen von der Beklagten an die A._ in Genf verliehen. Seine Tätigkeit bei der A._ begann der Kläger am 24. Juli 2013. Schliesslich dauerte sie ununterbrochen bis zum 29. Januar 2021 an.

Die Anstellungsbedingungen des Klägers wurden in einem Rahmenvertrag sowie in insgesamt neun Einsatzverträgen geregelt, die für jedes Projekt und die jeweiligen Einsätze vereinbart wurden. Laut den vertraglichen Grundlagen war der Ferienlohn jeweils im Tagesansatz eingeschlossen. Zu prüfen war unter anderem, ob dieser Einschluss mit dem zwingenden Art. 329d OR zu vereinbaren ist.

Aus den Erwägungen:

«V. Ferienlohn

[...]

C. Beurteilung

[...]

1.2. Materielle Voraussetzungen nicht erfüllt

1.2.1. Nichts Anderes gilt für die materiellen Voraussetzungen. Es kann keine Rede davon sein, dass der Kläger im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine kurze, unregelmässige Tätigkeit und / oder eine unregelmässige Teilzeittätigkeit mit der Beklagten vereinbart hätte oder er anschliessend in dieser Art unregelmässig tätig gewesen wäre. Vereinbart wurden jeweils meist einjährige Einsätze mit einem Pensum von acht Stunden an fünf Tagen die Woche. Die Tätigkeit des Klägers dauerte gestützt auf fortlaufend und ohne Unterbruch neu abgeschlossene Einsatzverträge schliesslich vom 24. Juli 2013 bis 29. Januar 2021, mithin rund achteinhalb Jahre. Weder bezogen auf die jeweiligen Jahreseinsätze noch auf die gesamte Dauer der Tätigkeit im selben Einsatzbetrieb liegen kurze oder unregelmässige Arbeitseinsätze vor, woran auch nichts ändern würde, wäre der Kläger während der gesamten Dauer seiner Tätigkeit allenfalls in anderen Abteilungen bei A._ oder unterschiedlichen Projekten eingesetzt worden. Das ist für die vorliegend zu klärende Frage nicht von Belang. Es ist überdies nicht ersichtlich und auch nicht dargetan, worin konkret die Schwierigkeiten bestanden hätten, den auf die Ferien entfallenden Lohn zu berechnen und diesen dem Kläger in der Zeit des effektiven Ferienzugs auszu zahlen oder den betreffenden Anteil auf einem separaten Konto zu deponieren und die Entschädigung jeweils hieraus während des Ferienbezugs zu leisten.

1.2.2. Es verfängt zudem nicht, wenn die Beklagte geltend macht, das Arbeitsverhältnis sei aufgrund der vielen Abwesenheiten des Klägers, Krankheiten, Ferien, geschlossenen Tagen oder sonstigen Abwesenheiten, sehr unregelmässig gewesen. Ob eine Beschäftigung als unregelmässig zu qualifizieren ist, beurteilt sich nach den Vereinbarungen der Parteien und dem hernach tatsächlich Gelebten. Abwesenheiten eines Arbeitnehmers, wie bei Krankheit, Ferien, Feiertagen und Ähnlichem, die in jedem Arbeitsverhältnis vorkommen, machen aus einem Arbeitsverhältnis, das klar eine 100%-Festanstellung an fünf Tagen die Woche beinhaltete, sicherlich keine unregelmässige (Teilzeit-) Anstellung.

1.3. Ergebnis

Unabhängig davon, dass der Kläger während der langjährigen Anstellungsdauer effektiv Ferien bezogen hat, erweist sich die Abgeltung im Sinne von "Ferienlohn inbegriffen" sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht als unzulässig. Die Beklagte ist daher grundsätzlich zu verpflichten, dem Kläger den Ferienlohn nachzuzahlen.»

(AN220004-L Urteil vom 28. November 2023; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen; vgl. auch Fall Nr. 18)

13. OR 336/GIG 3; Kündigung nach Schwangerschaftskomplikationen und späterer Mutterschaft

Die Klägerin trat am 1. April 2014 als Mitarbeiterin Verwaltung in den Dienst der Beklagten ein. Ihr Pensum betrug 100% bei einem jährlichen Bruttogehalt von Fr. 65'000.– inkl. 13. Monatslohn. Im Jahr 2017 wurde die Klägerin zur stellvertretenden Teamleiterin und Fachspezialistin befördert. Ab Januar 2020 wurde ihr Monatslohn von Fr. 7'400.– auf Fr. 7'800.– erhöht. Im Oktober 2019 informierte die Klägerin die Beklagte über ihre Schwangerschaft. Aufgrund von Schwangerschaftskomplikationen war die Klägerin ab dem 27. November 2019 zu 50% arbeitsunfähig. Die Parteien beabsichtigten, dass die Klägerin nach ihrem Mutterschaftsurlaub ab 1. Oktober 2020 im 80%-Pensum weiterarbeiten werde. Die Teamleiterin informierte das Team mit E-Mail vom 24. Dezember 2019 darüber. Im März 2020 erhöhte sich die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin schwangerschaftsbedingt von 50% auf 100%. Im Mai 2020 kam das Kind der Klägerin zur Welt, und es folgte der gesetzlich vorgeschriebene Mutterschaftsurlaub.

Anlässlich einer Besprechung vom 4. Juni 2020 mit dem CEO der Beklagten und der Teamleiterin wurde die Klägerin über die seitens der Beklagten bestehenden Kündigungsabsichten informiert. Am 8. Juni 2020 teilte die Assistentin der Geschäftsleitung der Klägerin via E-Mail mit, dass sie Mitte Oktober 2020, nach Ablauf des Mutterschutzes und des beantragten fünfwöchigen Ferienbezuges, zurück im Büro erwartet werde. Ebenfalls am 8. Juni 2020 wurde intern die neue Organisationsstruktur bekannt gegeben, wonach es neu drei Teams mit jeweiligen Teamleitungen geben werde. Die Mitarbeitenden wurden sodann darüber informiert, dass die Klägerin den Betrieb per Ende Jahr verlassen werde.

Gemäss Arztzeugnis vom 8. September 2020 war die Klägerin vom 8. September bis 8. Oktober 2020 zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 25. September 2020 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Die Kündigung war nichtig, da sie während der Sperrfrist erfolgte. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte bis zum 30. Juni 2021 weiter an. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 17. März 2021 per 30. Juni 2021 erneut die Kündigung, wobei sie "mangelnde Leistung" als Kündigungsgrund aufführte.

Aus den Erwägungen:

«IV. Diskriminierende Kündigung

[...]

3.2.4 Diskriminierung wegen Schwangerschaft/Mutterschaft

[...] Bereits die zeitliche Nähe der Kündigung zur Mutterschaft vermag den Anschein erwecken, die Beklagte habe sich ihrer aus diesem Grund entledigen wollen. Hinzu kommt, dass die Beklagte trotz behauptetem starkem Nachlassen der Leistungen noch im Dezember 2019 beabsichtigte, die Klägerin weiter zu beschäftigen. Entsprechend sandte sie der Klägerin einen Vertragsentwurf als Offerte zu. Diesbezüglich wurde nicht bestritten, dass die Unterzeichnung des Vertrags nur unterblieb, weil die Funktionsbezeichnung (stellvertretende Teamleiterin) fehlte und die Vereinbarung zur Anpassung der Funktion von der Klägerin an die Beklagte zurückgesendet wurde. Nur kurze Zeit später, nachdem sich die schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Klägerin per 10. März 2020 von 50% auf 100% erhöht hatte, änderte die Beklagte jedoch ihre Meinung und verzichtete nach der 100%igen Krankschreibung gemäss ihrer Behauptungen in der Geschäftsleitungssitzung vom 24. März 2020 darauf, der Klägerin ein bereinigtes Vertragsexemplar zuzuschicken. Dies erweckt den dringenden Eindruck einer diskriminierenden Kündigung aufgrund des Umstands, dass sich nunmehr über einen längeren Zeitraum hinweg (bis zur Geburt) ein gänzlicher schwangerschaftsbedingter Ausfall der Klägerin abzeichnete. Die Vermutung, der Umstand der 100%igen Krankschreibung – und nicht ein weiterer Leistungsabfall in der Zeitdauer ab Zustellung der Vertragsofferte – habe bei der Beklagten den entscheidenden Stimmungsumschwung bewirkt, liegt überwiegend nahe. Dass die Kündigung aufgrund der Schwangerschaftskomplikationen und späteren Mutterschaft der Klägerin ausgesprochen wurde, erweist sich bei dieser Sachlage als glaubhaft. Der Beklagten obliegt es daher, den Nachweis zu erbringen, dass andere – sachlich gerechtfertigte – Gründe für die Kündigung vorgelegen haben.»

Anmerkung: Der Nachweis einer Kündigung wegen “mangelnder Leistung” gelang in der Folge nicht, weshalb das Gericht von einer diskriminierenden Kündigung überwiegend aus Schwangerschafts- und Mutterschaftsgründen ohne sachlich gerechtfertigte Gründe ausging.

(AH220047-L Urteil vom 3. April 2023, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

14. OR 337; Vertrauensverlust in Senior Legal Counsel

Zu beurteilen war die fristlose Kündigung einer Bank gegenüber einer als Senior Legal Counsel tätigen Mitarbeiterin.

Die Mitarbeiterin (Klägerin im Verfahren vor Arbeitsgericht) hatte am 26. Oktober 2021 erfahren, dass sie in einem von einer ausländischen Strafbehörde geführten Strafverfahren betreffend Betrug und Geldwäscherei als Zeugin einvernommen werden sollte. Die Beklagte stellte der Klägerin einen externen Rechtsvertreter D._ zur Seite, der sodann in Erfahrung brachte, welche ehemalige Kundin der Beklagten das Opfer im Strafverfahren war. Noch am gleichen Tag (26. Oktober 2021) fanden zwischen der Klägerin, ihren Vorgesetzten und dem Anwalt D._ mehrere Gespräche in unterschiedlichen Konstellationen statt. Die Klägerin wurde an einem dieser Gespräche gefragt, ob sie einen der Beschuldigten im Strafverfahren kenne, was sie verneinte.

Die Beklagte kündigte der Klägerin in der Folge am 6. Dezember 2021 fristlos. Dies nachdem die Klägerin ihr am 4. Dezember 2021 mitgeteilt hatte, dass einer der Beschuldigten im Strafverfahren ein ehemaliger Lebenspartner von ihr sei.

Aus den Erwägungen:

«V. Würdigung

1. Wichtiger Grund (Art. 337 OR)

1.1. Zur Begründung der fristlosen Kündigung führt die Beklagte aus, die Klägerin habe wahrheitswidrig angegeben, keinen der Beschuldigten im Strafverfahren zu kennen, obwohl einer davon ihr ehemaliger Lebenspartner gewesen sei, und dies in der Folge erst fünf Wochen später auf äusseren Druck hin richtiggestellt.

1.2. Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin als Senior Legal Counsel eine Kaderposition innehatte, womit sie aufgrund ihrer Vertrauensposition sowie der ihr übertragenen Verantwortung eine erhöhte Treuepflicht trifft. Entsprechend ist bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ein strenger(er) Massstab anzulegen.

1.3. Die von der Beklagten vorgebrachten, grundsätzlich bestrittenen Verfehlungen der Klägerin in den Jahren 2017 und 2018 sind nicht weiter zu berücksichtigen. Sie weisen weder einen sachlichen noch einen zeitlichen Konnex zur fristlosen Kündigung vom 6. Dezember 2021 auf und sind daher für die vorliegend zu beantwortende Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes unerheblich.

1.4. Die Parteien sind sich über den Ablauf und den Inhalt der Gespräche vom 26. Oktober 2021 in einigen Punkten uneins. Unbestritten ist jedoch, dass die Klägerin mit einem der Beschuldigten im Strafverfahren, A._, eine Liebesbeziehung geführt hatte, die im Jahre 2012 beendet wurde. Unbestritten ist auch, dass die Klägerin am 26. Oktober 2021 in Gegenwart ihrer Vorgesetzten B. und C._ aussagte, dass sie keinen der Beschuldigten im Strafverfahren kenne. Ob die entsprechende Frage von B._ oder Rechtsanwalt D._ gestellt wurde, ist grundsätzlich unerheblich; entscheidend ist ihre Aussage gegenüber bzw. in Gegenwart ihrer Vorgesetzten als Vertreter der Beklagten. Gemäss eigenen Aussagen habe die Klägerin erst nach der Telefonkonferenz vom Nachmittag des 26. Oktobers 2021 realisiert, dass ihr ehemaliger Lebenspartner einer der Beschuldigten im Strafverfahren sei. Dies wird von der Beklagten als Schutzbehauptung bestritten. Sodann ist auch die Rolle der Klägerin bei der Übertragung der Vermögenswerte der Kundin P. an die [Firma] International Bank in [Stadt in Europa] umstritten. Die Beklagte bringt mehrfach vor, die Klägerin habe den Kontakt zwischen der Kundin P. und A._ hergestellt und sei zu jenem Zeitpunkt noch in Kontakt zu A._ gestanden, was bestritten ist. Gemäss ihren Ausführungen habe die Klägerin – nachdem sich die Kundin P. entschieden habe, ihr Vermögen von der Beklagten an die [Firma] International Bank in [Stadt in Europa] zu transferieren – A._ unter Angabe der Kontaktdaten als Kontaktperson genannt. Die Klägerin hat folglich bei der Begründung des Kontakts zwischen der Kundin P. und A._ mitgewirkt, indem sie seinen Namen und seine Kontaktdaten angegeben hat. Bei der Übertragung der Vermögenswerte hat sie insoweit mitgewirkt, als dass sie das Bankschliessfach der Kundin P. öffnete, leerte und deren Inhalt an die Kundin P. sandte. Da vorliegend ausschliesslich das Verhältnis zwischen den Parteien relevant

ist, können die weiteren umstrittenen Behauptungen im Zusammenhang mit den Vorgängen anlässlich der Vermögensübertragung und der diesbezüglichen Rolle der Klägerin offengelassen werden. Ein entsprechendes Beweisverfahren ist obsolet. Nicht erheblich erscheint auch die Wohnsitzname von A._ in der Nachbarschaft der Klägerin im Jahre 2019. Die Beklagte macht nicht geltend, dass dies für den Kündigungsentscheid relevant gewesen sei.

1.5. Somit steht das Folgende fest: Die Klägerin wusste spätestens am Nachmittag oder Abend des 26. Oktobers 2021, dass ein Strafverfahren betreffend Betrug und Geldwäscherei gegen ihren ehemaligen Lebenspartner A._ eröffnet wurde, dass das Opfer eine ehemalige Kundin der Beklagten war, die durch die Mitwirkung der Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Beklagte mit A._ in Kontakt kam, dass sie im Strafverfahren als Zeugin auszusagen hat, sowie, dass sie gegenüber der Beklagten wahrheitswidrig erklärte, keinen der Beschuldigten im Strafverfahren zu kennen. In Anbetracht dieser Umstände ist nicht von der Hand zu weisen, dass es sich um eine Angelegenheit handelt, die die Anstellung der Klägerin bei der Beklagten betrifft und dass die Klägerin eine Offenlegungspflicht trifft. Dies gilt umso mehr, nachdem ihr die Beklagte unter voller Kostenübernahme einen Rechtsanwalt zur Seite stellte. Die Klägerin führt sodann auch selber aus, sie habe das weitere Vorgehen mit Rechtsanwalt D._ besprechen wollen, bevor sie ihre Vorgesetzten über diesen Umstand informiere. Folglich ging die Klägerin gemäss ihrer eigenen Darstellung davon aus, dass sie die Beklagte darüber zu informieren hat. Auch dass sie sich zunächst mit einem Rechtsanwalt habe besprechen wollen, zeigt auf, dass sie die Problematik erkannte. Ansonsten ist nicht plausibel, aus welchem Grund sie sich zuerst mit einem Rechtsanwalt hätte besprechen wollen, bevor sie ihre Vorgesetzten darüber informiert, zumal sie als Senior Legal Counsel selber juristisch ausgebildet ist. Ihre ehemalige Liebesbeziehung zu A._ hatte die Klägerin im Rahmen ihrer (erhöhten) Treupflicht gegenüber der Beklagten offenzulegen.

1.6. Zwischen den Parteien ist sodann unbestritten, dass die Klägerin sich am 3. Dezember 2021 mit Rechtsanwalt D._ besprach und am 4. Dezember 2021 ihre ehemalige Liebesbeziehung zu A._ gegenüber der Beklagten bzw. B._ offenlegte. Gemäss den vorliegenden Akten erhielt die Klägerin am 30. November 2021 die Eintretens- und Zwischenverfügung der Staatsanwaltschaft vom 29. November 2021 und leitete diese am 4. Dezember 2021 B._ per E-Mail weiter. Am 7. Dezember 2021 – nach Aussprache der fristlosen Kündigung vom 6. Dezember 2021 – sagte die Klägerin schliesslich als Zeugin im Strafverfahren aus.

1.7. Zu Recht wirft die Beklagte der Klägerin vor, sie habe sich mehrere Wochen Zeit gelassen, um ihre wahrheitswidrige Aussage vom 26. Oktober 2021 zu korrigieren. Die Tatsache, dass einer der Beschuldigten ihr ehemaliger Lebenspartner war, lässt die Rolle der Klägerin, die damals als Angestellte der Beklagten bei der Kontaktaufnahme und Vermögensübertragung vom Opfer zum Beschuldigten mitwirkte, objektiv in einem kritischeren Licht erscheinen; unabhängig davon, ob sie erahnen konnte, dass A._ später einer der Beschuldigten im Strafverfahren betreffend Betrug und Geldwäscherei sein würde. Der Klägerin stand es zwar ohne Weiteres zu, zuerst mit einem (externen) Rechtsanwalt Rücksprache zu nehmen. Allerdings kann von einer Person in der Kaderposition als Senior Legal Counsel unter diesen Umständen erwartet werden, dass sie rasch reagiert und ihre falsche Aussage gegenüber der Beklagten zeitnah korrigiert. Die Klägerin habe jedoch gemäss ihren eigenen Ausführungen einen Besprechungstermin mit Rechtsanwalt D._ erst per Mitte November 2021 vereinbart, der sodann von ihm auf den 3. Dezember 2021 verschoben worden sei; dies sei nicht ihr Verschulden. Wie die Beklagte bemerkt, diene die Besprechung zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt D._ am 3. Dezember 2021 der Vorbereitung der Einvernahme vom 7. Dezember 2021. Die Klägerin nimmt jedoch für sich in Anspruch, sich in Bezug auf ihre wahrheitswidrige Aussage gegenüber der Beklagten zuerst mit einem Rechtsanwalt zu besprechen. Die Konsultation eines Rechtsanwaltes betrifft folglich ihr Arbeitsverhältnis zur Beklagten und nicht (direkt) ihre Zeugeneinvernahme vom 7. Dezember 2021. Es wäre an der Klägerin gelegen, auf eine sofortige Besprechung mit Rechtsanwalt D._ hinzuwirken bzw. zu beharren oder sich umgehend an einen anderen Rechtsanwalt zu wenden. Dass sie eine derart lange Zeit verstreichen liess, bis sie die Beklagte über die Umstände informierte, ist ihr durchaus vorzuwerfen. Somit hat die Klägerin entgegen ihrer Argumentation durchaus wichtige Informationen zurückbehalten, zu deren Offenlegung sie innert angemessener Zeit verpflichtet war.

1.8. Auch der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe ihre ehemalige Liebesbeziehung zu A._ erst aufgrund äusserer Umstände gegenüber der Beklagten offengelegt, ist grundsätzlich nachvollziehbar. So blieb die Klägerin mehrere Wochen lang untätig, bis sie unbestrittenermassen nach der Besprechung mit Rechtsanwalt D._ vom Freitag, 3. Dezember 2021, am darauffolgenden Tag, dem Samstag, 4. Dezember 2021, B._ unter Hinweis auf eine hohe Dringlichkeit um eine Besprechung bat. Dass die Beklagte nach Kenntnisnahme der Gesamtsituation das Vertrauen in die Klägerin verlor, erscheint naheliegend.

1.9. In Anbetracht der gesamten Umstände war das Verhalten der Klägerin in ihrer Kaderposition als Senior Legal Counsel durchaus geeignet, das Vertrauensverhältnis schwer und endgültig zu erschüttern. Aufgrund der langen ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten erscheint die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar. Ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR ist vorliegend gegeben.

Die Beklagte erlangte am 4. Dezember 2021 Kenntnis von den Verfehlungen der Klägerin und sprach die fristlose Kündigung zwei Tage später am 6. Dezember 2021 rechtzeitig und gerechtfertigt aus.

2. Fazit

2.1. Die fristlose Kündigung war gerechtfertigt. Die Beklagte schuldet der Klägerin demnach weder Schadenersatz für entgangenen Lohn (inkl. Ferienentschädigung, Repräsentationsspesen und Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge) noch eine Pönalentschädigung.

2.2. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.»

(AN220043-L Beschluss und Urteil vom 1. November 2023, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

15. OR 337c/327a; Absehen von einer Pönale

Dieses Verfahren behandelt die Fortsetzung des bereits in AGer-Z 2020 Nr. 13 auszugsweise publizierten Rechtsstreits. Das Gericht ging von einer verspäteten und deshalb ungerechtfertigten fristlosen Entlassung aus. In Rechtsbegehren Ziffer 5 verlangte der Arbeitnehmer nun eine Pönalentschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das Gericht sah trotz widerrechtlich ausgesprochener fristloser Kündigung und deshalb grundsätzlich strafwürdigem Verhalten mit nachfolgender Begründung von der Zusprache einer Pönale ab.

Aus den Erwägungen:

«C. Pönalentschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR

[...]

3. Würdigung

[...]

3.2. Zu berücksichtigen gilt es nun aber, dass zulasten des Klägers ein Mitverschuldensabzug vorzunehmen ist, da er wie nachfolgend zu zeigen ist – selbst wenn man seinem Standpunkt folgen wollte und von einer Gültigkeit des eingereichten, sechsseitigen MSA [Anmerkung: Mutual Settlement Agreement] ausginge – unberechtigtweise Spesenforderungen geltend gemacht hat und somit mindestens teilweise für die Gründe (mit-)verantwortlich ist, aufgrund welchen sich die Beklagte schliesslich zur Aussprache der fristlosen Kündigung veranlasst sah. Die Einforderung überhöhter Spesen nannte die Beklagte bereits in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2016, mit welchem sie im Wesentlichen die fristlose Kündigung begründete, als Grund für die fristlose Kündigung. Dieselben Vorwürfe äusserte sie auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens als Grund für die Kündigung.

3.3. Spesen sind ihrer Natur nach im Grundsatz bloss geschuldet, soweit dem Arbeitnehmer tatsächlich entsprechende Ausgaben angefallen sind (vgl. so sinngemäss auch die Beklagte). Davon geht auch der Wortlaut des Art. 327a Abs. 1 OR aus, der den Ersatz aller dem Arbeitnehmer durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen regelt; ersetzt werden kann nur, was zuvor ausgegeben wurde. Das Gegenteil (Zahlungen unabhängig von effektiv angefallenen Auslagen) wäre zwar wohl grundsätzlich zulässig, widerspräche aber – mit Ausnahme der vorliegend nicht einschlägigen Pauschalspesen – der Lebenserfahrung und bedürfte jedenfalls einer unzweifelhaften, eindeutigen Vereinbarung. Eine solche wurde weder behauptet noch findet sie sich in den Akten. Geschuldet sein kann aus dem MSA – ginge man von einer Gültigkeit desselben in der eingereichten Fassung aus – somit bloss Ersatz für dem Kläger effektiv angefallene Auslagen. Nicht überzeugend erscheint dabei das (seitens der Beklagten bestrittene) Argument des Klägers, wonach es sich bei den Spesenzahlungen um eine versteckte Lohnkomponente handle. Immerhin musste dem Kläger angesichts der erwähnten Charakteristika von Spesen sowie des Umstandes, dass sie eindeutig als solche bezeichnet wurden (“expenses” bzw. gemäss der klägerischen Übersetzung “Ausgaben”), klar sein, dass ihm die Beklagte nicht einfach voraussetzungslos die im eingereichten MSA aufgeführten Maximalsummen zahlen, sondern bloss und soweit Zahlungen tätigen will, als ihm effektiv entsprechende Auslagen angefallen sind. Auch der Kläger selbst

spricht bisweilen von Auslagenersatz. Es bedarf keiner Weiterungen, dass (wie erwähnt) nur das ersetzt werden kann, was zuvor bereits ausgegeben und somit überhaupt erst ersatzfähig wurde. Entgegen der Ansicht des Klägers geht aus dem Wortlaut des eingereichten MSA nicht hervor, dass es möglich gewesen wäre, Zahlungen für Flüge gestützt auf Offerten zu erhalten, die Flüge dann aber nicht anzutreten. Dasselbe gilt betreffend die übrigen Spesenkategorien, die im MSA Erwähnung finden (insb. Hotelspesen sowie Auslagen für Karriereunterstützungsleistungen).

3.4. Unbestritten ist zunächst, dass der Kläger von der A. Ersatz für angebliche Kosten in der Höhe von USD 4'997.– für eine Unterstützung seiner Partnerin bei der Stellensuche eingefordert und erhalten hat, obwohl seine Partnerin die entsprechenden Leistungen gar nicht in Anspruch genommen hat.

3.5. Die Beklagte hat ferner vorgebracht, der Kläger habe fiktive Kosten für Flüge geltend gemacht, die er nicht angetreten habe. In der Klage hatte der Kläger zwar noch behauptet, der letzte Flug habe Ende April 2016 stattgefunden, was man als Behauptung auffassen kann, dass er (mindestens teilweise) doch geflogen sei. In der Klageantwort brachte die Beklagte eine klar davon abweichende resp. gegenteilige Sachdarstellung vor (fiktive Kosten für nicht angetretene Flüge), weshalb es trotz der erwähnten Ausführung des Klägers in der Klage an diesem gewesen wäre, die beklagtische Sachdarstellung in der Replik substantiiert zu bestreiten bzw. seine Behauptungen in der Klage näher zu substantiieren und mit Beweisofferten zu unterlegen, was er nicht getan hat. Er hat vielmehr geltend gemacht, dass korrekt sei, dass er in Übereinstimmung mit dem MSA Quotations eingereicht habe. Daneben hat er ausgeführt, dass es hauptsächlich aus privaten und gesundheitlichen Gründen “auch unvorhersehbare Planänderungen” gegeben habe. Näher substantiiert hat er auch dies nicht, weshalb auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Kläger je tatsächlich beabsichtigte, die Flugreisen anzutreten. Ferner hat der Kläger in diesem Zusammenhang angeführt, dass es sich bei den Spesenzahlungen gemäss MSA im Falle des Nichtantritts von Flügen um eine versteckte Lohnkomponente gehandelt habe, weshalb die Bemerkung der Beklagten, es sei nicht bewiesen, dass die Flüge tatsächlich angetreten wurden, irrelevant sei. Dass tatsächlich eine versteckte Lohnkomponente vereinbart worden sein soll, vermag – wie bereits erwähnt – nicht zu überzeugen, da keine entsprechende Vereinbarung ersichtlich ist und Spesenzahlungen als Auslagenersatz ohne ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung nur geschuldet sind, soweit auch tatsächlich Auslagen

angefallen sind. Nach dem Erwogenen ist davon auszugehen, dass dem Kläger zumindest ein Teil der Kosten, für die er bei der Beklagten resp. der A. gestützt auf das MSA Ersatz verlangt hat, nicht tatsächlich angefallen ist. Im Grundsatz unbestritten ist, dass dem Kläger die entsprechenden (vorprozessual) geltend gemachten Spesen auch tatsächlich ausbezahlt wurden. Neben den erwähnten USD 4'997.– für die Unterstützung der Partnerin des Klägers bei der Stellensuche geht es entsprechend den sinngemässen Vorbringen der Beklagten um Flugspesen in der Höhe von IDR 531'012'992.– bzw. (rund) Fr. 39'480.–. Der Kläger hat letztere Summe nicht im Einzelnen bestritten. Überdies ergibt sich die genannte Summe von IDR 531'012'992.– aus einer (teilweisen) Berücksichtigung der in act. 5/28-30 resp. act. 18/5-7 erwähnten Beträge für Flugreisen (IDR 238'527'792.– + IDR 72'242'400 + IDR 220'242'800.–). Nicht berücksichtigt hat die Beklagte offenbar die in act. 5/29 bzw. act. 18/6 ebenfalls erwähnte Summe von IDR 206'600'192.–.

3.6. Anzufügen bleibt betreffend die Flugspesen, dass es im Sinne einer prozessualen Mitwirkungsobliegenheit Sache des Klägers gewesen wäre, den Antritt der Flüge schlüssig zu behaupten und beispielsweise mittels Einreichung von Bordkarten oder dergleichen zu belegen. Aus Sicht der Beklagten handelt es sich bei ihrer Behauptung, der Kläger habe die Flüge überhaupt nicht, d.h. auch nicht an einem anderen Datum, angetreten, nämlich um ein unbestimmtes Negativum, da sie den entsprechenden Beweis faktisch nicht erbringen kann (zu unbestimmten Negativa vgl. Beschluss und Urteil des OGer ZH NE170002 vom 11. Januar 2018 E. II.1.5.2. f. [S. 14 f.] m.H. auf das Urteil des BGer 4A_225/2008 vom 12. August 2008 E. 4.2 sowie BGE 139 III 13 E. 3.2 f. = Pra 2013 Nr. 105).

3.7. Nicht relevant erscheinen in diesem Zusammenhang die (sinngemässen) Vorbringen des Klägers, wonach nicht die Beklagte, sondern deren Schwestergesellschaft A. die Zahlungen entrichtet habe, weshalb die Beklagte gar nicht betroffen sei. Unbestritten ist, dass es sich sowohl bei der Beklagten als auch bei der A. um eine Konzerngesellschaft des B.-Konzerns handelt. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht verlangt grundsätzlich jedenfalls dann auch die Wahrnehmung von Konzerninteressen, wenn sich dies positiv auf das Wohlergehen der eigentlichen Arbeitgeberin auswirkt, die Interessen der betroffenen Konzerngesellschaften mithin gleichartig bzw. -laufend sind (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 321a OR N 2; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a OR Rz. 15; WÜEST, Haftung von

Arbeitnehmenden im Konzern, [= RiU 25], Zürich 2019, S. 37 f.). Es bedarf keiner Weiterungen, dass unberechtigte Spesenforderungen gegenüber einer nicht mit der Arbeitgeberin identischen Konzerngesellschaft dazu geeignet sind, das Konzernvermögen zu schmälern und damit mittelbar auch die Arbeitgeberin zu schädigen. Zu betonen ist sodann, dass an das Verhalten von Kaderangehörigen – wie den Kläger – aufgrund ihrer erhöhten Treuepflicht und Verantwortung strengere Anforderungen zu stellen sind (BGE 130 III 28 E. 4.1, m.w.H.).

3.8. [... Ausführungen zum Code of Conduct]

3.9. Die Beklagte bzw. die A._ durfte sodann anhand der Unterlagen, welche ihr der Kläger bei der (vorprozessualen) Geltendmachung der Spesenforderungen vorgelegt hatte, davon ausgehen, dass diesem die entsprechenden Ausgaben auch tatsächlich angefallen sind: Der Kläger hatte als höherer Kaderangestellter zweifelsohne eine Vertrauensposition inne und für die Beklagte gab es bis dahin noch keinen Anlass zu Misstrauen ihm gegenüber. Daran ändert auch nichts, dass es sich bei Spesenbelegen des Klägers bisweilen um blosse “Offerten” oder Auszüge aus Buchungsportalen handelt. Um diese Umstände musste der Kläger denn auch ohne Weiteres wissen. Es kann folglich kein (relevantes) Mitverschulden der Beklagten an den unberechtigten Spesenbezügen des Klägers ausgemacht werden. Aus diesem Grund sind auch die Vorbringen des Klägers, wonach keine Zahlungen ausgerichtet worden wären, hätte er keinen Anspruch darauf gehabt, nicht überzeugend.

3.10. Aufgrund des somit – selbst im Falle der Annahme einer Gültigkeit des eingereichten, sechsseitigen MSA – bestehenden erheblichen Mitverschuldens des Klägers infolge der unberechtigten Spesenforderungen ist die wegen der wie erwähnt geringen Strafwürdigkeit des Verhaltens der Beklagten ohnehin bereits tief anzusetzende Pönalentschädigung auf null zu reduzieren resp. ist keine solche zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Umstände entfällt nämlich eine Strafwürdigkeit des Verhaltens der Beklagten mit Blick auf Art. 337c Abs. 3 OR. Dasselbe gälte, wenn das MSA tatsächlich durch den Kläger gefälscht bzw. verändert wurde, da in diesem Fall eine erhebliche Pflichtverletzung des Klägers zu bejahen wäre. Unabhängig davon, ob man von einer Gültigkeit des sechsseitigen MSA ausgeht oder eine Fälschung bzw. Veränderung desselben durch den Kläger annimmt, besteht kein Anspruch des Klägers auf eine Pönalentschädigung. Dementsprechend bedarf keiner Beurteilung, ob das MSA tatsächlich, wie die Beklagte vorbringt und der Kläger be-

streitet, von Letzterem gefälscht bzw. verändert wurde. Die Klage ist betreffend Rechtsbegehren 5 somit abzuweisen.»

(AN220011-L Urteil vom 3. Mai 2023, gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

16. OR 340; Umfang des Einblicks in den Kundenkreis

Die Klägerin bietet hauptsächlich die Vermittlung und seit Mai 2021 auch den Verleih von festangestelltem Fach- und Führungspersonal in den Branchen IT, SAP und Engineering an. Im April 2021 stellte die Klägerin den Beklagten als Consultant im Geschäftsbereich IT Recruiting an. Es wurde ein Konkurrenzverbot und eine Konventionalstrafe von Fr. 20'000.– vereinbart. Mit Kündigungsschreiben vom 28. Februar 2022 löste der Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich auf.

Seit 1. Mai 2022 arbeitet der Beklagte bei der ebenfalls im Bereich des Personalverleihs und der Personalvermittlung tätigen A._ als “SAP Senior Recruitment Consultant”. Er ist dort für die Temporäranstellungen im SAP-Bereich zuständig.

Die Klägerin forderte vor Arbeitsgericht Zürich Fr. 20'000.– wegen Verletzung des Konkurrenzverbots. Das Gericht wies diese Forderung ab. Einerseits, da keine konkrete Verletzung des sachlich eng beschränkten Konkurrenzverbots dargelegt wurde. Andererseits verneinte das Gericht mit nachfolgend wiedergegebener Begründung einen Einblick in den massgebenden Kundenkreis.

Aus den Erwägungen:

«C. Beurteilung

[...]

2. Konkurrenz- Abwerbeverbot

[...]

2.2. Beurteilung

[...]

An diesem Ergebnis würde sich auch dann nichts ändern, wenn das Konkurrenzverbot weiter ausgelegt würde. Es ist unbestritten, dass der Beklagte bei der Klägerin nur für die Vermittlung von Anstellungen im Bereich IT zuständig

war. Seine primäre Verantwortung bestand darin, IT-Fachexperten zu akquirieren und die Betreuung der Kunden zu gewährleisten. Im Gegensatz dazu liegt die Zuständigkeit des Beklagten bei seiner aktuellen Arbeitgeberin nur im Bereich der Vermittlung von Temporärstellen im SAP-Bereich. Die Argumentation der Klägerin, wonach der Beklagte Zugriff auf die Systemeinträge des anderen Teams und daher Einblicke in den Kundenkreis gewonnen haben soll, ist nicht überzeugend. Der blosse Einblick in einen Kundenkreis im Sinne von Kundenlisten- und Daten ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allein nicht schützenswert. Es wird vielmehr vorausgesetzt, dass ein persönlicher Kontakt des Arbeitnehmers zum jeweiligen Kunden besteht, welcher dem Arbeitnehmer detaillierten Einblick und vertiefte Kenntnisse der persönlichen Eigenschaften und Bedürfnisse des Kunden ermöglicht (BGE 4C.360/2004 E. 3.2.).

Die Klägerin versucht, derartige Kenntnisse des Beklagten anhand von Fallbeispielen zu begründen. Diese zeigen indes nur, dass sie IT- und SAP-Spezialisten teilweise beim selben Kunden vermittelte und allenfalls so Kontakte des Beklagten zu denselben, beim Kunden zuständigen (HR-)Personen bestand, hinsichtlich des Beklagten allerdings nur im Kontext der Vermittlung von IT-Spezialisten. Aus der Vermittlung von IT-Experten konnte der Beklagte jedoch nicht zwangsläufig Rückschlüsse auf die Bedürfnisse des Kunden hinsichtlich der Vermittlung von SAP-Experten ziehen, in welchem Bereich er nunmehr ausschliesslich tätig ist. Oder um es einfach auszudrücken: Vermittelt eine Unternehmung Fachpersonal im Bereich Hoch- und Tiefbau und ist der besagte Angestellte für das Personal im Bereich Hochbau zuständig, so wird er wohl zwangsläufig mit der für die Rekrutierung von Personal beider Sparten zuständigen Person der Bauunternehmung Kontakt haben. Daraus alleine herzuleiten, er kenne auch deren konkrete Bedürfnisse nach Spezialisten im Tiefbau, geht nicht an. Auf die fachtechnische Unterscheidung zwischen IT- und SAP muss nach dem Gesagten nicht weiter eingegangen werden. Es ist jedenfalls unbestrittenermassen so, dass die Klägerin selbst zwischen den beiden Bereichen IT- und SAP differenziert, für welche unterschiedliche Teams zuständig gewesen seien, und der Beklagte während seiner Tätigkeit für die Klägerin nicht im SAP-Bereich arbeitete.»

(AF220009-L Urteil vom 1. September 2023; Berufung am Obergericht anhängig.)

17. OR 340; Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften

Die Klägerin erbringt Versicherungs-, Vorsorge- sowie Risikoberatungsdienstleistungen und vermittelt und bewirtschaftet Versicherungen. Der Beklagte war zuletzt stellvertretender Niederlassungsleiter des Standorts Zürich und Bereichsleiter Nichtleben. Die Parteien hatten ein nachvertragliches Abwerbeverbot mit einer Konventionalstrafe vereinbart.

Unbestritten war im Streit vor Arbeitsgericht betreffend Verletzung des Abwerbeverbots, dass die A._ AG, eine vom Beklagten in den letzten zwölf Monaten vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses betreute Kundin der Klägerin, seit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Beklagten weiterbetreut wird. Der Beklagte wandte allerdings ein, die Leistungen, die er für die A._ AG in der Vergangenheit erbracht habe, seien ganz überwiegend von seinen persönlichen Eigenschaften, der über neun Jahre gewachsenen Beziehung zur A._ AG und seinem mandatsbezogenen Wissen geprägt gewesen. Das Gericht verneinte die Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften mit eingehender Begründung, die nachfolgend auszugsweise wiedergegeben wird.

Aus den Erwägungen:

«VI. Würdigung

[...]

5. Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften

5.1. Wie erwähnt, bestreitet der Beklagte die Gültigkeit des Verbots in erster Linie mit dem Argument, die A._ AG sei ihm gefolgt, weil er in seiner Person über das Know How, das Netzwerk, die menschlichen Fähigkeiten sowie das über die Jahre hinweg erworbene Wissen über die A._ AG verfügt habe, um diese in bester Qualität weiterbetreuen zu können. Er steht damit auf dem Standpunkt, seine persönlichen Eigenschaften und nicht der Einblick in die Kundenbeziehung der Klägerin zur A._ AG sei ausschlaggebend dafür gewesen, dass die A._ AG von ihm habe weiterbetreut werden wollen. Die Klägerin bestreitet dies. Das für die Weiterbetreuung ausschlaggebende, bestimmte Wissen über die A._ AG habe sich der Beklagte nur aufgrund seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin aneignen können. Der Mehrwert des Beklagten liege folglich nicht in seinen besonderen Fähigkeiten – von denen er auch nie dargelegt habe, worin sie genau bestünden –, sondern ergebe sich aus Praktikabilitätsüberlegungen. Der Beklagte verfüge auch nicht über ein Netzwerk im fraglichen Bereich.

5.2. Bei einer Gesamtbetrachtung der Vorbringen des Beklagten wird ersichtlich, dass auch er in erster Linie den durch die langjährige Betreuung der A._ AG während seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin gewonnenen spezifischen Kenntnissen sowie den im selben Rahmen erlangten Kenntnissen über die Branche der A._ AG massgebliche Bedeutung im Hinblick auf seinen Wert für die A._ AG zumisst. Persönliche Eigenschaften im vorliegend fraglichen Sinne werden herkömmlicherweise z.B. in einem besonderen Verkaufstalent, einer besonderen Vertrauenswürdigkeit oder einer persönlichen Komponente (vgl. BGE 138 III 67 E. 2.2 m.w.H.) erblickt, nicht in über längere Zeit gewonnenem Spezialwissen über einen spezifischen Kunden. Worin seine eigentlichen, mit seiner Person verknüpften Fähigkeiten im genannten Sinne genau bestehen sollen, hat der Beklagte nicht im Einzelnen ausgeführt. Die Behauptung, er habe die notwendigen "menschlichen Fähigkeiten", erfüllt die Substantiierungsanforderungen jedenfalls nicht. Soweit er vorbringt, er habe eine sehr präzise, genaue und dienstleistungsorientierte Arbeitsweise und sei persönlich umgänglich, ist festzuhalten, dass er nicht substantiiert behauptet hat, dass diese Eigenschaften für die A._ AG im Verhältnis zu seinem spezifischen Fachwissen überwogen haben sollen. Vielmehr hat er die entsprechenden Eigenschaften jeweils neben resp. in Kombination mit dem spezifischen Fachwissen erwähnt. Ist damit im Wesentlichen unstrittig, dass in erster Linie die spezifischen Kenntnisse des Beklagten über die A._ AG sowie deren Branche ausschlaggebend für die Weiterbetreuungsmöglichkeit waren, sind die Beweisofferten der Parteien nicht weiter rechtserheblich, soweit sie die Sichtweise der A._ AG betreffen. Dasselbe gilt betreffend die Ausführungen der Parteien zum allgemeinen Fachwissen des Beklagten.

5.3. Ebenso kann dem Beklagten nicht gefolgt werden, wenn er bisweilen davon ausgeht, eine Personenfokussiertheit der Kundenbeziehung reiche für die Annahme einer das Abwerbeverbot unzulässig machenden Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften aus. Gerade bei (wie vorliegend) länger andauernden Kundenbeziehungen dürfte es sich in der Praxis kaum vermeiden lassen, dass ein stärkerer persönlicher Bezug des Kunden zu einem bestimmten Arbeitnehmer entsteht. Wie die Klägerin (sinngemäss) zutreffend vorbringt schiene es allerdings verfehlt, daraus – ohne zusätzliche Prüfung allfälliger mit der Person des Arbeitnehmers verbundener Fähigkeiten resp. einer persönlichen Komponente im obgenannten Sinne – auf eine Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften zu schliessen (vgl. so auch RÄBER, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, Diss. Luzern, Zürich Basel Genf 2020, Rz. 485 m.w.H. sowie CHRISTEN, AJP 2014 S. 1501 ff., S. 1504). Nicht relevant ist

demnach auch, in welchem genauen Umfang der Beklagte über die Jahre hinweg tatsächlich für das Mandat A._ AG arbeitete sowie, ob und in welchem Ausmass er dabei auf Unterstützung durch weitere Mitarbeitende der Klägerin angewiesen war.

[...]

5.5. Sodann handelt es sich bei den Kenntnissen des Beklagten, die im Sinne der vorstehenden Erwägungen für die Möglichkeit zur Weiterbetreuung als relevant zu betrachten sind, um spezifische Kundenkenntnisse, welche sich der Beklagte nicht aufgrund seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten sondern (bloss) aufgrund seiner Anstellung bei der Klägerin erarbeiten konnte. Selbst wenn sehr gute, allgemeine branchenspezifische Fachkenntnisse, hinreichende Berufserfahrung und wohl auch ein gewisses Mass an vorhandenen Soft Skills vorausgesetzt waren, um von der Klägerin – welche die A._ AG unbestrittenermassen schon vor dem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten als Kundin akquiriert hatte – mit dem Mandat A._ AG in leitender Position betraut zu werden, erscheint es nämlich so, als ob der Beklagte jedenfalls im Zeitpunkt der Mandatsübergabe grundsätzlich austauschbar war. Hätte damals jemand anderes von der Klägerin das Mandat A._ AG übernommen und sich im Laufe der Zeit – wenn auch durch eine gute Mandatsbetreuung – spezifische Kenntnisse über die A._ AG zugelegt, wäre diese Person für die A._ AG wertvoll geworden. Zu dem, was den Beklagten (auch nach seiner eigenen Sachdarstellung) für die A._ AG hauptsächlich interessant macht, hat er somit im Wesentlichen durch sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin Zugang erhalten.

[...]»

(AG230001-L Urteil vom 5. Dezember 2023; Berufung am Obergericht anhängig)

18. AVG 19; Abzug einer Bearbeitungsgebühr vom Bruttolohn

Der Kläger ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland und wurde von der Beklagten als IT- und Business-Spezialist an die A._ in Genf verliehen. Seine Tätigkeit bei der A._ begann der Kläger am 24. Juli 2013. Schliesslich dauerte sie ununterbrochen bis zum 29. Januar 2021 an. Die Beklagte zog dem Kläger während seiner gesamten Tätigkeit mit wenigen Ausnahmen monatlich eine Management Fee von 5% vom Bruttolohn ab. Schriftliche oder ausdrückliche mündliche Abreden, welche diesen Abzug gerechtfertigt hätten, bestanden keine.

Aus den Erwägungen:

«E. Nichtiger Abzug / Nichtige Vereinbarung

1. Ausgangslage

Fehlt es nach dem Gesagten gänzlich an einer beachtenswerten Vereinbarung zwischen den Parteien, so müsste an sich nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob diese im Sinne von Art. 19 Abs. 5 lit. a AVG nichtig wäre. Gleichwohl rechtfertigt es sich, darauf im Sinne einer Eventualbegründung einzugehen.

2. Nichtige Vereinbarung i.S.v. Art. 19 Abs. 5 lit. a AVG

2.1. Nichtig sind gemäss Gesetzeswortlaut Vereinbarungen, die vom Arbeitnehmer Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte verlangen (Art. 19 Abs. 5 lit. a AVG). Bereits aus dieser Formulierung aber auch aus der Botschaft zum AVG ergibt sich, dass die beiden Tatbestände, welche die Nichtigkeit zu begründen vermögen, nicht kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 bis 362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, N 21, S. 120 zu Art. 319 OR).

2.2. Die Beklagte zitiert zwar die Botschaft zum revidierten Arbeitsvermittlungsgesetz korrekt, wonach der damalige Absatz 3 (aus dem Jahr 1985) verhindern sollte, dass der Arbeitnehmer mit sogenannten “Depotgebühren”, “Kautionen” und anderen finanziellen Leistungen an den Verleihbetrieb gebunden wird (Botschaft zum rev. AVG, 614). In die Endfassung (des Gesetzes) wurden auch die Lohnrückbehalte miteinbezogen (ANDREAS RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, Diss, Zürich 1994, S. 146).

2.3. Hinsichtlich des Schutzzwecks, welches das AVG und insbesondere dessen Art. 19 verfolgt, ist jedoch auf Seite 590 der Botschaft zu verweisen. Es wird dort klargestellt, dass neben dem Erfordernis der Schriftlichkeit des Vertrages der Arbeitnehmer zusätzlich vor jedlichen ihn belastenden Gebühren oder anderen finanziellen Vorleistungen geschützt werden soll. Damit deckt sich denn auch der Wortlaut von Art. 19 Abs. 5 lit. a AVG. Es ist dort einleitend alleine von “Gebühren” und nicht etwa von Depotgebühren die Rede. Wie gezeigt, kommt Art. 19 Abs. 1 lit. a AVG überdies unabhängig von lit. b zu Tragen. Sodann hält auch RITTER, wenn auch im Kontext von Art. 19 Abs. 5 lit. b und Art. 22 Abs. 3 AVG, der sich ebenfalls mit dem Verbot des Übertritts des Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb befasst, fest, dass der Verleiher in Fällen von Art. 22 Abs. 3 AVG nur vom Einsatzbetrieb eine Entschädigung bzw.

eine Gebühr verlangen darf. Keinesfalls darf eine Entschädigung vom Leiharbeiter verlangt werden (RITTER, a.a.O., S. 146).

2.4. Sodann ist abschliessend nochmals zu betonen, dass die Beklagte nicht einmal den Versuch unternimmt, zu erklären, welchem Zweck der Abzug der Fee gedient hat und welcher konkrete Aufwand damit allenfalls hätte abgedeckt werden sollen. Der administrative Aufwand für Lohnabrechnungen etc. war es offensichtlich nicht und derartiger Aufwand gehört zu den Aufgaben des Verleihbetriebes, die er auch entsprechend durch den Einsatzbetrieb entschädigt erhält. Bleibt damit letztlich aber vollends offen, was der Abzug sollte, hätte er zweifelsohne schriftlich vereinbart werden müssen bzw. erweist er sich als im Sinne von Art. 19 AVG als unzulässig und nichtig.

2.5. Anders zu entscheiden würde bedeuten, den Sinngehalt von Art. 19 AVG im konkreten Fall vollends auszuhöhlen. Art. 19 AVG dient dem Schutz des verliehenen Arbeitnehmers. Ein nirgends je ausdrücklich vereinbarter Lohnabzug von doch beachtlichen 5% des Bruttolohnes, dessen Rechtfertigung die Beklagte weder erklären kann noch will, kann unter keinen Titeln rechtens sein.

3. Ergebnis

Selbst wenn die Parteien einen Abzug einer Management Fee inhalts- und formgültig vereinbart hätten (was wie gezeigt unter keinem Titel der Fall ist) würde sich die Vereinbarung gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. a AVG als nichtig erweisen.»

(AN220004-L Urteil vom 28. November 2023; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen; vgl. auch Fall Nr. 12)

19. ZPO 59/223; Unbestimmtes Begehren um Übertragung von Aktien

Die Beklagte ist im Bereich Vermögensverwaltung tätig. Der Kläger war bei der Beklagten als “Head of Northern Europe Coverage” angestellt. Im Verfahren vor Arbeitsgericht liess die Beklagte sowohl die Frist für ihre Klageantwort als auch die Nachfrist gemäss Art. 223 ZPO unbenutzt verstreichen. Diesfalls trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Pro-

zessgegenstand war unter anderem ein Anspruch auf Übertragung von Aktien (Rechtsbegehren Ziffer 1).

Aus den Erwägungen:

«III. Prozessuales

[...]

4. Prozessvoraussetzungen / Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

4.1. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario). Zu den Prozessvoraussetzungen zählt auch die Bestimmtheit von Rechtsbegehren (BGE 137 III 617 E. 4.3). Ein Rechtsbegehren muss – gemäss Lehre und Rechtsprechung – so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3; BGE 142 III 102 E. 5.3.1). Die Formulierung eines korrekten Rechtsbegehrens ist Prozessvoraussetzung. Fehlt ein solches bzw. ist dieses unbestimmt, widersprüchlich oder unklar, ist auf die Klage nicht einzutreten. Den Rechtsbegehren muss, mit anderen Worten, das beantragte Urteilsdispositiv entnommen werden können (KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, N 3 zu Vor Art. 84-90 ZPO). Dies ergibt sich bereits aus dem Dispositionsgrundsatz (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO). Schliesslich muss das Urteilsdispositiv auch der Vollstreckung zugänglich sein, d.h. ohne Ergänzung und Verdeutlichung einer Vollstreckung zugeführt werden können (BSK ZPO-WILLISEGGER, N 18 zu Art. 221 ZPO).

4.2. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 ist aus den nachfolgenden Erwägungen nicht einzutreten: Der Kläger fordert von der Beklagten teilklageweise die Übertragung von 100 Aktien zu Eigentum. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass er gemäss dem Zusatz zum Arbeitsvertrag einen Gesamtanspruch auf Übertragung von 250'000 Aktien zu Eigentum habe (Rechtsbegehren Ziffer 1).

Im zweiseitigen Zusatz zum Arbeitsvertrag ("Addendum to the employment agreement") vom 2. September 2021 halten die Parteien unter dem Titel Aktionärsplan ("Shareholder Plan") Folgendes fest:

"The Employee will be part of the Shareholder Plan with the attribution of a total of 750'000 shares. At starting date, the Employee will be entitled to 250'000 shares. At the end of next two years, the Employee will be entitled to 250'000 shares each year to reach the total of 750'000 share mentioned above."

“Der Arbeitnehmer nimmt am Aktionärsplan teil und erhält insgesamt 750'000 Aktien. Zum Zeitpunkt des Arbeitsbeginns hat der Arbeitnehmer Anspruch auf 250'000 Aktien. Am Ende der nächsten zwei Jahre hat der Arbeitnehmer Anspruch auf 250'000 Aktien pro Jahr, um das oben genannte Total von 750'000 Aktien zu erreichen.” (Übersetzung des Gerichts)

Den klägerischen Ausführungen und dem Wortlaut der getroffenen Vereinbarung folgend hat der Kläger somit aufgrund seines Stellenantritts per 1. Januar 2022 Anspruch auf 250'000 Aktien gemäss “Shareholder Plan”. Unklar ist jedoch, um was für Aktien es sich dabei handelt und von Aktien welcher Gesellschaft die Rede ist. Laut eigenen Angaben hat der Kläger den “Shareholder Plan” – auf den die Vereinbarung Bezug nimmt – nie erhalten. Somit ist auch nicht klar, unter welchen Voraussetzungen die Übertragung stattfindet. Bei der Bezifferung des Streitwertes geht der Kläger von Aktien der Beklagten aus, die gemäss Handelsregistrauszug über ein Aktienkapital von Fr. 100'000.– verfügt, aufgeteilt in 1'000 Aktien zu einem Nominalwert von je Fr. 100.–. Aufgrund dessen konnte der Kläger bei den genannten Zahlen (250'000 bzw. 750'000 Aktien) daher bei Vertragsschluss nicht davon ausgehen, dass Aktien der Beklagten gemäss Handelsregistrauszug – von denen es Tausend Stück gibt – gemeint sind und jede Aktie ein Wert von Fr. 100.– zukommt. Somit bleibt unklar, um was für Aktien es sich handelt, auf welche der Kläger Anspruch hätte.

Da es nicht klar ist, welche Aktien zu übertragen sind, sind die entsprechenden Vorbringen des Klägers unbestimmt und unklar, so dass das Rechtsbegehren Ziffer 1 nicht zum Urteil erhoben werden kann. Das Urteil wäre in diesem Punkt somit nicht vollstreckbar.

4.3. Spruchreife liegt nicht nur vor, wenn die Klage vollständig gutgeheissen werden kann. Spruchreife bedeutet, dass der Spruchkörper sämtliche Entscheidgrundlagen hat, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensentscheid zu erlassen (ZK ZPO-STAEHELIN, N 15 zu Art. 236; DIKE Komm ZPO-KRIECH, N 9 zu Art. 236). Das Gericht ist weiter nicht verpflichtet, dem anwaltlich vertretenen Kläger Gelegenheit zu geben, seine Rechtsbegehren zu präzisieren, weshalb es vorliegend auch nicht zu einer Hauptverhandlung in Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 vorzuladen hat. Nach dem Gesagten ist daher bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 auf die Klage nicht einzutreten.»

(AN230027-L Beschluss und Urteil vom 28. November 2023; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

20. ZPO 107; Verteilung der Prozesskosten

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 1. November 2022 wurde dem damaligen Gesuchsgegner (Beklagter im Verfahren vor Arbeitsgericht) im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung verboten, die Gesuchstellerin (Klägerin im Verfahren vor Arbeitsgericht) bis zum 14. Juni 2023 auf dem Gebiet der Schweiz direkt oder indirekt zu konkurrieren. Insbesondere wurde ihm vorsorglich verboten, operative Tätigkeiten für die A. AG auszuüben. Die Verfahrenskosten wurden im Urteil des Einzelgerichts Audienz auf Fr. 7'550.– festgesetzt und einstweilen von der Gesuchstellerin bezogen, wobei die endgültige Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch das ordentliche Gericht im Hauptsachenprozess vorbehalten wurde. Der Gesuchstellerin wurde eine Prosequierungsfrist von 30 Tagen angesetzt.

Mit fristgemässer Eingabe vom 15. Dezember 2022 reichte die Klägerin zur Prosequierung der angeordneten vorsorglichen Massnahme Klage beim Arbeitsgericht Zürich ein. Nach Einholung eines Kostenvorschusses, der Klageantwort sowie Stellungnahmen zur Kostenverteilung schrieb das Gericht das Verfahren mit Beschluss vom 30. Oktober 2023 ab, da zufolge Zeitablaufs nunmehr ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin zu verneinen war. Zu entscheiden war noch über die Verteilung der Prozesskosten.

Aus den Erwägungen:

«3. In Bezug auf die Kostentragungspflicht im Zivilprozess gilt gemäss Art. 106 ZPO der Grundsatz, dass die Prozesskosten bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt werden. Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO).

Dabei hat das Gericht unter anderem zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind aufgrund der Aktenlage einer

knappen Prüfung zu unterziehen; es soll nicht auf dem Weg über den Kostenentscheid ein quasi materielles Urteil gefällt werden. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessuale Kriterien zurückzugreifen. In erster Linie ist damit jene Partei entschädigungspflichtig, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 107 N 8; URWYLER/GRÜTTER, DIKE Kommentar ZPO, Art. 107 N 8).

4.1. Die Klägerin liess mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen vorbringen, dass der Beklagte das vorliegende Verfahren veranlasst habe, indem er trotz vertraglichem Konkurrenzverbot bereits während laufendem Arbeitsverhältnis konkurrenzierend für die A. _ AG tätig geworden sei. Er habe sie (die Klägerin) während Jahren schwerwiegend geschädigt. Es habe die begründete Befürchtung bestanden, dass der Beklagte seine bisherige operative Tätigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch intensivieren und sie (die Klägerin) damit weiter in unzulässiger Weise konkurrieren würde. Dies hätte aller Voraussicht nach zu einem (zusätzlichen) erheblichen Schaden bei ihr geführt. Die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien die einzige realistische Massnahme gewesen, welche dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten habe Einhalt gebieten und sie vor weiterem Schaden habe schützen können.

Der Massnahmerichter habe nach eingehender Prüfung des Sachverhaltes und ausführlicher persönlicher Anhörung von insgesamt drei ihrer Organmitglieder und des Beklagten die beantragten vorsorglichen Massnahmen gutgeheissen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie (die Klägerin) die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes und die Konkurrenzierung des Beklagten auch im Hauptverfahren hätte rechtsgenügend nachweisen können, womit der mutmassliche Prozessausgang ein vollständiges Unterliegen des Beklagten gewesen wäre.

Der Massnahmerichter habe die Realvollstreckung des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes, um welche es im vorliegenden Verfahren gehe, vollständig gutgeheissen. Lediglich Rechtsbegehren Ziff. 3 sowie Rechtsbegehren Ziffer 5 (Ordnungsbusse) seien abgewiesen worden. Dieses teilweise Unterliegen im Massnahmeverfahren habe keine Relevanz für die Beurteilung des mutmasslichen Ausgangs des vorliegenden Verfahrens.

Sie habe gar keine andere Wahl gehabt, als das vorliegende Hauptverfahren innert der mit Urteil vom 1. November 2022 angesetzten Prosequierungsfrist von 30 Tagen anhängig zu machen, da sonst die angeordneten vor-

sorglichen Massnahmen gleich wieder dahingefallen wären. Dies könne nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden. Der Beklagte hätte sodann selber nach Erhalt der Klageschrift einen Sistierungsantrag stellen und dadurch den Aufwand seinerseits vermeiden können. Es sei somit nicht sie, die Klägerin, welche durch die Klageeinleitung unnötigen Aufwand verursacht habe.

4.2. Der Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, er habe zu keinem Zeitpunkt Anlass für das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 26. Juli 2022 und die vorliegende Klage gegeben. Es habe kein gültiges nachvertragliches Konkurrenzverbot bestanden. Sollte die Gültigkeit eines solchen bejaht werden, sei es aufgrund der rechtswidrigen und missbräuchlichen, unbegründeten Arbeitgeberkündigung nachträglich weggefallen bzw. sei eine Berufung der Klägerin darauf stossend und rechtsmissbräuchlich. Die vorliegende Klage wäre aber auch vollumfänglich abzuweisen gewesen, würde sie nicht zuvor infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben. Der Massnahmeentscheid vom 1. November 2022 sei von ihm nur deshalb nicht weitergezogen worden, um dem Gericht und den Parteien keine unnötigen Kosten und Aufwendungen zu verursachen. Es sei bereits Ende 2022 absehbar gewesen, dass das klägerische Rechtsschutzinteresse dahinfallen werde und der Prozess infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben sei. Mit dem Massnahmeentscheid vom 1. November 2022 seien sodann nur drei von insgesamt acht Rechtsbegehren der Klägerin vorsorglich gutgeheissen worden. Mit den zahlreichen Rechtsbegehren habe die Klägerin nicht nur zu einem umfangreichen Verfahren beigetragen, sondern sie sei auch mit ihrem Massnahmegesuch grossmehrheitlich unterlegen. Auch vor diesem Hintergrund seien daher die Kosten und Entschädigungsfolgen des vorausgegangenen Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen von der Klägerin zu tragen.

Die Klägerin hätte bereits mit Eingabe der Klage eine Sistierung des Verfahrens bis 14. Juni 2023 beantragen können. Indem sie dies unterlassen und den Fortgang des Prozesses bewirkt habe, habe sie unnötige Kosten verursacht, welche sie zu tragen habe.

Dass die Klägerin im summarischen Massnahmeverfahren teilweise obsiegt habe, bedeute noch nicht, dass sie auch im vorliegenden Verfahren obsiegt hätte. Erst der rechtskräftige Abschluss des ordentlichen Verfahrens nach Durchführung eines Beweisverfahrens würde die Frage beantworten, ob das von der Klägerin initiierte, vorausgegangene Massnahmeverfahren und der vorliegende Prozess begründet und berechtigt gewesen sei.

5.1. Die Parteien haben in Art. 9 des ursprünglich geltenden Einzelarbeitsvertrages vom 30. März 2012 ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot vereinbart. Auch im Einzelarbeitsvertrag vom 17. Dezember 2019 (gültig rückwirkend per 1. Januar 2019) findet sich ein (nach-)vertragliches Konkurrenzverbot. Zwischen den Parteien fanden verschiedene Gespräche mit Bezug auf die Tätigkeit des Beklagten und eine Einschränkung des Konkurrenzverbotes statt. Am 9. Dezember 2019 änderten die Parteien Art. 11 des laufenden Arbeitsvertrages dahingehend ab, dass die Klägerin auf die Geltendmachung des darin enthaltenen Konkurrenzverbots im sachlichen Umfang betreffend die Beteiligung und Funktion des Beklagten bei der A._ AG verzichte.

Die aktuellste Fassung des Arbeitsvertrages zwischen den Parteien vom 26. Februar 2020 (gültig per 1. Januar 2020) enthält in Art. 11 wieder ein umfassendes Konkurrenzverbot, gemäss welchem sich der Beklagte verpflichtet, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie während 12 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Klägerin weder direkt noch indirekt, gelegentlich oder gewerbsmässig, unter eigenem oder fremdem Namen, für eigene oder fremde Rechnung im Geschäftsbereich der Klägerin zu konkurrieren, sich in irgendeiner Weise an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen, ein Geschäft in derselben Branche zu eröffnen oder ein solches zu fördern. Als Konkurrenzierung wurde insbesondere der Betrieb von Internetplattformen, welche im Kerngeschäft das Flashsales-Geschäftsmodell betreiben, definiert. Der räumliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots wurde für das gesamte Tätigkeitsgebiet der Klägerin während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, mindestens jedoch für die ganze Schweiz, definiert.

5.2. Zwischen den Parteien ist strittig, ob und in welchem Umfang ein gültiges Konkurrenz- und Abwerbeverbot für den Beklagten bestand. Nachdem es sich bei den unter Ziff. 5.1 vorstehend genannten Vereinbarungen nicht um ohne Weiteres nachvollziehbare vertragliche Regelungen zwischen den Parteien handelt, kann nicht ohne Weiteres gesagt werden, wer den Anlass für den vorliegenden Prozess gegeben hat.

Ebensowenig kann aufgrund der vorliegenden Klagebegründung und Klageantwort sowie den eingereichten Unterlagen der mutmassliche Prozessausgang prognostiziert werden, steht doch die Durchführung eines Beweisverfahrens im Raum. Zwar wurden vorgängig zum Massnahmeentscheid vom 1. November 2022 der Beklagte und drei Exponenten der Klägerin als Parteien befragt. Im Massnahmeentscheid wurde festgehalten, dass die Klägerin das Bestehen eines vereinbarten Konkurrenzverbotes sowie dessen Verletzung

durch den Beklagten glaubhaft gemacht habe. Auch die weiteren Voraussetzungen für die Realvollstreckung wurden grundsätzlich bejaht. Aufgrund des nur summarischen Charakters des Massnameverfahrens kann jedoch nicht ohne Weiteres auf den mutmasslichen Prozessausgang im vorliegenden Verfahren geschlossen werden.

5.3. Es ist letztlich die Klägerin, bei welcher die Gründe für die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens eingetreten sind, sodass es sich rechtfertigt, ihr die Kosten des vorliegenden Verfahrens sowie des vorangegangenen Massnameverfahrens aufzuerlegen. Richtig ist zwar, dass die Klägerin keine andere Wahl hatte, als das vorliegende Verfahren innert der mit Urteil vom 1. November 2022 angesetzten Prosequierungsfrist von 30 Tagen beim hiesigen Gericht anhängig zu machen. Die Klägerin hätte jedoch im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf und den bei Klageerhebung voraussehbaren, baldigen Wegfall des Rechtsschutzinteresses per 14. Juni 2023 die Möglichkeit gehabt, ein Sistierungsgesuch zu stellen. Dies hat sie nicht gemacht und damit unnötige Kosten verursacht, was ebenfalls eine Kostenauflage rechtfertigt.

Bei der Bemessung der Entschädigungsfolgen ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte im vorliegenden Verfahren ebenfalls die Möglichkeit gehabt hätte, ein Sistierungsgesuch zu stellen und seine Anwaltskosten auf ein Minimum zu reduzieren.

6. Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens ist auf Fr. 112'000.– festzusetzen. Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr für die Gerichtskosten Fr. 9'230.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Nachdem das vorliegende Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit und damit ohne Anspruchsprüfung zu erledigen ist, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten auf Fr. 4'615.– zu reduzieren (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Diese Kosten sind der Klägerin aufzuerlegen. Die Kosten des Massnameverfahrens in der Höhe von Fr. 7'550.– sind definitiv der Klägerin aufzuerlegen. Es ist jedoch festzuhalten, dass diese Kosten bereits von der Klägerin bezogen wurden.

Mit Dispositiv Ziff. 6 des Urteils vom 1. November 2022 wurde die Parteientschädigung für das (aufwendige) Massnameverfahren auf Fr. 10'000.– (inkl. MwSt) festgesetzt. Die Klägerin ist zu verpflichten, den Beklagten für das Massnameverfahren im genannten Umfang zu entschädigen. Für das vorliegende Verfahren sind keine Parteienentschädigungen zuzusprechen.»

(AG220007-L Beschluss vom 30. Oktober 2023; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

21. BGFA 12; Anwaltliche Interessenkollision

In einem Verfahren, in dem sich eine Wirtschaftsschule (Beklagte) und ihr ehemaliger Leiter Studienmanagement (Kläger) gegenüberstehen, stellte die Beklagte den Antrag, es sei dem Rechtsvertreter des Klägers zu verbieten, den Kläger im laufenden Prozess weiter zu vertreten. Die Beklagte begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass Rechtsanwalt A. _ im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung bei ihr angestellt gewesen sei. Er sei vom Kläger selbst bei ihr (der Beklagten) eingestellt worden. Der Rechtsvertreter des Klägers habe mit der Einleitung der Klage nicht nur seine Treuepflicht gegenüber ihr als Arbeitgeberin verletzt, sondern auch der Bestimmung von Art. 12 lit. c BGFA zuwider gehandelt. Es liege ein verbotener Interessenkonflikt vor, weshalb ein Vertretungsverbot zu erlassen sei.

Aus den Erwägungen:

«2.1. Gemäss Art. 12 lit. c BGFA (Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte) meiden Anwältinnen und Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. Ein verbotener Interessenkonflikt liegt dann vor, wenn der Anwalt die Wahrung der Interessen eines Klienten übernommen hat und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt. Ein Anwalt darf ein Mandat dann nicht annehmen bzw. muss dieses niederlegen, wenn die Interessen des Klienten mit seinen eigenen Interessen kollidieren (WALTER FELLMANN, in Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 84 und 92, je mit Hinweisen).

2.2. Zwar besteht nach Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen dem Anwalt und seinem früheren Klienten kein Treueverhältnis mehr, das dem Anwalt schlechthin ein Vorgehen gegen den ehemaligen Klienten verbieten würde. Die das Mandatsverhältnis überdauernden Treue- und Schweigepflichten verbieten es einem Anwalt jedoch, einen Auftrag anzunehmen, der sich direkt oder indirekt gegen einen früheren Klienten richtet und bei dem Kenntnisse zu verwerten oder zu erörtern wären, die er in einem früheren Verfahren als Berufsgeheimnis erfahren hat. Die Unzulässigkeit des Parteiwechsels beruht auf der Gefahr, dass geschützte Kenntnisse aus einem ersten Mandat in einem zweiten Mandat irgendwie verwertet werden könnten (WALTER FELLMANN, in Fellmann/Zindel, a.a.O., Art. 12 N 108 mit Hinweisen).

2.3. Art. 12 lit. c BGFA statuiert ein allgemeines Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Dabei kann ein Interessenkonflikt vor allem bei drei Fallkonstellationen entstehen: bei Vorliegen eigener Interessen eines Anwalts, bei einer Doppelvertretung (oder Mehrfachvertretung) und beim Parteiwechsel. Ein unzulässiger Parteiwechsel liegt vor, wenn ein Anwalt in derselben Streitsache erst für die eine Partei, dann aber für den Prozessgegner tätig wird. Nach Auffassung des Bundesgerichts liegt allerdings in allen drei Fällen eine unzulässige Interessenkollision nur vor, wenn ein konkreter Interessenkonflikt besteht (WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, *Anwalts Revue de l'Avocat*, 1/2020, S. 18).

Überholt ist damit die noch unter der Geltung des kantonalen Rechts teilweise erhobene Forderung, der Anwalt müsse schon jeden Anschein einer Interessenkollision vermeiden. Heute ist anerkannt, dass es nicht darauf ankommen kann, welchen Anschein das Verhalten eines Anwalts bei Dritten erweckt. Art. 12 lit. c BGFA ist in diesem Punkt nämlich klar: Die Anwältinnen und Anwälte haben den tatsächlichen Interessenkonflikt und nicht irgendeinen Anschein zu vermeiden (WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, a.a.O., S. 18, m.w.H.).

2.4. Unter dem Titel «Parteiwechsel» wird die Frage diskutiert, ob ein Anwalt gegen einen ehemaligen Klienten ein Mandat übernehmen darf. Lehre und Rechtsprechung sind sich in der Beurteilung des Problems weitgehend einig. Zwar besteht nach Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen dem Anwalt und seinem früheren Klienten kein Treueverhältnis mehr, das dem Anwalt ein Vorgehen gegen den ehemaligen Klienten schlechthin verbieten würde. Die das Mandatsverhältnis überdauernden Treue und Schweigepflichten verbieten es einem Anwalt jedoch, einen Auftrag anzunehmen, der sich direkt oder indirekt gegen einen früheren Klienten richtet und bei dem Kenntnisse zu verwerten oder zu erörtern wären, die er bei Führung des früheren Mandats durch das Berufsgeheimnis geschützt erfahren hat. Die erforderlichen Abklärungen muss der Anwalt gewissenhaft und sorgfältig treffen. Die Übernahme eines Mandats gegen einen früheren Klienten ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sich der Gegenstand des neuen Mandats in rechtlicher oder sachlicher Hinsicht vom früheren Auftrag unterscheidet, mithin keine Identität der Streitmaterie vorliegt. Die Unzulässigkeit des Parteiwechsels im Prozess beruht demnach auf der Gefahr, dass ein Anwalt in einem Verfahren durch das Berufsgeheimnis geschützte Kenntnisse zum Nachteil einer anderen Partei verwertet, die früher seine Klientin war. In Betracht fallen aber zum einen nur Kenntnisse, die der

neue Auftraggeber nicht selbst vermitteln kann oder vermitteln könnte bzw. selbst noch nicht hat. Zum andern ist ein Einschreiten der Prozessleitung nur zulässig, wenn die Verwertung solcher Kenntnisse den Ausgang des konkreten Verfahrens überhaupt beeinflussen könnte (WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, a.a.O., S. 18, m.w.H.).

3.1. Neben einer Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR geht die Beklagte vom Vorliegen einer relevanten Interessenkollision im Sinne von Art. 12 lit. c BGFA aus, indem Rechtsanwalt A._ im vorliegenden Prozess gegen seine Arbeitgeberin (die Beklagte) als Rechtsvertreter des Klägers agiere. Rechtsanwalt A._ sei nicht nur Rechtsvertreter des Klägers, sondern habe gleichzeitig auch seine Treuepflicht ihr als Arbeitgeberin gegenüber zu wahren. Es genüge für die Bejahung eines Interessenkonfliktes nach Art. 12 lit. c BGFA, wenn sich der Anwalt in seinen Entscheidungen für den Klienten nicht frei fühle, weil diese seine eigenen oder die Interessen Dritter tangieren könnten, mit denen der Anwalt aus irgendwelchen Gründen verbunden sei. Das Auftreten als Rechtsvertreter in einem Prozess gegen die eigene Arbeitgeberin sei mit der Konstellation vergleichbar, dass der Verwaltungsrat einer Gesellschaft (und Rechtsanwalt) nicht ein Mandat gegen diese Gesellschaft annehmen dürfe (unter Verweis auf BGE 2C_814/2014).

Die Pflichtverletzung bestehe namentlich im Umstand, dass Rechtsanwalt A._ in seiner Stellung als Arbeitnehmer von ihr (der Beklagten) verschiedene interne Kenntnisse und Informationen über sie erlangt habe, welche er als Aussenstehender nicht erlangt hätte, und die er nun als Rechtsvertreter des Klägers im laufenden Prozess verwerten könne.

3.2. Die vorliegende Konstellation sei auch mit der Frage vergleichbar, ob ein Anwalt ein Mandat gegenüber einem ehemaligen Klienten übernehmen dürfe. Die das Mandatsverhältnis überdauernde Treue- und Schweigepflichten würden es dem Anwalt verbieten, einen Auftrag anzunehmen, der sich direkt oder indirekt gegen einen früheren Klienten richte und bei dem Kenntnisse zu verwerten oder zu erörtern wären, die er bei der Führung des früheren Mandats durch das Berufsgeheimnis geschützt erfahren habe. I.c. sei aufgrund des bestehenden zeitlichen Konnexes die Gefahr gegeben, dass Rechtsanwalt A._ im vorliegenden Zivilprozess aus dem Arbeitsverhältnis erlangte Kenntnisse zum Nachteil von ihr als früherer Arbeitgeberin verwerte.

4. Das im BGFA geregelte Berufsrecht stellt öffentliches Recht dar und wurde im öffentlichen Interesse erlassen. Die Einhaltung der Berufsregeln wird von den staatlichen Behörden von Amtes wegen überwacht (WALTER FELLMANN, in Fellmann/Zindel, a.a.O., Art. 12 N 2). Im vorliegenden Prozess könnte die Verfahrensleitung im Rahmen ihrer Prozessleitungsbefugnis nach Art. 124 ZPO ein Postulationsverbot für Rechtsanwalt A._ aussprechen, sollte sie das Vorliegen einer relevanten Interessenkollision bejahen.

5.1. Vorab ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt A._ in der Vergangenheit nicht als Rechtsvertreter für die Beklagte tätig geworden ist. Vielmehr war er bei der Beklagten als Dozent und Prüfungsautor angestellt. Im Zeitpunkt der Einleitung des vorliegenden Prozesses, d.h. der Einreichung des Schlichtungsgesuches vom 27. September 2022, stand Rechtsanwalt A._ in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit ihm per 31. März 2023 wegen der Verletzung der Treupflicht gekündigt.

5.2. Mit der Übernahme des Mandates des Klägers während laufenden Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten hat Rechtsanwalt A._ zwar wohl die sich aus der allgemeinen Treupflicht eines Arbeitnehmers (Art. 321a OR) ergebende Unterlassungspflicht verletzt. Dies reicht aber nicht für den Erlass eines Postulationsverbotes aus.

5.3. Es kann auch nicht vom Vorliegen einer relevanten Interessenkollision im Sinne von Art. 12 lit. c BGFA ausgegangen werden. Wie vorstehend unter Ziff. 2.3 erläutert, reicht die bloss abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen nicht aus, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen. Vielmehr wird ein sich aus den gesamten Umstände ergebendes konkretes Risiko eines Interessenkonflikts verlangt (BGE 2C_814/2014 E. 4.1.1. mit Verweisen). Ein solches ist i.c. nicht ersichtlich (und wurde von der Beklagten auch nach Zustellung der Klageschrift nicht geltend gemacht). Der Gegenstand des vorliegenden Mandates für den Kläger unterscheidet sich in rechtlicher und sachlicher Hinsicht von der Tätigkeit als Arbeitnehmer für die Beklagte, es liegt mithin keine Identität der Streitmaterie vor. Es ist denn auch nicht ersichtlich, was für Kenntnisse Rechtsanwalt A._ im Rahmen seiner Tätigkeit als Dozent und Prüfungsautor der Beklagten erlangt haben soll, die ihm der Kläger nicht selbst vermitteln kann bzw. selbst noch nicht hat. Unbeachtlich ist dabei insbesondere, ob bzw. dass Rechtsanwalt A._ vom Kläger selber bei der Beklagten eingestellt worden ist.

Die Gegenstand von BGE 2C_814/2014 bildende Konstellation ist sodann nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar, nachdem Rechtsanwalt A._ nicht gleichzeitig als Vertreter des Klägers und als Vertreter der Beklagten aufgetreten ist. Er war bei der Beklagten lediglich als Dozent und Prüfungsautor angestellt, nahm aber keine leitende Funktion ein, in deren Rahmen er die Geschicke der Beklagten hätte massgebend beeinflussen können.

6. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist festzuhalten, dass keine relevante Interessenkollision im Sinne von Art. 12 lit. c BGFA festzustellen und damit auch kein Vertretungsverbot für Rechtsanwalt A._ zu erlassen ist. Ziff. 1 der prozessualen Anträge der Beklagten gemäss Eingabe vom 21. April 2023 ist somit abzuweisen und es ist der Beklagten erneut Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort anzusetzen. Über die Prozesskosten ist im Rahmen des Endentscheides zu entscheiden (Art. 104 Abs. 1 ZPO).»

(AN230016-L Verfügung vom 12. Mai 2023; gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen)

II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

In der Publikation 2022

Nr. 6:

Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde mit Urteil vom 3. Mai 2023 nicht ein (4A_158/2023). Die Beschwerdeführerin hatte vorgebracht, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Es seien im Rahmen der bundesrätlichen Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vorübergehend alle Restaurationsbetriebe geschlossen worden. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bilde die Frage, ob die damit einhergehende Arbeitsverhinderung in die Risikosphäre der Arbeitgeber gemäss Art. 324 Abs. 1 OR falle. Diese Frage sei vom Bundesgericht noch nicht beantwortet worden, während im Schrifttum unterschiedliche Meinungen vertreten würden. Das Bundesgericht begründete seinen Nichteintretensentscheid damit, dass es die aufgeworfene Rechtsfrage mit öffentlich beratenem Urteil vom 30. August 2023 [sic] beantwortet habe (4A_53/2023 = BGE 150 III 22).

Nr. 13:

Rückweisung LA220028-O vom 18. Dezember 2023 zur Durchführung eines Beweisverfahrens unter anderem zum Grund der Einstellung der Investorenkontakte.

III. STATISTISCHER ÜBERBLICK

Schlichtungsverfahren:

Laut Jahresbericht der Friedensrichterämter der Stadt Zürich haben die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Jahr 2023 mit 774 Fällen gegenüber dem Vorjahr (647) um fast 20% zugenommen. 498 Fälle erledigten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter durch Verfügung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug, Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit), Urteil oder akzeptierten Urteilsvorschlag. In 276 Verfahren wurde eine Klagebewilligung erteilt. Die Zahlen der Friedensrichterämter im Einzelnen:

	2022	2023
Anzahl Schlichtungsgesuche	647	774
Erledigung durch Verfügung	379	475
Erledigung durch Urteil	6	4
Akzeptierte Urteilsvorschläge	17	19
Abgelehnte Urteilsvorschläge/Klagebew.	3	6
Klagebewilligungen total	245	276

Verfahren vor Arbeitsgericht:

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2022	2023
Übertrag Vorjahr	165	142
Klageeingänge von Arbeitnehmern	189	189
Klageeingänge von Arbeitgebern	17	4
Total hängige Verfahren	371	335
Erledigungen im laufenden Jahr	229	182
Pendenzen Ende Jahr	142	153

Erledigungsarten und Anzahl Verhandlungen

	2022	2023
durch Urteil	80	60
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	116	99
anderweitig	33	23
Anzahl Verhandlungen	152	138

Erfasste Streitwerthöhen der eingegangenen vermögensrechtlichen Klagen

	2022	2023
bis Fr. 10 000.–	48	39
Fr. 10 000.– bis 30 000.–	95	85
Fr. 30 000.– bis 100 000.–	32	31
über Fr. 100 000.–	29	30

Verfahrensdauer der erledigten Fälle

	2022	2023
bis 3 Monate	65	41
3 bis 6 Monate	55	48
6 bis 12 Monate	54	51
1 bis 2 Jahre	39	26
über 2 Jahre	16	16

Verfahrensausgang der erledigten Fälle

	2022	2023
Gutheissung	27	13
Teilweise Gutheissung	43	35
Abweisung	10	12
Vergleich, Anerkennung, Rückzug	116	99
Übrige (Nichteintreten, gegenstandslos, Vereinigung)	33	23



ARBEITSGERICHT ZÜRICH