

**Eine Fallsammlung zum Individualarbeitsrecht
zur Vorlesung Arbeitsrecht I
bei Prof. Dr. Jürg BRÜHWILER
(FS 2008)**

von
K.-M. Wyss

Die Fallfragestellungen* und Lösungsansätze entstammen der Vorlesung Arbeitsrecht I, teilweise ergänzt mit Zusätzen aus der Rechtsprechung sowie dem Lehrmittel von F. Vischer, der Arbeitsvertrag 3. Auflage Basel 2005. Die Fälle wurden während des Semesters auf der Homepage des Instituts für Privatrecht zum Download freigegeben.

<http://www.ziv.unibe.ch/lenya/ziv/live/studium/vorlesungen/arbeitsrechtii.html>

*** Die Fallnummern stimmen mit den ausgegebenen Fällen der Vorlesungsunterlagen überein, die Titel der Fälle wurden jedoch nachträglich vom Autor unabhängig zur Vorlesung aus Gründen der besseren Wiedererkennung hinzugefügt.**

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
1. Fälle zum Arbeitnehmerbegriff	
Fall 1: „Versicherungsgesellschaftjuristen“	1
Fall 2: „Privatpraxis des Chefarztes“	1
2. Fälle zum Abschluss des Arbeitsvertrags	
Fall 3: „Schwangere Serviertochter“	2
Fall 4: „PdA - Mitglied“	3
Fall 5: „Rumänische Sekretärin“	4
3. Fall zum Weisungsrecht und zur Befolgungspflicht	
Fall 6: „Solithurn retour“	4
4. Fälle zur Überstundenthematik	
Fall 7: „Programmierte Überstunden“	5
Fall 8: „Judo vs. Überstunden“	6
5. Fälle zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses	
Fall 9: „Bundesgerichtliche Kritik“	6
Fall 10: „Pädophiler Lehrlingsausbildner“	7
Fall 11: „Wahre aber rechtswidrige Referenzauskunft“	8
6. Fälle zu Gleichstellung von Mann und Frau	
Fall 12: „Überbetrieblicher Lohnvergleich“	8
Fall 13: „Frauenförderung mit Quoten“	9
7. Fälle zum Lohn	
Fall 14: „Verweigerter Bonus“ (realer BGE)	9
Fall 15: „Von der Maschine ins Archiv“	11
Fall 16: „Vorbehaltsklauseln“	11
Fall 17: „Verlängerter Mutterschaftsurlaub“	12
Fall 18: „Taggeldberechnung beim Mutterschaftsurlaub“	13
Fall 19: „Stromunterbruch in der Fabrik“	13
Fall 20: „Streikbedingter Stromunterbruch“	14
8. Fälle zur Ferienthematik	
Fall 21: „Ferienanspruchskürzung eines stark rauchenden Workaholics“	15
Fall 22: „Angewachsenes Ferienguthaben“	16
Fall 23: „Ferienansprüche nach der Kündigung“	16

9. Fall zum Übergang des Arbeitsverhältnisse

Fall 24: „Ungeliebte Fusion“	17
------------------------------------	----

10. Fälle zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Fall 25: „Unerwünschte Pensionierung“	18
Fall 26: „Arbeitsverhältnis dank Schwangerschaft“	18
Fall 27: „Entlassung der gesamten Belegschaft“	19
Fall 28: „Änderungskündigung“	20
Fall 29: „Unangemeldeter Spanienkurzurlaub“(realer BGE).....	21
Fall 30: „Blaumachen mit Schmiergeldern“	22
Fall 31: „Personalabwerbender GSOA – Sympathisant“	23

11. Fälle zum Konkurrenz- und Verzichtsverbot

Fall 32: „Geschäft der Ehepartnerin“	24
Fall 33: „Aufhebungsvertrag“	25
Fall 34: „Verzichtsverbot“	26

1. Fälle zum Arbeitnehmerbegriff

Fall 1: „Versicherungsgesellschaftjuristen“

Sachverhalt: A ist nach Misslingen des Anwaltsexamens bei der Versicherungsgesellschaft X als Schadenssachbearbeiter angestellt. Wie unterscheidet sich seine Rechtsstellung von derjenigen seines glücklicheren Freundes B, der sich nach bestandenen Examen als Rechtsanwalt niedergelassen hat und nun dieselbe Versicherungsgesellschaft gemäss Vereinbarung grundsätzlich in allen Prozesssachen vertritt?

Lösungsskizze: A ist der Normaltypus des Arbeitnehmers. Sein Anstellungsverhältnis erfüllt alle wesentlichen Begriffsmerkmale eines Arbeitsvertrages nach OR 319. A hat sich zur Leistung von Arbeit auf unbestimmte Zeit gegen Lohn in einem Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Arbeitgeber in persönlicher, wirtschaftlicher und betrieblicher Hinsicht verpflichtet. Mit der Qualifikation als Arbeitsvertrags sind gewisse Folgen verbunden. Es finden die öffentlichrechtlichen Schutznormen des Arbeitsrechts sowie die zwingenden Sozialnormen des Arbeitsvertragsrechts Anwendung. Nebenbei stellt der Arbeitsvertrag einen Anknüpfungspunkt für verschiedene wichtige Sozialversicherung dar, und bringt bei Streitfällen die Sondergerichtsbarkeit der Arbeitsgerichte mit sich.

B hingegen hat mit der Versicherungsgesellschaft eine Vereinbarung, sprich einen Vertrag geschlossen in welchem er sich dazu verpflichtete, die besagte Gesellschaft grundsätzlich in allen Prozesssachen zu vertreten. Die Erfüllung seiner Vertragspflicht hat er zwar ebenfalls in Form einer Arbeitsleistung, den Vertretungen vor Gericht, zu erbringen, womit der Vertrag dem Oberbegriff „Verträgen über Arbeitsleistungen“ zu geordnet werden kann, welchem nach OR neben dem Arbeitsvertrag der Werkvertrag, der Auftrag und der Verlagsvertrag zugeordnet werden. Ob es sich bei der Vereinbarung jedoch um einen Arbeitsvertrag im Sinne von 319 OR handelt, wie er zwischen A und X vorliegt, ist aus folgenden Gründen zu bezweifeln. Dem Sachverhalt nach hat sich B als Anwalt niedergelassen, d.h. nach allgemeinem Verständnis, dass er sich selbstständig gemacht hat bzw. ein eigenes Unternehmen eröffnet hat. Eine solche selbstständige Geschäftsführung widerspricht dem wesentlichen arbeitsrechtlichen Begriffsmerkmal der Unterordnung und Abhängigkeit. Denn gerade beim Unterscheidungsmerkmal der rechtlichen Subordination kommt es wesentlich darauf an ob die Person in die Organisation des Betriebs eingegliedert und einer gewissen Kontrolle unterworfen ist, was in casu bei B als selbständig erwerbender Anwalt wohl verneint werden kann. Der Vertrag kann deshalb kaum als Arbeitsvertrag gelten, sondern wird viel eher als Auftrag zu qualifizieren sein. Klar lässt sich an dieser Stelle einwenden, dass B nicht die Möglichkeit hat völlig selbst bestimmt zu handeln, da er wegen der Verpflichtung im Rahmen des Vertrags alle Fälle zu vertreten, nicht selbstständig über die Annahme der einzelnen Fälle entscheiden kann. Dies mag aber das Argument mangelnder Unterordnung bzw. Abhängigkeit nicht zu entkräften, denn erstens ist davon auszugehen, dass B neben denen für X noch anderen Mandaten nachgeht. Mit jedem andern Mandat verringert sich seine Abhängigkeit zur Versicherung X. Ausserdem ist er in der Abwicklung bzw. der Bearbeitung der Fälle frei, also unabhängig. Auch die Bundesgerichtliche Rechtsprechung sagt im BGE 95 I 25, dass ein sich niedergelassener Anwalt nicht in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zu seinem Klienten steht. Ergo kann der Vertrag zwischen B und X trotz verstärkter rechtlicher Bindung in seiner Gesamtbetrachtung nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert werden.

Fall 2: „Privatpraxis des Chefarztes“

Sachverhalt: A ist Chefarzt im Spital X mit dem Recht zur Behandlung von Privatpatienten auf eigene Rechnung. Ausserdem darf er im Spital eine Privatpraxis betreiben. Als ihm nach

internen Auseinandersetzungen gekündigt wird, erhebt er gegen die Kündigung Einsprache wegen Missbräuchlichkeit. Ist dies möglich?

Lösungskizze: A hat das Gefühl ihm sei missbräuchlich gekündigt worden. Damit A eine missbräuchliche Kündigung geltend machen kann muss ein Arbeitsvertrag nach OR 319ff. vorliegen. Um von einem Arbeitsrechtlichen Anstellungsverhältnis sprechen zu können müssen folgende Begriffsmerkmale im Vertrag vorliegen. Die Verpflichtung zur (a)Leistung von Arbeit (b)auf Zeit (c)gegen Lohn (d)in einem Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Arbeitgeber in persönlicher, wirtschaftlicher und betrieblicher Hinsicht verpflichtet. Zur Abgrenzung von anderen Verträgen, die eine Arbeitsleistung beinhalten dient eine typologische Würdigung des Gesamtbildes.

Vorab ist zu sagen, dass Sonderprivilegien für Chefärzte in Spitälern, wie A in casu vereinbarte hatte, in der Praxis nicht unüblich sind. Gemäss Vertrag ist A in seiner Tätigkeit als Chefarzt beim Spital angestellt, er darf jedoch nebenbei innerhalb des Spitals eine Privatpraxis betreiben bzw. Patienten auf eigene Rechnung behandeln. Zwischen den beiden Bereichen muss unterschieden werden. In seiner Tätigkeit als Chefarzt, einer Arbeitsleistung auf unbestimmte Zeit, ist A ein Arbeitnehmer in einer leitenden Funktion (Kaderposition), d.h. seine persönliche Weisungsgebundenheit ist als Spezialist zwar besonders ausgestaltet, trotzdem bleibt er sowohl im Spitalbetrieb integriert, als auch der Spitalleitung unterstellt - jedenfalls administrativ - und arbeiten infolgedessen nicht primär selbstständig. Soweit er als Chefarzt tätig ist, geht die Arbeit nicht auf eigene Rechnung, und erfüllt insofern die geforderten Begriffsmerkmale eines Arbeitsvertrags. Ergo A nimmt in seiner Position als Chefarzt eine Arbeitnehmerstellung ein.

Nebenbei behandelt er aber noch Patienten auf eigene Rechnung in seiner eigenen ins Spital integrierten Praxis. Aus der Formulierung „Behandlung der Patienten auf eigene Rechnung“ ist zu entnehmen, dass A in diesem Bereich selbstständig auftritt, also nicht weisungsgebunden, in andern Worten unabhängig ist. Indizien für solch selbstständiges Auftreten wären unter anderem der Abschluss der Patientenvertrag auf eigenen Namen und die Tragung des Unternehmerrisikos. Dieser Teil der Vereinbarung erfüllt die Begriffskriterien eindeutig nicht. Die Vereinbarung zwischen A und dem Spital entspricht deshalb nicht einem reinen Arbeitsvertrag sondern einem gemischten Vertrag, der unter anderem die Regelung eines Arbeitsverhältnisses beinhaltet. Da ein solches im Gesamtvertrag vorkommt, wenn nicht sogar den Hauptteil darstellt, dazu mehr im nächsten Abschnitt, ist die Einsprache wegen Missbräuchlicher Kündigung prinzipiell zulässig.

Es stellt sich jedoch noch die Frage ob A die Praxis behalten kann. Bei solch gemischten Verträgen, wie dem zwischen A und dem Spital, entspricht der arbeitsvertragsrechtliche Teil regelmässig dem Hauptteil. Auch in casu muss davon ausgegangen werden, dass A die Praxis neben seiner Tätigkeit als Chefarzt wohl nur nebenberuflich führen kann. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung teilt der Nebenteil oft das Schicksal des Hauptteils des Vertrags, d.h. wenn in casu der arbeitsvertragliche Hauptteil aufgelöst wird, so wird auch die Vereinbarung über die Praxis hinfällig.

2. Fälle zum Abschluss des Arbeitsvertrags

Fall 3: „Schwangere Serviertochter“

Sachverhalt: Der Wirt A hat eine Serviertochter angestellt, wobei im Anstellungsgespräch eine eventuelle Schwangerschaft der Serviertochter nicht zur Sprache kam. Nach einigen Wochen. Stellt sich aber heraus, dass sie zur Zeit der Anstellung schwanger war. Der Wirt möchte sie fristlos entlassen.

Lösungsskizze: Der Wirt möchte die Serviertochter fristlos entlassen. Eine fristlose Kündigung im Sinne von OR 337 setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus, die Abs. 2 des besagten Artikels wie folgt umschrieben werden: Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Neben diesem Aspekt muss das Nichterwähnen der Schwangerschaft im Bewerbungsgespräch aus der Sicht des Wirtes ausserdem im Bezug auf eine Anfechtung wegen Willensmangel hin geprüft werden.

Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Thematik einer Schwangerschaft im Bewerbungsgespräch nicht angesprochen wurde. Es fragt sich deshalb ob für die Serviertochter möglicherweise eine ungefragte Mitteilungspflicht bestanden hat. Eine solche Offenbarungs- oder Mitteilungspflicht besteht nur bei Angaben über absolut notwendige Eigenschaften, die vom Arbeitgeber vorausgesetzt werden dürfen und nur in einem sehr eingeschränkten Rahmen. Die Praxis erkennt eine ungefragte Mitteilungspflicht in Fällen an, in denen die Arbeit von einer Schwangeren nicht erbracht werden kann. Dies ist insbesondere der Fall in Berufen, bei welchen es auf Äusserlichkeiten ankommt, wie z.B. Tänzerinnen, Mannequins, Sportlehrerinnen, oder bei Tätigkeiten, welche die Schwangerschaft gefährden können. Im Falle der Serviertochter kann eine Offenbarungspflicht verneint werden. Dazu bleibt insbesondere noch zu sagen, dass eine Schwangerschaft in den Intimbereich einer Angestellten fällt. Die Serviertochter hätte auch auf Anfrage des Wirtes hin, nicht antworten müssen, von einem Teil der Lehre wird in solchen Fällen sogar ein sog. Notwehrlügerecht zuerkannt. Grundsätzlich betrifft die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft einen geschlechtsspezifischen Aspekt. Insofern die Schwangerschaft die vorgesehene Arbeit nicht beeinträchtigen wird, ist die Frage unzulässig. Sie ist im Sinne von Art. 3 Gleichstellungsgesetz diskriminierend, weil damit die Schwangerschaft einem diskriminierenden Wahlkriterium für das Anstellungsverhältnis gleichkäme.

Wie gezeigt hätte die Serviertochter weder auf ein mögliche Frage hinsichtlich der Schwangerschaft antworten müssen, geschweige denn bestand eine Offenbarungspflicht. Sie hat sich absolut korrekt verhalten, weswegen sowohl ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung als auch die Tatbestandsvoraussetzungen einer Täuschung nicht vorliegen. Ihr kann nicht gekündigt werden, da fristlose Kündigung nicht mögliche und eine ordentliche aufgrund des Kündigungsschutzes nach OR 336c Abs. 1 lit.c während der Schwangerschaft ausgeschlossen ist.

Fall 4: „PdA - Mitglied“

Sachverhalt: Der Arbeitgeber A stellt im Anstellungsgespräch dem Bewerber B die Frage, ob er einer linksgerichteten politischen Partei angehöre, was dieser verneint, worauf A ihn anstellt. Einige Zeit später erfährt der Arbeitgeber A aber, dass B Mitglied der PdA ist. Der Arbeitgeber möchte B fristlos entlassen.

Lösungsskizze: A möchte B fristlos entlassen. Eine fristlose Kündigung im Sinne von OR 337 setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus, die Abs. 2 des besagten Artikels wie folgt umschrieben werden: Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Neben diesem Aspekt muss die Lüge des B hinsichtlich seiner Parteizugehörigkeit im Bewerbungsgespräch aus der Sicht des A zusätzlich im Bezug auf eine Anfechtung wegen Willensmangel hin geprüft werden.

Grundsätzlich besteht für den Bewerber eine Wahrheitspflicht gegenüber allen Angaben, die er von sich aus macht und bzgl. Antworten auf zulässige Fragen des Arbeitgebers. Das Fragerecht des Arbeitgebers umfasst die Umstände, die in unmittelbarem objektivem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen. Die Grenze bildet der Persönlichkeitsschutz des Arbeit-

nehmers. Die Frage nach der Parteizugehörigkeit ist weder arbeits- noch betriebsbezogen, da keine Anhaltspunkte dafür sprechen, dass es sich um einen Beruf handelt, bei dem es auf die Parteizugehörigkeit ankäme. Die Frage fällt damit klar in den Privatbereich des B und musste von diesem nicht beantwortet werden. Es stellt sich aber noch die Frage ob B lügen durfte. Ein in der Lehre nicht unumstrittenes Lügerecht besteht, da die Frage nach der Parteizugehörigkeit ganz klar die Privatsphäre des B tangiert und ein Schweigen sich negativ auswirken würde. Folglich mangelt es am wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung oder eine Vertragsanfechtung wegen Willensmangel. Aufgrund der Parteizugehörigkeit kann dem B auch nicht ordentlich gekündigt werden. Dies wäre mit Blick auf OR 336 I lit.b missbräuchlich. B übt mit seiner Parteimitgliedschaft verfassungsmässige Rechte (Vereinsfreiheit, Handlungsfreiheit etc.) aus. Eine Kündigung wäre infolgedessen zwar missbräuchlich und rechtswidrig aber trotzdem rechtsgültig, was einen Entschädigungsanspruch des B zur Folge hätte.

Fall 5: „Rumänische Sekretärin“

Sachverhalt: A macht sich nach seinem Anwaltsexamen selbstständig und muss schon bald eine Sekretärin einstellen. Als Unternehmer ist er bemüht, die Personalkosten möglichst tief zu halten. Deshalb hat er die Rumänin B als Sekretärin angestellt, die er bei einer Ferienreise in Siebenbürgen als Reiseorganisatorin kennen gelernt hatte. Als Mitarbeiterin eines Reisebüros spricht B mehrere Sprachen und auf entsprechende Frage hat sie versichert, dank dem bilateralen Abkommen über die Personenfreizügigkeit könne sie jederzeit in der Schweiz arbeiten. Ist der Arbeitsvertrag nichtig, falls doch eine Arbeitsbewilligung notwendig wäre? (Der Fall ist losgelöst von Eu-Recht unter der Annahme, dass eine Bewilligung nötig ist zu lösen.)

Lösungsskizze: Die Ausländerrechtliche Regelung bildet eine Schranke zum Prinzip der Abschlussfreiheit. Der Vertrag wurde geschlossen ohne, dass die nötige Arbeitsbewilligung vorlag. Gemäss Bundesgericht bewirkt das Fehlen der Arbeitsbewilligung nicht die Ungültigkeit des Arbeitvertrages. Dies würde dazuführen, dass B zwar in der Schweiz nicht arbeiten dürfte, der Arbeitsvertrag an sich jedoch wirksam ist. Dies ist das Problem des Arbeitgebers, der sich nun im Annahmeverzug befindet, denn eigentlich müsste die Arbeitsbewilligung vor Beginn der Arbeit vorliegen. A hätte es folglich an den richtigen Vorbereitungsmaßnahmen fehlen lassen. Der Arbeitgeber trägt die Verantwortung und B müsste es als Jurist so oder so wissen. Er müsste so rasch als möglich ordentlich kündigen um den Annahmeverzug zu durchbrechen. (De lege lata ist für eine rumänische Arbeiterin noch eine Arbeitsbewilligung nötig; aber siehe Abstimmung zur Erweiterung der Personenfreizügigkeit auf Rumänien und Bulgarien!)

3. Fall zum Weisungsrecht und zur Befolgungspflicht

Fall 6: „Solithurn retour“

Sachverhalt: A ist bei der Versicherungsgesellschaft X in Bern als Schadenssachbearbeiter angestellt. Als der Schadenssachbearbeiter im Büro in Solothurn infolge Krankheit für unbestimmte Zeit ausfällt, erhält A vom Abteilungsleiter die Weisung, diesen im Büro Solothurn bei übrigen gleich bleibenden Arbeitsbedingungen zu ersetzen. A weigert sich diesen Arbeitsplatzwechsel hinzunehmen. Zu Recht?

Lösungsskizze: A erhält die Weisung seine Arbeitsleistung in der Filiale in Solothurn anstatt in Bern zu erbringen, was dieser verweigert. Grundsätzlich kommt das Weisungsrecht nur zur Anwendung, soweit die Arbeitnehmerpflichten nicht bereits durch zwingende oder dispositive

Gesetzesnormen, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag, Betriebsordnung oder individuelle arbeitsvertragliche Vereinbarungen festgesetzt wurden¹. Man spricht in diesem Zusammenhang von der sog. subsidiären Geltung des Weisungsrechts. Je klarer ein Arbeitgeber die Pflichten seiner Angestellten im Einzelarbeitsvertrag geregelt hat, desto weniger Raum bleibt ihm für Weisungen. Unter der Annahme, dass Bern als Arbeitsort im Arbeitsvertrag festgelegt wurden, wird A in casu entgegen der angenommenen arbeitsvertraglichen Regelung aufgefordert seinen Arbeitsort zu wechseln. Gemäss der subsidiären Stellung des Weisungsrechts kann die vertragliche (zweiseitige) Bindung dem Grundsatz nach nicht mehr durch eine einseitige abgeändert werden, womit A die Versetzung grundsätzlich verweigern dürfte. Im Einzelfall kann jedoch die vertragliche Abrede nicht eine genügende Schranke gegenüber dem Weisungsrecht des Abteilungsleiters bilden. Denn ausnahmsweise ist eine Änderung des vertraglich festgelegten Arbeitsortes zulässig, wenn sie aus betrieblich zwingenden Gründen erfolgt und für den Arbeitnehmer nicht unzumutbar ist². In einer einzelfallmässigen Interessenabwägung müssen die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach Treu und Glauben nach abgewogen werden. Die Praxis fordert auf Arbeitgeberseite einerseits eine Notsituation, andererseits darf durch die Weisung kein Dauerzustand herbeigeführt werden und die dem Arbeitnehmer entstehenden Mehrbelastungen müssen diesem zumutbar sein. Dabei gilt es folgende Kriterien zu beachten: Distanz und Zeitaufwand für den Arbeitsweg, Mehrkosten, persönliche ausserbetriebliche Verpflichtungen insbesondere auch die Familiensituation. Falls die Versetzung nur von vorübergehender Natur wäre und die Mehrkosten bzw. Reisespesen übernommen würden, kann man die Versetzung als zumutbar betrachten. Denn A hat gemäss Sachverhalt auch keine betrieblichen Verpflichtungen und der zusätzliche Zeitaufwand erscheint mit max. 2 Stunden noch erträglich. A wird ergo die Weisung nach Treu und Glauben mit Blick auf OR 321d akzeptieren müssen.

4. Fälle zur Überstundenthematik

Fall 7: “Programmierte Überstunden“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer A ist als Programmierer für den Arbeitgeber B in einem Kundenbetrieb tätig. Im Zuge dieser Tätigkeit macht A von sich aus zahlreiche Überstunden, was er wöchentlich dem B rapportiert. Der grösste Teil der Überstunden wird aber von B nicht entschädigt, weil er diese nicht verlangt habe und gemäss Arbeitsvertrag nur „angeordnete Überstunden“ entschädigt werden.

Lösungsskizze: A leistet Mehrarbeit, die über die normale betriebliche Arbeitszeit hinausgeht in andern Worten Überstunden im Sinne von OR 321c I. Es fragt sich zuerst ob er zu solchen verpflichtet war, denn nur unter diesen Voraussetzungen hat er auch eine Chance auf Entschädigung. Aus OR 321c OR ergibt sich eine Verpflichtung als Ausfluss der Treuepflicht, wenn die Leistung von Überstunden notwendig und den Arbeitnehmer zumutbar ist. Der Arbeitnehmer wird nicht nur durch die entsprechende Weisung des Arbeitgebers zur Leistung von Überstunden verpflichtet, sondern er kann und muss dies aus eigener Initiative tun, wenn es für den Gang des Betriebs unumgänglich ist und es ihm billigerweise zumutbar ist. Ein Vergütungsanspruch für Überstundenarbeit aus eigenem Antrieb besteht nur dann, wenn diese vom Arbeitgeber genehmigt wird, objektiv notwendig ist oder in guten Treuen vom Arbeitgeber als notwendig erachtet werden durfte³. Hierfür trägt der Arbeitnehmer die Beweislast. A erhält demnach die Überstunden vergütet, wenn sie notwendig waren. Gemäss Sachverhalt

¹ Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 139.

² Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 145.

³ Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 163.

rapporierte A die Überstunden wöchentlich. Da B über Wochen nicht darauf reagierte entsteht für A der Eindruck, dass B diese stillschweigend genehmigt hatte, sie ergo für notwendig erachtet. Diese Interpretation deckt sich mit der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach welcher bei Ausbleiben einer Reklamation in einem Rapportsystem, die Überstunden als genehmigt betrachtet werden dürfen. Die Überstunden waren folglich notwendig und damit entschädigungspflichtig. Der Einwand des B, dass laut Arbeitsvertrag nur angeordnete Überstunden entschädigt werden ist aus folgenden Gründen hinfällig. Der Notwendigkeitsbegriff in OR 321c I ist zwingend und dem widersprechende Vertragsklauseln nichtig. Ergo A hat einen Vergütungsanspruch für die geleisteten Überstunden.

Fall 8: „Judo vs. Überstunden“

Sachverhalt: Die Firma hat gemäss Vertrag auf einen bestimmten Termin ein bestelltes Produkt an den Kunden auszuliefern. Am Vortag des Ausliefertermins, spät nachmittags, wird der Arbeitnehmer A wegen dieser Auslieferung zu Überstunden aufgefordert. Mit der Arbeit konnte im Betrieb nicht früher begonnen werden, weil vergessen worden war Rohmaterial rechtzeitig zu beschaffen. Dieses traf erst am Vortag des Auslieferungstermins im Verlauf des Nachmittags ein. A verweigert die Leistung von Überstunden, da er nach Feierabend zu einem Spezialtraining für die Teilnahme an den Judo-Schweizermeisterschaften antreten müsse. In der Folge wird er fristlos entlassen. Ist diese fristlose Entlassung gerechtfertigt?

Lösungsskizze: Eine fristlose Kündigung im Sinne von OR 337 setzt das Vorliegen wichtiger Gründen voraus, die Abs. 2 des besagten Artikels wie folgt umschrieben werden: Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer nach OR 321d II eine Befolgungspflicht gegenüber den Weisungen des Arbeitgebers, bei deren Verletzung als Folge neben Schadenersatz, Konventionalstrafen sowie der ordentlichen Entlassung auch eine fristlose Entlassung als Rechtsfolge in Frage kommt. In casu muss deshalb geprüft werden ob A zur Leistung der Überstunden verpflichtet gewesen war oder ob er sich der Weisung zu Recht widersetzt hat. Nach OR 321c OR besteht eine derartige Verpflichtung als Ausfluss der Treuepflicht, wenn die Leistung von Überstunden notwendig und den Arbeitnehmer zumutbar ist. Das die Überstunden aus betrieblicher Sicht notwendig waren steht ausser Frage, die Zumutbarkeit hingegen nicht. Diese ist im Einzelfall Mittels Interessenabwägung zu beurteilen. In casu ist zu berücksichtigen, dass die Überstunden enorm kurzfristig angesetzt wurden, denn es gilt die Formel je kurzfristiger, umso unzumutbarer. Zusätzlich muss darauf hingewiesen werden, dass die Überstunden eigentlich vermeidbar gewesen wären, da der auslösende zeitliche Engpass auf einen Fehler des Arbeitgebers zurückgeht. Auf Arbeitnehmerseite hingegen stehen persönliche ausserbetriebliche Verpflichtungen (Spitzensport), die sich nicht verschieben lassen. Nach der Schweizermeisterschaft nützt dem A das Spezialtraining nichts mehr. Aus diesen Gründen fällt die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers aus, womit er mangels Zumutbarkeit nicht zur Leistung der Überstunden verpflichtet gewesen war. Er versties folglich nicht gegen das Weisungsrecht, womit der wichtige Grund für die fristlose Entlassung fehlt. Die Fristlose Entlassung erscheint in diesem Fall als ungerechtfertigt.

5. Fälle zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses

Fall 9: „Bundesgerichtliche Kritik“

Aus einem Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juli 2002 (2A. 118/2002 E. 3.5.):“ Die Vorinstanz äussert sich, entgegen den Vorgaben des Beschwerdeführers in seinem Formulierungs-

vorschlag, zu seinem Verhalten nur insoweit, als Leistungen und Verhalten erlaubt hatten, ihn zum Gruppenchef zu befördern. Die Vorinstanz hielt fest, dass dem Beschwerdeführer unter anderem mangelnde Kooperation und der Umstand, sich Weisungen von Vorgesetzten widersetzt zu haben, vorgeworfen worden war. Sie kam zum Schluss, es liege nicht im Interesse des Beschwerdeführers, dass seine Verhaltensprobleme Eingang in das Schlusszeugnis fänden; es sei aber auch zu Recht nicht eine zusätzliche positive Formulierung aufgenommen worden...“ Wie sind die zitierten Erwägungen des vorinstanzlichen Gerichts (kantonales Obergericht) zu beurteilen? Kann insbesondere ohne das Einverständnis des Arbeitnehmers entsprechend dem Bestreben des Arbeitgebers auf die Beurteilung der Sozialkompetenz des Arbeitnehmers verzichtet werden?

Lösungsskizze: Die Pflicht des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer eine Arbeitszeugnis auszustellen ergibt sich aus seiner Fürsorgepflicht. Der Inhalt eines sog. Arbeitvollzeugnis richtet sich nach den Vorgaben von OR 330a I. Es beinhaltet zwingend die Beurteilung der Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers, damit eingeschlossen auch dessen Sozialkompetenz. Ergo hat der Arbeitnehmer ein Recht auf Beurteilung seiner Sozialkompetenz, d.h. das Obergericht lag mit seinen Erwägungen falsch.

Unterlässt der Arbeitgeber die Beurteilung der Sozialkompetenz verstösst er gegen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der inhaltlichen Gestaltung von Arbeitszeugnissen insbesondere gegen das Vollständigkeits- und das Klarheitsgebot. Bei Verletzung dieser Grundsätze kann der Arbeitgeber Schadenersatz pflichtig einerseits gegenüber den Arbeitnehmer wegen Vertragsverletzung nach OR 97 ff. werden und andererseits gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung nach OR 41.

In casu wäre der Arbeitnehmer gut beraten gewesen, das Arbeitszeugnis zu akzeptieren. Denn die Beurteilung der Sozialkompetenz erfolgt im Lichte des Wahrheitsgebots, so dass er auch mit einer wohlwollenden Beurteilung wohl nur unvorteilhaft wegstämme.

Fall 10: „Pädophiler Lehrlingsausbildner“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer A ist langjähriger Lehrlingsausbildner der Firma X. In seiner Freizeit als Fussballtrainer der Juniorenmannschaft hat er sich sexueller Handlungen mit Jugendlichen zu Schulden kommen lassen und ist deswegen strafrechtlich verurteilt worden. Er wird von der Firma X entlassen. In seinem Arbeitszeugnis steht (u.a.): „A ist ein langjähriger tüchtiger Lehrlingsausbildner. Das notwendige Vertrauen in ihn ist aber, nachdem er wegen sexuellen Handlungen mit Jugendlichen in einem Fussballclub strafrechtlich verurteilt worden ist, unsererseits nicht mehr gegeben.“ A will dieses Zeugnis nicht akzeptieren. Zu Recht?

Lösungsskizze: Der Inhalt eines sog. Arbeitvollzeugnis richtet sich nach den Vorgaben von OR 330a I. Es beinhaltet zwingend die Beurteilung der Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers. Das Verhalten muss im Zusammenhang zum Arbeitsverhältnisses stehen. Grundsätzlich sollten die Verhaltensweisen des A in seinem Privatleben keine Beachtung in seinem Arbeitszeugnis finden. Zwischen A's Tätigkeiten in seiner Freizeit und denen im Beruf bestehen jedoch sachliche Zusammenhänge, was die ganze Sache aus folgenden Gründen doch sehr heikel macht. Rechtlich gesehen bildet ein Arbeitszeugnis, neben einem Mittel zur Fürsorge des Arbeitnehmers für das Weiterkommen des Arbeitnehmers bei Stellenwechsel, auch ein Informationsmittel für künftige Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber kann gegenüber Dritten bei Verstoss gegen die von der Rechtsprechung entwickelten inhaltlichen Gestaltungsgrundsätze, d.h. wenn sein Arbeitszeugnis einen falschen Schein erweckt, aus unerlaubter Handlung im Sinne von OR 41 Schadenersatzpflichtig werden.

Zur Problematik dieses Falls besteht keine feste Rechtsprechung. Gemäss BRÜHWILER gehören derartige Informationen nicht in ein Arbeitszeugnis. Einerseits spricht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus OR 330a dagegen und andererseits wäre es wohl auch ein Verstoß gegen Art. 3 lit. d DSG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 ebenfalls Datenschutzgesetz. Danach darf die Verarbeitung von Personendaten nicht die Persönlichkeit eines Menschen verletzen. Für solche Fälle bedarf es der besonderen Rechtfertigungsgründe nach Art. 13 DSG. Gemäss BRÜHWILERS Ansicht wehrt sich A damit zu Recht. Er könnte die Abänderung mittels Berichtigungsklage fordern, wobei er die Beweislast trägt.⁴

Fall 11: „Wahre aber rechtswidrige Referenzauskunft“

Sachverhalt: A war ein tüchtiger Mitarbeiter der Firma X und erhielt bei seinem Austritt auch ein entsprechend gutes Arbeitszeugnis. Anlässlich einer späteren Referenzauskunft über A lässt der Personalchef der Firma X die (wahrheitsgemässe) Behauptung fallen, A habe gewisse finanzieller Schwierigkeiten gehabt, worauf A die in Aussicht stehende Arbeitsstelle nicht erhält. Kann er dafür seinen früheren Arbeitgeber belangen?

Lösungsskizze: Aufgrund der aus OR 330a fliessenden Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber zur Auskunftserteilung über den Arbeitnehmer an Dritte verpflichtet. Sog. Referenzauskünfte sind besondere Formen des Arbeitszeugnisses. Im Grundtenor sollte eine Referenzauskunft mit dem ausgestellten Arbeitszeugnis im Einklang stehen. Bezüglich des Inhalts gelten für sie dieselben Grundsätze wie für das Arbeitszeugnis, ausserdem bedürfen sie mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 DSG der Zustimmung durch den Arbeitnehmer. Im Arbeitszeugnis wie bei Referenzen beschränkt sich die Beurteilung auf Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers in diesem. Die Auskunft des Referenten betrifft jedoch in keiner Weise das Arbeitsverhältnis, da es sich bei der finanziellen Lage des A um eine rein private Angelegenheit handelt. Die Referenzauskunft war folglich rechtswidrig und hätte nicht gemacht werden dürfen. Der Personalchef der X AG verletzte damit die nachwirkende Fürsorgepflicht als Arbeitgeber, und damit eine Vertragspflicht. Die X AG wird schadenersatzpflichtig nach OR 97, und schuldet A das positive Interesse. Dieser trägt im Prozess die volle Beweislast für die Fürsorgepflichtverletzung durch den Arbeitgeber, die Kausalität und den eingetretenen Schaden.

6. Fälle zu Gleichstellung von Mann und Frau

Fall 12: „Überbetrieblicher Lohnvergleich“

Sachverhalt: Die Bauzeichnerin A erhält zwar den gleichen Lohn wie ihre männlichen Bauzeichner im Betrieb, verlangt aber, weil Bauzeichner in einer anderen Unternehmung auf dem Platz einen höheren Lohn beziehen, einen entsprechend höheren Lohn.

Lösungsskizze: Laut BV 8 Abs. 3 haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Diese Verfassungsnorm hat sowohl Grundrechtscharakter als auch direkte Wirkung im Privatrecht. A verdient gleich viel wie ihre männlichen Betriebskollegen, jedoch weniger als Männer in andern Unternehmungen. In casu geht es folglich um die Frage des räumlichen und sachlichen Geltungsbereichs des Lohngleichheitsprinzips. Grundsätzlich gilt dieses nur für Arbeitsverhältnisse des gleichen Arbeitgebers, denn das Lohngleichheitsprinzip setzt für gleichwertige Arbeit keine bestimmte Höhe des Lohns fest sondern will al-

⁴ Vgl. BGE 129 III 177 E. 3.3.

lein diskriminierende Lohnunterschiede verhindern⁵. Eine überbetriebliche Lohngleichheit kann sich höchstens durch Lohntarife in einem GAV realisieren. Ein solcher liegt in casu nicht vor, weshalb der Arbeitgeber sich nur für die Lohngleichheit innerhalb seines Betriebs kümmern muss. A verdient gleich viel wie ihre männlichen Kollegen im Betrieb. Es liegt keine Verletzung von Gleichstellung von Mann und Frau vor. Was andere Betriebe für diese Tätigkeit bezahlen spielt vom rechtlichen Aspekt her gesehen keine Rolle. A hat folglich keinen Anspruch auf einen höheren Lohn.

Fall 13: „Frauenförderung mit Quoten“

Sachverhalt: Um eine Kaderstellung in einer Unternehmung bewerben sich mehrere Männer und Frauen. Zuletzt stehen eine Bewerberin und ein Bewerber, welche die gleichen Qualifikationen haben, in der engsten Wahl. Die Bewerberin wird angestellt, gestützt auf eine unternehmerische Richtlinie, dass bei gleichen Qualifikationen einer Bewerberin und eines Bewerbers der Bewerberin der Vorzug zu geben sei. Der Übergangene Bewerber macht Diskriminierung geltend.

Lösungsskizze: Der Bewerber fühlt sich benachteiligt und macht eine Anstellungsdiskriminierung geltend. Ob eine Diskriminierung vorliegt beurteilt sich anhand der Kriterien des Gleichstellungsgesetzes (GIG), nach dessen Art. 3 von Anstellung bis Beendigung von Arbeitsverhältnissen jegliche Diskriminierung, ob direkt oder indirekt, auf Grund des Geschlechts verboten ist. In casu werden Frauen gestützt auf eine innerbetriebliche Richtlinie zur Frauenförderung bei gleicher Qualifikation den Männern vorgezogen. Dadurch werden gleich gut qualifizierte Männer auf Grund ihres Geschlechts benachteiligt. Was auf den ersten Blick stark nach einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aussieht lässt sich mit dem Grundsatz der Gleichstellungsgrundsatz aus folgenden Gründen vereinbaren. Das GIG wurde vor dem Hintergrund der Frauendiskriminierung erstellt, womit die Förderung von Frauen nicht diskriminierend sein kann. Art. 3 Abs. 3 GIG erlaubt denn auch eine angemessene Frauenförderung. Massnahmen zur Frauenförderung, sog. Quotenregelung in der Umgangssprache, sind nach Bundesgericht solange angemessen als sie Ausnahmen berechtigt. Die Richtlinie zur Frauenförderung ist im Sinne des GIG angemessen. Nach der Rechtsprechung wäre die Bevorzugung sogar berechtigt, wenn die Frau leicht schlechter qualifiziert wäre. Diese muss vor dem realen Hintergrund der Arbeitswelt verstanden werden, da früher Frauen in der Ausbildung heute häufiger Mängel hatten als heute. Der Bewerber wurde ergo nicht benachteiligt im Sinne einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes. Zusätzlich bleibt zu sagen, dass das GIG geschlechtsneutral ist, d.h. wenn nun in der Unternehmung bereits 70 Prozent Frauen arbeiten würden, wäre die Richtlinie nicht mehr angemessen.

7. Fälle zum Lohn

Fall 14: „Verweigerter Bonus“ (realer BGE)

Sachverhalt: Der Consultant A hat einen jährlichen Grundlohn von Fr 120'000. In seinem Arbeitsvertrag steht ferner geschrieben: „A erhält im Januar des folgenden Kalenderjahres ausserdem einen Bonus, dessen Ausrichtung vom Erreichen der vorgegebenen persönlichen Honorarumsatzziele abhängt. Es besteht jedoch kein Rechtsanspruch auf den Bonus. Eine

⁵ Es ist umstritten, ob ein überbetrieblicher Vergleich bei notorisch unterbezahlten Frauenberufen mit gleichartigen Tätigkeiten, die vor allem durch Männer ausgeführt werden, zulässig ist. Wogegen ein solcher überbetrieblicher Vergleich im öffentlichen Recht zur Einstufung von Lohnklassen zulässig sein kann, wird man im privatrechtlichen Bereich Lohnvergleiche auf die betriebliche Situation des gleichen Arbeitgebers beschränken; Vgl. VISCHER a.a.O. S. 92.

Bonuszahlung entfällt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer sich im Zeitpunkt der Fälligkeit in einem gekündigten Arbeitsverhältnis befindet.“ A hat im zurückliegenden Kalenderjahr seine Honorarumsatzziele voll erreicht. Im November hat er sein Arbeitsverhältnis auf Ende Februar gekündigt. Im Januar wird ihm wegen des gekündigten Arbeitsverhältnisses die Bonusauszahlung verweigert. A fordert den Bonus trotzdem.

Lösungsskizze: Dem A wird in seinem Arbeitsvertrag einen von dessen persönlichen Honorarumsatzzielen abhängigen Bonus in Aussicht gestellt. Eine solche Erfolgsvergütung ist ein variabler Lohnbestandteil, und anders als der fixe Zeitlohn abhängig vom Erreichen vorgegebenen Leistungszielen. Der Bonus ist nicht explizit im Gesetz geregelt. Oft steht er in einer stärkeren Relation zum Geschäftsergebnis als die Gratifikation nach 322d OR. Die Grundsätze, die für die Gratifikation und den Anteil am Geschäftsergebnis entwickelt wurden, gelten auch für den Bonus. In der Lehre ist noch nicht ganz geklärt, ob es sich bei Boni eher um Gratifikationen, um einen Anteil am Geschäftsertrag oder einer Mischung von beiden handelt. Die Frage stellt sich vor dem Hintergrund, dass in der Praxis zumindest in den grösseren Betrieben, der Bonus weitgehend entpersönlicht und häufig seiner für eine Gratifikation sprechende Charakteristik als völlig freiwillige, unentgeltliche Leistung enthoben, ausbezahlt wird. In solcher Gestalt nimmt der Bonus mehr und mehr die Funktion ein, dem Arbeitnehmer einen gewissen Anteil am Geschäftsanteil des Unternehmens zu sichern⁶.

Es ist im Einzelfall zu klären, welchen arbeitsrechtlichen Charakter der Bonus aufweist. In casu ist die Vereinbarung genauer zu analysieren. Für die Annahme einer Gratifikation nach OR 322d sprechen in casu folgende Punkte. Beim Bonus des A handelt es sich um eine Sondervergütung neben dem Grundlohn, die nicht bloss für das einfach Zurverfügungstellen der Arbeitskraft auf Zeit ausbezahlt wird, sondern aus zusätzlichen Motiven, insbesondere als Ansporn zu und als Belohnung für gute Leistungen. Gerade die Akzessorietät zum Basislohn ist typisch für eine Gratifikation, sowie der Fakt, dass der Bonus dem Grundsatz und der Höhe nach eine freiwillige Sondervergütung des Arbeitgebers ist, auf die kein Rechtsanspruch besteht, ohne aber eine Schenkung zu sein. Es ist wohl eher von einer Gratifikation auszugehen. Grundsätzlich hat der A nach OR 322d nur einen Anspruch auf eine solche, wenn sie verabredet ist. In casu liegt zwar eine Verabredung vor, diese nennt Bedingungen. Gratifikationen dürfen von Bedingungen abhängig gemacht werden, solange diese im Rahmen der allgemeinen Schranken zulässig sind. In casu muss A noch in ungekündigtem Anstellungsverhältnis stehen. Eine solche Bedingung ist weder rechts- noch sittenwidrig, solange die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers nicht gefährdet wird, und weder eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, noch die Kündigungsfreiheit übermässig beschränkt wird. Mit Blick einerseits auf seinen hohen Fixlohn, verdient er doch mit 120'000 Fr. pro Jahr immerhin 10'000 Fr. im Monat, und andererseits auf die Kündigung seinerseits kann dies ausgeschlossen werden⁷. Die Bedingung ist foglich zulässig, womit A keinen Anspruch auf den Bonus hat.

Anders die Meinung des Bundesgerichts, welches sagt, dass darauf abzustellen sei ob die Parteien verbindlich Geld für das Erreichen der persönlichen Honorarziele vereinbart haben. Wenn dies wie in casu vereinbart worden ist, handle es sich bei diesem um einen Lohnbestandteil nach 322 OR, welche nicht an Bedingungen geknüpft werden dürfen. Nach dieser Meinung wäre die Bedingung unzulässig und A hätte Anspruch auf den Bonus.

⁶ VISCHER, a.a.O. S. 103.

⁷ Missbräuchlich wäre eine Kündigung seitens des Arbeitgebers dann, wenn sie nur erfolgte um die Auszahlung einer Gratifikation zu verhindern; VISCHER, a.a.O. S. 106.

Fall 15: „Von der Maschine ins Archiv“

Sachverhalt: Der Maschinenassistent A, der seine Arbeit stehend verrichten muss, wird wegen eines Knieleidens vom Arzt für 14 Tage 50% arbeitsunfähig geschrieben. Der Vorgesetzte will dem A darauf ganztägige Arbeit im Archiv, bei der A sitzen kann, zuweisen. A macht geltend, laut Arztszeugnis müsse er nur noch halbtags arbeiten. Zudem entspreche die Archivarbeit nicht seinem arbeitsvertraglichen Aufgabenbereich.

Lösungsskizze: A vertritt die Meinung, dass er nur 50 % arbeitsfähig und als Maschinisten gemäss seinem Arbeitsvertrag nichts im Archiv verloren hätte. Er macht eine Verhinderung der Arbeitsleistung geltend. In diesem Fall geht es um die Thematik von Lohnfortzahlungen bei Verhinderung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer. Es fragt sich ob für A einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach OR 324a besteht. Folgende Voraussetzungen müssen für einen solche vorliegen: Eine Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers, Verhinderungsgründe (in der Person des Arbeitnehmers liegend), Schuldlosigkeit des Arbeitnehmers und eine gewisse Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Die Arbeitsverhinderung ist immer mit Blick auf die konkret geschuldete Arbeitsleistung im Einzelfall hin zu betrachten. Die 50% Arbeitsunfähigkeit wurde im Bezug auf die geschuldete Arbeitsleistung als Maschinenassistent, einer Tätigkeit die im Stehen verrichtet wird, diagnostiziert. A macht sie jedoch für alle möglichen Arbeiten geltend machen zu wollen, was grundsätzlich falsch ist. Der Vorgesetzte kann aber ebenfalls nicht alleine entscheiden welche Tätigkeiten von der Arbeitsunfähigkeit nicht betroffen sind, da es sich um eine medizinische Frage dreht. Er hätte beim Arzt abklären lassen sollen, ob eine 100% Arbeitsleistung individuell konkret bezogen auf die Archivarbeit möglich sind. Käme der Arzt dann zum Schluss, dass A sitzend einer ganztägigen Arbeit nachgehen kann, so kann der Vorgesetzte diese Tätigkeit prinzipiell verlangen.

Es muss jedoch noch geprüft werden, ob die Tätigkeit im Archiv, da ausserhalb der vertraglich geschuldeten Tätigkeit stehend, eingefordert werden kann. Gestützt auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers kann eine solche Tätigkeit, falls zumutbar, vorübergehend verlangt werde, was in casu bei einer Dauer von 14 Tagen bejaht werden kann. Bei einer Weigerung liegt eine Verletzung des Arbeitsvertrags mit den damit verbundenen Folgen vor. Weiteres Beharren kann als Kündigungsgrund geltend gemacht werden.

Fall 16: „Vorbehaltsklauseln“

Sachverhalt. Gemäss Arbeitsvertrag hat der Arbeitnehmer A bei Krankheit Anspruch auf Lohnfortzahlung von 100% während maximal 2 Jahren. Zur Absicherung des Lohnzahlungsrisikos hat der Arbeitgeber eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen. Im 2. Dienstjahr hat A einen Rückfall in ein früheres Rückenleiden und ist 6 Monate arbeitsunfähig. Die Krankentaggeldversicherung verweigert Taggeldleistungen, weil es sich um ein vorbestandenes Leiden handle. Der Arbeitnehmer A verlangt nun von der Unternehmung volle Lohnzahlung während 6 Monaten.

Lösungsskizze: A fordert Lohnfortzahlung während seiner 6monatigen Arbeitsunfähigkeit in Folge eines Rückenleides. Laut seinem Arbeitsvertrag stehen ihm diese auch zu und zwar während 2 Jahre zu 100%. Es handelt sich dabei um eine vertragliche Abweichung von der minimalen gesetzlichen Lohnfortzahlungsordnung nach OR 324a Abs. 2. Eine solche ist nach OR 324a Abs. 4 nur zulässig, wenn sie im Ganzen mindestens gleichwertig wie die gesetzliche Regelung ist. Massgeblich ist die abstrakte Gleichwertigkeit im Hinblick auf alle erdenklichen Krankheitsrisiken. Die vertragliche Regelung ist mehr als nur gleichwertig und damit zweifelsfrei rechtsgültig. A beruft sich zu Recht auf sie und kann von seinem Arbeitgeber den vollen Betrag für 6 Monate fordern. Der Fakt, dass sich die Krankentaggeldversicherung wei-

gert zu zahlen spielt für den Arbeitnehmer keine Rolle. Die Krankentaggeldversicherungsverträge sind bloss eine interne Regelung zwischen dem Arbeitgeber und der Versicherung. Oft werden darin Vorbehalte eingebracht, nach denen die Leistungspflicht ausgeschlossen werden kann (sog. Vorbehaltsklauseln). Der Arbeitgeber müsste diese beachten und im Arbeitsvertrag festschreiben, z.B.: Vorbehaltsklauseln werden nach der gesetzlichen Fortzahlung behandelt, was er laut Sachverhalt nicht getan hatte. In diesem Fall kann er dem Arbeitnehmer die Klauseln nicht vorhalten. A erhält den geforderten Betrag.

Variante: Bei der Anstellung gab der Arbeitnehmer A in einem Fragebogen der Personalabteilung an, er habe bisher keine schweren Krankheiten oder Unfälle erlitten.

Lösungsskizze: Obwohl A bereits früher einmal eine schwere Krankheit erlitten hatte verneinte er besagte Frage des Arbeitgebers. Möglicherweise hat A damit den Arbeitgeber getäuscht. Die Frage des Arbeitgebers war berechtigt. Dieser hat ein unmittelbares objektives Interesse an der wahrheitsgemässen Beantwortung. Der Vertrag könnte wegen Täuschung nach OR 28 angefochten werden. Unter Annahme, dass die restlichen Tatbestandsmerkmale der absichtlichen Täuschung erfüllt sind, käme es zur Unwirksamkeit des Vertrag ex nunc und der Arbeitnehmer hätte infolge dessen keinen Anspruch, denn die Lohnzahlungspflicht setzt das Bestehen eines Arbeitsvertrags voraus.

Fall 17: „Verlängerter Mutterschaftsurlaub“

Sachverhalt: Gemäss Arbeitsvertrag hat die Arbeitnehmerin A Anspruch auf 14 Wochen bezahlten Mutterschaftsurlaub, wovon 6 Wochen vor der Niederkunft zu beziehen sind. Demgemäss bezieht die Arbeitnehmerin A ihren Mutterschaftsurlaub 6 vor und 8 Wochen nach ihrer Niederkunft. Anschliessend fordert sie gemäss Vorschriften über die Mutterschaftsversicherung nach 6 weitere Wochen Mutterschaftsurlaub mit 80% Lohnzahlung vom Arbeitgeber. Der Arbeitgeber lehnte ab, weil er ja schon 14 Wochen Mutterschaftsurlaub gewährt habe und erst noch zum vollen Lohn.

Lösungsskizze: Die vertragliche Vereinbarung widerspricht der gesetzlichen Regelung in OR 329f, wonach der Arbeitnehmerin 14 Wochen Schwangerschaftsurlaub nach der Niederkunft zustehen und nicht nur max. 8, wie es die vertragliche Regelung impliziert. Unter der Annahme dass sie die Voraussetzungen von Art. 16b Abs. 1 EOG erfüllte⁸, also während der 9 Monaten vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, in diesem Zeitraum mindestens 5 Monate einer Erwerbstätigkeit nachging, steht A nach EOG während den 14 Wochen des Mutterschaftsurlaubs eine Tagesgeldleistung zu, welches 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, höchstens 172 CHF.- pro Tag, also monatlich max. 6450 CHF, entspricht. Diese Regelungen sind zwingend. Die Mutter soll sich in der ersten Phase nach der Geburt ganz dem Kind widmen können. Eine vertragliche Spezialregelung ist nur gültig, soweit sie die gesetzlichen Vorgaben nicht beschneidet In casu hat A folglich einen Anspruch auf weitere 6 Wochen Mutterschaftsurlaub und Anspruch auf Taggeld aus der Mutterschaftsversicherung.

⁸ Voraussetzung für einen Anspruch auf Taggeld ist nach Art. 16b Abs.1 EOG, dass die Arbeitnehmerin während der 9 Monaten vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, in diesem Zeitraum mindestens 5 Monate einer Erwerbstätigkeit nachging und im Zeitpunkt der Geburt Arbeitnehmerin oder Selbstständigerwerbende ist bzw. im Betrieb des Ehemannes Barlohn bezieht. Fehlt eine Voraussetzung bekäme sie bei strenger Auslegung weder aus der Mutterschaftsversicherung noch aus OR 324a Abs. 3 einen Lohnfortzahlungsanspruch. Es ist deshalb von einer Gesetzeslücke auszugehen, die durch die Annahme einer Lohnfortzahlungspflicht gemäss OR 324a Abs. 3 zu füllen ist; Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 135f..

Fall 18: „Taggeldberechnung beim Mutterschaftsurlaub“

Sachverhalt: Die im 2. Dienstjahr stehende Arbeitnehmerin A bezieht nach der Geburt ihres Kindes während 14 Wochen die Mutterschaftsentschädigung von maximal 172 CHF.- pro Tag. Ihr täglicher Lohnausfall beträgt aber 300 CHF.-. Deshalb verlangt sie vom Arbeitgeber Lohnaufzahlung von täglich 128 CHF.- während der 14wöchigen Mutterschaftsentschädigung.

Lösungsskizze: Die Tagesgeldleistung welches der Arbeitnehmer nach EOG während 14 Wochen nach der Niederkunft zustehen, entsprechen 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, höchstens 172 CHF.- pro Tag, also monatlich max. 6450 CHF. A bezieht mit 172 CHF.- pro Tag die höchstmögliche Entschädigung. Eine Bezugspflicht besteht während 8 Wochen. Die A fordert jedoch den vollen Betrag von 300 CHF während 14 Wochen. Grundsätzlich ersetzt das Taggeld aus der Mutterschaftsversicherung die Lohnfortzahlungspflicht nach der Niederkunft, weshalb das Wort „Niederkunft“ aus dem Abs. 3 von OR 324a gestrichen wurde. Dass dabei Frauen mit höherem Einkommen und acht oder mehr Dienstjahren nach der Regelung über Lohnfortzahlungspflicht mehr erhielten als nach den EOG-Regeln ist ein offensichtlich gewollter Umverteilungseffekt und wäre damit hinzunehmen⁹. Folgt man der Auffassung, so stellt die Mutterschaftsversicherung zwar eine obligatorische gesetzliche Versicherung, aber nicht eine im Sinne von OR 324a, dar. Eine Anwendung des Tatbestands von 324b fiele ausser Betracht, d.h. A käme mit ihrer Forderung nicht durch und muss sich mit 172 CHF pro Tag begnügen.

Folgt man hingegen der Auffassung, dass die Mutterschaftsversicherung eine obligatorische gesetzliche Lohnausfallversicherung im Sinne von OR 324a ist, dann muss die Anwendung der Zusatznorm von OR 324b geprüft werden. Gemäss 324b hat der Arbeitnehmer keine Lohnfortzahlungspflicht, soweit die obligatorische gesetzliche Versicherung mindestens 80% (Abs. 1) des entfallenden Lohnes abdeckt. Erreicht die Deckung nicht 80% so hat er die Differenz zu übernehmen (Abs. 2). Da 324b OR eine Zusatznorm zu 324a OR ist folgt daraus, dass diese Lohnaufzahlungspflicht nur während der beschränkten Zeit nach 324a bestehen kann. Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht richtet sich nach den Skalen der Gerichte. Nach der sog. Berner¹⁰- oder andern Skalen erhalte A nach 2 Dienstjahren zwischen einem bis zwei Monaten Anspruch auf Lohnfortzahlung. Sie bekäme nach dieser Meinung folglich während einem bis zwei Monaten vom Arbeitgeber zusätzlich 68 CHF (80% von 300 weniger 172) pro Tag. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Thematik noch nicht geäußert, so dass beide Meinungen vertretbar erscheinen.

Fall 19: „Stromunterbruch in der Fabrik“

Sachverhalt: Infolge eines Brandes im Elektrizitätswerk steht in einer Fabrik nicht genügend Energie zur Verfügung. Die Maschinen stehen still. Der Arbeitgeber schickt seine Arbeitnehmer nach Hause. Haben die Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn?

Lösungsskizze: Es fragt sich ob die Arbeiter einen Lohnanspruch haben, obwohl sie keine Arbeit geleistet haben bzw. leisten konnten. Nach OR 324 bleibt der Arbeitgeber zur Zahlung des Lohns verpflichtet, wenn die Arbeit infolge seines Verschuldens nicht geleistet werden

⁹ Das EOG ist diesbezüglich nur relativ zwingend, d.h. die Parteien könne Zusatzleistungen bezüglich Betrag und Dauer der Lohnfortzahlung vertraglich vereinbaren; VISCHER, a.a.O. S. 135.

¹⁰ Die sog. Bernerskala, ausgearbeitet von Spitzenverbänden der Wirtschaft, wird von einer Vielzahl von Gerichten angewandt. Sie gibt dem Arbeitnehmer einen Lohnfortzahlungsanspruch während eines Monats ab dem 2. Dienstjahr, 2 Monate ab dem 3. Dienstjahr, 3 Monate ab dem 5. Dienstjahr, sowie 4 bzw. 5 Monate ab dem 10. Bzw. 15 Dienstjahr. Dabei sind unbezahlter Urlaub, Lehrjahre oder Saisonpausen in der Regel an die Dienstzeit anzurechnen; Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 131.

kann oder er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt, obschon die Arbeitnehmer ihm ihre Arbeitsleistung anbieten. In casu liegt mit dem Stromunterbruch ein unverschuldeter Annahmeverzug infolge einer Betriebsstörung vor. Grundsätzlich trägt der Arbeitnehmer das Risiko für Störungen im Betriebsablauf (sog. Betriebsrisiko) und für wirtschaftliche Schwierigkeiten (sog. Wirtschaftsrisiko). Ihm obliegt die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Arbeitsleistungen geleistet werden kann. Weist der Arbeitgeber das Arbeitsangebot des Arbeitnehmers zurück oder unterlässt er die nötigen Vorbereitungs-/Mitwirkungshandlungen, so gerät er in Annahmeverzug nach OR 324, was heisst, dass der Lohn geschuldet bleibt¹¹. In casu schickt er die Arbeiter nach Hause und weist ihr Leistungsangebot ab bzw. nimmt die notwendigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vor. Er muss ihn deshalb gestützt auf OR 324 den Lohn zahlen. Die Arbeiter haben keine Nachleistungspflicht, auch wenn den Arbeitgeber keine Schuld trifft. Nach dieser Auffassung ist die Arbeitszeit als Pflicht auf eine unbestimmte Zeit zu sehen.

Versteht man darunter jedoch wie Rehbinder eine Fixschuld, nach der die Leistung nur in einer genauen Frist erbracht werden kann, so wäre rechtliche subjektive Unmöglichkeit nach OR 119 möglich. Letztgenannte Auffassung wird in der Lehre stark kritisiert und ist nach BRÜHWILER mit Blick auf OR 324 falsch.

Fall 20: „Streikbedingter Stromunterbruch“

Sachverhalt: Wie ist im Fall 19 zu entscheiden, wenn Energie fehlt, weil im Elektrizitätswerk gestreikt wird?

Lösungsskizze: Mit dem Streik im Elektrizitätswerk handelt es sich um eine Streikbedingte Betriebsstörung. Auch hier lässt sich der Fall über den Annahmeverzug nach OR 324 lösen. Im Unterschied zu Fall 19 wird die Lage nach h.L. jedoch anders gehandhabt. So entfällt die Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber, wenn er wegen eines Arbeitskamps, sprich Streiks, die arbeitswilligen Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen kann, da z.B. im für das Unternehmen überlebenswichtigen Energiesektor gestreikt wird. Was sich innerbetrieblich mit Suspensionstheorie¹² und dem Prinzip der Kampfparität zwischen den Sozialpartnern begründet lässt, erscheint überbetrieblich doch recht fraglich. Gerechtfertigt wird diese Auffassung durch die Sphärentheorie, nach der die Ursache für die Betriebsstörung in die Sphäre der Arbeitnehmerschaft als Kollektiv fällt. Nach dieser Theorie soll bei Arbeitskämpfen die Arbeitnehmerschaft das Risiko des Lohnausfalls, der Arbeitgeber das Risiko des wirtschaftlichen Verlusts tragen, das sich aus dem Arbeitsausfall entsteht. Die Arbeiter haben keinen Lohnfortzahlungsanspruch aus OR 324. Diese rechtliche Einstufung ist als Berichtigung einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage, d.h. als richterliche Lückenfüllung zu betrachten.

Hier setzt der erste Kritikpunkt an. Gesetzes berechtigendes Richterrecht ist wirklich nur unter ganz besonderen Umständen möglich. Es fragt sich ob diese strengen Kriterien erfüllt sind. Ausserdem ist die Streikfreiheit in der BV verankert, was eine ungerechtfertigte Pönalisierung durch ungerechtfertigte Verteilung der Lasten doch sehr fraglich erscheinen lässt. Ein weiterer Kritikpunkt ist die überbetriebliche echte Solidarität. In der Realität fehlt eine solche unter den verschiedenen Arbeitergruppe oft. Dementsprechend ist der Gedanken der überbetriebliche Solidarität ist im schweizerischen Recht nur unter grosser Zurückhaltung anzunehmen. Nach neueren Auffassungen ist der Lohnanspruch nach OR 324 nur nicht mehr gegeben,

¹¹ Im Gegensatz zu den allgemeinen Verzugsregeln von OR 95 kann der Arbeitnehmer nach der arbeitsrechtlichen Sonderregelung von OR 324 kein Vertragsrücktrittsrecht geltend machen, sondern nur einen Lohnzahlungsanspruch während der Dauer des Arbeitsverzugs. Der Arbeitgeber kann sich seinerseits nicht auf den Erlösungsgrund der unverschuldeten Unmöglichkeit nach OR 119 berufen; Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 122.

¹² Nach der Suspensionstheorie entfällt der Lohnzahlungsanspruch für streikende Arbeitnehmer, da mit der Teilnahme am Streik die Hauptpflicht aus dem Arbeitsverhältnis (Arbeits- und Lohnzahlungspflicht) für die Streikdauer suspendiert wird; Vgl. VISCHER a.a.O. S. 123.

wenn die Arbeitnehmer am Streikergebnis direkt teilhaben, was in casu doch schwer zu bezweifeln ist. Eine ähnliche Lösung trifft das Arbeitslosenversicherungsrecht, welches bei Arbeitsausfällen auf Grund eines Arbeitskampfes im Betrieb nicht einsteht, jedoch bei Ausfällen wegen Streiks in Drittbetrieben unter Umständen Beiträge ausrichtet¹³.

8. Fälle zur Ferienthematik

Fall 21: „Ferienanspruchskürzung eines stark rauchenden Workaholics“

Sachverhalt: A arbeitet schon seit 24 Jahren als Buchhalter im Treuhandbüro X. Während dieser Zeit arbeitete und rauchte er viel, schlief wenig. Seine Arbeitskollegen wunderten sich deshalb nicht, dass er wegen einer chronischen Bronchitis vom Arzt für 4 Monate in eine Kur geschickt wurde. Zurück an seinem Arbeitsplatz findet er eine Notiz seines Chefs vor, wonach sein Ferienanspruch wegen der Kur um 1/3 gekürzt werde. A protestiert dagegen, worauf der Chef ihm einen Kompromiss anbietet: A könne seine Ferien voll beziehen, doch werde sein Lohn künftig um 5% tiefer ausbezahlt. Der Chef droht dem A zudem, falls er in diesem Kompromiss nicht einwillige, werde ihm gekündigt. Ist die erwähnte Ferienkürzung rechtmässig? Wie ist die Drohung des Chefs rechtlich zu beurteilen?

Lösungsskizze: Nach OR 329a besteht ein jährlicher Ferienanspruch von mindestens 4 Wochen, der nur unter den restriktiven Voraussetzungen von OR 329b gekürzt werden kann. Während eine Kürzung des Ferienanspruchs infolge Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmer aus objektiven, d.h. nicht an seiner Person liegenden, Gründen nicht erfolgen darf, ist sie bei subjektiven Verhinderungsgründen wie z.B. Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes zulässig. OR 329b enthält verschiedene Kürzungsmassstäbe. Geht die Arbeitsverhinderung auf ein Verschulden, begrenzt auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, des Arbeitnehmers zurück, so kann ihm der Arbeitgeber den Ferienanspruch um einen Zwölftel kürzen, wenn der Ausfall länger als ein gedauert hat. Darunter fallen Absenzen infolge „blau Machens“ aber auch Absenzen wegen verschuldeter Krankheit. Bei unverschuldeter Absenz i. Sinne von OR 329b kann der Arbeitgeber den Ferienanspruch ebenfalls um einen Zwölftel kürzen, jedoch erst nach einer Verhinderung von mindestens zwei Monaten. Es fragt sich ob die Absenz in casu verschuldet ist. An das Verschulden i. S. von OR 329b werden mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz keine allzu strengen Massstäbe angewandt. Bezüglich seiner Lebensführung soll der Arbeitnehmer nicht in ständiger Angst leben müssen. Wie bei OR 324a beschränkt sich das Verschulden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. A lebt als starker Raucher mit wenig Schlaf zwar ungesund, was aber für Annahme eines Verschuldens aus nicht ausreicht. Folglich kommt höchstens eine Kürzung nach OR 329b Abs. 2 in Frage. Ergo kann der Arbeitgeber den Ferienanspruch für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölfter kürzen, d.h. in casu um einen Viertel (3/12). Nicht aber um einen Drittel wie dies der Chef vorschlägt. A protestiert zu Recht. Auf den Kompromissvorschlag des Chefs muss er erst recht nicht eintreten. Dieser wird unter Drohung ausgesprochen, wobei mit der Androhung erheblicher Nachteile unter Umständen der Straftatbestand einer Nötigung gemäss StGB 181 erfüllt sein könnte. Wollte der Chef eine Lohnkürzung auf legale Weise erreichen wollen, hätte er den Weg über eine Änderungskündigung anstreben müssen. Wobei aber unklar wäre, ob sich eine solche sachlich überhaupt rechtfertigen lässt. Die Wahrscheinlichkeit, dass auch diese Aktion in einer missbräuchlichen Kündigung endet, wäre gross.

¹³ Vgl. Art. 51 Abs. 1 AVIV.

Fall 22: „Angewachsenes Ferienguthaben“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer A hat einen jährlichen Ferienanspruch von 6 Wochen. Er weist ein Ferienguthaben von total 30 Wochen auf. Der Personalchef will dieses Ferienguthaben abragen und schlägt dem A vor, ihm für 8 Ferienwochen 2 Monatslöhne auszuzahlen und 8 weitere Wochen dem Langzeitkonto des A für etappenweise Vorpensionierung gutzuschreiben. Wie sind diese Vorschläge des Personalchefs zu beurteilen?

Lösungsskizze: Der Anspruch auf Ferien, abgeleitet aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, beinhaltet die Befreiung von der Arbeitspflicht und die Lohnfortzahlung, zwecks Erholung. Sie müssen tatsächlich bezogen werden, damit die angestrebte Erholung eintreten kann. Aus diesen Gründe verbietet OR 329d Abs. 2 die geldmässige Abgeltung von Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Ausnahmsweise kann eine Abgeltung von Ferienansprüchen gestattet sein, so z.B. bei kurz befristeten Tätigkeiten, mit Lohnprozenten bei Tätigkeiten mit schwankenden Pensen¹⁴ oder aber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, was in casu bestimmt nicht vorliegt. Der Vorschlag des Personalchefs muss zwangsläufig mit dem Abgeltungsverbot von 329d Abs. 2 kollidieren, welche zwingenden Charakter besitzt. Der gesetzliche Anspruch von vier Wochen Ferien laut OR 329a Abs. 1 plus die zusätzlich gewährten zwei Wochen nach Arbeitsvertrags können aufgrund des Abgeltungsverbotes von OR 329d Abs. 2 nicht durch Geldbeträge beglichen werden. A kann bzw. darf sich das obligatorische Ferienguthaben nicht ausbezahlen lassen, sondern muss sie beziehen. Beim überobligatorischen Teil kann die Meinung vertreten werden, dass der mindeste Erholungsanspruch erfüllt sei. Was darüber hinausgehe sei frei verhandelbar. Es fragt sich sogar ob ein solcher überobligatorischer Anspruch ausbezahlt werden kann. Obwohl nach Wortlaut von OR 329d Abs. 2 nicht möglich, befürwortet BRÜHWILER diese Auffassung. Die Rechtsprechung hat sich zu diesem Punkt noch nicht geäußert und auch in den einschlägigen Kommentaren wird das Thema vernachlässigt. In jedem Fall benötigte eine solche Spezialregelung die Zustimmung des Arbeitnehmers.

Fall 23: „Ferienansprüche nach der Kündigung“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer A hat einen Ferienanspruch von 4 Wochen pro Jahr. In den letzten 3 Jahren hat er keine Ferien bezogen, obwohl der Arbeitgeber ihn dazu immer wieder aufgefordert hat. Schliesslich weist A beim Austritt aus der Firma per 31. Dezember des laufenden Kalenderjahres einen Feriensaldo von 15 Wochen auf. Der Arbeitgeber weigert sich, dem A den Ferienlohn für die 15 Wochen auszubezahlen.

Lösungsskizze: Nach einer Kündigung treten bei allfälligen Ferienguthaben folgende Probleme auf. Einerseits sollten Ferien nach OR 329d Abs. 2 noch vor Ablauf der Kündigungsfrist bezogen werden, andererseits widersprechen so kurzfristig angesetzte Ferien mit den damit verhinderten Ferienplanung und der Druck eine neue Stelle zu finden, dem angestrebten Erholungszweck der Ferien. Ein Ferienanspruch ist grundsätzlich insofern abzugelten als der Zweck der Ferien nicht verwirklicht werden kann, d.h. das Abgeltungsverbot kann unter Berücksichtigung der Umstände im konkreten Einzelfall eingeschränkt werden¹⁵.

¹⁴ Bei Temporär-, unregelmässiger Teilzeitarbeit oder Arbeit auf Abruf wird der Ferienlohn häufig in Form von Lohnprozenten im Voraus ausgerichtet. Diese sog. Ferienprocente sind zulässig, wenn einerseits aus dem Vertrag andererseits aus den periodischen Lohnabrechnungen deutlich hervorgeht, welcher Lohnanteil den Ferienlohn abgelden soll; Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 187 mit Verweis auf BGE 129 III 493.

¹⁵ Eine Abgeltung erscheint zulässig, wenn der Bezug der Ferien in der bis zu der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Dabei ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf Freizeit zur Jobsuche vorrangig gegenüber dem Ferienbezug; Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 188.

Die Weigerung des Arbeitgebers den Ferienlohn nach der Kündigung auszubezahlen muss nach dem Grundsatz von 128 Ziff. 3 geprüft werden. Die Verjährung kann in casu ausgeschlossen werden, da die fünfjährigen Verjährungsfrist von OR 128 Ziff. 3 noch nicht abgelaufen ist. Möglicherweise sind jedoch die Ferienansprüche des A im Falle eines Missbrauchs durch Verwirkung untergegangen. Ein solcher liegt vor, wenn der Arbeitnehmer trotz Aufforderung des Arbeitgebers den Antritt von Ferien ohne triftige Gründe verweigert mit der Absicht sich die Ansprüche am Ende der Frist in Geld auszubezahlen zu lassen, da damit gezielt die Umgehung des Abgeltungsverbots angestrebt würde. Lässt sich bei A eine solche Absicht nachweisen liegt missbräuchliches Verhalten vor, womit die Ansprüche verwirkt wären. Gemäss einer strengeren Praxis des Arbeitsgerichts Zürich gelten Ferien bereits als verwirkt, wenn der Arbeitgeber in den letzten Monaten die Ferien nicht bezieht obwohl er dies könnte.

9. Fall zum Übergang des Arbeitsverhältnisse

Fall 24: „Ungeliebte Fusion“

Sachverhalt: Zur besseren Nutzung von Synergien fusioniert die Kollektivgesellschaft A & Co. per 1. Dezember in die B AG. Die Belegschaft der beiden Unternehmungen wurden von den Direktionen am 15. November über das Vorhaben und dessen Gründe orientiert. Es wurde ferner mitgeteilt, dass ca. 25% der beiden Belegschaften mit räumlicher Versetzung zu rechnen hätten. Die Gesellschaft A & Co. untersteht einem Verbands-Gesamtarbeitsvertrag, der Ende 2008 ausläuft; Die B AG untersteht diesem GAV nicht.

Der Arbeitnehmer X von der Gesellschaft A & Co. ist von der Fusion nicht begeistert, weil er mit einer Versetzung rechnen muss. Ausserdem sind die Lohnzahlungen der Gesellschaft A & Co. für Oktober und November teilweise noch ausstehend. Er erkundigt sich bei Ihnen nach den ihm zustehenden Rechten, insb. betreffend eventuelle Verhinderung der Fusion, ausstehende Löhne und Ansprüchen aus Gesamtarbeitsvertrag in Zukunft.

Lösungsskizze: Der Fall geht über das Arbeitsrecht hinaus, da hier zusätzlich der Tatbestand einer Fusion zu behandeln ist. In casu fusioniert die Kollektivgesellschaft A & Co. mit der B AG in Form einer sog. Absorptionsfusion. Im Falle einer Fusion geht der Betrieb ex lege über. Der damit verbundene Übergang hat Folgen für die Belegschaft. Doch nur für die Arbeitnehmer der ehemaligen Kollektivgesellschaft kann von einem Arbeitgeberwechsel gesprochen werden. Gemäss der Koordinationsbestimmung zum Arbeitsrecht FusG 27 Abs. 1 finden die Vorschriften von OR 333 Anwendung. Nach gesagtem geht das Arbeitsverhältnis des X grundsätzlich ex lege auf die B AG über. Er hat jedoch nach OR 333 I das Recht den Übergang abzulehnen. Ferner gilt ebenfalls die solidarische Haftung der beiden Unternehmen im Umfang von OR 333 Abs. 3, sowie als zusätzliches Sicherungsinstrument des Arbeitnehmers ein Anspruch auf Sicherstellung der Forderungen nach FusG 27 Abs. 3, wonach die für die Verbindlichkeit der übertragenden Gesellschaft persönlich haftenden Gesellschafter, für die Ansprüche aus Arbeitsvertrag bis zu dem genannten Zeitpunkt haftbar bleiben. Plus einer Haftung der Eigentümer der Kollektivgesellschaft für die Zeit bis zum Ende einer ordentlichen Kündigungsfrist. Es ergibt sich als Dreierlei. Erstens haften die A & Co. sowie die B AG solidarisch für die ausstehenden Lohnforderungen. Zweitens haften auch die Kollektivgesellschafter der A & Co dafür. Drittens kann X Sicherstellung seiner Forderungen gegenüber der B AG verlangen. Weiter kommen die Mitwirkungsrechte nach OR 333a und FusG 28 zur Anwendung. Die Versetzung ist eine Massnahme, die die Arbeitnehmerschaft im Sinne von OR 333a Abs. 2 betrifft. Da X mit einer Versetzung rechnen muss, hat er ein Anrecht darauf, dass die A & Co. ihn rechtzeitig vor dem Entscheid konsultiert. Falls diese Mitwirkungsrechte missachtet werden, so kann die Arbeitnehmerschaft nach FusG 28 Abs. 3 den Eintrag der neuen Gesellschaft in das Handelsregister verhindern. Laut Sachverhalt untersteht die Kol-

lektivgesellschaft dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), während die B AG diesen nicht unterzeichnet hat. Dies spielt aber insofern keine Rolle, als nach OR 333 Abs. 1 bis ein für das übertragene Arbeitsverhältnis bestehender GAV vom Erwerber in casu der B AG für Jahr lang eingehalten werden muss, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. X kann folglich seine auf den GAV gestützten Ansprüche auch nach der Fusion geltend machen.

10. Fälle zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Fall 25: „Unerwünschte Pensionierung“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer B erhält auf Ende des Monats, in welchem er 65 Jahre alt wird, die Kündigung mit der Begründung, dass B nun das Pensionsalter erreicht habe. B erhebt Einsprache und macht geltend, eine altershalber ausgesprochene Kündigung sei missbräuchlich. Zu Recht?

Lösungsskizze: B macht eine missbräuchliche Kündigung geltend nach OR 336 Abs. 1 lit. a geltend. Er beruft sich dabei auf den sachlichen Kündigungsschutz, der Kündigungen aufgrund persönlicher Eigenschaften des Arbeitnehmers für missbräuchlich erklärt, wenn sie nicht im Zusammenhang mit der Arbeitsverhältnis steht und nicht einen schwerwiegenden Nachteil bei der Arbeit bewirken. Eine Kündigung wegen hohen Alters könnte ohne weiteres missbräuchlich sein, wenn die Kündigung aus verwerflichen, nicht schützenswerten Motiven erfolgt. In casu hat B die Kündigung auf den Zeitpunkt der Pensionierung erhalten, womit ein mit dem Erreichen des Pensionsalters schützenswerter Grund vorliegt. Die Kündigung stellt in dieser Konstellation sogar den Normalfall dar, der notwendig ist und sicherlich nicht missbräuchlich, denn das Arbeitsverhältnis endet bei Eintritt des Pensionsalters nicht automatisch, es sei denn es sei so in Arbeitsvertrag oder in einem Reglement so festgeschrieben. Die Kündigung ist demzufolge korrekt und zulässig.

Fall 26: „Arbeitsverhältnis dank Schwangerschaft“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmerin B wird gekündigt. Erst 3 Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfährt B, dass sie im letzten Monat des Arbeitsverhältnisses schwanger geworden ist. Infolge Schwangerschaftsbeschwerden kann B aber ihre bisherige Arbeit nicht weiterführen, und der Arbeitgeber ist nicht in der Lage ihr leichtere Arbeit zuzuweisen. B verlangt Lohnfortzahlung für die Zeit der Schwangerschaft und 16 Wochen nach der Niederkunft. Zu Recht?

Lösungsskizze: Die Arbeitnehmerin macht Kündigungsschutz und zwar den zeitlichen nach OR 336c Abs. 1 lit. c geltend, danach darf Frauen während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft nicht gekündigt werden. Eine schwangere Arbeitnehmerin ist während besagtem Zeitraum vor einer Kündigung geschützt, so dass eine Kündigung in diesem Zeitraum nach OR 336 Abs. 2 nichtig wäre und nach Ablauf dieser Sperrfrist nochmals ausgesprochen werden müsste. Erfolgte die Kündigung jedoch vor Eintritt der Sperrfrist so ist sie gültig, wobei aber die Kündigungsfrist während der Sperrfrist stehen bleibt und erst nach Ablauf deren weiterläuft. In casu erfährt B erst 3 Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Schwangerschaft. Die Kündigung ist demnach gültig und die Kündigungsfrist wird um die Dauer der Sperrfrist verlängert, d.h. sie bleibt stehen und beginnt erst nach Ablauf der 16 Wochen nach der Niederkunft wieder zu laufen. B steht folglich noch in einem Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber.

Sie verlangt Lohnfortzahlung für die Zeit der Schwangerschaft sowie während der 16 Wochen nach der Geburt. Nach der gesetzlichen Regelung in OR 329f stehen der Arbeitnehmerin 14

Wochen Schwangerschaftsurlaub nach der Niederkunft zu. Unter der Annahme dass B die Voraussetzungen von Art. 16b Abs. 1 EOG erfüllte¹⁶, also während der 9 Monaten vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, in diesem Zeitraum mindestens 5 Monate einer Erwerbstätigkeit nachging, steht ihr nach EOG während den 14 Wochen des Mutterschaftsurlaubs eine Tagesgeldleistung zu, welches 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, höchstens 172 CHF.- pro Tag entspricht. Diese Regelungen sind zwingend. Beachtenswert ist, dass das zeitliche Kündigungsverbot zwei Wochen länger dauert als der Mutterschaftsurlaub und die Entschädigung nach EOG. Die Dauer der Sperrfrist nach OR 336c und die der Lohnfortzahlungspflicht nach OR 324a gelten unabhängig voneinander und müssen keinesfalls kongruent sein. Laut OR 324a Abs. 3 hat der Arbeitnehmer der B während der Schwangerschaft Lohn im gleichen Umfang wie vorher zu entrichten. Die B möchte zusätzlich aber auch Lohn für die Zeit zwischen der vermeintlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Entdeckung der Schwangerschaft. In dieser Zeit bestand grundsätzlich kein Lohnfortzahlungsanspruch, da in solchen Fällen weder eine Arbeitsverhinderung B infolge Schwangerschaft noch ein Annahmeverzug Seitens des Arbeitgebers vorliegt. In casu wies B jedoch Schwangerschaftsbeschwerden auf, unter welchen sie die angebotene Arbeit nicht erbringen konnte. Es liegt eine Arbeitsverhinderung im Sinne von OR 324a aus Gründen, die in ihrer Person liegen, nämlich in Form der als Krankheit im Sinne von Abs. 1 des genannten Artikels zu qualifizierenden Schwangerschaftsbeschwerden. Aufgrund dessen steht B ein Lohnfortzahlungsanspruch nach OR 324a auf beschränkte Zeit nach Dienstdauerskala.

Variante: Wie verhält es sich wenn B die ihr zugewiesene Arbeit nicht infolge Schwangerschaftsbeschwerden, sondern allein aufgrund der Schwangerschaft nicht mehr erbringen könnte?

Lösungsskizze: Unter Umständen bestände in diesem Fall ein auf ARG 35 Abs. 3 gestützter Anspruch. Falls B objektiv beschwerliche Arbeit erledigen müsste und der Arbeitgeber ihr keine leichtere Arbeit zuweisen könnte, so läge ein Annahmeverzug nach ARG 35 Abs. 3 vor und damit wäre der Lohnfortzahlungsanspruch laut ARV 1 konkretisiert in ARV 62 unbeschränkt.

Fall 27: „Entlassung der gesamten Belegschaft“

Sachverhalt: Die Unternehmung A, ein Zulieferbetrieb der Uhrenindustrie mit 50 Arbeitnehmern, verliert den Zulieferauftrag des Uhrenfabrikanten. Hierauf muss sie den Betrieb schliessen und entlässt ohne weiteres alle ihre Arbeitnehmer durch ordentliche Kündigung auf den 31.5. Die im 2. Dienstjahr stehende Arbeitnehmerin B, die seit dem 1.1. schwanger ist, ficht die Kündigung als missbräuchlich an und verlangt Weiterbeschäftigung auch ab Juni. Wie sind das Vorgehen der Unternehmung A und die Forderungen der Arbeitnehmerin B. zu beurteilen?

Lösungsskizze: Eine Massenentlassung liegt nach OR 335d Ziff. 1 u.a. vor, wenn wie in casu in einer Unternehmung alle der 50 Mitarbeitern entlassen werden. Dabei gelten besondere Arten des Kündigungsschutzes durch die Mitwirkung der Arbeitnehmer. Vorab muss geklärt

¹⁶ Voraussetzung für einen Anspruch auf Taggeld ist nach Art. 16b Abs.1 EOG, dass die Arbeitnehmerin während der 9 Monaten vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, in diesem Zeitraum mindestens 5 Monate einer Erwerbstätigkeit nachging und im Zeitpunkt der Geburt Arbeitnehmerin oder Selbstständigerwerbende ist bzw. im Betrieb des Ehemannes Barlohn bezieht. Fehlt eine Voraussetzung bekäme sie bei strenger Auslegung weder aus der Mutterschaftsversicherung noch aus OR 324a Abs. 3 einen Lohnfortzahlungsanspruch. Es ist deshalb von einer Gesetzeslücke auszugehen, die durch die Annahme einer Lohnfortzahlungspflicht gemäss OR 324a Abs. 3 zu füllen ist; Vgl. VISCHER, a.a.O. S. 135f..

werden wie es sich mit den einzeln ausgesprochenen Kündigungen während der Massenentlassung verhält. Die 30tägige Wirksamkeitssperre nach 335g Abs. 4 wurde nicht erfüllt. Sie wird relevant, wenn der Arbeitnehmer die Meldung an das kantonale Arbeitsamt unterlässt, von dem in casu auszugehen ist. Es handelt sich um ein „worst case“ Szenario. A hat allen Arbeitnehmern auf einmal gekündigt hatte, ohne das kantonale Arbeitsamt davon zu informieren. Die einzelnen Kündigungen sind prinzipiell alle gültig, jedoch unter Vorbehalt der gesetzlichen, von einer Meldung beim kantonalen Arbeitsamt abhängigen, Wirksamkeitssperre nach OR 335g Abs. 4, d.h. die Beendigung der im Rahmen der Massenentlassung gekündigten Arbeitsverhältnisse tritt frühestens 30 Tage nach Zugang der Anzeige des A beim Arbeitsamt ein. Während dieser Frist hat das Arbeitsamt laut OR 335g Abs. 3 nach sinnvollen Lösungen des Problems zu suchen. Darunter ist eine wirksame Stellenvermittlung zu verstehen. In der Praxis übernimmt das Amt eine Vermittlerfunktion zwischen Arbeitgeber und den Mitarbeitern und leitet die praktisch die Verhandlungen über die Erstellung eines Sozialplans. Dabei ist zu beachten, dass keine gesetzliche Verpflichtung zu einem Sozialplan besteht. Die in casu angesprochenen Kündigungen sind insofern noch problematisch, als laut OR 335f eine Informations- und Konsultationspflicht des Arbeitgebers besteht, B die Entlassungen jedoch ohne desgleichen durchgeführt hat, was folgende Konsequenzen mit sich bringt. Die ausgesprochenen Kündigungen sind gemäss OR 336 Abs. 2 lit.c missbräuchlich bleiben aber dennoch wirksam. Dafür hat jeder betroffene Arbeitnehmer laut OR 336a Abs. 3 einen Entschädigungsanspruch (Strafzahlung des Arbeitgebers) in der Höhe von bis zu zwei Monatslöhnen vom Arbeitgeber zu Gute.

Die Kündigung der Arbeitnehmerin B ist gesondert zu betrachten, da sie aufgrund ihrer Schwangerschaft seit dem 1.1. einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung über den 31.5. hinaus geltend macht. Ihre Lage muss mit Hinblick auf den zeitlichen Kündigungsschutz betrachtet werden. Die Kündigung trifft sie während ihrer Schwangerschaft und ist deshalb nach OR 336 Abs. 1 lit.c und Abs. 2 nichtig. Der zeitliche Kündigungsschutz wird neben den Vorschriften zur Massenentlassung wirksam. Sie hat folglich gegenüber A einen Anspruch wegen Annahmeverzug nach OR 324 Abs. 1, da A ihr infolge seines Verschuldens bzw. der Betriebsschliessung keine Arbeit mehr offerieren kann, denn wirtschaftliche Schwierigkeiten (sog. Wirtschaftsrisiko) hat der Arbeitgeber zu tragen. Demzufolge erhält B den vollen Lohn, bis der Arbeitgeber ihr nach Ablauf des Kündigungsschutzes noch einmal gekündigt hat, in andern Worten B ist ca. bis in den Februar des nächsten Jahres bei A angestellt. Während der Schwangerschaft bzw. 14 Wochen nach der Niederkunft gelten die Regel nach 324a, danach setzt sich der Annahmeverzug weiterfort.

Fall 28: „Änderungskündigung“

Sachverhalt: Die Unternehmung A will anstelle der bisherigen monatlichen Fixlöhne ein Mischlohnsystem mit Fixlöhnen in der Höhe von $\frac{3}{4}$ der bisherigen Monatslöhne plus variable Leistungsboni bis zur Hälfte der bisherigen Monatslöhne einführen. Als der Arbeitnehmer B auf seinen bisherigen monatlichen Fixlohn beharrt offeriert ihm die Firma A unter Einhaltung der massgebenden Kündigungsfrist die Einführung des neuen Lohnsystems und erklärt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses für den Fall, dass B diese Offerte weiterhin ablehne. B macht geltend, diese Kündigung sei missbräuchlich.

Lösungsskizze: A möchte B kündigen, wenn dieser das neue Lohnsystem nicht akzeptiert. Eine Kündigung ist als Vertragsaufhebendes Gestaltungsrecht grundsätzlich bedingungsfeindlich. Ausgenommen davon sind Kündigungen die unter eine Potestativbedingung ausgesprochen werden, sog. Änderungskündigungen. Eine solche liegt vor, wenn die Kündigung an die Bedingung geknüpft wird, dass der Vertragspartner einer bestimmten Änderung des Arbeitsvertrags, wie z.B. die Lohnanpassungen, nicht zustimmt. Damit wird die Kündigung mit einer

Offerte zur Vertragsänderung verbunden, wobei das primäre Ziel die inhaltliche Neugestaltung des Vertrags bildet. In casu wird dem B ein neues Lohnsystem offeriert, plus einer Kündigung im Falle einer Ablehnung. Der Eintritt der Bedingung hängt alleine vom Arbeitnehmer B ab, nimmt er an fällt sie weg, andernfalls bleibt sie bestehen. Eine derart ausgestattete Änderungskündigung, sofern mit ihr schlechtere Arbeitsbedingungen für die Gegenpartei durchgesetzt werden sollen, ist nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist. Gemäss Bundesgericht ist dies dann nicht der Fall und damit Missbräuchlichkeit gegeben, wenn sich die Änderung einerseits weder aus marktwirtschaftlichen noch aus betrieblichen Gründen als notwendig erweist und die Verschlechterung für den Arbeitnehmer unbillig sind¹⁷. Unter dem unbestimmten Begriff unbillig darf nicht (ganz) erhebliche Verschlechterung verstanden werden, was sich immer nur im Einzelfall beurteilen lässt. In casu liegt keine derartige vor, da solche Lohnsysteme unter Umständen zwar gewisse Verschlechterungen in sich tragen, aber andernseits auch Möglichkeiten der Lohnverbesserung bieten. Gemäss BRÜHWILER entspricht die Einführung von flexiblen Löhnen einem betrieblichen Wunsch womit sie sachlich gerechtfertigt wären. Diese Auffassung wurde heftig kritisiert, da die Richter damit Lohnpolitik betreiben würden analog zum reinen Richterecht bzgl. Mietzinsen jedoch ohne gesetzliche Grundlage.

Fall 29: „Unangemeldeter Spanienkurzurlaub“ (realer BGE)

Sachverhalt: Eine Operationsschwester, seit 8 Jahren eine gute Mitarbeiterin, fuhr statt ihren Wochenendpikettendienst anzutreten, ohne Abmeldung zu ihren Verwandten nach Spanien und kehrte erst nach 10 Tagen an ihren Arbeitsplatz zurück. Nach 5 Tagen Abwesenheit ohne jede Mitteilung an den Arbeitgeber wurde sie vom Spital fristlos entlassen. Zu Recht?

Lösungsskizze: Eine fristlose Kündigung im Sinne von OR 337 setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus, die Abs. 2 des besagten Artikels wie folgt umschrieben werden: Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Das Vertrauensverhältnis muss tatsächlich beschädigt worden sein, sowie die Handlungen oder das Verhalten, die als Vertrauens zerstörend geltend gemacht werden, von einer objektiven Schwere sein, so dass die fristlose Kündigung als einzig möglicher Ausweg erscheint. Nach Bundesgericht liegt in casu kein wichtiger Grund vor, womit die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt ist und ein Anwendungsfall von OR 337c vorläge. Danach stünde der Schwester ein Schadenersatzanspruch im Umfang dessen, was sie bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses verdient hätte (Abs.1). Hinter dieser Regelung steht die Idee, dass man nach einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung vermögensmässig nicht schlechter gestellt werden soll als nach der ordentlich ergangenen Kündigung. Eine fristlose erscheint insbesondere deshalb als zu hart, da die Arbeitnehmerin bis dahin korrekt gearbeitet hatte. Um der Schwester fristlos zu kündigen, hätte das Spital sie mahnen müssen ihre Arbeit aufzunehmen oder andernfalls ein Arzteugnis vorzulegen bzw. andere Dispensationsgründe nachzuweisen. Denn eine vorgängige Verwarnung seitens des Arbeitgebers stellt eine Voraussetzung für eine fristlose Entlassung dar, wenn das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten als einmalige Verfehlung noch keine fristlose Entlassung rechtfertigen würde.

¹⁷ Das Bundesgericht begründet die Missbräuchlichkeit damit, dass die Kündigung ohne sachlich schutzwürdige Kündigung ausgesprochen wird, denn die Durchsetzung von Lohn- und Arbeitsbedingungen, welchen jegliche sachliche Begründung fehlt, sei mindestens so verwerflich wie eine Kündigung zur Verhinderung der Entstehung von Ansprüchen nach OR 336 Abs. 1 lit. c (Vgl. BGE 123 III 246 E. 5). In der Lehre wird dieser Entscheid kritisiert, weil die dort vertretenen Auffassung eine schwere Beeinträchtigung der Kündigungsfreiheit zur Folge hat; Vgl. VISCHER a.a.O. S. 232.

Dieser Entscheid zeigt deutlich die restriktive Auslegung des Begriffs des wichtigen Grundes durch das Bundesgericht, welches wirklich nur bei einem schweren Verstoss nach objektiven Massstäben von einem solchen ausgeht, was in der Lehre stark kritisiert wurde. Es lässt sich nämlich ebenso gut die Ansicht vertreten, dass die Schwester eigenmächtig Ferien bezogen habe, und dabei eine berechtigte Weisung, in Form des Pikettplans, des Arbeitgebers missachtete, was als grober Verstoss gegen die Arbeitspflicht und damit als wichtiger Grund nach OR 337 qualifiziert werden kann. Gegen die Schwester spricht ausserdem die hohe Verantwortungsposition, die sie in ihrer Stellung innehat, was eher für die Unzumutbarkeit ihres Verhaltens zu gewichten ist.

Fall 30: „Blaumachen mit Schmiergeldern“

Sachverhalt: Der Einkäufer A wird wegen Blaumachens während einem halben Tag fristlos entlassen. Die Entlassung wird vom Arbeitgeber entsprechend begründet. Im Verlaufe des Prozesses erfährt der Arbeitgeber, dass A ausserdem während seiner Anstellung im Hinblick auf mögliche Geschäftsabschlüsse von Lieferanten Geldgeschenke verlangt hat, und führt nun auch diesen Sachverhalt zur Begründung der fristlosen Entlassung an. Ist die fristlose Entlassung gerechtfertigt?

Lösungsskizze: Eine fristlose Kündigung im Sinne von OR 337 setzt das Vorliegen wichtiger Gründen voraus, die Abs. 2 des besagten Artikels wie folgt umschrieben werden: Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Das Vertrauensverhältnis muss tatsächlich beschädigt worden sein, sowie die Handlungen oder das Verhalten, die als Vertrauens zerstörend geltend gemacht werden, von einer objektiven Schwere sein, so dass die fristlose Kündigung als einzig möglicher Ausweg erscheint. In casu erscheint A während eines halben Tags nicht zur Arbeit, was gemäss Rechtsprechung noch keinen wichtigen Grund darstellt. Beim sog. Blaumachen handelt es sich zwar um eine Pflichtverletzung, doch nur um eine solche minderen Grades. Solche können erst zu einer fristlosen Kündigung führen, wenn im Voraus eine Warnung diesbezüglich ergangen war. Neben dem Vorwurf des Blaumachens stellt sich später heraus, dass A Kunden zu Schmiergeldzahlungen angestiftet hat und solche auch mehrmals entgegengenommen hatte. Es liegt ein qualifizierter Fall einer Schmiergeldzahlung vor. Derartiges Fordern und Annehmen von Schmiergeldern unter Verletzung der Treuepflicht ist nach objektivem Massstab ohne weiteres geeignet das Vertrauen zu zerstören und stellt sicherlich ein wichtiger Grund im Sinne von OR 337 dar. Folglich wäre die fristlose Kündigung grundsätzlich gerechtfertigt. In casu muss jedoch weiter beachtet werden, dass die Schmiergeldaffäre erst während dem arbeitsrechtlichen Prozess entdeckt bzw. erst dann als Begründung für die fristlose Kündigung aufgeführt wird. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf ein solcher Grund nicht nachgeschoben werden. Es sei denn der nachgeschobene Grund liege erstens vor der fristlosen Entlassung, sei zweitens seiner Natur nach ein wichtiger sowie dem bereits gerügten gleich¹⁸. Während in casu die erste Voraussetzung noch als erfüllt gilt scheidet es an der zweiten, denn mit dem Blaumachen wurde nur eine Pflichtverletzung minderen Grades gerügt, wogegen mit der Anschuldigung der Schmiergeldzahlung doch ein schwerwiegender Verstoss geltend gemacht wird. Der wichtige Grund der Schmiergeldzahlung kann infolgedessen nicht nachgeschoben werden, was zur Folge hat, dass die fristlose Kündigung erfolgt ohne wichtigen Grund und somit auf ungerechtfertigte Weise erfolgte. Das Bundesgericht rechtfertigt dies damit, dass sich der Arbeitnehmer bei Klageeinreichung mit Blick auf die Begründungspflicht voll auf die Angaben des Arbeitgebers verlassen dürfe im Sinne eines

¹⁸ Vgl. BGE 121 III 467.

Vertrauensschutzes. Infolgedessen kann der Schadenersatzanspruch des A nach OR 337c nicht gekürzt werden, sondern höchstens die Entschädigung nach Abs. 3.

Diese Rechtsprechung ist umstritten, da die Meinung vertreten wird auch im Arbeitsgerichtsverfahren sollte es primär um das materielle Recht gehen, um solche stossende Ergebnisse der formellen Wahrheit zu vermeiden.

Fall 31: „Personalabwerbender GSOA – Sympathisant“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer A betätigt sich im Initiativkomitee zur Abschaffung der Schweizer Armee, worauf er vom Arbeitgeber, einem Obersten im Generalstab, entlassen wird. Als A später während der auslaufenden Kündigungsfrist einen halben Tag blau macht, wird er vom Arbeitgeber sogar fristlos entlassen. Dazu aufgefordert, begründet der Arbeitgeber diesen Rausschmiss dementsprechend schriftlich. Der Arbeitnehmer A klagt gegen den Arbeitgeber auf Zahlung von zwei Entschädigungen wegen missbräuchlicher Kündigung und ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Im Prozess macht der Arbeitgeber, was er in seiner schriftlichen Kündigungsbegründung versehentlich nicht angeführt hat, ausserdem geltend, die fristlose Entlassung sei auch erfolgt, weil nach der ordentlichen Kündigung A versucht habe, Arbeitskollegen für sein nach dem Austritt geplantes eigenes Unternehmen abzuwerben. Wie sind die Forderungen des A zu beurteilen?

Lösungsskizze: Beim sog. Blaumachen handelt es sich zwar um eine Pflichtverletzung, doch nur um eine solche minderen Grades. Solche können erst zu einer fristlosen Kündigung führen, wenn im Voraus eine Warnung diesbezüglich ergangen war. Bis dahin gleicht der Sachverhalt demjenigen des Falls Nr. 31, die fristlose Entlassung wäre wieder mangels wichtigen Grund ungerechtfertigt, was zu den Konsequenzen von OR 337c führte. Im Gegensatz zu jenem Sachverhalt macht A in casu eine missbräuchliche Kündigung geltend. Die Frage der Missbräuchlichkeit nach OR 336 Abs. 1 lit.c kann anhand der Fallbeschreibung nicht restlos beantwortet werden. Gerade die Missbräuchlichkeit bietet im Einzelfall oft Beweisprobleme, weil Motive nicht restlos beweisbar sind, weshalb oft nur mit Hilfe eines Indizienbeweises entschieden werden muss. Hätte sich der Oberst vor der Kündigung noch negativ über die GSOA geäußert, so wäre dies doch ein starkes Indiz. Den Indizien nach bildet das Engagement des A für die GSOA wohl den Grund der Kündigung, was aber noch keinem wichtigen Grund im Sinne von OR 337 entspricht, da A mit seinem politischen Engagement ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Die Kündigung wurde demzufolge missbräuchlich ausgestellt. Zusätzlich zum Vorwurf des Blaumachens macht der Arbeitgeber geltend, dass A nach der ordentlichen Kündigung versucht habe, Arbeitskollegen für sein nach dem Austritt geplantes Unternehmen abzuwerben. Das Abwerben von Personal des eigenen Arbeitgebers stellt eine gravierende Treuepflichtverletzung dar und stellt nach ständiger Rechtsprechung einen wichtigen Grund im Sinne von OR 337 dar. Folglich wäre die fristlose Kündigung grundsätzlich gerechtfertigt. In casu muss jedoch weiter beachtet werden, dass der letztgenannte Vorwurf erst während dem arbeitsrechtlichen Prozess in der Begründung der fristlosen Kündigung aufgeführt wird, da er es im Rahmen der ersten schriftlichen Kündigungsbegründung an den A versehentlich vergessen habe. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf ein solcher Grund nicht nachgeschoben werden. Es sei denn der nachgeschobene Grund liege erstens vor der fristlosen Entlassung, sei zweitens seiner Natur nach ein wichtiger sowie dem bereits gerügten gleich¹⁹. Während in casu die erste Voraussetzung noch als erfüllt gilt scheitert es an der zweiten, denn mit dem Blaumachen wurde nur eine Pflichtverletzung minderen Grades gerügt, wogegen mit der Anschuldigung des Personalabwerbens doch ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht geltend gemacht wird. Die Begründung des Personalabwer-

¹⁹ Vgl. BGE 121 III 467.

bens kann infolgedessen nicht nachgeschoben werden, was zur Folge hat, dass die fristlose Kündigung erfolgt ohne wichtigen Grund und somit auf ungerechtfertigte Weise erfolgte. Das Bundesgericht rechtfertigt dies damit, dass sich der Arbeitnehmer bei Klageeinreichung mit Blick auf die Begründungspflicht voll auf die Angaben des Arbeitgebers verlassen dürfe im Sinne eines Vertrauensschutzes. In dieser Konstellation ist die Verweigerung des Nachschickens verständlicher, da sie durch das eigene Vergessen selber verschuldet ist. In casu liegt somit mangels wichtigen Grundes eine ungerechtfertigte Kündigung. Wenn ein Arbeitnehmer aus einem Grund, den das Gesetz als missbräuchlich qualifiziert, fristlos entlassen wird, kann der keine zusätzlichen Ansprüche nach OR 336 bzw. 336a geltend machen. Der Missbräuchlichkeit der Kündigung kann jedoch im Rahmen von Or 337c Abs. 3 Rechnung getragen werden.

11. Fälle zum Konkurrenz- und Verzichtsverbot

Fall 32: „Geschäft der Ehepartnerin“

Sachverhalt: X war als Disponent beim Unternehmen für temporäre Arbeit Y mit Sitz in Solothurn tätig. In dem zwischen X und Y abgeschlossenen Arbeitsvertrag wurde ein auf 3 Jahre befristetes, für die ganze Schweiz gültiges Konkurrenzverbot vereinbart. Zwei Jahre nach Auflösung des Arbeitsvertrags stellt Y fest, dass der bis anhin auf diesem Gebiet nicht tätige Ehepartner von X in Olten ein Büro für temporär Arbeit eröffnet hat. Welche Fragen stellen sich dem Y?

Lösungsskizze: Ein Konkurrenzverbot ist eine zum Arbeitsvertrag hinzu kommende Vereinbarung zwischen Arbeitgeber, hier das Temporärbüro Y, und dem Arbeitnehmer, X, in der sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine konkurrenzierenden Tätigkeiten zu ergreifen, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das im Wettbewerb mit dem ehemaligen Arbeitgeber steht, noch in einem derartigen Geschäft tätig zu sein. Damit von einem Verstoss gegen ein Konkurrenzverbot ausgegangen werden kann müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein, vorab muss ein gültiges Konkurrenzverbot bestehen. Erstens ein Konkurrenzverbot bedarf formell zu seiner Gültigkeit gemäss OR 340 Abs. 1 der Schriftlichkeit, die in casu wohl gegeben ist, wie auch die Handlungsfähigkeit des X. Zweitens muss auf materieller Ebene laut 340 Abs. 2 eine Einblicksmöglichkeit des Arbeitnehmers in Fabrikations- bzw. Geschäftsgeheimnisse oder in den Kundenkreis des Arbeitgebers vorliegen. Unter Fabrikationsgeheimnis sind technische Komponenten bzw. Know How zu verstehen, z.B. Rezepte oder Pläne, während sich das Geschäftsgeheimnis sich auf kommerzielle Aspekte der Unternehmung wie Marktforschung, Preispolitik, Zulieferer etc. bezieht. Als Einblick in den Kundenkreis, und damit einem Wettbewerbsvorteil, gilt die persönliche Bekanntschaft zu den Stammkunden des Arbeitgebers zu verstehen. Als solche komme jene Personen in Frage, die von Zeit zu Zeit eine Bestellung aufgeben, und nicht etwa jeder hypothetische Abnehmer. Eine einmalige Bestellung macht noch keinen Kunden. X als Disponent steht im direkten Kontakt mit den Kunden. Er schliesst mit diesen die Verträge über das zu vermittelnde Personal ab und kennt dadurch sowohl den einzelnen Kunden als auch dessen Bedürfnisse, weshalb der zweite Prüfpunkt sicherlich erfüllt ist. Drittens muss der vorliegende Einblick eine erhebliche Schädigungsmöglichkeit aufweisen, d.h. der Arbeitnehmer muss mit Hilfe der Kenntnisse der Fabrikations-, Kunden- oder Geschäftsinformationen fähig sein, dem alten Arbeitgeber Kunden abjagen und für ein Konkurrenzunternehmen gewinnen. Eine konkrete Gefahr ist nicht notwendig, es reicht eine abstrakte Gefährdung. Wo hingegen die Schädigungsmöglichkeit nicht auf den Einblick in den Arbeitgeberbetrieb, sondern auf die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, wie z.B. dessen Fachkompetenz oder dessen

pädagogisches Geschick, zurückzuführen ist, kann ein Konkurrenzverbot nicht gültig vereinbart werden. Gemäss Bundesgericht kann die Schädigungsmöglichkeit im Normalfall bejaht werden, wie auch in casu, wenn ein Einblick festgestellt bzw. bejaht wurde. Ergo kann ein Konkurrenzverbot grundsätzlich einmal bejaht werden. Als vierte Punkt muss jedoch geprüft werden, ob in casu Wegfallensgründe nach OR 340c vorlagen, was verneint werden kann. Fünftens muss geprüft werden, ob ein Konkurrenzgeschäft d.h. ein Verstoss des X gegen das geschilderte Konkurrenzverbot vorliegt. Nicht X selber sondern seine Frau eröffnet und führt in Olten ein Temporärbüro. X hat folglich nicht unmittelbar gegen die Vereinbarung verstossen. In casu muss wie übrigens auch in der Praxis geprüft werden ob die Frau nicht nur eine Strohmannfunktion zur Umgehung des Konkurrenzverbots übernommen hatte. Der Sachverhalt ist zu kurz gefasst um eine abschliessende Beurteilung vorzunehmen. Immerhin besteht ein wesentliches Indiz. Die Frau tritt gegen aussen als Geschäftsführerin auf obwohl sie über keine Erfahrung in dieser Branche verfügt, was doch stark darauf hindeutet, dass es sich um eine reine Umgehungstätigkeit handelt. In solchen Fällen wird die sog. Durchgriffspraxis angewandt: man greift durch den Strohmann durch auf den eigentlichen Drahtzieher zurück in casu X. Es liegt ein Verstoss gegen das Konkurrenzverbot vor. Sechstens stellt sich aber noch die Frage nach der Angemessenheit bzw. Missbräuchlichkeit des Verbots. Die angemessene Begrenzung des Konkurrenzverbots beurteilt sich nach Ort, Zeit und Gegenstand. Eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers sollte nach OR 340a Abs. 1 ausgeschlossen werden. Der Geschäftsbereich des Arbeitgebers einerseits und der Umfang des Einblicks des Arbeitnehmers andererseits begrenzen den maximalen Geltungsbereich örtlich bzw. inhaltlich. Gegenständlich umfasst das Konkurrenzverbot das gesamte Arbeitsfeld der Y, was gerade noch zulässig ist. In zeitlicher Hinsicht erscheint das Verbot mit drei Jahren doch ziemlich krass, was sich mit Blick auf das Schutzobjekt i.c. der Kundenstamm auch nicht ausreichend rechtfertigen lässt. Geht es um den Schutz des Kundenstamms genügt nach Rechtsprechung in der Regel ein Jahr in gewissen Kantone nur sechs Monate, bis sich die Geschäftsbeziehungen der Kunden mit dem neuen Stelleninhaber gefestigt hat. Das Konkurrenzverbot ist daher übermässig und nach Ablauf des ersten Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wohl nicht mehr verbindlich. Längere Dauer liesse sich aber unter Umständen rechtfertigen, wenn es sich um einen Einblick in technisches Know How handeln würde. In diesem Fall müsste weiter der räumliche Aspekt geprüft werden. In örtlicher Beziehung darf das Konkurrenzverbot nicht über das Gebiet der hauptsächlichen Tätigkeit des Arbeitgebers hinausgehen, was immer bezüglich der einzelnen Firma im Einzelfall geprüft werden muss. In casu sind die Regionen Solothurn und Olten beides für sich abgeschlossene Wirtschaftsräume, weshalb sich ein örtliches Konkurrenzverbot nur schwer rechtfertigen lässt. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Konkurrenzverbot sowohl zeitlich als auch räumlich übermässig ist und vom Richter im Rahmen einer Teilnichtigkeit nach OR 20 Abs. 2 unter Berücksichtigung einer allfälligen Karenzentschädigung auf eine angemessene Dauer von ca. einem Jahr und den Wirtschaftsraum Solothurn beschränkt würde. Die Frau des bzw. X selber dürfen wohl nach Ablauf eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Mannes z.B. in Grenchen ein Büro eröffnen.

Fall 33: „Aufhebungsvertrag“

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer A wird bei privaten Telefongesprächen im Betrieb ertappt. Der Arbeitgeber möchte den A fristlos entlassen. Stattdessen beendet er mittels Aufhebungsvertrag per sofort das Arbeitsverhältnis, mit Lohnzahlung bis zum Zeitpunkt der Beendigung. Trotzdem fordert A nachträglich noch Lohnzahlungen während der (hypothetischen) ordentlichen Kündigungsfrist.

Lösungsskizze: Hier ist Vorfrageweise abzuklären ob eine fristlose Kündigung wegen privaten Telefonierens gerechtfertigt wäre. Eine fristlose Kündigung im Sinne von OR 337 setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus, die Abs. 2 des besagten Artikels wie folgt umschrieben werden: Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Gemäss BRÜHWILER stellt privates Telefonieren zwar eine Verstoss dar, jedoch nur einer minderen Grades, was für eine fristlose Kündigung nicht ausreicht. Erst nach wiederholter Mahnung im Sinne einer Verwarnung können solche zu einer fristlosen Kündigung führen. In casu wird ein Aufhebungsvertrag nach OR 115 abgeschlossen, womit ein Arbeitsvertrag in der Regel jederzeit beendet werden, sofern er sich durch Interessen des Arbeitnehmers rechtfertigen lässt. Er bedarf gemäss Bundesgericht eines echten Vergleichscharakters, andernfalls ist er unzulässig und nichtig. Der Aufhebungsvertrag wurde in casu unter speziellen Umständen geschlossen, so dass die Gefahr des Rechtsmissbrauchs besteht. Ein Richter käme zum Schluss, dass der Aufhebungsvertrag in casu nur zum Zweck geschlossen wurde, den Arbeitnehmer so schnell und so billig wie möglich loszuwerden, und damit die gesetzliche Lohnfortzahlung auszuschalten. Der Aufhebungsvertrag erweist sich unter diesen Umständen als reines Umgehungsgeschäft und ist damit rechtsmissbräuchlich. Die Rechtsfolgen sind umstritten. Nahe liegend wäre die Annahme der Nichtigkeit gemäss Bundesgericht des Aufhebungsvertrags, was aber in der Praxis zu Schwierigkeiten führt, da der Arbeitnehmer bis zum Entscheid meist bereits eine neue Stelle angenommen hat. Vor diesem Hintergrund plädieren VISCHER²⁰, PORTMANN und auch BRÜHWILER die Nichtigkeit nicht angewendet, sondern viel mehr dem Aufhebungsvertrag Beendigungswirkung zuzusprechen unter Berücksichtigung der dazugehörenden Folgen, in casu der ordentlichen Kündigungsfrist, wobei der Lohnersatz dem Arbeitnehmer zu vergüten ist. Denn bei der Bemessung der Entschädigung ist die Frage entscheidend, was der Arbeitnehmer bis zur Beendigung der vertraglichen bzw. der gesetzlichen Kündigungsfrist fordern könnte.

Fall 34: „Verzichtsverbot“

Sachverhalt: Der Arbeitgeber A möchte in seinem Betrieb die Überstundenentschädigung abschaffen. Mit dem Arbeitnehmer B, Vizedirektor und Mitglied des oberen Kadern, schliesst er folgende schriftliche Vereinbarung ab: „Von seinen 100 Überstunden pro 2006 entschädigt die Unternehmung A dem B deren 50 mit einem Lohn von 125%. Für die restlichen Überstunden verzichtet B auf eine Entschädigung.“ Im Weiteren führt die Unternehmung A per 1. Januar 2007 ein neues Betriebsreglement ein mit der Klausel: „Die Entschädigung für allfällige Überstunden ist im Normallohn des Mitarbeiters inbegriffen.“ Die Mitarbeiter unterzeichnen gegenüber der Unternehmung folgenden schriftlichen Revers: „Der unterzeichnende Mitarbeiter bestätigt den Erhalt des Betriebsreglements und anerkennt es als Bestandteil seines Arbeitsvertrags ab 1. Januar 2007.“ Als der Arbeitnehmer B Ende 2007 aus der Unternehmung austritt, fordert er unter Berufung auf das Verzichtsverbot Nachzahlung der Entschädigung für 50 Überstunden pro 2006 und für 100 Überstunden, die er im 2007 geleistet hat. Die Unternehmung A lehnt unter Hinweis auf die getroffene Regelung ab.

Lösungsskizze: Die Unternehmung schliesst mit B einen Vertrag mit Bereinigungszwecken. B fordert im Nachhinein mit Verweis auf das Verzichtsverbot eine Entschädigung für 50 von 100 Überstunden im Jahre 2006, die andern 50 wurden ihm bereits entschädigt. Laut OR 341 kann der Arbeitnehmer nicht auf Forderungen, die auf unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrags beruhen verzichten. Ein Verzicht ist unwirksam. Die Unabdingbarkeit ergibt sich entweder aus der Aufzählung in OR 361 bzw. 362 oder der For-

²⁰ Vgl. VISCHER a.a.O. S. 267.

mulierung einer betreffenden Bestimmung. Neben Bestimmungen aus dem OR fallen auch zwingende Ansprüche aus dem öffentlichen Arbeitsrecht unter das Verzichtsverbot²¹. Nach der Auffassung des Bundesgerichts²² fallen diese Forderungen unter das Verzichtsverbot, da OR 321c Abs. 3 teilweise auch materiell zwingenden Gehalt haben, soweit es sich um bereits geleistete Überstunden handelt. Die Forderungen des B für die 50 Überstunden aus dem Jahre 2006 sind folglich gutzuheissen. Diese Rechtsprechung überzeugt gemäss BRÜHWILER mit Blick auf OR 321c Abs. 3 nicht komplett, wonach ein Arbeitnehmer rechtlich zulässig auf zukünftige Überstunden verzichten kann, wenn nichts anderes schriftlich vereinbart wurde. Der Widerspruch ist darin zu sehen, dass dem Arbeitnehmer der Verzicht auf zukünftige Überstunden erlaubt wird, obwohl er deren Ausmass noch gar nicht kennen kann, was ihm hingegen bei geleisteten Überstunden trotz Kenntnis derer Anzahl nicht gestattet sein soll. Aus diesem Grund sei gemäss BRÜHWILER, wie auch VISCHER²³, bei OR 321c II der zwingende Gehalt diesbezüglich nicht zu anerkennen. Dieser soll sich rein auf das formelle beziehen.

Weiter ist die Klausel mit der Regelung zum inbegriffenen Überstundenlohn genauer zu betrachten. Ein Ausschluss zukünftiger Überstunden ist nach OR 321c Abs. 3 zulässig, was auch korrekt schriftlich festgehalten wurde. Der lediglich im Betriebsreglement niedergelegte Ausschluss, dass das Schrifterfordernis nach OR 321c entfällt, ist nach Auffassung des Bundesgerichts korrekt²⁴. Das Bundesgericht vertritt die Meinung, dass eine Niederlegung im Betriebsreglement zulässig sei, wenn die fragliche Ausschlussklausel nicht als ungewöhnlich erscheint, was in casu verneint werden kann. Gerade bei mittleren und höheren Kader sind solche Ausschlussklauseln häufig, und die Überstunden indirekt bereits im dementsprechend hohen Lohn abgegolten. B steht kein Anspruch auf Entschädigung der Überstunden aus dem Jahre 2007. Folgende Kritikpunkte wurden an dieser Stelle noch angebracht: Eigentlich handelt es sich um eine rein formelle Frage. Das Schrifterfordernis ist bei einem Betriebsreglement aus Gründen des Übereilungsschutzes nur als erfüllt zu betrachten, wenn es auch unterschrieben wurde. Hierbei kann aber auch die Meinung vertreten werden, dass die allgemeinen Regeln nach OR 13 die Möglichkeit offen lassen, einen Vertragstext in mehrere Urkunden zu regeln und schlussendlich nur eine unterschrieben werden muss.

²¹ Lohnzuschläge für Nacht-, Sonntags- und Überzeitarbeit nach den Artikeln 17b, 19 Abs. 3 und 13 ArG, wie auch Überstundenarbeit gemäss OR 321c beruhen auf zwingenden gesetzlichen Bestimmungen und fallen unter das Verzichtsverbot. Ebenso gilt dies für Ansprüche bei Annahmeverzug des Arbeitgebers und für Lohnfortzahlung nach OR 324 bzw. 324a / b, sowie für den Schadenersatzanspruch für den entgangenen Lohn bis zum Ende der Kündigungsfrist bis zum Ablauf der Kündigungsfrist im Falle einer missbräuchlichen Kündigung nach OR 336a oder ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach OR 337c Abs. 1; Vgl. VISCHER a.a.O. S. 286f..

²² Siehe BGE 124 III 489.

²³ Vgl. VISCHER a.a.O. S. 165.

²⁴ Vgl. BGE vom 7. Jan. 2005 4c 219 2004