

# Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2019



ARBEITSGERICHT ZÜRICH

# **Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2019**

Herausgegeben vom Arbeitsgericht Zürich

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

Auszugsweiser Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Zitiervorschlag: AGer-Z 2019 Nr. X

Erscheint jährlich.

Preis Fr. 24.–

Layout und Druck: Buchmann Druck AG Zürich

## Inhaltsverzeichnis

<b>Editorial</b>	<b>3</b>
<b>I. Aus den Entscheiden</b>	<b>5</b>
1. OR 1/OR 322d; Verbindliche Zusicherung zum Fortbestand der Bonusansprüche?	5
2. OR 319 f.; Vertragsverhältnis zwischen Psychiater und Psychotherapeutin im Rahmen der delegierten Psychotherapie	7
3. OR 321e; Bagatellunfall mit Sachschaden (Säumnisurteil)	16
4. OR 322; Kurstagesstundenpauschale für Dozententätigkeit	20
5. OR 322; Verrechnung von Minusstunden	24
6. OR 322c; Anspruch auf Offenlegung aller Kundenbestellungen?	26
7. OR 322c; Rechenschaft des Arbeitgebers über die von der Arbeitnehmerin vermittelten Mandate?	32
8. OR 329d; Ferienlohnberechnung bei zwei verschiedenen Lohnansätzen	34
9. OR 335b, AVG 19; Mindestkündigungsfrist im Personalverleih	37
10. OR 336; Heilung einer missbräuchlichen Kündigung mit nachgeschobenen Kündigungsgründen?	39
11. OR 336b; Verpasste Klagefrist	41
12. OR 337; Verdachtskündigung (Diebstahl aus Tresor)	42
13. ZPO 53 , ZPO 156; Schutzmassnahmen im Rahmen der Beweisabnahme	47
14. ZPO 53; Einsicht in die Tonbandaufnahmen der Beweisverhandlung	50
15. ZPO 55; Widerklage stützt sich auf bestrittenes Tatsachenfundament	52
16. ZPO 86; Teilklage / Prozessvereinigung	54
17. ZPO 152, ArGV 3 Art. 26; GPS-Überwachung	59
18. ZPO 152, ArGV 3 Art. 26, OR 337; Videoaufnahmen als Beweismittel	62
19. ZPO 152, OR 337; Wiederhergestellte E-Mails als Beweismittel	69
20. ZPO 243, GIG; Beschränkung des Verfahrens auf Vorfragen zur Verfahrensart?	71
21. IPRG 115; Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers	75
<b>II. Ergänzungen zu weitergezogenen Entscheiden</b>	<b>78</b>
<b>III. Noven in der Hauptverhandlung (Art. 229 ZPO) – Was heisst „zu Beginn der Hauptverhandlung?“</b>	<b>79</b>
<b>IV. Statistischer Überblick</b>	<b>85</b>

### Hinweis

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

## **EDITORIAL**

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser

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

Während unser Alltag zurzeit durch die Auswirkungen der COVID-19 geprägt wird, standen im Jahr 2019 ganz andere Themen im Vordergrund.

So zeigte sich im vergangenen Jahr erneut die steigende Bedeutung von datenschutzrechtlichen Fragen. Das Arbeitsgericht entschied unter anderem über die Zulässigkeit einer GPS-Überwachung (Nr. 17) sowie die Rechtmässigkeit einer Video-Überwachung des Arbeitsplatzes (Nr. 18).

Aktuell sind aber auch nach wie vor Dauerbrenner wie Bonusansprüche (Nr. 1), Vertragsqualifikation (Nr. 2), Minusstunden (Nr. 5), Ferienlohn (Nr. 8), missbräuchliche (Nr. 10 + 11) und fristlose (Nr. 12, 18 und 19) Kündigungen, Streitigkeiten im Zusammenhang mit Provisionsansprüchen (Nr. 6 + 7) und der Haftung der Arbeitnehmenden für verursachte Schäden (Nr. 3).

Daneben stellen sich in vielen Fällen auch verfahrensrechtliche Knackpunkte (vgl. etwa Nr. 13, 14, 16, 20 und 21). Eine Frage, die von Anwältinnen und Anwälten im Jahr 2019 vor Arbeitsgericht Zürich mehrfach thematisiert wurde, ist, wann und in welcher Form Noven gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO „zu Beginn der Hauptverhandlung“ vorgetragen werden müssen. Diese Kontroverse wird in einem kurzen Aufsatz erörtert (Teil III.).

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und gute Gesundheit.

Zürich, im Mai 2020

**lic. iur. Erich Kaufmann,**  
**Präsident der 4. Abteilung/Co-Bereichsvertreter**  
**Dr. iur. Th. Oertli,**  
**Ersatzrichterin/Leitende Gerichtsschreiberin Arbeitsgericht**

## I. **AUS DEN ENTSCHEIDEN**

### 1. **OR 1/OR 322d; Verbindliche Zusicherung zum Fortbestand der Bonusansprüche?**

Der Kläger war ab dem 15. April 2001 für die Beklagte (A.), eine Bank, bzw. zunächst für deren Rechtsvorgängerin im Rang eines Executive Directors tätig. Am 23. März 2015 fand eine Sitzung mit B., dem damaligen CEO der Beklagten, und dem HR Business Partner C. statt. An dieser Sitzung wurde dem Kläger und zwei weiteren Mitarbeitern, D. und E., gekündigt. Es wurde dem Kläger eine Saldovereinbarung unterbreitet, die er nicht unterzeichnete. Stattdessen versandte er am 12. November 2015 ein Schreiben mit den von ihm verstandenen Saldobedingungen.

Der Kläger macht geltend, anlässlich der Sitzung vom 23. März 2015 sei zugesichert worden, dass alle Bonusansprüche bestehen bleiben und normal ausbezahlt würden. Zum Inhalt des Gesprächs vom 23. März 2015 bzw. zu den behaupteten Zusicherungen wurde ein Beweisverfahren durchgeführt.

#### **Aus den Erwägungen:**

##### «3.5.1. Themen des Beweisverfahrens

Wie gesehen ist für die Beurteilung der meisten vom Kläger geltend gemachten und noch offenen Ansprüche die Frage zentral, ob B. und/oder C. dem Kläger anlässlich des Kündigungsgesprächs vom 23. März 2015 zugesichert haben, er werde alle Bonusansprüche ausbezahlt erhalten. Entsprechend war der vom Kläger behauptete Inhalt des Gesprächs vom 23. März 2015 auch hauptsächliches Beweisthema (Beweisbeschluss vom 29. Januar 2018, Beweissätze a bis e). [...]

[...]

3.5.4.3. Beweissätze a-e (behauptete Zusicherungen im Gespräch vom 23. März 2019)

[...]

[Nach Würdigung der Zeugen- und Parteiaussagen gelangte das Gericht zu folgendem Ergebnis:]

Alles in allem kann zwar davon ausgegangen werden, dass anlässlich der Sitzung vom 23. März 2015 von den Bonusansprüchen des Klägers gesprochen wurde. Es mag auch sein, dass B. dem Kläger und D. geraten hat, die Saldo-

erklärung nicht zu unterzeichnen. Aber die Aussagen darüber, was genau zugesichert worden sein soll, blieben pauschal und unbestimmt.

Der Kläger stellt sich – wie bereits erwähnt – auf den Standpunkt, er habe mit seinem Schreiben vom 12. November 2015 einen Antrag der Beklagten angenommen. Damit sei ein Vertrag zustande gekommen. Gemäss Art. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Diese Äusserungen können dadurch erfolgen, dass eine Person einen Antrag (eine Offerte) unterbreitet und die andere Person diesen Antrag annimmt (Art. 3 ff. OR). Der Antrag stellt die erste der beiden zum Abschluss eines Vertrages erforderlichen, gegenseitigen Willensäusserungen dar. Der Antrag muss grundsätzlich sämtliche Punkte, welche Gegenstand der Einigung und damit des gemeinsamen Vertragswillens werden sollen, festlegen. Der Antrag muss den Vertragsinhalt vollständig und genügend bestimmt festlegen. Er wird den Erfordernissen der Vollständigkeit und der Bestimmtheit dann gerecht, wenn der Empfänger den Vertrag grundsätzlich durch einfache und direkte Zustimmung, z.B. „ja“, „einverstanden“, Kopfnicken, zustande kommen lassen kann. Dem Erfordernis der Bestimmtheit des Antrags ist auch Genüge getan, wenn der Vertragsinhalt lediglich bestimmbar ist (BK-MÜLLER CHRISTOPH, Art. 3 OR, N 21 ff.).

Die hier vorliegenden, unbestimmten Aussagen genügen nicht, um mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, die von B. und C. am 23. März 2019 [richtig: 2015] gemachten Äusserungen seien Zusicherungen gewesen, dass die Forderungen, die der Kläger im vorliegenden Prozess stellt, erfüllt würden. Wie erwähnt, ist ein Beweis nur dann erbracht, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsachen keine ernsthaften Zweifel mehr hat. Dies ist hier nicht der Fall. Es bestehen aufgrund der sehr pauschalen Schilderungen beträchtliche Zweifel daran, dass B. und/oder C. Zusicherungen machten, die so zu verstehen waren, dass damit so unterschiedliche Ansprüche wie Formula-based Variable Compensation (die mit Aktien nichts zu tun hat), Integration Incentive Award (bei der ein Teil ebenfalls eine Cash-Vergütung ist und nichts mit Aktien zu tun hat) und A.-[Art des Aktienplans] Share Plan 2014 und 2015 mit verschiedenen Arten von Aktien gemeint waren. Selbst wenn die Herren B. und C. Äusserungen tätigten, die als Zusicherungen aufgefasst werden konnten, so ist nicht nachgewiesen, dass sie so bestimmt waren, wie eine Offerte nach dem Gesagten sein muss. Offensichtlich konnte nicht einfach „ja“ gesagt werden, weil klar und bestimmbar war, wie gross der Anspruch ist. Dies wurde vorne bei der Formula-based Variable Compensation bereits dargelegt. Diese Vergütungskomponente ist

auch heute nicht klar bestimmbar. Also konnte gar kein Angebot unterbreitet werden, das dem Erfordernis der Bestimmtheit genügen würde.

Dass es dem angeblichen Angebot an der erforderlichen Bestimmtheit fehlte, wird offenkundig, wenn die „Annahmeerklärung“ vom 12. November 2015 verglichen wird mit der vorliegenden Forderung. In diesem Schreiben geht der Kläger offensichtlich von einem ganz anderen Angebot der Beklagten aus, als er es in der Klage tut. Er macht darin nämlich ganz andere Beträge geltend. Abgesehen davon, dass der Kläger das Jahressalär in Höhe von CHF 699'660.– nicht eingeklagt hat, kommt er in diesem Schreiben insbesondere unter dem Titel Bonus- und Awardsansprüche mit CHF 632'584.15 auf einen völlig anderen Betrag als in der Klage. In der Klage werden unter den Titeln A.-IIA, A.-[Art des Aktienplans] Share Plan 2014 und 2015 sowie A.-DCP 2014 Forderungen von CHF 569'129.55 (CHF 463'363.95 + 18'482.40 + 66'319.20 + 20'964) erhoben. Offenbar wusste der Kläger selber nicht, was genau das Angebot der Beklagten am 23. März 2015 war.

### 3.5.5. Fazit

Unter diesen Umständen kann von einem bestimmten Angebot, das durch Akzept des Klägers zu einem Vertrag geworden ist, nicht ausgegangen werden. Das bedeutet nach dem Gesagten, dass sämtliche klägerischen Ansprüche abzuweisen sind, soweit sie nicht vom Kläger selber zurückgezogen wurden.»

*(AN160038 Beschluss und Urteil vom 27. September 2019)*

## **2. OR 319 f.; Vertragsverhältnis zwischen Psychiater und Psychotherapeutin im Rahmen der delegierten Psychotherapie**

Am 12. Juli 2016 schlossen die Parteien, ein Psychiater und eine Psychotherapeutin, per 1. September 2016 auf unbestimmte Zeit eine als Arbeitsvertrag bezeichnete Vereinbarung. Am selben Tag unterzeichneten sie die „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit in delegierter Psychotherapie in der «psychiatrisch / psychotherapeutischen Praxisgemeinschaft Dr. A.» (nachfolgend: „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“). Am 15. Juli 2016 schlossen sie eine weitere Vereinbarung per 1. September 2016 mit der Überschrift „Nutzungsvereinbarung Therapieraum für Privatpraxis Mietvertrag“. Dabei ist der Beklagte als Vermieter und die Klägerin als Mieterin aufgeführt.



Die Klägerin vertrat vor Arbeitsgericht den Standpunkt, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Sie führte unter anderem aus, gemäss der Krankenversicherungs-Gesetzgebung bedinge die delegierte Psychotherapie ein Arbeitsverhältnis einerseits zwischen dem Psychiater als Arbeitgeber und aufsichtspflichtigem Delegierenden und andererseits der Psychotherapeutin als Arbeitnehmerin und Delegationsnehmerin. Die getroffene Vereinbarung sei vor dem Hintergrund dieser Krankenversicherungs-Gesetzgebung zu sehen.

### **Aus den Erwägungen:**

«3. Qualifikation des vorliegenden Arbeitsverhältnisses

#### 3.1 Modell der delegierten Psychotherapie

Vorab ist auf das Modell der delegierten Psychotherapie einzugehen. Delegierte Psychotherapie bedeutet, dass die psychotherapeutische Behandlung vom Arzt nicht selber vorgenommen, sondern an fachlich qualifizierte nichtärztliche Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten delegiert wird. Gemäss der ständigen Rechtsprechung des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) bzw. des Bundesgerichts seit Mai 1981 ist die delegierte Psychotherapie eine Pflichtleistung der Krankenversicherer, wenn die Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten in den Praxisräumen des Arztes oder der Ärztin, unter seiner/ihren direkten Aufsicht und Verantwortung und im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses arbeiten (vgl. <http://aerzte-zh.ch/informationen/delegierte-psychotherapie.html>). Demnach dient das Modell der delegierten Psychotherapie dazu, eine Abrechnung über die Grundversicherung zu ermöglichen.

Unbestritten ist, dass die Parteien am 12. Juli 2016 vor diesem Hintergrund einen als Arbeitsvertrag bezeichneten Vertrag abschlossen. Strittig ist, ob aufgrund der vorgenannten Rechtsprechung – wie von der Klägerin geltend gemacht – ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gefordert war.

Das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hielt im KV 255 Urteil vom 18. Juni 2003 (K 141/01 und K 146/01) in Ziffer 4.4 fest, der Arzt könne einen Teil seiner Tätigkeit an Personen delegieren, die von ihm angestellt seien und in seiner Praxis unter seiner Anleitung, Aufsicht und Verantwortung arbeiteten. Unter diesen Voraussetzungen werde die Behandlung durch eine nichtärztliche Hilfsperson der ärztlichen Behandlung nach Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 KVG zugerechnet. Mit dem von der Rechtsprechung verwendeten, weit gefassten Kriterium des Anstellungsverhältnisses komme zum Ausdruck, dass ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. nicht erforderlich sei. Ebenso wenig könne die AHV-rechtliche Qualifika-

tion als selbständig- oder als unselbständigerwerbend ausschlaggebend sein. Aus der Begriffsumschreibung der (unselbständigen) delegierten psychotherapeutischen Behandlung erhelle indessen – namentlich mit Blick auf deren Abgrenzung zur freiberuflichen psychotherapeutischen Tätigkeit – dass ein wesentliches rechtliches oder tatsächliches Subordinationsverhältnis vorliegen müsse, damit sie als Pflichtleistung anerkannt werden könne. Dieses Merkmal definiere sich nicht nur durch eine mehr oder weniger ausgeprägte organisatorische, sondern auch durch eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom delegierenden Arzt.

Im vorliegenden Fall können die Begriffe Anstellungs- und Arbeitsverhältnis somit nicht gleich gesetzt werden. Allein gestützt auf die Rechtsprechung zur delegierten Psychotherapie besteht keine Vermutung zugunsten eines Arbeitsvertrages. Es kann zudem nicht gesagt werden, dass im Falle der Verneinung eines Arbeitsverhältnisses eine flagrante Gesetzesumgehung des krankenversicherungsrechtlichen Grundversicherungs-Abrechnungssystems bestehen würde.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen der delegierten Psychotherapie ist nicht weiter einzugehen.

## 3.2 Vertragsterminologie und Vertragsausgestaltung

### 3.2.1 Terminologie

Der von den Parteien am 12. Juli 2016 unterzeichnete Vertrag wurde als „Arbeitsvertrag“ und die Parteien werden darin als „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ bezeichnet. Der Vertrag beinhaltet zudem weitere Indizien, welche für die Qualifikation des Vertrags als Arbeitsvertrag sprechen:

- Der Vertrag verweist auf Art. 319 ff. OR;
- Der Vertrag ist unbefristet;
- Die Therapien werden den Patienten durch den Beklagten in Rechnung gestellt;
- Regelung der Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung;
- Sozialversicherungsbeiträge und berufliche Vorsorge sind vorgesehen;
- Abschliessen einer Berufshaftpflichtversicherung sowie einer Rechtsschutzversicherung durch den Beklagten, welche auch die Tätigkeit der Klägerin einschliesst;
- Es ist eine Kündigungsfrist von 3 Monaten vorgesehen.

Die aufgezeigte Terminologie weist auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages hin. Alleine aufgrund des Vertrags kann jedoch noch nicht auf ein Arbeits-

verhältnis geschlossen werden. Ob ein Rechtsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist oder nicht, hängt nämlich nicht entscheidend von seiner Bezeichnung durch die Parteien ab, sondern allein vom vereinbarten Inhalt, d.h. davon, ob die gegenseitigen Abmachungen arbeitsvertraglichen Charakter aufweisen (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N 1b zu Art. 319 OR).

### 3.2.2 Weisungsgebundenheit

In Ziffer 1 des Arbeitsvertrags wird sodann festgehalten: „Der/die AN führt auf Weisung und unter Aufsicht des AG in den Praxisräumen des AG delegierte Psychotherapien durch. Daneben kann der/die AN als selbständig Erwerbende/r tätig sein. Gegenstand des vorliegenden AV ist ausschliesslich die Tätigkeit des/der AN im Rahmen der delegierten Psychotherapie.“

Die Klägerin macht geltend, sie sei im Rahmen der delegierten Psychotherapie fachlich, insbesondere im Hinblick auf die Medikation, aber auch organisatorisch (Praxisräumlichkeiten, Abrechnungen etc.) nicht selbständig gewesen. Es habe eine klare Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Praxis des Beklagten bestanden. Dem Beklagten sei eine Weisungsbefugnis zugekommen, die er im Zusammenhang mit der Intervisionssitzung wahrgenommen habe. Auf Seite 2 der „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ werde ferner festgehalten, dass diese Regelungen verbindlichen Weisungscharakter hätten.

Der Beklagte macht zusammengefasst geltend, seine Weisungsbefugnis habe sich auf seine fachlichen Anweisungen im Rahmen der Eintrittsvisitation sowie den alle sechs Monate erfolgenden Visitationen/Konsultationen mit den Patienten der Klägerin und derselben oder grundsätzlich im Bedarfsfall beschränkt. Dies habe mit einer fehlenden Freiheit der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses nichts zu tun, sondern sei Folge der Voraussetzungen zur Anerkennung der „delegierten Psychotherapie“. Die Klägerin sei fachlich selbständig gewesen, wobei der Beklagte die Durchführung der Massnahme im dargelegten Sinn zu überwachen gehabt habe.

Die Klägerin leitet die geforderte Weisungsgebundenheit in erster Linie aus den Regelungen im Vertrag und in den „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ her. Alleine die im Vertrag vermerkte Weisungsgewalt des Beklagten gegenüber der Klägerin begründet jedoch noch kein Arbeitsverhältnis. Ausschlaggebend sind die tatsächlich gelebten Verhältnisse.

Bei den „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ handelt es sich um einen integralen Bestandteil des Vertrages. Die Klägerin hat sich mit ihrer Unterschrift ausdrücklich mit diesen Regelungen einverstanden

erklärt. Die „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ enthalten verschiedene Fach-, Ziel- und Verhaltensanweisungen. So vereinbarten die Parteien beispielsweise die Kostenbeteiligung, eine Dokumentationspflicht, eine Pflicht des Psychologen zur Archivierung der Krankengeschichte, Organisationsabläufe sowie das Vorgehen in einem Notfall. Dabei handelt es sich um allgemeine, generell-abstrakte Regelungen, welche eine gewisse Grundorganisation gewährleisten und somit erst eine Zusammenarbeit ermöglichen.

Die einzige besondere, individuell-konkrete Weisung, welche die Klägerin vorbringt, ist die Aufforderung des Beklagten, zur Interventions-sitzung zu erscheinen. Auf Seite 2 der „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ wurde vereinbart, dass man sich einmal pro Monat für zwei Stunden zu einer solchen Sitzung treffe. Da sich die Klägerin jedoch mit dieser Regelung ausdrücklich einverstanden erklärt hat, spricht dieser Umstand nicht für ein ausgeprägtes Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien. Dass der Beklagte im Rahmen dieser Sitzungen der Klägerin konkret nicht fachlich bezogene Weisungen erteilt hat und gegebenenfalls welche und wie oft, wurde nicht vorgebracht.

Die Klägerin hat keine weiteren Weisungsbefugnisse des Beklagten substantiiert dargelegt. Der Beklagte erteilte somit im Einklang mit der Krankenversicherungs-Gesetzgebung an die nicht-ärztliche Klägerin fachliche Weisungen. Die Anordnungen in den „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ sprechen zwar für eine gewisse organisatorische Eingliederung der Klägerin in die Arbeitsorganisation des Beklagten. Sie sind jedoch ebenfalls vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur delegierten Psychotherapie zu sehen und auch bei einer Praxis-/Unkostengemeinschaft üblich. Insgesamt bestand somit keine hohe Weisungsgebundenheit durch die Klägerin.

### 3.2.3 Arbeitszuweisung

Neben der delegierten Psychotherapie war eine selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt. Die Parteien haben vereinbart, dass die Klägerin selbst für die Akquisition ihrer Patienten verantwortlich war. Der Beklagte weise nach Möglichkeit Patienten zu. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe ihr keinen einzigen Patienten überwiesen. Es sei für den Beklagten von erheblichem Nutzen gewesen, dass sie Patienten im Rahmen der delegierten Psychotherapie akquiriert habe, da er dadurch zusätzliche Einnahmen für sich habe generieren können. Der Beklagte macht geltend, der Arbeitsvertrag vom 12. Juli 2016 enthalte keine Verpflichtung der Klägerin, wonach sie gehalten gewesen wäre, vom Beklagten Therapieaufträge zu übernehmen. Tatsächlich habe die

Klägerin ihren eigenen Patientenstamm in die Praxisgemeinschaft mit eingebracht und während der Zusammenarbeit seien von ihr selbst akquirierte neue Patienten hinzugekommen. Eigene Zuweisungen von Patienten durch den Beklagten an die Klägerin seien demgegenüber, mit Ausnahme einiger weniger Fälle und mit ausdrücklichem Einverständnis der Klägerin, nicht erfolgt. Als die Klägerin die Praxisgemeinschaft wieder verlassen habe, habe sie ihre Patienten auch wieder mitgenommen. Die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten keinerlei Verpflichtung gehabt, ihre Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Vielmehr habe die Klägerin völlig frei entscheiden können, wann und in welchem Umfang sie Patienten betreute.

Die Klägerin traf somit unbestrittenermassen keine Pflicht, Therapieaufträge vom Beklagten zu übernehmen. Dementsprechend hatte die Klägerin tatsächlich gar keine Arbeitsverpflichtung. Sie konnte den Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmen. Dies spricht klar gegen ein ausgeprägtes Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien sowie gegen eine Eingliederung der Klägerin in die Arbeitsorganisation des Beklagten.

### 3.2.4 Arbeitszeiten / Ferien

Unbestritten ist, dass die Parteien keine verbindlichen Vorgaben betreffend einen zeitlichen Arbeitseinsatz vereinbart haben. Die Arbeitszeiten konnten von der Klägerin weitgehend selbst gestaltet werden.

Betreffend Ferien vereinbarten die Parteien, die Klägerin könne Ferien nach eigenem Ermessen beziehen. Der Ferienlohn sei mit Rücksicht auf die unregelmässigen Arbeitszeiten durch den Lohn abgegolten. Die Klägerin führte dazu aus, es habe noch kein Bedarf nach weitergehender Absprache gegeben, da das Arbeitsverhältnis erst im September 2016 begonnen habe. Somit bestätigt sie, dass keine Anordnungen hinsichtlich des Ferienbezugs bestanden.

Die Klägerin war somit in der Gestaltung ihrer Arbeitstätigkeit sehr selbständig und es bestand in zeitlicher Hinsicht keine Abhängigkeit vom Beklagten.

### 3.2.5 Arbeitsort

Die Parteien schlossen am 15. Juli 2016 eine „Nutzungsvereinbarung Therapie- raum für Privatpraxis Mietvertrag“. Darin vereinbarten sie, dass die Klägerin ihren Arbeitsraum als delegiert arbeitende Psychologin für ihre Privatpraxis geschäftlich nutzen kann. Die Miete dafür in der Höhe von Fr. 1'900.– pro Monat setzt sich aus einem Betrag für die Nutzfläche des Arbeitsraumes, einen Betrag für die Nutzung der Infrastruktur sowie einem Sockelbetrag zusammen.

Der Beklagte macht geltend, die Bereitstellung von Arbeitsraum und Infrastruktur durch den Arbeitgeber bilde Gegenstand eines Arbeitsvertrages. Dass die Klägerin insoweit keine Forderungen im Zusammenhang mit Kosten für einen von ihr gemieteten Arbeitsraum geltend mache, belege zumindest implizit, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag vorliege. Sie habe zudem auch die Kosten der Versicherung ihrer Praxis-einrichtung selbst getragen und eine Mieterkaution geleistet. Die Klägerin führt aus, der Beklagte habe sich durch die mietvertragliche Vereinbarung ein festes zusätzliches Einkommen dafür gesichert, dass er der Klägerin einen Raum in seiner Praxis für delegierte Psychotherapie aber auch für selbständige Patienten ausserhalb der delegierten Psychotherapie zur Verfügung gestellt habe. Daraus könne nicht abgeleitet werden, dass kein Arbeitsverhältnis vorliege.

Die Klägerin war unbestrittenermassen im Betrieb des Beklagten tätig und ihr wurde ein Arbeitsplatz zugewiesen. Sie beteiligte sich jedoch in einem hohen Mass an den Kosten für die Infrastruktur. Sie zahlte nicht nur eine Miete für ihren Arbeitsraum, sondern auch einen Mietanteil für die allgemein genutzten Räume (Wartebereich, Küche), einen Sockelanteil für Nebenkosten und für die Bereitstellung der Arbeitsstelle in der Praxis, Reinigungskosten sowie ihre eigene Einrichtung. Des Weiteren bezahlte sie ihre Praxis-Namenschilder und ihren Telefonanschluss. Diese Regelung ist atypisch für ein Arbeitsverhältnis.

3.2.6 Lohnzahlungen/Handeln auf eigene Rechnung/Unternehmerrisiko  
Der Beklagte macht geltend, die Parteien hätten vereinbart, dass die Klägerin für sämtliche durch die delegierte Psychotherapie generierten Kosten selbst aufkomme, d.h. für sämtliche Versicherungskosten inkl. Sozialversicherungsbeiträge, mögliche Regresse, Gebühren etc. Er habe zu Händen der Ärztekasse Zürich den üblichen Auftrag gemäss getroffener Vereinbarung erteilt, wonach monatlich 21% des klägerischen Umsatzes für Sozialabzüge, Kosten BVG und Inkassorisiko sowie 5% des klägerischen Umsatzes als sog. Administrativbeiträge auf das Poolkonto des Beklagten zu überweisen seien. Der Restbetrag sollte an die Klägerin direkt ausbezahlt werden. Im Ergebnis habe die Klägerin keinen Lohn als Entgelt für ihre Arbeit erhalten, sondern wie eine selbständig erwerbende Person den tatsächlich erwirtschafteten Umsatz als Einkommen nach Abzug der anfallenden Unkosten (Kosten der Infrastruktur, sämtliche Sozialversicherungsbeiträge, Beiträge zur 2. Säule). Die Ärztekasse habe denn auch die erstellten „Lohnabrechnungen“ direkt an die Klägerin zugestellt, ohne Kopie an den Beklagten.

Die Klägerin macht geltend, sie habe den Erlös aus ihrer eigenen Umsatzgenerierung erhalten, dies jedoch unter Abzug gewisser provisionsähnlicher Anteile zugunsten des Beklagten. Es habe keine Vereinbarung gegeben, wonach monatlich 21% ihres Umsatzes für Sozialabzüge und Inkassorisiko auf das Poolkonto des Beklagten zu überweisen gewesen seien. Sie gehe aber davon aus, dass ein Teil dieser Abzüge zu Recht getätigt worden seien und dass der Betrag der rechtmässigen Abzüge zwischen Fr. 2'500.– und Fr. 8'000.– liege. Der Beklagte habe die Sozialversicherungsbeiträge, welche er gegenüber der Klägerin abgerechnet habe, nicht überwiesen und keine BVG-Prämien bezahlt.

Gemäss Vertrag richtet sich der Lohn der Klägerin nach dem Umfang der erbrachten und tarifisch verrechenbaren Leistung. Es ist unbestritten, dass die Rechnungen für die delegierten Psychotherapien der Klägerin im Namen des Beklagten gestellt wurden, was im Übrigen Voraussetzung für die Abrechnung zu Lasten der Krankenkassen bildet. Der Beklagte richtete der Klägerin sodann über die Ärztekasse monatliche Akontozahlungen aus. Die Klägerin erhielt dementsprechend regelmässige Lohnzahlungen und Lohnabrechnungen. Der Lohn unterlag jedoch starken Schwankungen. So verdiente die Klägerin beispielsweise im Dezember 2016 Fr. 7'208.45 netto und im Mai 2017 Fr. 245.30 netto.

Bei den Akten findet sich keine Vereinbarung der Parteien, die besagt, dass 21% des Umsatzes der Klägerin auf ein Poolkonto des Beklagten zu überweisen seien. In den „Regelungen und Gedanken zur Zusammenarbeit“ wurde vereinbart, dass die Klägerin dem Beklagten einerseits 5% des Umsatzes aus delegierter Psychotherapie als Entschädigung für seinen Aufwand und andererseits Fr. 100.– pro Monat als Anteil am Sockelbetrag der Raummiete zu bezahlen hat. Es kann schliesslich offen bleiben, ob die Überweisung von 21% des klägerischen Umsatzes auf das Poolkonto des Beklagten vereinbart war und ob die Klägerin somit sämtliche Sozialversicherungsbeiträge selbst bezahlte, da es sich hierbei nur um ein untergeordnetes Indiz für die Vertragsqualifikation handelt.

Aus den „Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit“ wird weiter ersichtlich, dass der Beklagte versuchte, sein finanzielles Risiko so weit wie möglich auf die Klägerin abzuwälzen. Auf Seite 2 wurde festgehalten, Voraussetzung der Bereitschaft des Beklagten Psychologen zur delegierten Psychotherapie anzustellen, sei die Bereitschaft der Psychologen [...] bestmöglich selbständig und ohne den Beklagten arbeitsmässig oder finanziell zu belasten vom Delegationsverfahren Nutzen zu ziehen. Weiter wurde auf Seite 3 ver-

einbart, dass die Psychologen geschuldete Sozialbeiträge (AHV, Versicherungen), Gebühren gegenüber Behörden, eventuelle Regresse der Krankenkassen betreffend ihrer Arbeit und geschuldete Raummieten in ihre individuelle Verantwortung übernehmen. Es wurde zudem festgehalten, dass die Psychologen selbst eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen haben und sich verpflichten, bei Krankheit oder Unfall oder sonstigem Ausfall, die laufenden Praxiskosten wie Sozialabgaben und Raummiete weiter zu bezahlen, sodass der Beklagte keine Verluste habe. Weiter wurde vereinbart, dass monatlich ein kleiner prozentualer Anteil als Rücklage auf einem Poolkonto belassen wird, als Absicherung des Beklagten, dass er bei besonderen Situationen nicht eigenes Geld einschiessen müsse.

Die Klägerin trug somit das Unternehmensrisiko zu einem wesentlichen Teil selber. Daran vermag die Tatsache, dass sowohl die Rechnungsstellung als auch die Abrechnung der obligatorischen Sozialversicherungen über den Beklagten lief [...] nichts zu ändern. Dies ist ebenfalls atypisch für einen Arbeitsvertrag.

### 3.2.7 Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien ein Anstellungsverhältnis geschaffen haben, da dies Voraussetzung für die Abrechnung der delegierten Psychotherapie zu Lasten der Grundversicherung der Krankenkassen bildet. Dabei vereinbarten sie ausdrücklich, dass die Klägerin das aus dem Anstellungsverhältnis für den Beklagten resultierende Risiko bestmöglich selbst zu tragen hat. Das weitgehende wirtschaftliche Risiko trug sie bewusst selbst. Die Klägerin war abgesehen von der Tatsache, dass sie zur Abrechnung auf den Beklagten angewiesen war und deshalb in einem gewissen Mass seinen fachlichen und einzelnen organisatorischen Weisungen unterlag, in der Gestaltung ihrer Arbeitstätigkeit vollkommen frei. Die vereinzelt Regelungen, die auf einen Arbeitsvertrag hindeuten können, sind vor dem Hintergrund der Rechtsprechung der delegierten Psychotherapie zu sehen und gehen mit einer Praxis- und Unkostengemeinschaft einher. Vorliegend fehlt es am für den Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnis sowie an der Pflicht zur Arbeitsleistung. Unter Würdigung der vorstehend Erwägungen kann das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden. Die Klage ist abzuweisen.

Vorliegend hatte das Arbeitsgericht zufolge Doppelrelevanz der behaupteten Tatsachen auf die Klage einzutreten. Ergibt die materielle Beurteilung in casu, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt, hat das Arbeitsgericht die Klage abzuweisen, wobei der Zusatz „aus Arbeitsvertrag“ entbehrlich



ist. Mangels Klageidentität bleibt der Klägerin die Möglichkeit gewahrt, die Klage aus anderem Rechtsgrund vor dem dafür zuständigen Gericht erneut zu erheben, da die vom Arbeitsgericht nicht beurteilten und nicht zu beurteilenden anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei bleiben (BGE 141 III 294 E. 5.2 = Pra 2017 Nr. 5; Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017, Nr. 25).»

*(AH170203 Verfügung und Urteil vom 26. November 2018. Mit Urteil vom 23. Dezember 2019 wies das Obergericht die dagegen erhobene Berufung ab, LA190003. Eine Beschwerde am Bundesgericht ist anhängig. Vgl. auch den Parallelfall AN170041, der mit Urteil vom 29. April 2019 abweichend entschieden wurde. Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 23. Dezember 2019 gutgeheissen, LA190021; eine Beschwerde am Bundesgericht ist auch in diesem Verfahren anhängig)*

### **3. OR 321e; Bagatellunfall mit Sachschaden (Säumnisurteil)**

Die beklagte Arbeitgeberin betreibt Rettungs-, Kranken- und Behinderten-transporte. Die Arbeitnehmerin war bei der Beklagten als Praktikantin mit einem Bruttolohn von Fr. 1'500.– angestellt. Nach einem Bagatellunfall zog die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin vom Lohn für den von ihr verursachten Schaden am Rettungsfahrzeug bzw. für den daraus resultierenden Selbstbehalt den Betrag von Fr. 1'000.– ab. Dagegen wehrte sich die Arbeitnehmerin vor Arbeitsgericht. Die Beklagte erschien unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung, weshalb ein Säumnisurteil erging. Das Gericht entscheidet in einem solchen Fall auf Grundlage der Akten und Vorbringen der anwesenden Partei, soweit an deren Richtigkeit keine erheblichen Zweifel bestehen (Art. 234 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 153 Abs. 2 ZPO).

#### **Aus den Erwägungen:**

«[...]

Gemäss unbestrittener Sachdarstellung der Klägerin schlossen die Parteien am 7. September 2018 einen auf 6 Monate befristeten Arbeitsvertrag mit einem Arbeitspensum von 100% ab. Stellenbeginn war der 17. September 2018. Die Klägerin war als Praktikantin auf dem Niveau Transporthelferin/ Transportassistentin für die Beklagte arbeitstätig. Vereinbart wurde ein monatliches Bruttogehalt von Fr. 1'500.–, welches in sechs Raten auszubehalten war.

1.2. Am 5. November 2018 verursachte die Klägerin als Lenkerin im Rahmen eines Einsatzes einen Sachschaden an einem Rettungsfahrzeug der Beklagten. Die Klägerin wollte in einer Garage rückwärts in ein Parkfeld parkieren. Dabei touchierte sie mit der rechten Hinterseite des Fahrzeugs die Mauer, was einen Sprung im Rücklicht und einen Lackschaden verursachte. Die Begleitperson der Klägerin stieg zwar aus dem Fahrzeug aus, um ihr beim Parkieren zuzuschauen, war aber mit dem Handy beschäftigt.

1.3. Mit Schreiben vom 12. November 2018 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin aufgrund des Unfalls mit Sachschaden eine arbeitsrechtliche Verwarnung aus. Sie teilte der Klägerin im Rahmen dieser Verwarnung mit, dass der Selbstbehalt für den Kaskoschaden in der Höhe von Fr. 1'000.– vollumfänglich von deren Lohn abgezogen werde.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2019 [richtig: 2018] kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der siebentägigen Kündigungsfrist während der Probezeit. In der Schlussabrechnung 2018 wurde von der Beklagten unter dem Titel „Abzug Selbstbehalt grobfahrlässiger Schaden vom 5.11.2018“ ein Betrag von Fr. 1'000.– in Abzug gebracht.

Die Klägerin wandte sich in der Folge mit Schreiben vom 11. Februar 2019 an die Beklagte und stellte u.a. eine Rückforderung von Fr. 1'000.–.

## 2. Prozessgegenstand

Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage nunmehr noch die Auszahlung der Fr. 1'000.–, welche ihr von der Beklagten in der Schlussabrechnung 2018 in Abzug gebracht worden sind.

## IV. Rechtliche Würdigung

### 1. Rechtliche Grundlagen

1.1 Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat. Diese Haftung des Arbeitnehmers setzt nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts eine Vertragsverletzung, ein Verschulden des Arbeitnehmers, einen Schaden sowie einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus. Der Arbeitgeber hat die Verletzung von Pflichten (Vertragsverletzung), den dadurch entstandenen Schaden sowie den (natürlichen) Kausalzusammenhang zu beweisen. Das Verschulden des Arbeitnehmers wird vermutet, jedoch steht ihm der Entlastungsbeweis offen, dass ihn kein oder nur ein geringes Verschulden trifft (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH,

Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 4 und N 13 zu Art. 321e OR).

Unter Schaden versteht man bei Autounfällen unter anderem den Schaden am eigenen Fahrzeug und zwar im Umfang des Selbstbehaltes, sofern eine Kaskoversicherung besteht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 321e OR).

1.2 Der Arbeitnehmer haftet grundsätzlich für jedes Verschulden, also für Absicht und Fahrlässigkeit. In Lehre und Rechtsprechung wird zwischen leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit unterschieden. Je nach dem, wie das Verschulden einzustufen ist, kommen unterschiedliche Rechtsfolgen zum Tragen. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn etwas nicht beachtet wird, das man bei genauerem Überlegen eigentlich hätte beachten müssen. In diesem Fall wird die Schadenersatzpflicht zumeist deutlich reduziert, bei schadensgeneigter Arbeit entfällt sie in der Regel ganz. Grobe Fahrlässigkeit bedeutet, elementare Vorsichtspflichten ausser Acht zu lassen, welcher jeder vernünftige Mensch in dieser Lage bedacht hätte. Sie schliesst nach der Praxis eine Reduktion der Haftung in aller Regel aus. Mittlere Fahrlässigkeit wird vom Bundesgericht dadurch definiert, dass sie zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit liegt. Sie führt in der Regel zu einer Reduktion im Sinne einer den konkreten Umständen angemessenen Schadensaufteilung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336e OR).

1.3 Das Mass der Sorgfalt, für das der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR). Die gesetzliche Aufzählung ist nicht vollständig; ebenfalls zu beachten sind beispielsweise das Mitverschulden des Arbeitgebers, die geringe Entlohnung, das quantitative Verhältnis von Lohn zu Schadenersatz, mangelnde Instruktion oder Überwachung usw. (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321e OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht nur für den Grundsatz, sondern auch für den Umfang der Schadenersatzpflicht sämtliche Umstände, so insbesondere das Berufsrisiko, Entlohnung und Verschulden zu berücksichtigen (BGer 4C.103/2005 vom 1.6.2005, E. 1.1 m.w.H.).

1.4. Mit der Berücksichtigung des Berufsrisikos soll derjenige, der sich im Dienste des Arbeitgebers täglich einem erhöhten Risiko aussetzt, auf

eine gewisse haftungsrechtliche Privilegierung vertrauen dürfen. Es geht dabei um Arbeit, bei der mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen. Das besondere Berufsrisiko kann sich dabei beispielsweise aus der Natur der Tätigkeit (z.B. Chauffeur) oder aus besonderen Arbeitsanforderungen oder Eigenheiten des Arbeitsablaufs (z.B. hoher Zeitdruck) ergeben. Entscheidend ist allerdings die konkrete Gefahrenlage anlässlich der Schadensverursachung und nicht die allgemeine Gefährlichkeit des Berufs (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321e OR).

Betreffend Schadensdeckung bei Autounfällen, die ein Arbeitnehmer mit einem Geschäftswagen verursacht hat, gilt allgemein das Folgende: Bei Autounfällen mit leichtem Verschulden (z.B. kleiner Fahrfehler aus Unachtsamkeit) muss der Arbeitnehmer nichts oder höchstens einen symbolischen Beitrag an die Schadensdeckung beitragen. Erst bei grobem Verschulden (z.B. Autofahren unter Alkoholeinfluss, Überfahren einer Sicherheitslinie) wird er den Schaden mehrheitlich oder voll tragen müssen, wobei ein verwirklichtes Berufsrisiko auch hier unter Umständen zu einer Reduktion führt. Diese abgeschwächte Haftung ist Ausfluss des Berufsrisikos, das nach Art. 321e OR mit zu berücksichtigen ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 321e OR).

## 2. Würdigung

2.1. Vorab ist festzuhalten, dass zwar unbestritten ist, dass die Klägerin am 5. November 2018 an dem von ihr gelenkten Rettungsfahrzeug einen Parkschaden verursacht hat. Aus der Schilderung der Klägerin und den von ihr eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Beklagte im Zusammenhang mit diesem Unfall einen Schaden von Fr. 1'000.– geltend macht (Selbstbehalt aus Kaskoversicherung). Der Bestand eines Schadens wurde von der Klägerin zwar nicht bestritten, doch wurde die geltend gemachte Höhe von Fr. 1'000.– aufgrund der Schadensfotos als nicht verhältnismässig bezeichnet. Die Beklagte ist nicht zur Hauptverhandlung erschienen und hat entsprechend keine Ausführungen zur geltend gemachten Höhe des Schadens am Fahrzeug gemacht. Es fehlt damit bereits an einem Nachweis der Schadenshöhe, für welche die Beklagte die Klägerin haftbar machen will. Die Frage der Schadenshöhe kann jedoch offen gelassen werden, nachdem eine Haftbarkeit der Klägerin für den Schaden schon aus anderen Gründen scheidet.

2.2. Aufgrund der Schilderungen der Klägerin ist davon auszugehen, dass sie am 5. November 2018 infolge einer kleinen Unachtsamkeit beim rück-

wärts Einparkieren den Schaden verursacht hat, es sich mithin um einen sogenannten Bagatellunfall handelt, welcher zum normalen Berufsrisiko eines Chauffeurs gehört. Der Klägerin ist lediglich ein leichtes Verschulden zum Vorwurf zu machen. Ein grobfahrlässiges Verhalten, wie es von der Beklagten angenommen wird, ist in jedem Fall klar zu verneinen. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin als Praktikantin auf Niveau Transporthelferin/Transportassistentin eingestellt war und dabei bei einer 100%igen Anstellung lediglich ein Einkommen von monatlich Fr. 1'500.– brutto erzielte. Unter diesen Umständen muss sich die Klägerin an dem von ihr verursachten Schaden nicht beteiligen.

2.3. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin zu Unrecht einen Betrag von Fr. 1'000.– vom (Netto-)Lohn abgezogen hat. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 1'000.– zu bezahlen.

2.4. Bei diesem Resultat kann es offen gelassen werden, ob die Beklagte unter Hinweis auf Art. 323b Abs. 2 OR überhaupt berechtigt gewesen wäre, den geltend gemachten Schaden direkt von der Lohnforderung der Klägerin in Abzug zu bringen.»

*(AH190137 Urteil vom 5. Dezember 2019)*

#### **4. OR 322; Kurstagesstundenpauschale für Dozententätigkeit**

Die beklagte Arbeitgeberin ist ein Beratungsunternehmen und insbesondere in den Bereichen Outplacement, Karriereberatung, Organisationsveränderungen und Erwachsenenbildung tätig. Die Klägerin arbeitete bei der Beklagten in einem Teilzeitanstellungsverhältnis als Ausbilderin/Coach bzw. Dozentin. Laut den allgemeinen Anstellungsbedingungen der Beklagten werden den Dozierenden für einen vollen Kurstag 7.1316 Stunden angerechnet. Die Klägerin legte ihren Forderungen vor Arbeitsgericht die Annahme zugrunde, dass von 8.4 Stunden pro Kurstag auszugehen sei.

##### **Aus den Erwägungen:**

«3. Kenntnis der Klägerin von den Allgemeinen Anstellungsbedingungen Gemäss dem Arbeitsvertrag untersteht das Arbeitsverhältnis den Allgemeinen Anstellungsbedingungen (nachfolgend: AA), die integrierenden Be-

standteil des Arbeitsvertrages bilden. Gemäss der bei den Akten liegenden Besprechungsnotiz vom 12. Juni 2014, welche von der Klägerin und von B., Verwaltungsratsmitglied der Beklagten, unterzeichnet wurde, wurden die AA bezüglich der Arbeitszeit sowie der Weiterbildung präzisiert. Demzufolge wurden die AA besprochen. Da die Klägerin detaillierte Fragen stellte, ist im Folgenden davon auszugehen, dass die Klägerin die AA kannte und diese zwischen den Parteien gültig vereinbart wurden.

#### 4. Kurstagesstundenanzahl

##### 4.1. Fragestellung

Gemäss Arbeitsvertrag wurde die Klägerin unbefristet mit einem Pensum von zunächst 65%, später von 70% angestellt. Gemäss Art. 6 Rz 13 AA wird der Einsatzplan im Oktober für das kommende Jahr festgelegt. Gemäss Art. 6 Rz 15 AA werden der Arbeitnehmerin für einen vollen Kurstag 7.1316 Stunden angerechnet. Wie erwähnt, ist davon auszugehen, dass die Klägerin die AA kannte. Der übereinstimmende Wille der Parteien über die Kurstagesstundenanzahl im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist vorliegend unbestritten.

Der Klägerin ist zwar Recht zu geben, wenn sie vorbringt, dass unter den gegebenen Umständen eine Dozentin, selbst wenn sie jeden Arbeitstag eines Jahres einen Kurs führen würde, kein hundertprozentiges Pensum erreichen könnte. Dies wird denn auch von der Beklagten nicht bestritten, kommt diese doch – mit etwas anderer Rechnung – zum selben Schluss.

Der Beklagten ist demgegenüber zuzustimmen, wenn sie vorbringt, dass in der Praxis auch Regelungen, wonach beispielsweise für die Leitung und Teilnahme an Seminaren und Messen eine maximale tägliche Soll-Arbeitszeit erfasst werde, weit verbreitet seien.

Es stellt sich die Frage, ob die Parteien die Regelung der Kurstagesstundenpauschale gemäss der AA gültig vereinbaren konnten.

##### 4.2. Vertragsfreiheit

Zentraler Bestandteil der in der Verfassung verankerten Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit, welche auch im Arbeitsrecht gilt. Arbeit gegen Lohn ist das Hauptaustauschverhältnis im Arbeitsvertrag. Typischer Verhandlungsgegenstand ist somit das Festlegen der Lohnhöhe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die Modalitäten rund um die Arbeitszeit, soweit sich aus gesetzlichen Vorschriften keine Einschränkungen ergeben (vgl. ROGER PETER MORE, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, SSA – Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Band/ Nr. 73, 2011, S. 114 ff., Rz 314 ff.). Liegt ein Arbeitsvertrag vor, so hat sich ein

Arbeitnehmer seine Vertragsunterschrift bezüglich der Lohnhöhe grundsätzlich entgegenhalten zu lassen, was auch für die Regelung der Arbeitszeit zu gelten hat.

In der Praxis haben sich verschiedene Mischformen zwischen den im Gesetz unterschiedenen Bemessungsarten von Zeit- und Leistungslohn herausgebildet. Die Dauer der Arbeitszeit ergibt sich in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag, wobei die zum Versehen der betreffenden Stelle erforderliche Arbeitszeit zum Vertragsinhalt wird, wenn dies für den Arbeitnehmer vor oder bei Vertragsschluss erkennbar war (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 16 zu Art. 319, N 9 zu Art. 321 OR).

#### 4.3. Würdigung

Nach dem Gesagten ist daran, dass die Parteien eine Stundenpauschale je Kurstag vereinbart haben, im Grundsatz nichts auszusetzen. Dass es durchaus Diskussionen bezüglich einer Anpassung dieser Stundenpauschale gab, vermag zwar aufzuzeigen, dass die Klägerin mit ihrem Anliegen nicht alleine dastand. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Kurstagspauschale im betreffenden Zeitraum gültig vereinbart war und währenddessen nicht abgeändert wurde. Ein solches behauptet denn auch die Klägerin nicht. Überdies kann aus den im Recht liegenden Urkunden auch nicht der Schluss gezogen werden, dass es der Beklagten klar gewesen sei, dass viel zu wenig Arbeitszeit pro Kurstag einberechnet werde. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Neuregelung der Tagesarbeitszeit bei Miteinbezug von Teammeetings, Weiterbildung und Mitarbeitergesprächen diskutiert wurde. Nach dem Gesagten ist jedoch nicht entscheidend, wie viel Kurstages-Arbeitszeit – mit oder ohne den besagten Miteinbezug – tatsächlich notwendig war bzw. gewesen wäre. Entscheidend ist, dass die Parteien gültig vereinbarten, für einen vollen Kurstag 7.1316 Stunden anzurechnen, weshalb sich weitere Ausführungen betreffend Vor- und Nachbereitung, Pausen etc. erübrigen.

#### 4.4. Fazit

Folglich ist in der Pensumsabrechnung bei geleisteten Kurstagen der Klägerin – in Übereinstimmung mit den AA und entgegen der Darstellung der Klägerin – richtigerweise mit dem Ansatz von 7.1316 Stunden pro Tag gerechnet worden. [...]»

Das Obergericht bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts. In der im Folgenden wiedergegebenen Erwägung setzte sich das Obergericht mit den Vorbrin-

gen der Klägerin zu einem Grundlagenirrtum, zur richterlichen Vertragsanpassung sowie fehlendem Konsens auseinander.

**Auszug aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:**

«4.6.1. Gültig zustande gekommene Verträge sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind („pacta sunt servanda“), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen. Nach der so genannten „clausula rebus sic stantibus“ ist eine richterliche Anpassung aber auch gegen den Willen einer Partei möglich, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend ändern, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt (vgl. BGE 127 III 300 E. 5b S. 304 f. m.H.). Ähnliches gilt beim Grundlagenirrtum. Er kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst dann vorliegen, wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war (BGE 118 II 297 E. 2b).

Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird gemäss der Rechtsprechung durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt (BGE 138 III 411 E. 3.1). Währenddessen die clausula und der Grundlagenirrtum also die „Aufhebung/Anpassung“ einer geschlossenen Vereinbarung bezwecken, beschlägt die Ungewöhnlichkeitsregel die Konsensfindung.

Die Ausführungen der Klägerin im vorliegenden Verfahren sind mehrdeutig. Während einerseits diverse Rügen und Vorbringen auf eine Irrtumsanfechtung oder gegebenenfalls die clausula zielen – die Klägerin habe die Kurstagesstundenpauschale zwar vereinbart, sich aber über den tatsächlichen Aufwand geirrt –, bezwecken andere den Konsens an und für sich bzw. gegebenenfalls die Auslegung und Ergänzung des Vertrags – eine vertragswidrige Regelung, die zu Lasten der Beklagten auszulegen sei; die Kurstagesstundenpauschale sei nicht gültig vereinbart worden, es sei kein klarer Wille zustande gekommen. Das sind unterschiedliche Tatsachenfundamente, die sich gegenseitig ausschliessen. Die vertretene Klägerin darf in der vorlie-



genden Berufung aber nicht eine Auswahlsendung alternativer Sachverhaltsvarianten ins Feld führen, im Vertrauen darauf, das Gericht werde sich auf die für sie Aussichtsreichste festlegen. Ihre Berufung ist bereits aus diesem Grunde ungenügend begründet und es kann ihr kein Erfolg beschieden sein. [...]»

*(AN170054 Beschluss und Urteil vom 10. Januar 2019 sowie Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. November 2019, LA190010)*

## **5. OR 322; Verrechnung von Minusstunden**

Die Beklagte ist eine Anwaltskanzlei mit Sitz in Zürich. Der Kläger war seit Mai 2014 zunächst als Substitut und ab Februar 2017 als Rechtsanwalt bei der Beklagten angestellt. Im Februar 2018 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis per Ende Mai 2018. Den Forderungen des Klägers (Lohn/Provision/Überzeit) hielt die Beklagte unter anderem Minusstunden entgegen. Sie machte geltend, der Kläger habe in der Zeitspanne von April 2017 bis Dezember 2017 während 484.32 Stunden seine geschuldete Arbeitsleistung nicht erbracht und dennoch Lohn dafür erhalten.

### **Aus den Erwägungen:**

«1. [...]»

1.3 Arbeitet ein Arbeitnehmer weniger als vertraglich vereinbart worden ist, wird von Minusstunden gesprochen. Als Folge von Minusstunden des Arbeitnehmers kann die Arbeitgeberin einen Lohnabzug vornehmen, sofern kein gesetzlicher Ausnahmetatbestand vorliegt, bei dem die Arbeitgeberin den Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung zu bezahlen hat. Dazu zählen der Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR sowie die unverschuldete Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers nach Art. 324a/b OR (BGE 4A\_291/2008, Kommentierung durch PIETRUSZAK in ARV 2009 S. 125).

Bei vom Arbeitnehmer verursachten Minusstunden gilt der Grundsatz, dass ohne Arbeitsleistung kein Lohn zu bezahlen und ein Lohnabzug gerechtfertigt ist. Innerhalb derselben Abrechnungsperiode kann die Lohnzahlung gestützt auf Art. 82 und Art. 119 Abs. 2 OR entsprechend der Minderleistung verweigert werden. Soll hingegen der Lohnabzug erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen, so ist Art. 82 OR nicht mehr anwendbar.

Hingegen hat der Arbeitgeber für den in einer früheren Abrechnungsperiode zu viel bezahlten Lohn einen bereicherungsrechtlichen Rück-

forderungsanspruch, den er mit späteren Lohnforderungen verrechnen kann (BGE 4A\_291/2008 in JAR 2009 S. 429 ff.; siehe Kommentierung durch PIETRUSZAK in ARV 2009 S. 125). Nicht Stellung genommen hat das Bundesgericht im genannten Entscheid zur Frage, wie lange der Arbeitgeber einen solchen Lohnabzug bei Minusstunden vornehmen kann. Bezahlt die Arbeitgeberin trotz Minusstunden den vollen Lohn vorbehaltlos aus, läuft sie Gefahr, dass sie ihren Anspruch auf Rückforderung oder Verrechnung verwirkt (SENTI, Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber, in AJP 2014, S. 51; ablehnend hingegen PIETRUSZAK in ARV 2009 S. 126). Das Arbeitsgericht Zürich erachtete die Verrechnung mit dem Lohn in der Kündigungsfrist zumindest dann als unzulässig, als ein Arbeitgeber den Lohn während mehrerer Jahre trotz ersichtlicher Minusstunden am Ende des Monats vorbehaltlos voll auszahlte (AGer-Z in ZR 2002 Nr. 62). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer von einem Verzicht des Arbeitgebers ausgehen, wenn es der Arbeitgeber unterlässt, Ansprüche, die ihm dem Umfang oder dem Grundsatz nach bekannt sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, insbesondere unter vorbehaltloser Auszahlung des letzten Lohnes (BGE 110 II 344, E. 2b; bestätigt in BGE 4A\_351/2011, E. 2.2).

1.4 Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe insbesondere im Jahr 2017 Minusstunden angehäuft und verweist dabei lediglich pauschal darauf, dass für das Jahr 2018 das Gleiche gelte. Unbestrittenermassen hat die Beklagte – ausgenommen des Lohnes für den Monat Mai 2018 – sämtliche Löhne ausbezahlt und keinerlei Vorbehalte in Bezug auf angehäuften Minusstunden angebracht. Zur Nichtbezahlung des Lohnes für den Monat Mai 2018 führt die Beklagte aus, sie habe diesen aufgrund einer ungeklärten Sachlage betreffend die Bezahlung einer amtlichen Mandatierung nicht ausgerichtet, bis weitere Gegebenheiten zum Vorschein gekommen seien. Die Beklagte macht somit nicht geltend, sie habe die Minusstunden mit dem letzten Lohn des Klägers verrechnet, obwohl sie gemäss eigenen Ausführungen die für sie relevante Leistungserfassung täglich entgegengenommen habe und somit Kenntnis von den Leistungen des Klägers gehabt habe. Die Verrechnungserklärung der Beklagten erfolgt daher verspätet.

Darüber hinaus sind die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten unsubstantiiert. Aus der von ihr eingereichten und vom Kläger bestrittenen Leistungsübersicht ist nicht ersichtlich, wie sich die Berechnung der Beklagten zusammensetzt, insbesondere an welchen Tagen der Kläger zu wenig gearbeitet haben soll. Wann und wie lange der Kläger konkret Pausen

und Kaffeekränzchen gemacht haben soll, wann er morgens zu spät erschienen und abends zu früh gegangen sei, wann und mit wem er über WhatsApp kommuniziert habe und wie oft, wann er sich in andere Fälle und Korrespondenzen eingelesen habe, wie oft und die Zeitdauer wurden nicht vorgebracht. Aufgrund der unsubstantiierten Ausführungen wäre ein Beweisverfahren nicht durchführbar. Es ist nicht erstellt, dass der Kläger im Zeitraum von April 2017 bis Dezember 2017 484.32 Stunden zu wenig gearbeitet hat. Ein verrechenbarer Anspruch der Beklagten aufgrund vertragswidrig zu viel ausbezahlten Lohnes besteht somit nicht.»

*(AH190053 Verfügung und Urteil vom 23. Oktober 2019; die dagegen erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 7. Februar 2020 abgewiesen, wobei die Minusstunden kein Thema mehr waren, LA190043)*

## **6. OR 322c; Anspruch auf Offenlegung aller Kundenbestellungen?**

Die Beklagte handelt mit Einrichtungsgegenständen. Der Kläger arbeitete ab dem 1. Januar 2007 als Verkaufsmitarbeiter im Bereich Geschäftskunden bei der Beklagten. Am 6. Februar 2018 kündigte diese das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger per Ende Mai 2018 ordentlich und stellte den Kläger per sofort frei. Ab April 2018 richtete die Beklagte dem Kläger keine Lohnzahlungen mehr aus. Die Beklagte leitete ferner ein Strafverfahren wegen ungetreuer Geschäftsführung sowie Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses gegen den Kläger ein.

Der Kläger beantragte vor Arbeitsgericht, dass die Beklagte zu verpflichten sei, ihm monatliche Provisionsabrechnungen für die Zeit von Juli 2017 bis und mit Mai 2018 (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. a) sowie eine Auflistung sämtlicher im gleichen Zeitraum bei der Beklagten eingegangenen Kundenbestellungen unter Angabe der Kundennamen, des Bestelldatums sowie der Bestellsumme und des zuständigen Verkaufsberaters zu übergeben (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. b).

### **Aus den Erwägungen:**

«3.5. Die Beklagte macht weiter ein Interesse an der Geheimhaltung ihres Kundenstammes geltend. Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse das Unterbleiben von Angaben von Kundennamen rechtfertigt und ob die dem Kläger zu überreichenden Provisionsabrechnungen allenfalls einzuschränken sind.

3.5.1. Die Beklagte stützt sich im Rahmen ihrer Begründung eines Geheimhaltungsinteresses darauf, dass der Kläger Geschäftsführer einer eigenen sowie Angestellter einer dritten Gesellschaft sei, welche beide der Beklagten in bestimmten Bereichen konkurrierend gegenüber stünden. Ausserdem befände sich der Kläger in einem Strafverfahren, da er Kundendaten und Angaben zu eigenen Zwecken und zum Schaden der Beklagten missbraucht habe.

3.5.2. Gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts Zürich kann der Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Übergabe einer überprüf-  
baren Provisionsabrechnung nicht mit dem Hinweis auf eine Konkurrenzierungs-  
gefahr verweigern. Um eine Konkurrenzierung durch frühere Angestellte  
zu verhindern, ist laut dem genannten Urteil vielmehr eine Konkurrenzklausel  
zu vereinbaren (OGer ZH in JAR 1988 S. 194 ff.). Aus den eingereichten Unter-  
lagen geht nicht hervor, dass ein solches Konkurrenzverbot zwischen den Par-  
teien vereinbart wurde. Auch lässt sich die Geheimhaltung des Kundenkreises  
(so auch die Auffassung des Obergerichts Zürich im obgenannten Entscheid)  
nicht mit dem nachvertraglichen Verwertungsverbot im Sinne von Art. 321a  
Abs. 4 OR rechtfertigen, da ansonsten die Möglichkeit der Vereinbarung eines  
Konkurrenzverbotes überflüssig wäre (ZR 104 [2005] Nr. 18 E. 3b; AGer-Z 2007  
Nr. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 13 zu Art. 321a OR).

3.5.3. Ein nachvertragliches Geheimhaltungsinteresse der Beklagten lässt  
sich ausserdem auch nicht damit begründen, dass gegen den Kläger eine Straf-  
untersuchung wegen ungetreuer Geschäftsführung gemäss Art. 158 Ziff. 1  
Abs. 1 und Abs. 3 StGB sowie wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnis-  
ses gemäss Art. 162 StGB eingeleitet wurde. Beide der genannten strafrecht-  
lichen Bestimmungen setzen das Vorliegen einer Pflicht beziehungsweise  
einer Obliegenheit des Täters gegenüber der Geschädigten Person voraus  
(OFK StGB-DONATSCH, Art. 158 N 4 und Art. 162 N 4). Eine solche ist indes  
vorliegend insbesondere hinsichtlich der Verwendung von Informationen der  
Provisionsabrechnungen nicht gegeben, zumal zwischen den Parteien kein  
nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde.

3.5.4. Nach dem Gesagten überwiegt vorliegend das Interesse des Klä-  
gers an der Herausgabe einer detaillierten und rechnerisch nachvollziehbaren  
Provisionsabrechnung als Grundlage zur Bezifferung allfällig geschuldeter  
Provisionsansprüche. Das Interesse der Beklagten an der Geheimhaltung von  
Kundennamen beziehungsweise die geäusserte Konkurrenzierungsgefahr  
rechtfertigt folglich keine Einschränkung der gesetzlichen Offenlegungs-

pflichten bezüglich der Provisionsgeschäfte. Dem Rechtsbegehren des Klägers in Ziff. 1 lit. a ist folglich grundsätzlich zu entsprechen.

3.6. Es bleibt zu prüfen, ob der Kläger überdies Anspruch auf eine Auflistung hat, welche über sämtliche, bei der Beklagten in den Monaten Juli 2017 bis und mit Mai 2018 eingegangenen Kundenbestellungen unter Angabe des Kundennamens, des Bestelldatums sowie der Bestellsumme und des zuständigen Verkaufsberaters Aufschluss gibt (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. b).

3.6.1. Die Beklagte bringt diesbezüglich vor, dass diverse Geschäfte in verschiedenen Stadien der Ausführung, für welche der Kläger verantwortlich gewesen sei, nach dessen Freistellung anderen Mitarbeitern hätten zugewiesen werden müssen, um zum Abschluss gebracht zu werden. Auf solche Geschäfte habe der Kläger folglich keinen Provisionsanspruch und somit auch keinen Anspruch auf eine entsprechende Provisionsabrechnung.

3.6.2. Wie erwähnt kann es für einen Provisionsanspruch bereits ausreichen, wenn der Kläger für deren Abschluss Mitverursacher ist. Da es selbst nach den Ausführungen der Beklagten zutrifft, dass dem Kläger für Geschäfte, an welchen dieser beteiligt war, keine Provisionen bezahlt wurden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger aufgrund dieser Geschäfte (zumindest teilweise) noch einen Provisionsanspruch hat.

3.6.3. Dort, wo eine Informationserteilung das Informationsinteresse (insb. das Kontrollinteresse) nicht umfassend befriedigt, steht dem Informationsgläubiger ein Anspruch auf weitergehende Information zu. Massgebend ist im Zusammenhang mit dem Kontrollinteresse allein, ob die Zurverfügungstellung weiterer Informationen zur Nachprüfung der bereits empfangenen Information erforderlich ist. Dies unabhängig davon, ob der Ansprecher begründete Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit einer erteilten Information geltend macht (LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005, S. 126 f.). Eine wie vom Kläger verlangte Auflistung würde diesem ermöglichen, zu überprüfen, in welchen Geschäften er, abgesehen von denjenigen, die er zum Abschluss gebracht hat, involviert war und allenfalls einen Provisionsanspruch hat. Eine solche Auflistung kann als Grundlage dafür dienen, die Vollständigkeit und Richtigkeit der dem Kläger durch die Beklagte erteilten Informationen betreffend seine Provisionsforderungen zu kontrollieren. Hierfür taugen die eingereichten Provisionsabrechnungen der Beklagten nicht.

3.6.4. Die vom Kläger verlangte Auflistung beschränkt sich nicht auf Geschäfte, an welchen der Kläger für die Beklagte mitgewirkt hat; darüber hinaus verlangte er alle Kundenbestellungen von Juli 2017 bis und mit Mai 2018 unter zusätzlicher Angabe des zuständigen Verkaufsberaters. Es ist daher zu prüfen, ob die Herausgabe auch in diesem Umfang für den Kontrollzweck unabdingbar ist.

3.6.5. Selbst innerhalb von Konkurrenzverhältnissen kann nicht jede Kenntnis eines Unternehmensgeheimnisses als potentieller Wettbewerbsmissbrauch angesehen werden (LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., S. 130 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 12 zu Art. 340 OR). Die vom Kläger verlangte Auflistung soll insbesondere Auskunft über Kundenbestellungen unter Angabe des Kundennamens, des Bestelldatums sowie der Bestellsumme und des zuständigen Verkaufsberaters, geben. Über den konkreten Inhalt der jeweiligen charakteristischen Vertragsleistung durch die Beklagte werden hingegen keine Angaben verlangt. Demnach ist eine solche Auflistung nicht dazu geeignet, dem Kläger Aufschluss über die konkreten Bedürfnisse der Kunden oder die Akquise der Beklagten zu geben, welche er in wettbewerbschädigender Weise nutzen könnte. „Einblick in den Kundenkreis“ im Sinne des Konkurrenzverbots gemäss Art. 340 OR hat der Arbeitnehmer denn auch erst dann, wenn er die wesentlichen Voraussetzungen, die den Kunden an den Arbeitgeber binden, kennt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 9 zu Art. 340 OR). Die Informationen, welche die genannte Auflistung enthalten soll, würden dem Kläger keinen Aufschluss über die genannten wesentlichen Voraussetzungen der betreffenden Kundenbeziehungen der Beklagten erlauben; ein potentieller Wettbewerbsmissbrauch liegt nicht eben nahe.

3.6.6. Aus den obigen Erwägungen geht hervor, dass die vom Kläger verlangte Auflistung der Beklagten eine geeignete Informationsvermittlung darstellt, um zu überprüfen, ob dem Kläger aus Geschäften, an welchen er beteiligt war, allfällige Provisionen zustehen beziehungsweise vorenthalten wurden. Entgegenstehende Interessen der Beklagten rechtfertigen mithin keine Einschränkung der Informationspreisgabe. Folglich ist der betreffende Anspruch des Klägers zu bejahen.

3.7. Die Androhung einer Ungehorsamsstrafe ist grundsätzlich Sache des Vollstreckungsgerichts (Art. 335 ff. ZPO; Art. 343 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Grund ist im vorliegenden Sachurteil von der Anordnung einer Ungehorsamsstrafe abzusehen und das Rechtsbegehren in diesem Punkt abzuweisen.

Es ist dem Kläger unbenommen, gegebenenfalls beim zuständigen Vollstreckungsgericht die Vollstreckung der getroffenen Anordnungen zu verlangen.

4. **Fazit**

Die Beklagte ist zu verpflichten, die Provisionsabrechnungen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. a sowie eine Auflistung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. b aus- und zuzustellen.»

**Auszug aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:**

«[...] 3.6. Die Beklagte macht weiter geltend, dass der Kläger wisse, welchen Kunden er welche Arbeiten habe zukommen lassen, weshalb er anhand der Provisionsabrechnung, zu deren Herausgabe die Beklagte mit vorinstanzlichem Urteil verpflichtet worden sei, feststellen könne, ob ein zusätzlicher Provisionsanspruch bestehe. Hierzu sei keine komplette Auflistung aller Kundenbestellungen erforderlich. Die verlangte Informationsherausgabe stelle eine Fishing-Expedition des Klägers dar. Beim Vorbringen, dass der Kläger wisse, welche Kunden er betreut habe, handelt es sich um eine neue Tatsachenbehauptung. Die Klägerin zeigt nicht auf, wo sie die fraglichen Ausführungen vor Vorinstanz gemacht hat. Entsprechend fehlen auch Ausführungen zur Zulässigkeit dieses Novums. Ohnehin scheint höchst fraglich, dass sich der Kläger an sämtliche Geschäftsabschlüsse über einen Zeitraum von elf Monaten (Juli 2017 bis Mai 2018), an welchen er beteiligt war, aktiv erinnern kann, brachte der Kläger doch nur schon gemäss den von der Beklagten vor Vorinstanz eingereichten Provisionsabrechnungen von Juli 2017 bis April 2018 über tausend provisionspflichtige Geschäfte zum Abschluss. Entsprechend hat die Vorinstanz einen zusätzlichen Informationsanspruch des Klägers zutreffend bejaht. Mit der Vorinstanz und entgegen der Ansicht der Beklagten ist weiter davon auszugehen, dass die Auflistung der Kundenbestellungen ein geeignetes Informationsmittel darstellt, um zu überprüfen, ob dem Kläger an Geschäften, an welchen er beteiligt war, allfällige Provisionen zustehen bzw. vorenthalten wurden. Inwiefern schliesslich gemäss Behauptung der Beklagten aus einem Geschäftsabschluss dieselben Informationen hervorgehen sollen wie aus der beantragten Auflistung der Kundenbestellungen, tut die Beklagte nicht dar und erschliesst sich auch nicht.

3.7. Die Beklagte ist weiter der Ansicht, dass die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss gelangt sei, dass die beantragte Auflistung sämtlicher Kundenbestellungen nicht als potentieller Wettbewerbsmissbrauch angesehen werden könne. Die Vorinstanz hielt in diesem Zusammenhang zutreffend fest, dass

über den konkreten Inhalt der jeweiligen charakteristischen Vertragsleistung durch die Beklagte keine Angaben verlangt würden, weshalb eine solche Auflistung nicht dazu geeignet sei, dem Kläger Aufschluss über die konkreten Bedürfnisse der Kunden oder die Akquise der Beklagten zu geben, welche er in wettbewerbsschädigender Weise nutzen könnte. Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Beklagte nicht auseinander und macht auch nicht die Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt ihrer Kritik. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen in diesem Punkt nicht. Die Beklagte legte denn auch vor Vorinstanz nicht dar, weshalb es sich bei der vom Kläger verlangten Auflistung sämtlicher bei der Beklagten eingegangenen Kundenbestellungen in den Monaten Juli 2017 bis Mai 2018 um Informationen handeln soll, mit welchen der Kläger die Beklagte konkurrenzieren könnte.

3.8. Auch die Vorbringen der Beklagten über die behauptete Verletzung des Geschäftsgeheimnisses durch den Kläger sind nicht zielführend. Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang Ausführungen über das von ihr gegen den Kläger eingeleitete Strafverfahren wegen ungetreuer Geschäftsführung und Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses sowie über die vom Kläger verwendeten Informationen über die Beklagte in seinem Businessplan. Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte vor Vorinstanz den Vorwurf der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nur im Zusammenhang mit dem Antrag auf Zustellung von vollständigen Provisionsabrechnungen erhoben hat, nicht hingegen im Rahmen der beantragten Auflistung sämtlicher Kundenbestellungen. Entsprechend musste sich die Vorinstanz bei der Prüfung von Rechtsbehelfen Ziffer 1 b nicht mit der Frage der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen auseinandersetzen. Bei den diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten in der Berufungsschrift handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen, welche als unzulässige Noven nicht zu berücksichtigen sind. Selbst wenn diese Vorbringen bereits vor Vorinstanz gemacht worden wären, könnte die Beklagte daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beklagte hat offenbar Angst, dass der Kläger die einverlangte Auflistung der Kundenbestellungen aussenstehenden Dritten zur Kenntnis bringen könnte und diese so erfahren würden, bei welchen Kunden in welchem Umfang ein Möblierungsbedarf besteht. Nach Ansicht der Beklagten würde eine solche Informationsweitergabe eine Geschäftsgeheimnisverletzung darstellen. Auf die Frage, ob eine allfällige Informationsweitergabe als Geschäftsgeheimnisverletzung zu qualifizieren wäre, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da diese Frage nicht Verfahrensgegenstand ist. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Parteien zwecks Vermeidung einer



Geschäftsgeheimnisverletzung im Arbeitsvertrag vom 5. April 2017 eine (nachvertragliche) Geheimhaltungsvereinbarung getroffen haben. Sollte der Kläger die in der Auflistung der Kundenbestellungen enthaltenen Informationen in Verletzung von Ziff. 10 des Arbeitsvertrags verwenden, könnte die Beklagte (erneut) ein Strafverfahren wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses einleiten. Hingegen stellt die angeführte Befürchtung kein begründetes Interesse der Beklagten dar, mit welchem sich eine Einschränkung der Informationspreisgabe rechtfertigen würde.

3.9. Zusammenfassend erweist sich die Kritik der Beklagten am angefochtenen Urteil als unbegründet, weshalb die Berufung abzuweisen ist. In Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Auflistung sämtlicher bei der Beklagten in den Monaten Juli 2017 bis und mit Mai 2018 eingegangenen Kundenbestellungen unter Angabe des Kundennamens, des Bestelldatums sowie der Bestellsumme und des zuständigen Verkaufsberaters zu übergeben.»

*(AH180170 Urteil vom 19. August 2019 sowie Beschluss und Urteil des Obergerichts vom 19. November 2019, LA190037; im Parallellfall AH190017 erging am 13. August 2019 ein nämliches Teilurteil)*

## **7. OR 322c; Rechenschaft des Arbeitgebers über die von der Arbeitnehmerin vermittelten Mandate?**

Die Klägerin arbeitete als Substitutin bzw. Juristin von Juli 2011 bis Oktober 2018 bei der Beklagten, einer Anwaltskanzlei. Laut Vertrag stand der Klägerin für selbst akquirierte Mandate ein Provisionsanspruch zu. Vor Arbeitsgericht forderte die Klägerin von der Beklagten im Rahmen einer Stufenklage eine Auflistung über alle von ihr akquirierten Mandate sowie die Herausgabe aller entsprechenden Rechnungen über das gesamte Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsgericht hiess diesen Anspruch im Rahmen eines Teilurteils gut. Das Obergericht kam unter anderem mit Blick auf ein fehlendes berechtigtes Informationsinteresse zum gegenteiligen Ergebnis.

### **Aus den Erwägungen:**

«1.4. Bezüglich Informationsinteresse macht die Klägerin geltend, dass sie zur Bezifferung ihres Provisionsanspruches auf die Aushändigung einer Auflistung sowie aller Rechnungen der von ihr akquirierten Mandate im Zeit-

raum vom 1. Juli 2011 bis zum 9. Oktober 2018 angewiesen sei. Die Klägerin könne sich nur vereinzelt an von ihr vermittelte Mandate erinnern, sie habe keine Übersicht über die Klienten der Beklagten und diese seien nicht vom Anwaltsgeheimnis entbunden. Klar sei, dass eine Provisionsbasis von 10% abgemacht worden sei.

1.5. Der Arbeitsvertrag hält unter Ziff. IV. 1., 3. Absatz fest, dass die Arbeitnehmerin Anspruch auf „10% des eingehenden Honorars (exkl. Spesen) von den durch die Arbeitnehmerin nachweislich akquirierten Klienten“ habe. Eine vertragliche Pflicht der Arbeitnehmerin zur Aufstellung einer Provisionsabrechnung, wie von der Beklagten vorgebracht wurde, ist nicht ersichtlich.

1.6. Die Beklagte hat bis anhin keine entsprechenden Provisionsabrechnungen eingereicht. Der beklagtische Standpunkt, wonach die Klägerin die betreffenden Klienten zu bezeichnen hätte, zumindest hinsichtlich der Anfangsbuchstaben, ist nach dem Ausgeführten nicht haltbar.

## 2. Fazit

Die Beklagte ist ihren Abrechnungspflichten nicht nachgekommen, weshalb sie nunmehr zu verpflichten ist, der Klägerin eine Auflistung sämtlicher von ihr akquirierten Mandate sowie aller entsprechenden Rechnungen betreffend den Zeitraum vom 1. Juli 2011 bis zum 9. Oktober 2018 herauszugeben.»

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

«3.8.6. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, bedarf es auch bei der Stufenklage in jedem konkreten Fall eines berechtigten Informationsinteresses des Informationsklägers. Ein solches Interesse, das als materiellrechtliches Element des Informationsanspruchs zu verstehen ist, setzt unter anderem voraus, dass die Unkenntnis des Informationsklägers mit Blick auf die grundsätzlich jede Person treffende Obliegenheit zur eigenen Interessenwahrung unverschuldet ist (vgl. LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2005, S. 119 ff.). Die Information hat der Aufklärung des Hauptanspruchs und nicht lediglich der Erleichterung seiner Durchsetzung zu dienen. Der Informationsanspruch ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Ansprecher die angebehrte Auskunft nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann oder konnte. Für die Bejahung der Vorwerfbarkeit ist massgebend, ob der Informationssuchende Veranlassung zu früherer Informationssuche oder -sicherung hatte (LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., S. 124 f.).

Letzteres mag im vorliegenden Fall für die Honorarsummen (Rechnungen) und Spesenanteile der einzelnen provisionsberechtigten Mandate und damit für die Berechnung der Provisionsbeträge zu verneinen sein; zu diesen Informationen hatte und hat die Klägerin selbst (als angestellte Anwaltssubstitutin) wohl keinen Zugang. Die Nichterfassung der provisionsberechtigten Mandate als solche gereicht ihr aber zum Vorwurf. Denn die Information darüber, welche Mandate sie vermittelte, hätte sie sich – im Unterschied zur Beklagten – ohne Weiteres selbst beschaffen und sichern können. Darüber muss ihr die Beklagte keine Auskunft geben (und kann dies möglicherweise auch gar nicht). Anders wäre allenfalls dann zu entscheiden, wenn die Klägerin die akquirierten Mandate ihrer Arbeitgeberin im Hinblick auf die von dieser zu erstellenden Provisionsabrechnungen jeweils mitgeteilt hätte und heute nicht mehr auflisten könnte, was jedoch nicht erstellt ist. Der Klägerin fehlt somit ein berechtigtes Informationsinteresse an der Edition einer Auflistung der von ihr vermittelten Mandate.»

*(AH190035 Verfügung und Teilurteil vom 17. Juli 2019 sowie Teilurteil des Obergerichts vom 15. Januar 2020, LA190035)*

## **8. OR 329d; Ferienlohnberechnung bei zwei verschiedenen Lohnansätzen**

Der Kläger arbeitete als Senior Consultant bei der Beklagten. Seine Tätigkeit umfasste laut Arbeitsvertrag einerseits die Durchführung von Kundenprojekten (mit monatlichem Bruttosalär von Fr. 13'000.–) und andererseits die Durchführung interner Projekte (mit einem Bruttosalär von Fr. 10'000.–). In den letzten rund eineinhalb Monaten des Arbeitsverhältnisses bezog der Kläger nach einem kurzen Einsatz in einem internen Projekt sein restliches Ferienguthaben. Zu welchem Lohnansatz?

### **Aus den Erwägungen:**

«1. Strittig ist zwischen den Parteien, zu welchem Lohnansatz die im Juli und November/Dezember 2018 bezogenen Ferien-(und Feier-)tage zu entschädigen sind.

2. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 OR). Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer wirtschaftlich so zu stellen ist, wie wenn er gearbeitet

hätte (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2). Zum Ferienlohn gehören auch schwankende Lohnbestandteile, wie z.B. Provisionen. Überstunden sind ebenfalls zu berücksichtigen, wenn diese regelmässig während längerer Zeit geleistet worden sind. Dasselbe gilt für regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtete Zuschläge, etwa für Nacharbeit (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N 3 zu Art. 329d). Laut Bundesgericht ist der Ferienlohn bei schwankenden Lohnbestandteilen in der Regel nach einer Referenzperiode zu berechnen, soweit dies nicht zu einem klarerweise nicht der Realität entsprechenden Ergebnis führt (BGE 129 III 674). Bei schwankenden Einkommen ist somit regelmässig auf den Durchschnitt der Einkünfte während einer geeigneten Zeitspanne abzustellen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 329d N 1). Das Bundesgericht scheint eine möglichst lange Referenzperiode zu favorisieren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 329d; BGE 129 III 664 E. 7.3.: „Il convient de préciser que, plus la période de référence est longue, plus la méthode de calcul forfaitaire s'avère en règle générale appropriée“).

3. Die Parteien haben im Arbeitsvertrag ein veränderliches Einkommen vereinbart. Für die Zeit im Einsatz in Kundenprojekten betrug das monatliche Bruttosalar Fr. 13'000.–; für die Zeit im Einsatz in internen [Name der Beklagten] – Projects galt ein monatliches Bruttosalar von Fr. 10'000.–. Bei derart variablen Lohnvereinbarungen müsste für die Ferienauszahlungen grundsätzlich ein Durchschnittslohn über eine angemessene Referenzperiode herangezogen werden. Nicht massgebend sein kann indes, ob sich der Kläger im Zeitpunkt des Ferienbezugs gerade in einem externen oder internen Projekt befand. Eine solche Handhabung wäre schon deshalb stossend, weil laut Gesetz letztlich der Arbeitgeber den Zeitpunkt des Ferienbezugs bestimmt (Art. 329c OR). Die Verantwortung für die Sicherstellung des Ferienbezugs liegt ebenfalls beim Arbeitgeber. Die Beklagte kann deshalb nichts zu ihren Gunsten aus dem Vorhalt ableiten, der Kläger habe sich bei der übermässigen Ansparung seiner Urlaubstage nicht an die von ihm unterschriebenen vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten gehalten. Hat die Beklagte doch einen Ferienübertrag auf das nächste Kalenderjahr akzeptiert und steht die Anzahl der während der Kündigungsfrist bezogenen Ferientage ausser Streit. Da der Kläger in den beiden Jahren zuvor aber auch jeden Monat Fr. 13'000.– verdient hat, hätte – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen – ein „rechtzeitiger“ Ferienbezug auch nicht zur Anwendung eines tieferen Ferienlohns oder gar des Lohnes für interne Projektarbeit im Betrag von Fr. 10'000.– geführt.

4. Bei unregelmässigen Einkommen berechnet sich der Ferienlohn nach dem Gesagten im Grundsatz auf der Basis eines Durchschnittseinkommens über eine geeignete Zeitspanne. Ab wann Unregelmässigkeiten für die Berechnung des Ferienlohns massgeblich sind, musste die Rechtsprechung etwa im Zusammenhang mit Zuschlägen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit entscheiden. Diese Zuschläge werden nur berücksichtigt, wenn sie regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet werden (BGE 138 III 107 E. 3 und BGE 132 III 172 E. 3).

Die Parteien haben im Vertrag zwar einen abhängig vom Einsatz in internen oder externen Projekten variablen Lohn vereinbart. Das effektiv erzielte Einkommen des Klägers schwankte indes kaum, da der Kläger praktisch nur in externen Projekten beschäftigt wurde. Er verdiente in der mit Lohnabrechnungen ausgewiesenen über zweijährigen Zeitspanne von Januar 2016 bis Oktober 2018 jeden Monat Fr. 13'000.–. Der Kläger war einzig im Juli 2018 während sieben Tagen in einem internen Projekt beschäftigt, was die Beklagte bei der Lohnzahlung zunächst unberücksichtigt liess. Zudem arbeitete er gegen Ende des Arbeitsverhältnisses im November 2018 sechs Tage in internen Projekten, bevor er während der verbleibenden Kündigungsfrist vom 12. November und bis 31. Dezember 2018 35 Tage Ferien und zwei Feiertage bezog. Es ist somit ausgewiesen und unbestritten, dass der Kläger im Zeitraum Januar 2016 bis Dezember 2018 und somit während einer Zeitspanne von insgesamt rund 678 Arbeitstagen ([261 jährliche Arbeitstage abzgl. rund 35 Ferien- und Feiertage] x 3) gerade mal an 13 Tagen in einem internen Projekt zu einem tieferen Lohn arbeitete. Diese konkrete Praktizierung des Arbeitsverhältnisses gibt keinen Anlass, einen Durchschnittslohn über eine bestimmte Referenzperiode heranzuziehen. Der Lohn des Klägers betrug regelmässig Fr. 13'000.–. Die verbleibenden 35 Tage Kündigungsfrist im November und Dezember 2018, in welcher der Kläger sein gesamtes restliches Ferienguthaben bezog, hat die Beklagten deshalb mit dem regelmässig ausgerichteten Lohn von Fr. 13'000.– zu entschädigen. Für die Feiertage im Dezember 2018 gilt bei einem vertraglich vereinbarten Monatslohn derselbe Basislohn (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 14 zu Art. 329).»

*(AH190079 Urteil vom 28. November 2019, mit Urteil vom 8. Mai 2020 wies das Obergericht die dagegen erhobene Beschwerde ab, RA200001. Eine Beschwerde am Bundesgericht ist anhängig)*

**9. OR 335b, AVG 19; Mindestkündigungsfrist im Personalverleih**

Der Kläger wurde gemäss Einsatzvertrag vom 3. September 2018 per 4. September 2018 in einem Personalverleih-Arbeitsverhältnis als Bau-Facharbeiter beim Einsatzbetrieb A. zu einem Pensum von mindestens 80%, einem Stundenlohn von Fr. 40.– brutto sowie für eine maximale Arbeitsdauer von drei Monaten angestellt. Zudem wurde im Einsatzvertrag vereinbart, dass während dieses Zeitraums eine Kündigungsfrist von zwei Tagen bestehe, wobei der erste Tag ein Probetag sei, für den die Kündigungsfrist nicht gelte. Vor Arbeitsgericht stellte sich die Frage der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung.

**Aus den Erwägungen:**

«[...]

**2. Probearbeitstag**

2.1. Probearbeitstage werden häufig vor einer eventuellen Anstellung vereinbart, um die Fähigkeiten und die Eignung des Bewerbers zu prüfen. Diese sogenannte Arbeit auf Probe ist zulässig und in der Regel unentgeltlich. Bei einer solchen Form der Eignungsprüfung handelt es sich um ein vorvertragliches Vorgehen. Es wird angenommen, dass noch keine Anstellung erfolgt ist und deshalb auch keine der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften greift. Voraussetzung ist jedoch, dass die Unentgeltlichkeit vor dem Probeinsatz vereinbart wird. Trifft dies nicht zu, wird die Entgeltlichkeit vermutet und somit ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien angenommen. Die Lohnhöhe richtet sich dann nach der Regelung in Art. 322 OR (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012, N 2 zu Art. 319 OR; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, Rz. 246b).

2.2. Fällt ein Probearbeitstag in die Dauer des Arbeitsverhältnisses und wird darin keine Probezeit vereinbart, so hängt die Zulässigkeit einer solchen Klausel davon ab, ob die Kündigungsfrist während der Probezeit wegbedungen werden kann. Gemäss Art. 335b Abs. 1 OR beträgt die Kündigungsfrist während der Probezeit sieben Tage. Aufgrund der Dispositionsfreiheit ist es den Parteien gestattet, die Kündigungsfrist während der Probezeit zu erhöhen oder vollständig wegzubedingen (Art. 335b Abs. 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N 8 zu Art. 335b). Das Einsatzverhältnis untersteht gemäss Einsatzvertrag den Gesamtarbeitsverträgen „Personalverleih“ sowie „LMV: Bauhauptgewerbe (excl. GE/VS)“ und lässt zudem auf die Anwendbarkeit des AVG schliessen.

Es sind im Folgenden daher grundsätzlich die Spezialbestimmungen des AVG sowie der beiden Gesamtarbeitsverträge zu beachten. Art. 20 AVG regelt zusammen mit den Ausführungsbestimmungen gemäss Art. 48a ff. AVV die Anwendbarkeit von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen beim Personalverleih. Gemäss Art. 3 GAV Personalverleih kommt der GAV Personalverleih auch dort zur Anwendung, wo für einen Einsatzbetrieb ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt. Hiervon sind jedoch die rechtskräftigen gesamtarbeitsvertraglich geregelten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen gemäss Art. 20 AVG und Art. 48a AVV von im Einsatzbetrieb geltenden GAV ausgeschlossen (KRUMMENACHER/WEIBEL, in: SHK Kommentar AVG, Bern 2014, Art. 20 N 20).

2.3. Das AVG sowie der GAV Personalverleih sehen spezielle Kündigungsfristen für unbefristete Einsätze vor, die von der üblichen gesetzlichen Regelung von Art. 335b Abs. 1 OR abweichen. Nach Art. 19 Abs. 4 lit. a AVG muss in den ersten drei Monaten der ununterbrochenen Anstellung eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Tagen eingehalten werden. Diese spezielle Kündigungsfrist kann verlängert, nicht jedoch verkürzt werden. Wird bei befristeten Arbeitseinsätzen eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit vereinbart, entsteht ein befristeter Vertrag mit Maximaldauer. In diesem Fall sind die Minimalkündigungsfristen nach Art. 19 Abs. 4 AVG ebenfalls einzuhalten (LOOSER, Der Personalverleih, Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Basel 2015, Rz. 682).

Auch Art. 11 Abs. 2 GAV Personalverleih sieht in Anlehnung an Art. 19 Abs. 4 AVG bei unbefristeten Einsätzen für die ersten drei Monate eine Kündigungsfrist von zwei Arbeitstagen vor (LOOSER, a.a.O., Rz. 1094).

2.4. Kündigungsfristen gelten zwar explizit für unbefristete Arbeitsverhältnisse, sie sind jedoch bei befristeten Einsätzen analog anzuwenden, sofern im Arbeitsvertrag abgemacht wird, dass das befristete Arbeitsverhältnis ordentlich – d.h. unter Einhaltung von Kündigungsfristen – gekündigt werden kann.

[...]

#### IV. Anspruchsprüfung

##### 1. Probetag

Vorliegend beinhaltet der von beiden Parteien unterzeichnete Einsatzvertrag vom 3. September 2018 die Bemerkung: „Der erste Tag ist ein Probetag (keine Kündigungsfrist)“. Wie vorstehend ausgeführt, ist die Klausel „keine Kündi-

gungsfrist“ nur zulässig, wenn die Kündigungsfrist während der Probezeit wegbedungen werden kann. Dieser Probearbeitstag fällt gemäss Vereinbarung in die Dauer des Arbeitsverhältnisses und stellt somit kein vorvertragliches Vorgehen dar. Der Kläger erhielt für die geleisteten Arbeitsstunden auch bereits eine Entlohnung. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bereits bestand, greifen die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts. Somit konnte gemäss Art. 19 Abs. 4 lit. a AVG und Art. 11 Abs. 2 GAV Personalverleih die Kündigungsfrist nicht gültig mit einer zwei Tage unterschreitenden Frist vereinbart werden. Auch am sog. Probetag galt somit die vertragliche Kündigungsfrist von zwei Tagen.»

*(AH190018 Urteil vom 20. Mai 2019)*

## **10. OR 336; Heilung einer missbräuchlichen Kündigung mit nachgeschobenen Kündigungsgründen?**

Der Kläger arbeitete ab dem 1. Januar 2015 zunächst als Kundenberater im Range eines Prokuristen bei der Beklagten, einer Schweizer Bank. Per 1. Januar 2016 wurde er zum Mitglied der Direktion ernannt. Am 3. Februar 2016 wurde dem Kläger unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist per 31. Mai 2016 gekündigt. Zur Begründung der Kündigung gab die Beklagte an, dass sie Kenntnis davon erhalten habe, dass das Team des Klägers bei seiner früheren Arbeitgeberin massgeblich an deren US-Aktivitäten beteiligt gewesen sei, weshalb die Vertrauensbasis für eine weitere Zusammenarbeit fehle.

Das Arbeitsgericht gelangte zusammenfassend zum Schluss, es erscheine widersprüchlich und unredlich, wenn die Beklagte sich zunächst in keiner Weise für die US-Aktivitäten des Klägers interessiert habe, obschon sie davon zumindest hätte wissen können, den Kläger sogar noch beförderte, und sich dann später plötzlich über die US-Aktivitäten empört gezeigt und darin einen Kündigungsgrund gesehen habe. Zu prüfen blieb, ob die missbräuchliche Kündigung durch Nachschieben von im Zeitpunkt der Kündigung noch unbekanntem Kündigungsgründen geheilt werden kann.

### **Aus den Erwägungen:**

«3. Der Missbrauchstatbestand

3.1. Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prin-



zip der Kündigungsfreiheit ausgeht (BGE 131 III 535 E. 4.1 S. 538). Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne Weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 mit Hinweis; BGer 4A\_19/2015 Erw. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 4). Nach der gesetzlichen Konzeption muss das verpönte Motiv für die Kündigung kausal sein, was der Arbeitnehmer zu beweisen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336 N 2; ADRIAN STAEHELIN, a.a.O., Art. 336 N 8). Die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, setzt eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles voraus (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 540).

[...]

### 7.3. Nachgeschobene Kündigungsgründe

Die Beklagte bringt schliesslich vor, dass sie nach der Kündigung habe feststellen müssen, dass sich der Kläger auch während seiner Tätigkeit für sie erhebliche Verfehlungen habe zu Schulden kommen lassen. Zum Zeitpunkt der Kündigung seien diese Sachverhalte der Beklagten noch nicht bekannt gewesen. Im Einzelnen geht es um den Vorwurf, eine Verdachtsmeldung an das Bundesamt für Polizei unterlassen zu haben. Bei gerechtem Transaktionsmonitoring bezüglich des Kundenkontos A. AG hätten dem Kläger Ungeheimheiten auffallen müssen, worauf er dann verpflichtet gewesen wäre, den Verdacht auf Urkundenfälschung bzw. Geldwäscherei zu melden.

Zum jetzigen Zeitpunkt sind die behaupteten Verfehlungen des Klägers bei der Beklagten nicht bewiesen. Die Beklagte hat angeboten, die Verdachtsmeldung auf Verlangen des Gerichts zu edieren. Auch wenn man davon ausgehen würde, dass (1) der Vorwurf berechtigt war, (2) sich dieser Kündigungsgrund vor der Kündigung abgespielt hat und (3) im Zeitpunkt der Kündigung weder bekannt war noch bekannt sein konnte, ist dieser Kündigungsgrund für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit nicht relevant. Genau weil dieser nachgeschobene Kündigungsgrund erst nach der Kündigung entdeckt wurde (unabhängig davon, ob dieser der Wahrheit entspricht), kann er für die bereits ausgesprochene Kündigung nicht kausal sein, was aber Voraussetzung ist (vgl. vorne Ziffer 3.1.). Der nachgeschobene Grund könnte

allenfalls im Nachhinein eine fristlose Kündigung rechtfertigen, nicht aber die Missbräuchlichkeit einer ordentlichen Kündigung. Es ist nicht statthaft, die Missbräuchlichkeit einer Kündigung mit Nachschieben von Kündigungsgründen zu heilen.»

*(AN170009 Urteil vom 14. März 2019)*

## **11. OR 336b; Verpasste Klagefrist**

Der Kläger wurde bei der Beklagten mit unbefristetem Arbeitsvertrag per 1. Januar 2016 als Customer Care Center Agent angestellt. Die Beklagte kündigte dem Kläger per 31. Juli 2017. Zuzufolge Krankheit während der Kündigungsfrist verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Oktober 2017. Im Ende April 2018 anhängig gemachten Schlichtungsverfahren und vor Arbeitsgericht forderte der Kläger eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Das Arbeitsgericht holte beim Friedensrichteramt eine schriftliche Auskunft darüber ein, wann der Kläger sein Schlichtungsgesuch eingereicht hatte.

### **Aus den Erwägungen:**

#### «5. Missbräuchliche Kündigung

Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a Abs. 1 OR). Wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss bis spätestens Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b Abs. 2 OR).

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 20. April 2017 fristgerecht auf den 31. Juli 2017. Der Kläger war in der Folge vom 12. Juli 2017 bis am 30. September 2017 arbeitsunfähig, was das Arbeitsverhältnis unbestrittenermassen bis zum 31. Oktober 2017 verlängerte. Der Kläger hat mit seinem Schreiben vom 21. April 2017 Einsprache gegen die Kündigung erhoben. Da das Datum der Einsprache seitens der Beklagten unbestritten blieb, gilt die Einsprache als gültig erfolgt.

Das vorliegende Arbeitsverhältnis endete am 31. Oktober 2017, weshalb die 180-tägige Frist zur Klageeinreichung am 29. April 2018 ablief. Das Schlichtungsgesuch des Klägers datiert zwar vom 29. April 2018. Gemäss schriftlicher Auskunft vom 14. Februar 2019 der Friedensrichterin A. habe der Kläger aber das Schlichtungsgesuch am Montag, 30. April 2018, bei der Gemeindeverwaltung B. abgegeben. Ausserdem habe der Kläger gleichentags ein Schlichtungsgesuch der Post übergeben. Auf diesem Schlichtungsgesuch habe ein Post-it mit einem Vermerk im Sinne von „Bitte dieses Exemplar verwenden“ geklebt. Dazu führt der Kläger aus, dass die Eingangstüre zum Büro an der C.-Strasse abgeschlossen gewesen sei, auf ein Klopfen nicht reagiert worden sei und eine Übergabe zu Bürozeiten nicht möglich gewesen sei. Auch wenn der Kläger das Schlichtungsgesuch am 30. April 2018 zu „Bürozeiten“ hätte übergeben können, hätte er die Einreichungsfrist versäumt. Damit ergibt sich, dass der Kläger das Schlichtungsgesuch erst am 30. April 2018, demnach einen Tag zu spät, eingereicht hat, weshalb der Anspruch verwirkt ist. Da bereits die formellen Voraussetzungen zur Geltendmachung einer Entschädigung nicht gegeben sind, kann die Frage, ob es sich vorliegend um eine missbräuchliche Kündigung handelt, offen bleiben. Das Rechtsbegehren gemäss Ziffer 1 ist im Rahmen der Anspruchsgrundlage von Art. 336a OR aus formellen Gründen abzuweisen.»

*(AH180163 Urteil vom 29. März 2019; das Obergericht trat auf die dagegen erhobene Berufung mangels Begründung mit Beschluss vom 27. Mai 2019 nicht ein, LA190017; das Bundesgericht trat auf die hiergegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 31. Juli 2019 nicht ein, BGer 4A\_322/2019)*

## **12. OR 337; Verdachtskündigung (Diebstahl aus Tresor)**

Der Kläger arbeitete ab dem 1. November 2017 als Fitness-Instruktor im Stundenlohn bei der Beklagten. Am 16. Mai 2018 ereignete sich am Arbeitsplatz des Klägers ein Diebstahl. Aus dem Tresor wurden rund Fr. 10'000.– entwendet. In den Nächten vom 13. auf den 14. Mai 2018, vom 14. auf den 15. Mai 2018 und 15. auf den 16. Mai 2018 wurden jeweils unter Verwendung der Codes des Klägers und von Frau A., der Betriebsleiterin, Versuche unternommen, die beiden Schlösser des Tresors im Fitnessstudio zu öffnen.

Der Kläger und Frau A. wurden vom internen Sicherheitsdienst persönlich befragt. Am Folgetag, dem 18. Mai 2018, kündigte die Beklagte dem Kläger

fristlos. Die Beklagte erstattete zudem Strafanzeige gegen den Kläger. Im Rahmen der Ermittlungen wurde der Kläger am 13. September 2018 durch die Polizei befragt. Die Staatsanwaltschaft erliess in der Folge eine Nichtanhandnahmeverfügung. Vor Arbeitsgericht war die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung strittig.

### **Aus den Erwägungen:**

«2. Zur Würdigung der Verdachtskündigung

2.1. Vorab ist festzuhalten, dass die Arbeitgeberin zum Zeitpunkt der Abklärungen in der Situation stand, das Risiko der Ungewissheit zu tragen. Hätte sie ordentlich gekündigt, wäre sie Gefahr gelaufen, den Lohn für die Kündigungsfrist auch bezahlen zu müssen, wenn sich nachher der Verdacht als zutreffend erweist. Wie ausgeführt trägt sie bei der fristlosen Kündigung das Risiko, dass sich der Verdacht nachher nicht bestätigt (vgl. auch GEISER, AJP 2018 S. 230, MÜHLEMANN, Unternehmensinterne Untersuchungen und strafprozessuale Verwertbarkeit von Mitarbeiterbefragungen, 2018, S. 83 f.). Selbst wenn der Verdacht nach durchgeführten Abklärungen besteht, hat dieser erheblich und begründet zu sein, um eine Verdachtskündigung zu rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_251/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3.2.2; zit. Urteil des Bundesgerichts 4A\_419/2015 E. 2.1.2).

2.2. Im vorliegenden Fall wurde – unter anderem – mit dem Code des Klägers versucht, den Tresor zu öffnen. Ein gewisser Verdacht, wonach es sich beim Kläger um den Täter handeln könnte, ist folglich nachvollziehbar. Mit dem Code von Frau A. wurde am 16. Mai 2018, in der Nacht des Diebstahls, schliesslich der Innen- und Aussentresor geöffnet, weshalb auch sie als Verdächtige befragt wurde.

2.3. Gemäss den unbestrittenen Tresorauswertungen wurde in den ersten beiden Nächten (13./14. und 14./15. Mai 2018) der Code des Klägers benutzt, in der dritten Nacht (15./16. Mai 2018) derjenige von Frau A. In der zweiten sowie in der dritten Nacht, nicht aber in der ersten, gab es Fehleingaben. Die Auswertung des Tresorschlosses lässt keinen Schluss zu, der Frau A. oder den Kläger (weiter) in den Fokus des Verdächtigen zu rücken vermag.

2.4. Gemäss den Aussagen von Frau A. erhielt sie am 14. Mai 2018 einen Code für beide Schlösser, welchen sie gleichentags auf einen persönlichen Code abänderte. Weiter gab sie an, den Code am Nachmittag desselben Tages im Fitness Center in ihrem Handy notiert zu haben. Dies habe sie in einem

öffentlichen Raum gemacht, wobei Frau C., Frau D. und eventuell Herr B. und/oder der Kläger anwesend gewesen seien.

2.5. Gemäss den Ausführungen der Beklagten habe der Kläger im Rahmen der Einvernahme die Abläufe der Geldverarbeitung sehr detailliert geschildert, obwohl er für die Verarbeitung des Tresorgeldes nicht verantwortlich gewesen sei. Den Ausführungen der Beklagten ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Kläger den Geldverarbeitungsprozess kennen musste, da er, gemäss eigenen Angaben, die Abrechnung habe machen müssen und ihm der Ablauf durch Frau C. erklärt worden sei. Ansonsten wäre der Kläger auch nicht im Besitz eines Tresorcodes gewesen. Die Aussagen des Klägers im Rahmen der Befragung erweisen sich auch nicht als äusserst detailreich, zumal er lediglich den Ablauf der Abrechnung schilderte und es durchaus Sinn macht, dass ein Arbeitnehmer, der die Abrechnung erledigt, über die entsprechenden Vorgänge informiert ist.

2.6. Weshalb Frau C. als stellvertretende Leiterin der Filiale, und nebst Frau A. einzige Person, welche über beide Tresorcodes verfügte, nicht befragt wurde, erschliesst sich einem nicht (CLAUDIA M. FRITSCHKE, Interne Untersuchungen in der Schweiz, 2013, S. 76). Gemäss Abklärungsbericht wurde sie nicht der Tat verdächtigt, da sie „keine nächtlichen Tresoröffnungen hatte und auch nicht den Eindruck erweckte, manipulativ vorgegangen zu sein“. Auch das Argument, wonach sie zwei Codes hätte auskundschaften müssen, um die Tat zu begehen, was unwahrscheinlich sei, erweist sich als wenig überzeugend, zumal sie am 14. Mai 2018 ebenfalls anwesend war, als Frau A. den Code änderte. Auch die von Frau C. per E-Mail eingereichten Ausführungen vermögen eine persönliche Einvernahme nicht zu ersetzen. Zumal sie in einer E-Mail an Frau A. festhielt, sie sei die Person gewesen, welche das Geld am Abend vor dem Diebstahl im Safe „versorgt“ habe und sich nicht mehr sicher sei, ob sie den Tresor auch tatsächlich geschlossen habe (E-Mail von C. an A. vom 16. Mai 2018 um 10:50 und 12:34 Uhr).

2.7. Gemäss den Ausführungen der Beklagten sei Frau C. auch deshalb nicht verdächtigt worden, da diese den Diebstahl gemeldet habe. Dem Abklärungsbericht des Sicherheitsdienstes zufolge haben jedoch Angestellte des Fitnessstudios Frau C. das Fehlen des Kassenstocks gemeldet.

2.8. Dem E-Mail Verkehr zwischen Frau C. und Frau A. ist weiter zu entnehmen, dass „B.“ am Morgen den Tresor geöffnet habe (E-Mail zwischen

C. und A. vom 16. Mai 2018, 10:50 Uhr). Weshalb „B.“, der den Diebstahl am Morgen entdeckt hatte, nicht vom Sicherheitsdienst befragt wurde, ist ebenfalls unerklärlich (vgl. FRITSCHKE, a.a.O., S. 76). Dies insbesondere in Anbetracht dessen, dass es gemäss den Ausführungen von Frau A. möglich sei, dass auch B. am 14. Mai 2018 im Fitnessstudio anwesend gewesen sei, als sie ihren Code geändert und im Handy notiert habe.

2.9. Weiter nicht nachvollziehbar ist, weshalb das Putzpersonal bei den Abklärungen der Beklagten aussen vor gelassen wurde (vgl. FRITSCHKE, a.a.O., S. 76). Diesbezüglich ist dem E-Mail vom 16. Mai 2018 von Frau C. an Frau A. zu entnehmen, dass sich der Verdacht auch auf die an diesem Tag tätigen Personen hätte erstrecken müssen. Was sie mit „sie war [...] putzen dran, das ist ziemlich Nahe vor dem MA Raum“ implizieren wollte, braucht an dieser Stelle nicht weiter erörtert zu werden. Jedenfalls hielt Frau C. explizit fest, dass sie sich am Tag der Tresoröffnung bei einer der beiden Personen des Putzpersonals vor Verlassen des Studios noch verabschiedet habe. Es hätte sich somit eine Person des Putzpersonals den Zutritt zum Fitnessstudio verschaffen können. Zudem ist es nicht ohne Weiteres auszuschliessen, dass diese den Kläger oder Frau A. bei der Eingabe des Codes hätte beobachten können. Folglich sind weitere Ermittlungsansätze auch in Bezug auf die Personen des Putzpersonals ersichtlich.

2.10. Nach dem Gesagten steht fest, dass die Untersuchung der Beklagten keineswegs umfassend war. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar, weshalb sich der Verdacht für die Beklagte derart eindeutig auf den Kläger fokussierte, wie dies der Abklärungsbericht des Sicherheitsdienstes darstellt. Darin wurde als Fazit unter dem Titel „Anschuldigungen gegen [Kläger]“ lapidar festgehalten: „[Der Kläger] wird verdächtigt, die ihm anvertrauten Kassengelder entwendet zu haben. Der Vorgenannte war stets legitimiert, die Kasse des Studios zu bedienen, ebenso besass er einen persönlichen Tresorcode um die Kassengelder heraus zu nehmen sowie dort zu versorgen“. Es sind jedoch keine Verdachtsmomente ersichtlich, welche der Kläger zu verantworten hätte oder ihn als Verdächtigen isolieren. Nichtsdestotrotz ging die Beklagte in ihrer Befragung des Klägers – gelinde gesagt – zielgerichtet vor und stellte teilweise tendenziöse Fragen (bspw. act. 22/3/B9 Frage und Antwort 68, 69, 105; FRITSCHKE, a.a.O., S. 77). Auch das von der Beklagten vorgebrachte Motiv des Klägers, für die zweimonatigen Ferien mehr Geld gebraucht zu haben, hebt den Kläger als (Mit-)Verdächtigen nicht besonders hervor. So hatte – gemäss der Angabe von Frau A. – Frau C.

beispielsweise ebenfalls finanzielle Herausforderungen zu bewerkstelligen und der Mitarbeitende B. ebenfalls eine längere Abwesenheit im Juni/Juli 2018 geplant.

2.11. Entgegen den – zumindest sinngemässen – Äusserungen der Beklagten liegt es nicht am Kläger zu beweisen, dass jemand anderes für den Diebstahl verantwortlich war (MÜHLEMANN, a.a.O., S. 92 f.). Wie bereits erwähnt, hat die Beklagte den schwerwiegenden Verdacht darzutun, welcher eine Weiterbeschäftigung des Klägers im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung unzumutbar machte. Dies ist ihr nach dem Gesagten nicht gelungen. Es steht vielmehr fest, dass die Untersuchung durch die Beklagte nicht umfassend war, mithin keine Klärung des Verdachts stattfand. Weshalb die Beklagte bloss den Kläger und Frau A. als Tatverdächtige bezeichnet, ist nicht einleuchtend. Dass sie nur gegen den Kläger eine Strafanzeige einreichte, ist nicht nachvollziehbar, zumal nicht mit seinem Code die Innen- und Aussentüre des Tresors geöffnet worden ist. Überdies ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte die Polizei nicht einschaltete. Die Ausführung der Beklagten, dass diese nicht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, verfängt nicht. Auch ob – wie dies von der Beklagten ausgeführt wurde (ebd.) – eine Untersuchung am Tresorschloss nicht viel gebracht hätte, ist ungewiss. Es ist zumindest vorstellbar, dass eine Untersuchung der Geldbeutel im inneren Tresor aufschlussreich gewesen wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Polizei zur Sachverhaltsabklärung weitere Personen einvernommen und dadurch vielleicht weitere Ermittlungsansätze gehabt hätte.

2.12. Eine Behinderung der Abklärungen durch den Kläger, welche eine fristlose Kündigung auch für den Fall, dass sich der Verdacht nachträglich nicht bestätigt, rechtfertigen könnte, liegt ebenfalls nicht vor. Der Kläger hat der Befragung vom 17. Mai 2018 zugestimmt und liess sich vom internen Sicherheitsdienst während Stunden befragen.

3. Fazit:

Die fristlose Kündigung ist als ungerechtfertigt zu qualifizieren.»

*(AH190005 Urteil vom 27. Mai 2019)*

### 13. **ZPO 53 , ZPO 156; Schutzmassnahmen im Rahmen der Beweisabnahme**

Die Beklagte beantragte in einem Prozess über Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz im Rahmen der Duplik Schutzmassnahmen. Sie stellte folgende Begehren:

- „1. Personen, die mit der Erstellung eines Fach- oder Expertengutachtens beauftragt werden, seien zur Geheimhaltung und Verschwiegenheit über den Inhalt der Präsentationen act. A und act. B zu verpflichten, unter Strafandrohung von Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall.
2. Die Öffentlichkeit sei von der Beweisabnahme der Urkunden [Bezeichnung der Urkunde] auszuschliessen.
3. Die Beilagen C und Beilage D seien weder der Rechtsvertreterin der Klägerin noch der Klägerin selbst herauszugeben. Einzig der Rechtsvertreterin der Klägerin sei Einsicht in die Beilagen C und die Beilage D in den Räumlichkeiten des Gerichts zu gewähren, wobei es der Rechtsvertreterin der Klägerin nicht zu erlauben sei, Kopien, Fotografien oder Abschriften dieser Dokumente zu erstellen.“

#### **Aus den Erwägungen:**

«III.

1. Die Parteien können die Akten einsehen und Kopien der Akten anfertigen lassen, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 53 Abs. 1 und 2 ZPO). Der in Abs. 2 enthaltene Anspruch auf Akteneinsicht konkretisiert den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Die von einem Entscheid betroffenen Personen sollen sich vor der Entscheidfällung zu den wesentlichen Punkten äussern können. Dazu müssen die Parteien auch in alle massgeblichen Akten Einsicht nehmen können. Vom Akteneinsichtsrecht umfasst sind alle Dokumente, die sich mit den Grundlagen des Entscheids befassen. Es schliesst das Recht auf Anfertigung von Kopien, Fotografien und Notizen in sich ein (BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N 27 ff.).

Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts ergeben sich insbesondere aus dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse der Parteien und Dritter. Die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der anderen Seite sind im Einzelfall gegeneinander abzuwägen (BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N 31 f.).

2. Gefährdet die Beweisabnahme schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen



(Art. 156 ZPO). Schutzmassnahmen sollen von ihrem Zweck her u.a. verhindern, dass sensible Informationen an die andere Prozesspartei gelangen. Als Schutzobjekt in Frage kommen nicht nur die im Gesetz genannten Geschäftsgeheimnisse, sondern Geheimnisse aller Art und überhaupt sämtliche privaten und öffentlichen Interessen, soweit sie als schutzbedürftig erscheinen. Als schutzbedürftig kann sich insbesondere auch der Schutz der Persönlichkeit erweisen (vgl. hierzu BSK ZPO-GUYAN, Art. 156 N 2).

3. In der Lehre ist umstritten, welches Beweismass (voller Beweis oder blosser Glaubhaftmachung) für die geltend gemachte Gefährdung schutzwürdiger Interessen erforderlich ist. Einigkeit besteht jedoch darin, dass der Erlass von Schutzmassnahmen eine konkrete Gefährdung der Interessen einer Partei oder eines Dritten verlangt und eine abstrakte Gefährdung nicht ausreicht. Die konkrete Gefährdung ist dabei von der Partei, welche die Schutzmassnahmen beantragt, genügend darzulegen und substantiiert zu begründen, andernfalls eine Interessenabwägung nicht möglich ist. Die Schutz beantragende Partei hat somit Anhaltspunkte (Indizien) schlüssig darzulegen, aus welchen eine konkrete Gefährdung von bezeichneten schutzwürdigen Interessen abgeleitet werden kann (BGE 134 III 255 E. 2.5.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, vom 27. Oktober 2015 = JAR 2016, S. 576, 582; BSK ZPO-GUYAN, Art. 156 N 4; LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 156 N 8 f.).

Anzuordnen sind die im konkreten Einzelfall geeigneten Schutzmassnahmen. Sie haben sich nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf das in sachlicher, zeitlicher, räumlicher und persönlicher Hinsicht Notwendige zu beschränken und sollen möglichst weitgehend die Parteirechte wahren und ein geordnetes Verfahren gewährleisten. Das Gericht hat diejenige Schutzmassnahme zu wählen, welche den Gehörsanspruch der betroffenen Partei am wenigsten einschränkt, aber gleichwohl den Schutzanspruch der Gegenpartei bzw. der Drittperson wahrt (BSK ZPO-GUYAN, Art. 156 N 1 und N 5; HASENBÖHLER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 156 N 7 und N 11). Wieweit Schutzmassnahmen gerechtfertigt sind, muss sich aufgrund einer Abwägung zwischen dem zu schützenden Interesse einerseits und dem Bedürfnis nach Offenbarung andererseits ergeben (BSK ZPO-GUYAN, N 2 zu Art. 156 ZPO).

#### IV.

1. Über Ziff. 1 der beantragten Schutzmassnahmen wird erst im Rahmen eines allfälligen Beweisverfahrens zu entscheiden sein, falls sich die Einholung eines Fach- oder Expertengutachtens unter Beizug der act. A + B

als erforderlich erweisen sollte. Es ist einstweilen nicht auf den Antrag einzutreten.

2. Verhandlungen in Zivilprozessen und eine allfällige mündliche Eröffnung des Urteils sind öffentlich, soweit es sich nicht um familienrechtliche Verfahren handelt (Art. 54 Abs. 1 und 4 ZPO). Publikumsöffentlichkeit bedeutet dabei, dass jedermann Zugang zu den Verhandlungen hat und als Zuhörer den Prozessverlauf unmittelbar und direkt verfolgen kann. Auch die Einvernahme von Zeugen ist grundsätzlich öffentlich. Die Akten eines laufenden Zivilprozesses sind demgegenüber Dritten – d.h. Personen, die am jeweiligen Verfahren nicht als Partei bzw. Parteivertreter beteiligt sind – grundsätzlich nicht zugänglich (§ 131 Abs. 2 GOG). Das Gericht kann Dritten Akteneinsicht gewähren, wenn sie ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und gleichzeitig der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (§ 131 Abs. 3 GOG).

Soweit die Beklagte mit „Beweisabnahme der Urkunden“ den Ausschluss Dritter von allfälligen Zeugeneinvernahmen meint, wird erst im Rahmen eines allfälligen Beweisverfahrens darüber zu entscheiden sein. Sollte mit „Beweisabnahme der Urkunden“ die Verweigerung der Akteneinsicht durch Dritte gemeint sein, wird erst bei Vorliegen eines entsprechenden Gesuches eines Dritten darüber zu entscheiden sein, müsste doch eine entsprechende Interessenabwägung vorgenommen werden. Mangels aktuellen Regelungsbedarfes ist auf Antrag Ziff. 2 einstweilen nicht einzutreten.

3.1. Hinsichtlich Antrag Ziff. 3 der beantragten Schutzmassnahmen ist festzuhalten, dass die fraglichen Duplikbeilagen zwar grundsätzlich schützenswerte Personendaten wie Leistungsbeurteilungen, Lohnhöhen, Adressen und Lebensläufe diverser Mitarbeiter der Beklagten enthalten. Die Beklagte vermochte indessen nicht rechtsgenügend darzutun, inwiefern die Interessen der betroffenen Dritten an der Geheimhaltung dieser Personendaten die Interessen der Klägerin an der Ausübung ihres rechtlichen Gehörs überwiegen würden. Wie die Klägerin zu Recht vorbringen lässt, erweisen sich die fraglichen Unterlagen als für die Wahrheitsfindung und damit auch für die Klärung des Prozessstoffes relevant. Könnte nur die Rechtsvertreterin der Klägerin in die [Beilagen C und D] Einsicht nehmen, ohne Abschriften oder Kopien anzufertigen, könnten die sich aus diesen Unterlagen ergebenden Erkenntnisse von ihr nicht sachgerecht in den Prozess eingebracht werden und würde damit das rechtliche Gehör der Klägerin in unbilliger Weise beschnitten.

3.2. Die Beklagte äusserte jedoch berechtigte Bedenken, dass die Klägerin die sich aus den fraglichen Unterlagen [Beilagen C und D] ergebenden Personendaten missbräuchlich verwenden könnte. Diesem Umstand ist insofern Rechnung zu tragen, als dass die Informationsverwendung einzuschränken und die Klägerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB anzuweisen ist, die sich aus den fraglichen Unterlagen ergebenden Erkenntnisse lediglich im Rahmen des vorliegenden Prozesses zu verwenden. Im darüber hinausgehenden Umfang ist Antrag Ziff. 3 abzuweisen.»

*(AN160032 (Zwischen-)Beschluss vom 15. August 2019, der Beschluss wurde nicht angefochten)*

#### **14. ZPO 53; Einsicht in die Tonbandaufnahmen der Beweisverhandlung**

Am 6. Juni 2019 fand die Beweis- und Schlussverhandlung statt. Das Urteil erging am 25. Juli 2019. Mit Schreiben vom 2. September 2019 reichte der Kläger ein Gesuch um Akteneinsicht betreffend die Tonbandaufzeichnung der Zeugeneinvernahmen vom 6. Juni 2019 ein, welches das Arbeitsgericht mit nachfolgender Begründung abwies.

##### **Aus den Erwägungen:**

«3. Art. 53 Abs. 2 ZPO statuiert den Anspruch einer Partei auf Einsicht in die Prozessakten als Teilaspekt des rechtlichen Gehörs. In den Akten ist alles festzuhalten, was zum Verfahren gehört und entscheiderelevant sein kann (SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf, Art. 53 N 19). Zu den Zeugeneinvernahmen hält die ZPO in Artikel 176 fest, dass Zeugenaussagen in ihrem wesentlichen Inhalt zu protokollieren sind. Sie sind den Zeugen vorzulesen oder vorzulegen und von diesen zu unterzeichnen. Alternativ können die Aussagen zusätzlich auf Tonband, Video oder anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden, wobei das Gericht dann darauf verzichten kann, der Zeugin oder dem Zeugen das Protokoll vorzulesen bzw. vorzulegen und unterzeichnen zu lassen. Die technischen Aufzeichnungen werden in diesem Fall zu den Akten genommen und zusammen mit dem Protokoll aufbewahrt (Art. 176 Abs. 2 und 3 ZPO).

Vorliegend wurden die Zeugenaussagen protokolliert und anschliessend im Beisein der Zeugen und der Parteien vorgelesen. Danach wurden die

Protokolle den Zeugen zur Unterzeichnung vorgelegt. Zusätzlich dazu wurden die Zeugeneinvernahmen während der Verhandlung auf Tonband aufgenommen. Die Aufnahmen hatten den Zweck, allfällige Unstimmigkeiten beim Verlesen des Protokolls zu bereinigen. Durch das Verlesen haben einerseits die Zeugen die Möglichkeit, Einwände zu erheben, sollten ihre Antworten nicht richtig protokolliert worden sein. Andererseits erhalten die Parteien Gelegenheit zu intervenieren, sollte ihrer Meinung nach im Protokoll etwas, insbesondere ihre Ergänzungsfragen, unvollständig oder falsch wiedergegeben sein. Die Tonbandaufnahmen sind in einem solchen Fall lediglich ein technisches Hilfsmittel, das mit der Unterzeichnung des Protokolls durch den jeweiligen Zeugen seinen Zweck erfüllt hat. Die Tonbandaufnahme ist aus demselben Grund auch nicht ein zwingender Bestandteil der Akten (Art. 176 Abs. 3 ZPO e contrario).

4. Die Parteien haben ungeachtet dessen grundsätzlich Anspruch auf Einsicht in die technischen Aufzeichnungen. Der Anspruch auf Einsicht in die Tonbandaufnahme einer Verhandlung setzt indes ein rechtliches Interesse voraus, welches insbesondere im Zusammenhang mit Protokollberichtigungsbegehren bejaht wird (ZR 116 [2017] Nr. 18 E. 3.4.3). Der Kläger macht vorliegend kein rechtliches Interesse geltend, sondern erklärt lediglich, auch ohne besonderes Interesse ein Recht auf Einsicht in sämtliche Prozessakten zu haben. Telefonisch führte der Kläger zudem aus, sein Interesse bestehe darin, dass er gegen den Endentscheid Berufung führen möchte. Weshalb der Kläger für das Verfassen seiner Berufungsschrift die Tonbandaufnahme der Zeugeneinvernahmen benötigt, bleibt allerdings unklar, zumal nicht diese, sondern die schriftlichen Einvernahmeprotokolle Grundlage des Entscheids bildeten. Der Kläger hat hierzu nichts weiter dargelegt. Mit seinem Gesuch macht der Kläger auch nicht geltend, dass die Zeugeneinvernahmeprotokolle vom 6. Juni 2019 inhaltlich falsch wären. Ein rechtliches Interesse des Klägers am Abhören der Tonaufnahmen vom 6. Juni 2019 ist somit nicht ersichtlich. Das Gesuch des Klägers ist abzuweisen.

5. Ergänzend ist auf das Folgende hinzuweisen: Ein Akteneinsichtsgesuch betreffend Tonaufnahmen erfolgt üblicherweise im Zusammenhang mit einem Protokollberichtigungsbegehren. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) wäre ein solches nach Entdeckung des unrichtigen Protokolleintrages sobald als möglich zu stellen (Kantonsgericht St. Gallen, FE.2018.11, Urteil vom 25. Oktober 2018 E. 2; Urteil BGer 4A\_160/2013 E. 3.4 mit Hinweisen). Am 6. Juni 2019 fand die Beweis- und Schlussverhandlung statt, an welcher – im Beisein des Klägers – sämt-

liche Einvernahmeprotokolle verlesen und von den Zeugen unterzeichnet wurden. Am 8. Juni 2019 wurden dem Kläger auf sein Verlangen hin sämtliche Einvernahmeprotokolle in Kopie zugestellt. Das vorliegende Gesuch vom 2. September 2019 (bzw. vom 30. August 2019) stellte der Kläger fast drei Monate nach der Beweisverhandlung bzw. nach der Zustellung der Einvernahmeprotokolle. Damit wäre das Gesuch zweifellos verspätet erfolgt, insbesondere da es sich bei der Person des Klägers um einen Rechtsanwalt handelt, von dem angemessenes prozessuales Handeln erwartet werden darf.»

*(AH180105 Verfügung vom 4. September 2019. Mit Urteil vom 14. Januar 2020 wies das Obergericht die gegen den Endentscheid des Arbeitsgerichts vom 25. Juli 2019 erhobene Berufung ab und hielt darin „der Vollständigkeit halber“ fest, dass das Akteneinsichtsgesuch zu Recht abgewiesen worden sei, LA190031 E. 4.11 S. 13. f.)*

## **15. ZPO 55; Widerklage stützt sich auf bestrittenes Tatsachenfundament**

Der Kläger war vom 1. März 2017 bis 30. Juni 2018 beim Beklagten als Taxifahrer angestellt. Als Bruttolohn des Klägers wurden 50% des erzielten Netto-Umsatzes vereinbart. Der Lohn wurde dem Kläger jeweils Ende des Monats vom Beklagten bar ausbezahlt, nachdem der Kläger ihm den Monatsumsatz deklariert und übergeben hatte. Für die zurückgelegten Taxifahrten musste der Kläger Kontrollkarten und Einlageblätter ausfüllen. Nach Streitigkeiten zwischen den Parteien erfolgten ab März 2018 keine Lohnzahlungen mehr.

Mit E-Mail vom 8. Mai 2018 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten auf den 30. Juni 2018. In der Kündigung monierte er die seit März 2018 ausstehenden Löhne. Er habe deshalb entschieden, die Einlageblätter und Kontrollkarten bei sich zu behalten.

Vor Arbeitsgericht forderte der Kläger vom Beklagten für die Monatslöhne März 2018 bis Juni 2018 inkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung Fr. 9'933.05 brutto. Diese Lohnforderung wurde abgewiesen. Sowohl die Übergabe an den Beklagten als auch die Höhe der vom Kläger geltend gemachten Umsätze seiner Taxifahrten in den Monaten März 2018 bis Juni 2018 blieben unbewiesen bzw. unsubstantiiert.

Die Beklagte verlangte widerklageweise die Herausgabe der Umsätze der Monate März 2018 bis Juni 2018 im Betrag von Fr. 10'426.95.

**Aus den Erwägungen:**

«1. Behauptungs- und Substantiierungslast

1.1. Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützen, darzulegen. Pauschale Behauptungen genügen nicht. Behauptete, aber unbewiesene Tatsachen bleiben beweislos und werden in der Urteilsfindung des Gerichts nicht berücksichtigt, sofern sie von der Gegenpartei bestritten werden. Nicht bestrittene Tatsachenbehauptungen sind vom Gericht auch ohne Beweis für das Urteil zu berücksichtigen (BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 24 ff.). Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Wer beispielsweise aus Vertrag fordert, hat dessen Zustandekommen und dessen Inhalt zu beweisen (BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 45a).

Die Behauptungslast verlangt das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags, mithin eines solchen, der bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Ein schlüssiger Tatsachenvortrag setzt Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der Behauptungen voraus. Sich widersprechende Behauptungen schliessen einander aus (HURNI CHRISTOPH, in: Berner Kommentar Schweizerische ZPO, 2012, Art. 55 N 19 f.).

1.2. Die jeweiligen Anforderungen an die Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b m.w.H.).

2. Würdigung

2.1. Der Beklagte macht geltend, soweit er dem Kläger noch Lohn schuldig sein solle, schulde dieser ihm in weit grösserem Umfang den mit den Taxifahrten erzielten Umsatz für die Monate März bis Juni 2018. Die Umsätze errechnet der Beklagte auf der Basis der vom Kläger geltend gemachten Löhne. Er bringt dazu vor, der Kläger habe ausgeführt, die eingeklagten Nettolöhne

würden auf Zählungen des Umsatzes beruhen. Deshalb sei der Kläger auf dem anerkannten Umsatz zu behaften.

Hingegen hat der Beklagte zunächst bestritten, dass der Kläger in den Monaten März bis Juni 2018 tatsächlich eine Arbeitsleistung erbracht hat, der Kläger mithin überhaupt einen Umsatz erwirtschaftet hatte. Schliesslich führte der Beklagte noch aus, die behaupteten Umsätze der vier streitgegenständlichen Monate würden nur Rappen auseinander liegen, was im Taxi-gewerbe undenkbar sei. Damit stützt der Beklagte seine Forderung in der Widerklage auf ein Tatsachenfundament, das er selbst bestreitet und stellt dadurch eine widersprüchliche Tatsachenbehauptung auf. Bereits aufgrunddessen ist das Vorbringen des Beklagten nicht schlüssig und das Klagefundament nicht gegeben.

2.2. Darüber hinaus verhält sich der Beklagte widersprüchlich, indem er zunächst geltend machte, der Kläger habe sich geweigert, ihm Einsicht in die Einlageblätter und Kontrollkarten zu geben. Es sei dem Beklagten deshalb nicht bekannt, wie der Kläger auf die monatlichen Umsatzzahlen komme und ob tatsächlich Umsätze erzielt worden seien. Erst wenn der Kläger die Taxi-Kontrollkarten vorlegen würde, liesse sich der Lohn (basierend auf dem Umsatz) verlässlich berechnen. Im Rahmen der Hauptverhandlung stellte sich dann heraus, dass der Beklagte bereits seit Juli 2018 im Besitze eben dieser Kontrollmittel war und damit in der Lage gewesen wäre, die Umsätze zumindest ungefähr zu beziffern. Dies unterliess er indes, obwohl er selbst ausführte, dass aus den vorliegenden Einlageblättern und Kontrollkarten der erzielte Umsatz in der Grössenordnung ungefähr erkenntlich werde.

3. Fazit

Die Widerklage ist demzufolge mangels Schlüssigkeit und Substantiiertheit des Tatsachenvortrags abzuweisen.»

*(AH190048 Verfügung und Urteil vom 21. Juni 2019)*

## **16. ZPO 86; Teilklage / Prozessvereinigung**

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 20. Januar 2014 bis am 9. Oktober 2018 als Rechtsanwältin angestellt. Nachdem der Klägerin die Löhne für die Monate April 2018 und September 2018 nicht ausbezahlt worden waren, kündigte sie das Arbeitsverhältnis am 9. Oktober 2018 fristlos. Die Klägerin for-

derte im vorliegenden Prozess die Löhne für die Monate April 2018 und September 2018 sowie den anteilmässigen Lohn für den Monat Oktober 2018 bis zur fristlosen Kündigung am 9. Oktober 2018. In einem anderen Verfahren gegen die Beklagte machte die Klägerin unter anderem Schadenersatz wegen gerechtfertigter fristloser Kündigung geltend.

### **Aus den Erwägungen:**

#### «II. Prozessuales

##### 1. Zulässigkeit der Teilklage

1.1. Die Beklagte rügt, dass die Klägerin in unzulässiger Weise eine Teilklage erhoben habe, resp. die ihr vermeintlich zustehenden Ansprüche gegen die Beklagte in unzulässiger Weise in zwei verschiedenen Teilklagen geltend mache. Denn es handle sich um exakt den gleichen Sachverhalt, das gleiche Arbeitsverhältnis, identische Umstände und die gleichen Rechtsgrundlagen und die Forderungen der Klägerin würden auf der identischen rechtlichen Begründung basieren. Es liege auf der Hand, dass die Klägerin sich lediglich den Bürden des ordentlichen Verfahrens entziehen wolle, was klar rechtsmissbräuchlich sei. Zudem sei besonders verwerflich, dass die Klägerin die Klage nicht als Teilklage deklariert habe.

1.2. Dem Dispositionsgrundsatz nach bestimmt die klagende Partei den Inhalt des Rechtsbegehrens (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist es ihr grundsätzlich erlaubt, die Klage auf einen Teilanspruch zu beschränken (Teilklage). Vorausgesetzt ist einzig, dass der Anspruch teilbar ist, wie dies bei Ansprüchen auf Zahlung einer Geldleistung regelmässig der Fall ist (BGE 142 III 683 E. 5.2, Art. 86 ZPO). Grenze der Zulässigkeit von Teilklagen bilden das Gebot von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) sowie das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Rechtsmissbräuchlich sind Teilklagen unter anderem dann, wenn die Gesamtforderung in mehrere kleine Teilforderungen aufgeteilt wird, um die beklagte Partei zu schikanieren, oder wenn zwischen der Teilklage und dem klägerischen Interesse ein krasses Missverhältnis besteht (DORSCHNER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, SPÜHLER/ TENCHIO/ INFANGER [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 86 N 6 m.w.H.).

Es ist hingegen durchaus legitim, mit einer Teilklage von den Vorteilen einer bestimmten sachlichen Zuständigkeit oder Verfahrensart zu profitieren (OGer ZH NP140020-O Beschluss vom 22. Mai 2015 E. 3.1). Die Möglichkeit der Reduktion von Prozesskosten durch Teilklagen wurde bereits in der Botschaft als Grund für die Einreichung einer Teilklage genannt und



stellt somit ein legitimes Motiv dar (OGer ZH NP140020-O Beschluss vom 22. Mai 2015 E. 3.1).

1.3. Die Klägerin macht ihre Geldforderungen – unbestritten – gestützt auf das Arbeitsverhältnis mittels zweier Teilklagen geltend, wobei die Klägerin angibt, dass im vorliegenden Verfahren ausstehende Lohnzahlungen und im anderen Verfahren Schadenersatz infolge gerechtfertigter fristloser Kündigung geltend gemacht würden. Es handle sich daher entgegen der Auffassung der Beklagten weder um dieselben Tatsachen bzw. es sei nicht das Selbe eingeklagt, noch handle es sich um denselben Streitgegenstand oder identische Tatsachen.

1.4. Während bei echten Teilklagen quantitativ nur ein Teil einer Gesamtforderung eingeklagt wird, geht es bei der unechten Teilklage um einen individualisierbaren Anspruch, der sich entweder zeitlich oder aufgrund des Rechtsgrundes (z.B. Schadenersatz oder Lohnforderungen) von anderen aus demselben Lebenssachverhalt abgeleiteten Forderungen abgrenzen lässt (DORSCHNER, in BSK ZPO, Art. 86 N 13 m.w.H.; WAGNER/SCHMID/SANTSCHI, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren: ein Instrument zur risikoärmeren und schnelleren Durchsetzung von Forderungen aus Personenschäden, HAVE 2013 S. 322, 325). Demnach bilden unterschiedliche Begehren aus demselben Lebenssachverhalt von vornherein unterschiedliche Streitgegenstände (OBERHAMMER in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2014, Art. 86 N 3). Obschon vorliegend beide Klagen auf demselben Arbeitsverhältnis fussen, geht es im hiesigen Verfahren um die Forderung von ausstehenden Lohnzahlungen und damit um Ansprüche aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses, wohingegen im parallellaufenden Verfahren AH190107-L vorwiegend Ansprüche für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden. Somit sind die Ansprüche bereits in zeitlicher sowie in thematischer Hinsicht und aufgrund des Rechtsgrundes abgrenzbar, weshalb es sich nicht um identische Streitgegenstände handelt.

1.5. Keine Stütze in Gesetz und Rechtsprechung findet sodann das Vorbringen der Beklagten, dass es rechtsmissbräuchlich sei, als finanzstarke und erfahrene Rechtsanwältin eine Teilklage zur Verschaffung der Vorteile des vereinfachten Verfahrens einzureichen. Eine Begünstigung von wirtschaftlich leistungsschwächeren oder rechtlich unerfahrenen gegenüber leistungsstärkeren bzw. juristisch versierten Personen durch das Institut der Teilklage

ist bereits unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nicht haltbar. Zudem hängt die Zulässigkeit einer Teilklage nicht davon ab, ob die klagende Partei eines besonderen Sozialschutzes bedarf oder nicht (OGer ZH NP140020-O Beschluss vom 22. Mai 2015 E. 3.2). Folglich ist weder die finanzielle Leistungsfähigkeit noch die Erfahrungheit in juristischen Belangen zur Beurteilung eines allfälligen Rechtsmissbrauchs heranzuziehen.

1.6. Es liegt somit nichts dafür vor, dass die Klägerin ihre Forderungen aus nicht schützenswerten und treuwidrigen Gründen mittels Teilklagen geltend macht. Insbesondere darf es entgegen der Annahme der Beklagten gerade Sinn und Zweck einer Teilklage sein, von den Vorteilen des vereinfachten Verfahrens sowie der Kostenlosigkeit von arbeitsrechtlichen Verfahren zu profitieren (OGer ZH NP140020-O Beschluss vom 22. Mai 2015 E. 3.2).

1.7. Der Vollständigkeit halber sei zudem darauf hingewiesen, dass ein Verweis darauf, dass es sich um eine Teilklage handle resp. dass ein Nachklagevorbehalt angebracht werden muss, entbehrlich ist (DORSCHNER, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 86 N 12) und daher das Unterlassen des Hinweises keine nachteilige Rechtsfolgen für die klagende Partei nach sich zieht, da dem Vorbehalt keine besondere rechtliche Wirkung zukommt. Auch die blosser Erhebung einer (verdeckten) Teilklage schliesst die Erhebung weiterer Teilklagen nicht aus (Handelsgericht Zürich, HG120120-O Urteil vom 20. Oktober 2014 E. 1. 4).

1.8. Nach dem Gesagten handelt es sich vorliegend um eine zulässige Teilklage mit einem Streitwert von unter Fr. 30'000.-, welche in die Zuständigkeit des Einzelgerichts fällt (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 24 lit. a GOG ZH).

## 2. Antrag auf Prozessvereinigung

2.1. Die Beklagte moniert weiter, dass es zudem dem Grundsatz der Prozessökonomie widerspreche, zwei Verfahren mit exakt demselben Sachverhalt sowie denselben juristischen Fragestellungen zu führen, weshalb die Verfahren AH190034-L und AH190107-L zu vereinen seien.

2.2. Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses selbständig eingereichte Klagen vereinigen. Dem Gericht steht dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zu (WEBER, in: KUKO ZPO, a.a.O., Art. 125 N 5). Entscheidend ist dabei, ob die Vereinigung zweckmässig ist

(GSCHWEND, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 125 N 14). Ein Anspruch der Parteien auf Vereinigung zweier Verfahren besteht jedoch nicht.

2.3. Von einem eine Vereinigung rechtfertigenden sachlichen Zusammenhang ist dann auszugehen, wenn eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint (GSCHWEND, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 125 N 14). Von der Beklagten wird zurecht vorgebracht wird, dass es in beiden Verfahren für die Beurteilung der Ansprüche von Bedeutung ist, ob es sich um eine gerechtfertigte fristlose Kündigung der Klägerin handelte oder nicht. Bereits ausgeführt worden ist aber, dass es sich bei den in verschiedenen Verfahren um in zeitlicher wie auch thematischer Hinsicht verschiedenartige Ansprüche handelt (vgl. II, 1.4.). Demnach eine Prozessvereinigung vorliegend nicht kategorisch auszuschliessen aber auch nicht zwingend anzeigt ist. Gegen eine Vereinigung des Verfahrens spricht denn auch klar, dass im Verfahren AH190107-L die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, als weitere Partei im Prozess fungiert und sich deren Forderungen wohl ausschliesslich auf die Zeit nach der fristlosen Kündigung beziehen dürften.

2.4. Eine Prozessvereinigung ist insbesondere dann nicht angebracht, wenn dadurch für eines der Verfahren eine ungebührliche Prozessverzögerung eintritt (GSCHWEND, in: BSK ZPO, a.a.O., Art. 125 N 16).

Die Vorladung zur Hauptverhandlung im vorliegenden Verfahren ging der Beklagten bereits am 3. Juni 2019 zu. Ihren Antrag auf Prozessvereinigung stellte sie am 5. September 2019 (vorab per Fax am 4. September 2019) und damit einen Tag vor der Hauptverhandlung. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte bereits seit längerer Zeit Kenntnis vom Verfahren AH190107-L, nämlich spätestens seit der Zustellung jener Klage am 12. August 2019, und die Beklagte wäre gehalten gewesen, ihren Antrag weit früher zu stellen. Er vermochte schon deshalb nicht zu einer kurzfristigen Verschiebung der Hauptverhandlung zu führen.

Nach Durchführung der Hauptverhandlung erweist sich das vorliegende Verfahren als spruchreif, sodass ohne Aufschub zu entscheiden ist. Der Antrag auf Prozessvereinigung ist abzuweisen.»

*(AH190034 Verfügung und Urteil vom 29. November 2019. Eine Berufung am Obergericht ist anhängig).*

## **17. ZPO 152, ArGV 3 Art. 26; GPS-Überwachung**

Der Kläger arbeitete vom 15. Mai 2019 bis Ende März 2018 als Storenmoniteur bei der Beklagten. Es waren ein durchschnittliches wöchentliches Arbeitspensum von 45 Stunden und ein Bruttomonatslohn von Fr. 5'300.– vereinbart. Der Kläger erhielt für seine Tätigkeit ein mit GPS ausgerüstetes Geschäftsfahrzeug zur Verfügung gestellt, das er auch privat nutzen durfte. Vor Arbeitsgericht waren unter anderem Minusstunden strittig. Die Beklagte machte geltend, der Abgleich der Stundenabrechnungen des Klägers mit den GPS-Daten seines Geschäftsautos zeige, dass der Kläger in seinen Stundenaufstellungen die effektive Arbeitszeit systematisch zu hoch erfasst und dabei insgesamt 132.81 Fehlstunden angehäuft habe.

### **Aus den Erwägungen:**

«2. Zulässigkeit der GPS-Überwachung

2.1. Vorbemerkung

Da die beklagtische Berechnung der Minusstunden auf der GPS-Auswertung des klägerischen Geschäftsfahrzeugs basiert und der Kläger vorbrachte, der Einsatz der GPS-Geräte sei unrechtmässig, ist folglich in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Einsatz der GPS-Geräte durch die Beklagte im Geschäftswagen des Klägers zulässig war.

2.2. Vorbringen des Klägers

Der Kläger führte aus, dass sämtliche Fahrzeuge der Beklagten mit einem GPS-Gerät ausgerüstet seien und hauptsächlich für die Messung der Einsatz- bzw. Arbeitszeit der Mitarbeitenden verwendet würden. Der Einsatz von GPS-Geräten zur Überwachung der Mitarbeitenden sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verboten. Auf entsprechende Befragung erklärte der Kläger, dass er das GPS-Gerät nicht selbständig habe ein- bzw. ausschalten können.

2.3. Vorbringen der Beklagten

Die Beklagte brachte vor, dass alle Mitarbeitenden der Beklagten ein Geschäftsfahrzeug erhalten haben, welches mit einem GPS ausgerüstet sei. In Ziff. 11 des Arbeitsvertrages sei der Kläger ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen worden und er habe sich damit einverstanden erklärt, dass die so ermittelten Daten als Arbeitskontrollinstrument verwendet würden. Gemäss Wegleitung des SECO vom März 2013 sei der Einsatz von GPS-Systemen unter anderem zulässig für die Leistungserfassung, wenn ein klar überwie-

gendes Interesse des Betriebs vorliege. Dies werde bejaht, wenn ein GPS eingesetzt werde, um den Aufenthaltsort eines Fahrzeugs präzise zu ermitteln, etwa bei Servicemonteuren. Vorliegend habe der Kläger ausschliesslich als Storenbaumonteur bei Kunden gearbeitet. Für die Erfassung und vor allem der sporadischen Kontrolle der durch den Monteur aufgelisteten Arbeitszeit sei der Einsatz eines GPS-Systems die einzig mögliche objektive Kontrolle gewesen. Zudem habe die Beklagte den Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten, indem sie nur sporadische Kontrollen vorgenommen habe. Die Arbeitnehmenden seien zudem vorgängig schriftlich durch die Arbeitsverträge über den GPS-Einsatz orientiert worden.

Die Beklagte bestritt nicht, dass der Kläger das GPS-Gerät nicht selbständig habe ein- bzw. ausschalten können. Sie führte sodann aus, dass das GPS-Gerät automatisch funktioniert habe. Das Geschäftsauto habe vom jeweiligen Mitarbeiter theoretisch auch privat genutzt werden können. Wenn der Schlüssel gedreht worden sei, hätten sich die Aufzeichnungen aktiviert und sobald erneut am Schlüssel gedreht worden sei, seien keine Daten mehr erfasst worden.

## 2.4. Rechtliches

2.4.1. Gemäss Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden. Gemäss Abs. 2 sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden. Auf die Verwendung von GPS-Instrumenten zur Überwachung von Arbeitnehmenden ist das Datenschutzgesetz (DSG) anwendbar (TESTER MARISA, Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, in: Jusletter, 24. September 2012, Rz 63).

2.4.2. Das Bundesgericht erachtete in BGE 130 II 425 den Einsatz von GPS-Geräten nicht a priori als unzulässig, stellte aber hohe Anforderungen an deren Einsatz. Zulässig ist ein solches System gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere zur Kontrolle der Arbeitszeiten der Mitarbeitenden bzw. zur Verhinderung von Missbrauch (TESTER, Rz 88). Grundsätzlich unzulässig ist eine reine Verhaltensüberwachung des Arbeitnehmers, welche regelmässig vorliegt, wenn der Arbeitgeber die Überwachung nicht durch betriebliche Gründe zu rechtfertigen vermag. Eine derartige Rechtfertigung ist möglich etwa betreffend Sicherheitsaspekten oder gesetzlichen Auflagen, wenn die Überwachung entsprechend Art. 26 Abs. 2 ArGV 3 nicht

in unzulässiger Weise die Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt und wenn sie nicht gegen die Vorschriften des Datenschutzgesetzes verstösst. Die Überwachung hat ausserdem transparent zu erfolgen, es sei denn, sie diene der Überführung eines verdächtigen Mitarbeitenden wegen eines Verstosses gegen arbeitsvertragliche oder gesetzliche Pflichten (PÄRLI, in: PORTMANN/VON KAENEL (HRSG.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, N 17.62). In der Regel darf weder eine Echtzeitüberwachung noch eine permanente Überwachung stattfinden, sondern nur eine nachträgliche und sporadische.

2.4.3. Wenn der Arbeitnehmer sein Dienstfahrzeug auch privat nutzen darf, ist eine GPS-Überwachung grundsätzlich unzulässig (TESTER, RZ 75, RZ 88). Gemäss Bundesgericht ist dem Umstand, ob Arbeitnehmende den Dienstwagen auch zu privaten Zwecken nutzen können, grosse Wichtigkeit zuzumessen. Eine Ortung des Fahrzeugs ausserhalb der Arbeitszeit greift in schwerwiegender Weise in den Privatbereich des Arbeitnehmers ein und würde einer Ausspionierung seines Privatlebens gleichkommen (BGE 130 II 425 E. 6.3). Eine derartige Überwachung vermag folglich auch nicht durch ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt werden (WOLFER SIMON, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, LBR – Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band/Nr. 38, 2008, Rz 444; TESTER, RZ 75). Eine solche Überwachung könnte höchstens dann rechtmässig sein, wenn der Arbeitgeber geeignete Vorkehrungen zum Schutz des Arbeitnehmers trifft, also ihn davor schützt, dass Daten auch ausserhalb der Arbeitszeit erhoben werden. Denkbar wäre z.B. die Möglichkeit des Arbeitnehmers, das GPS-Gerät in seinem Dienstfahrzeug selbst ein- und auszuschalten (WOLFER, Rz 445).

## 2.5. Würdigung

2.5.1. Vorliegend sind die Parteien im Arbeitsvertrag sowie im Rahmen einer Fahrzeugvereinbarung übereingekommen, dass der Kläger sein Dienstfahrzeug auch privat nutzen darf. In beiden Dokumenten wird der Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass das Dienstfahrzeug mit GPS ausgestattet ist.

2.5.2. Anlässlich der Hauptverhandlung erklärte Herr A., Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten, dass das GPS-System automatisch funktioniere. Es beginne mit der Datenaufzeichnung, sobald das Fahrzeug gestartet werde. Wenn der Fahrer also den Zündschlüssel drehe, werde die Aufzeichnung aktiviert und sobald der Schlüssel erneut gedreht würde, würden keine Daten mehr erfasst. Die dazwischen liegenden Stillstandzeiten würden

somit auch aufgezeichnet. Vom Geschäft aus hätten die Aufzeichnungen der GPS-Geräte weder aktiviert noch deaktiviert werden können. Zudem erklärte der Kläger, dass er keine Möglichkeit gehabt habe, das GPS-Gerät selbständig ein- bzw. auszuschalten, was von der Beklagten nicht bestritten wurde.

## 2.6. Fazit

Hieraus folgt, dass das GPS-Gerät im Dienstfahrzeug des Klägers alle Bewegungen – unabhängig von beruflicher oder privater Nutzung – aufzeichnete. Die Beklagte unterliess es, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um den Kläger vor der Datenerhebung im privaten Bereich zu schützen. Der Einsatz des GPS-Geräts ist im vorliegenden Fall folglich als unzulässig zu qualifizieren.»

*(AH180153 Verfügung und Urteil vom 20. August 2019)*

## **18. ZPO 152, ArGV 3 Art. 26, OR 337; Videoaufnahmen als Beweismittel**

Der Kläger arbeitete ab 24. Juli 2014 für die Beklagte in einem Take-Away Lokal. Die Beklagte kündigte dieses Arbeitsverhältnis am 23. Dezember 2016 fristlos, da der Kläger nicht sämtliche Warenverkäufe in die Kasse getippt und den entsprechenden Verkaufserlös selbst kassiert habe. Zum Nachweis ihrer Sachdarstellung hat die Beklagte unter anderem Videoaufnahmen eingereicht. Vor Arbeitsgericht war die Zulassung dieser Videoaufnahmen als Beweismittel strittig.

### **Aus den Erwägungen:**

«2. [...]»

2.1. Gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.

Der Tatbestand von Art. 152 ZPO setzt zunächst eine Beschaffungshandlung voraus, die kausale Ursache dafür sein muss, dass der Beweis im Zivilprozess berücksichtigt werden kann; sie muss auf diesen Erfolg gerichtet sein. Rechtswidrig ist die Beschaffungshandlung dann, wenn sie ein Rechtsgut beeinträchtigt und gleichzeitig eine Norm verletzt, welche dieses Rechtsgut vor dieser Beeinträchtigung schützt, ohne dass dafür ein Rechtfertigungsgrund besteht. Rechtswidrig beschaffte Beweise sind beispielsweise solche, die eine Partei durch Diebstahl einer Urkunde, Betrug, Hausfriedensbruch, Persönlichkeits- oder Geheimnisverletzung erlangt hat.

Wurde der vorgelegte Beweis in diesem Sinne durch eine rechtswidrige Beschaffungshandlung erlangt, hat das Gericht zu prüfen, ob das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Der Gesetzgeber hat für rechtswidrig beschaffte Beweismittel mithin grundsätzlich ein Verwertungsverbot stipuliert, jedoch im Interesse der Wahrheitsfindung eine Durchbrechung dieses Verbotes unter einschränkenden Voraussetzungen erlaubt (HASENBÖHLER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Komm. ZPO, Art. 152 N 36). Abzuwägen ist das Interesse an der Wahrheitsfindung gegenüber dem Schutzinteresse des Rechtsgutes, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde. Dabei ist das Interesse an der Wahrheitsfindung objektiv zu beurteilen, nicht aus Sicht der Parteien. Zu berücksichtigen ist namentlich die anwendbare Prozessmaxime und der Streitwert, um den es im Prozess geht.

Ein überwiegendes Interesse an der Wahrheitsfindung besteht grundsätzlich dann, wenn bei der Beschaffung des Beweises Rechtsgüter verletzt wurden, die „nur“ das Vermögen des Betroffenen schützen. Heikler ist die Güterabwägung bei Beweisen, die durch einen widerrechtlichen Eingriff in die Privatsphäre beschafft worden sind, beispielsweise durch Entwendung von Dokumenten. Die physische, psychische und seelische Integrität ist grundsätzlich von höherer Bedeutung als materielle Werte. Dabei sind an die Zulassung eines unter Verletzung des Schutzes von Geheimnissen i.S. von Art. 166 ZPO erlangten Beweises erhöhte Anforderungen zu stellen. Bei Eingriffen in die Persönlichkeit spielt die Intensität der Beeinträchtigung eine Rolle. Eine ernste Verletzung wiegt schwerer als ein Bagatelleingriff. Weiter spielt bei der Güterabwägung eine Rolle, von wem der Beweis stammt und ob diese Person eine Mitwirkungspflicht trifft. Das Schutzinteresse ist stark herabgesetzt, wenn das Opfer der Beschaffungshandlung eine Mitwirkungspflicht hat, und es ist erheblich grösser, wenn die betroffene Person ein Verweigerungsrecht hat. Schliesslich ist bei der Interessenabwägung die anwendbare Prozessmaxime zu beachten (insbesondere Officialmaxime einerseits und Dispositionsmaxime andererseits). Im Bereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime hat das Interesse an der Wahrheitsfindung in den Bereichen Arbeitsrecht, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Eherecht grössere Bedeutung als im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (CHRISTIAN LEU, DIKE-Komm. ZPO, Art. 152 N 64 ff.).

2.2. Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe mit der permanenten Verhaltensüberwachung ihrer Arbeitnehmer Art. 328 OR, Art. 6 ArG i.V. mit Art. 26 ArGV 3 sowie das Datenschutzgesetz verletzt.



Art. 26 ArGV 3 verbietet – in Konkretisierung von Art. 6 ArG – den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmer überwachen sollen (Abs. 1). Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme aus anderen Gründen erforderlich, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden.

In seinem Entscheid vom 13. Juli 2004 (BGE 130 II 425 = Praxis 2005 Nr. 71) erwog das Bundesgericht, aufgrund von Art. 26 ArGV 3 komme es bei der Frage, ob ein Überwachungssystem zulässig sei oder nicht, weniger auf die Art der Überwachung oder deren Wirkung an, als vielmehr auf die Gründe, die zur Einrichtung geführt hätten (E 4.1.). Bei den anderen Gründen i.S. von Art. 26 Abs. 2 ArGV 3, welche die Einrichtung von Überwachungssystemen zu rechtfertigen vermöchten, sei in erster Linie an zwingende Vorschriften im Zusammenhang mit der Unfallverhütung und der Sicherheit von Personen und Gütern zu denken. Solange die Überwachungssysteme mit Bezug auf den beabsichtigten Zweck verhältnismässig seien, dürften sie grundsätzlich an strategischen oder sensiblen Standorten des Unternehmens stehen, beispielsweise bei Schaltern, Kassen und Auslagen. Es liege in der Natur des Arbeitsverhältnisses, dass der Arbeitgeber eine gewisse Kontrolle über die Tätigkeit und die Leistungen seines Personals ausüben können müsse. Das dem Arbeitgeber eingeräumte Weisungsrecht – in gewissen Fällen die ihm obliegende Pflicht – Anordnungen über die Art und Weise der Arbeitsleistung oder des Verhaltens im Unternehmen zu erteilen, habe die logische Folge, dass er sich versichern können müsse – allenfalls sogar gehalten sei – dass seine Anordnungen von den Arbeitnehmenden eingehalten würden. Andererseits charakterisiere sich der Arbeitsvertrag durch ein Austauschverhältnis. Der Arbeitgeber müsse daher überprüfen können, ob dieser Austausch nach seinen Erwartungen erfolge. Es sei daher davon auszugehen, dass der Arbeitgeber auch berechtigt sei – unter dem Vorbehalt, dass er die Arbeitnehmer im voraus informiere – geeignete Vorkehrungen zu treffen, um ihre Arbeit, insbesondere die Qualität ihrer Leistung und Produktivität zu kontrollieren (E 4.2.). Art. 26 ArGV 3 verbiete zusammenfassend ein Überwachungssystem, wenn es alleine oder vorwiegend bezwecke, das Verhalten der Arbeitnehmer an und für sich zu überwachen. Demgegenüber sei sein Einsatz erlaubt, wenn legitime Gründe vorlägen, wie Sicherheitsmassnahmen oder Gründe für die Organisation und Planung der Arbeit oder auch Gründe, die in der Natur des Arbeitsverhältnisses selbst lägen. Das gewählte Überwachungssystem müsse vor dem Hintergrund sämtlicher Umstände im Vergleich zum beabsichtigten Zweck ein verhältnismässiges Mittel darstellen

und die Arbeitnehmer müssten im Voraus über den Einsatz des Systems informiert werden (E 4.4.).

In seinem Entscheid vom 12. November 2009 (BGE 6B\_536/2009) sah sich das Bundesgericht aufgrund der Entstehungsgeschichte von Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 (und Art. 182 Abs. 1 BV) zu einer einschränkenderen Auslegung dieser Bestimmung veranlasst: Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen nicht eingesetzt werden, wenn sie geeignet sind, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Dem Verordnungsgeber (Bundesrat) könne nicht gefolgt werden, soweit er offenbar davon ausgehe, dass eine (hauptsächlich) der Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dienende Massnahme (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3) – im Unterschied zu einem aus anderen Gründen eingerichteten Überwachungssystem (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3) – eo ipso die Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigen kann und daher zu verbieten sei. Der Zweck der Überwachungsmassnahme sei nur ein Kriterium neben anderen (Häufigkeit, Dauer etc. der Überwachung), die unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes von Bedeutung sein können. Ein Überwachungssystem könne daher, auch wenn es (hauptsächlich) der gezielten Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz diene, erlaubt sein, wenn die Arbeitnehmer nur sporadisch und kurzzeitig bei bestimmten Gelegenheiten vom Überwachungssystem erfasst würden (E 3.6.).

2.3. Die Beklagte macht geltend, die Videoaufzeichnungen hätten nicht im Sinne von Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 das Verhalten der Arbeitnehmer, sondern sie hätten zum Schutz vor Diebstählen oder Veruntreuungen die Kasse überwacht. Darin liege ein anderer Grund i.S. von Art. 26 Abs. 2 ArGV 3. Die Aufzeichnungen seien daher als zulässig zu qualifizieren, da sie einerseits erforderlich seien und andererseits die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt hätten.

a) Die qualitativ nicht eben hochstehenden Videoaufzeichnungen erfassen allerdings nicht nur den Thekenbereich (Geld-/Quittungsübergabe) und/oder den Kassenbereich (Geldeinlage/Quittungsausdruck), sondern gleichsam den gesamten Arbeitsbereich der Mitarbeitenden. Entsprechend lassen sich – nebst dem Inkasso – sämtliche Verrichtungen dieser Mitarbeitenden nachvollziehen (Auffüllen der Wärme-Container und der Auslage, Kochtätigkeiten, Bedienung von Maschinen etc.). Die Aufzeichnungen beginnen bevor die Theke überhaupt geöffnet ist und erfassen beispielsweise – nach-

dem am 12. Dezember 2016 (erstes file, beginnend kurz vor 11.00 Uhr) nach 10 Minuten das Rouleau geöffnet wurde – sämtliche Vorbereitungen des Personals bis am 12. Dezember 2016 nach weiteren 20 Minuten der erste Kunde bedient wird. Zwischen den Kundenbedienungen gibt es immer wieder längere Wartephasen. Kundengesichter sind durchaus zu erkennen; sie dürften allerdings – wie die Gesichter der Mitarbeitenden und anderes – gepixelt sein. Zwar steht die Theke im Fokus der Aufzeichnungen, wogegen ein Teil des Inkassobereiches durch eine holzfarbene Leiste verdeckt wird. Erkennbar ist die Entgegennahme des Geldes vom Kunden, das dann an einem durch die genannte Leiste verdeckten Ort hinten rechts oben (+/- Kopfhöhe) deponiert wird (alles aus der Sicht der Kundschaft). Getippt wird an einer Kasse, die sich auf Taillehöhe etwas hinter dem Tresen, an diesen angrenzend rechts befindet. Über der Kasse (+/- Kopfhöhe) wird der Bon entnommen, wobei der Auswurfs-Schlitz wiederum durch die Holzleiste praktisch verdeckt wird und vor allem daran erkennbar ist, dass eine Hand des Personals einen hellen Zettel ergreift (vgl. Sequenzen vom 24.11./file 20161124121435 bei ca. 11:18 min. und vom 28.11./file 2016112811720 bei ca. 11:40 min.). Erfasst würden mit den Aufzeichnungen auch sämtliche nicht-beruflichen Verrichtungen (wenn es solche gegeben hätte), wie beispielsweise ein längeres Gespräch unter Kollegen oder mit Kundschaft, eine Bedienung des Mobil-Telefons etc., d.h. das gesamte berufliche und ausserberufliche Verhalten der Mitarbeitenden. Nur wenn die Mitarbeitenden den Take-Away-Kubus durch eine Türe im Hintergrund verlassen, werden sie von der Kamera nicht mehr erfasst, wobei sich immerhin feststellen lässt, für wie lange sie den Kubus verlassen haben.

b) Ohne sich zum genauen Zeitpunkt zu äussern, macht die Beklagte geltend, das Videosystem sei erst installiert worden, als sich aufgrund nachträglicher Inventuren ein Missverhältnis zwischen Warenkosten und Ertrag ergeben und damit der Verdacht auf einen Betrug durch das Verkaufspersonal ergeben habe. Später allerdings lässt sie ausführen: „Die Kontrolle der Überwachungsvideos ist sehr zeit- und kostenintensiv, weshalb es der Beklagten nicht möglich ist, die Videos zu jedem einzelnen Arbeitstag des Klägers seit seiner Anstellung am 24. Juli 2014 durchzusehen“. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass es zurück bis zum ersten Arbeitstag des Klägers am 24. Juli 2014 Videoaufzeichnung gibt und dieses Überwachungssystem nicht erst aufgrund des Verdachtes einer strafbaren Handlung des Personals installiert worden ist. Nachdem überdies die Aufzeichnungen den gesamten Arbeitsbereich im Take-Away Kubus abdecken, den eigentlichen Inkassobereich aber teilweise bloss erahnen lassen, kann weiter nicht davon ausgegangen

werden, das System sei mit dem Hauptzweck, das korrekte Inkasso zu kontrollieren, installiert worden. Dagegen spricht auch der Umstand, dass nach eigener Sachdarstellung der Beklagten innerhalb ihrer Lokalität an der Bar neben dem Aufkleber betreffend Altersbeschränkung beim Alkoholausschank ein Aufkleber betreffend Kameraüberwachung in den Räumlichkeiten des A. angebracht sein soll (entsprechend erscheint in den Videoaufzeichnung der Vermerk „Camera 01“). Weshalb ein solcher öffentlicher Hinweis hätte angebracht werden müssen, wenn die Beklagte die Überwachungskamera nur zur Klärung eines möglichen deliktischen Verhaltens des Klägers installiert haben sollte, ist nicht nachvollziehbar; ebenso wenig wäre in diesem Falle erklärbar, dass die Beklagte – nach ihrer eigenen Sachdarstellung – das gesamte Personal über die Installation der Kamera aufgeklärt haben will, würde eine derartige Aufklärung der von der Beklagten geltend gemachten Zweckbestimmung der Installation doch zuwiderlaufen.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Überwachungskamera seit jeher, jedenfalls seit Stellenantritt des Klägers installiert gewesen ist und nicht erst aufgrund des (späteren) Diebstahlverdacht zu dessen Klärung angebracht worden ist.

c) Entscheidender ist indessen allemal, dass die Take-Away Mitarbeitenden permanent von der Kamera erfasst wurden, bei sämtlichen ihren beruflichen und allenfalls ausserberuflichen Verrichtungen innerhalb des Kubus, ohne jegliche Privatsphäre. Alleine die eingereichten Videos erreichen eine ununterbrochene Dauer von rund dreieinhalb Stunden pro Tag. Die Videoaufzeichnungen erlaubten der Beklagten, sich Rechenschaft über jedwelches Verhalten der Mitarbeitenden abzulegen. Das erscheint unverhältnismässig, selbst wenn der eigentliche Zweck des Überwachungssystemes darin gelegen haben sollte, das Inkasso zu kontrollieren, und ist mit den konkreten, BGE 6B\_536/2009 zugrundeliegenden Umständen nicht vergleichbar (E 3.6.3.). Wenn es einem Bedürfnis der Beklagten entsprochen hatte, das Inkasso zu überwachen, hätte sie den Zahlungsablauf so zu gestalten gehabt, dass mit dessen Erfassung nicht gleichzeitig permanent und ununterbrochen das gesamte Verhalten der Mitarbeitenden erfasst worden wäre (beispielsweise indem sich – wie in Verkaufsständen der vorliegenden Art durchaus anzutreffen – sich der Zahlungsablauf ausschliesslich auf dem Tresen abgespielt hätte und nur dieser von der Kamera hätte erfasst werden müssen).

d) Entgegen der Betrachtungsweise der Beklagten ist eine derartige ununterbrochene, permanente Überwachung des Personal durchaus geeignet,

dessen Gesundheit insbesondere in psychischer Hinsicht zu beeinträchtigen (vgl. BGE 6B\_536/ 2009 E 3.4.1.).

e) Zusammenfassend sind die Videoaufzeichnungen der Beklagten aufgrund der konkreten Umstände unverhältnismässig und geeignet, die Gesundheit des Personals zu gefährden. Ob sich diese Gesundheitsgefährdung realisiert hat oder ob der Kläger an einer Krankheit leidet, die nicht auf die Überwachung zurückzuführen ist, ist irrelevant. Die Aufzeichnungen erweisen sich demnach als rechtswidrig im Sinne des Arbeitsgesetzes, selbst wenn das Überwachungssystem zwecks Kontrolle des Inkassos installiert worden sein sollte (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3), wovon allerdings nicht ausgegangen werden kann.

2.4. Schutzzweck von Art. 26 ArGV 3 ist die Gesundheit und das Wohlbefinden der Arbeitnehmerschaft (BGE 6B\_536/2009), Rechtsgüter, auf welche nicht verzichtet werden kann und die hoch einzuschätzen sind, sowohl aus Sicht der einzelnen Arbeitnehmenden als auch der Allgemeinheit. Das öffentliche Interesse an einer Durchdringung des Verwertungsverbotes ist eher gering, da das vorliegende Verfahren umfassend der Dispositionsmaxime untersteht. Zwar macht die Beklagte einen erheblichen Schaden von knapp Fr. 90'000.– geltend, den sie allerdings nur teilweise, verrechnungsweise zur Abwehr der offenen Lohnansprüche des Klägers bis Ende 2016 in den Prozess eingebracht hat. Darüber hinaus sollen die Videoaufzeichnungen auch dazu dienen, den Kläger des Diebstahls zu überführen, woran auch ein gewisses, indessen nicht sehr erhebliches öffentliches Interesse besteht. Nachdem allerdings nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Überwachungssystem erst zu eben diesem Zweck eingerichtet worden ist und angesichts des Umfangs der Videoaufzeichnungen (permanente Überwachung des Personals im Container) ist der Art. 26 ArGV 3 immanente Zweck höher zu gewichten, als das Interesse an der Wahrheitsfindung.

Die Videoaufzeichnungen sind deshalb als Beweismittel nicht zuzulassen. Deren Vernichtung kommt jedenfalls bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Verfahrens nicht in Betracht (DIKE-Komm-ZPO, CHRISTIAN LEU, N 98 zu Art. 152 ZPO).»

*(AN180026 (Zwischen-)Beschluss vom 22. Januar 2019; der Beschluss wurde nicht angefochten)*

## **19. ZPO 152, OR 337; Wiederhergestellte E-Mails als Beweismittel**

Die Beklagte stützte sich zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung auf E-Mails, die sie auf dem Geschäftslaptop des Klägers hatte wiederherstellen lassen.

### **Aus den Erwägungen:**

«Unbestritten ist, dass die Beklagte eine externe Unternehmung damit beauftragte, die Daten auf dem Geschäftslaptop des Klägers wiederherzustellen. Dabei handelt es sich um eine Datenverarbeitung (Art. 3 lit. e DSGVO). Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Das Eigentum an der Hardware verleiht noch kein Recht zur Bearbeitung der darauf vorhandenen Daten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. N 18 zu Art. 328b OR).

Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Die vorliegende Klage ist in Anbetracht des Streitwertes im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. Das Verfahren untersteht der Verhandlungsmaxime, weshalb dem Interesse an der Wahrheitsfindung kein erhöhtes Gewicht zukommt.

Vertritt man die Auffassung, dass es sich bei Art. 328b OR nicht um eine Verbotsnorm handelt, ist Folgendes auszuführen: Wer Personendaten bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSGVO die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Bei der Bearbeitung von Personendaten müssen die allgemeinen Datenschutzbestimmungen der Art. 4, Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 DSGVO berücksichtigt werden (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO). Unter anderem hat die Datenbearbeitung dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu entsprechen und darf nur nach Treu und Glauben erfolgen (Art. 4 Abs. 2 DSGVO). Aus dem Erkennbarkeitsgebot von Art. 4 Abs. 4 DSGVO folgt sodann, dass die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein muss. Werden Personendaten entgegen diesen Grundsätzen bearbeitet und handelt es sich um nicht allgemein zugänglich gemachte Daten, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor (Art. 12 DSGVO).

Bei der Wiederherstellung von E-Mails handelt es sich um eine einschneidende Datenverarbeitung in Bezug auf die Persönlichkeitsrechte, weshalb höhere Anforderungen an die Transparenz gestellt werden. Die Beklagte

macht nicht geltend, dass sie den Kläger über die Datenbeschaffung informiert habe. Der Kläger musste sodann nicht damit rechnen, dass die Beklagte nach der Rückgabe des Geschäftslaptops sämtliche gelöschten Daten wiederherstellen lassen würde. Die Datenbeschaffung sowie der Zweck ihrer Bearbeitung waren für den Kläger nicht erkennbar. Zudem waren die Daten offensichtlich nicht allgemein zugänglich (Art. 12 Abs. 3 DSGVO). Die Datenbearbeitung wäre nur gerechtfertigt, sofern ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSGVO vorliegt. Eine Einwilligung des Klägers oder ein Überwachungsreglement, welches die Beklagte zur Verwendung der E-Mail-Korrespondenz berechtigen würde, besteht nach den übereinstimmenden Parteivorbringen nicht. Auch eine Rechtfertigung durch Gesetz oder ein überwiegendes öffentliches Interesse ist nicht ersichtlich. Fraglich ist vorliegend, ob die Beklagte ein überwiegendes privates Interesse an der Datenbearbeitung hatte. Sie macht geltend, der Kläger habe ihre gesamten Geschäftsdaten kopiert und anschliessend gelöscht. Sie habe die Daten auf dem Laptop des Klägers wiederherstellen lassen müssen, weil geschäftsnotwendige Unterlagen nicht mehr auffindbar gewesen seien. Es sei zu befürchten, dass die kopierten Daten missbräuchlich für die A. AG verwendet würden. Dieses Konkurrenzunternehmen habe der Kläger noch während seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten gegründet.

Bei der Interessenabwägung muss zwischen geschäftlichen und privaten E-Mails unterschieden werden. Die Parteien sind sich einig, dass geschäftliche E-Mails mit relevanten Informationen abzuspeichern sind. Die Beklagte hat klarerweise ein privates Interesse an der aufbewahrungspflichtigen Geschäftskorrespondenz. Die Persönlichkeitsverletzung wiegt bei solchen E-Mails weniger schwer, da es sich nicht um private Informationen handelt. Es wäre für die Beklagte zwar zumutbar gewesen, den Kläger vorab über die Wiederherstellung der E-Mails zu informieren. Bei denjenigen, welche vom geschäftlichen E-Mail Account des Klägers verwendet wurden und damit einen Arbeitsplatzbezug aufweisen, überwiegt jedoch das private Interesse der Beklagten. Ein überwiegendes Interesse der Beklagten an den privaten E-Mails des Klägers ist hingegen nicht ersichtlich. Die persönliche Integrität steht grundsätzlich über der Wahrheitsfindung.»

Das Gericht berücksichtigte in der Folge die vom Kläger bezeichneten E-Mails, die über seine persönlichen E-Mail-Accounts liefen, nicht.

*(AN170018 Beschluss und Urteil vom 19. August 2019)*

## **20. ZPO 243, GIG; Beschränkung des Verfahrens auf Vorfragen zur Verfahrensart?**

In einem hängigen Verfahren, das unter anderem eine sexuelle Belästigung zum Gegenstand hat, beantragte die Beklagte die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage, ob eine solche stattgefunden habe. Die Beklagte argumentierte, ohne sexuelle Belästigung wäre das Gleichstellungsgesetz auf die vom Kläger geltend gemachten Forderungen nicht anwendbar. Da der Streitwert über CHF 30'000.– liege, müsste diesfalls das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelangen. Schliesslich fehlte es nach Ansicht der Beklagten mit Bezug auf Ansprüche, die sich nicht auf das Gleichstellungsgesetz stützen, an einer gültigen Klagebewilligung.

Das Arbeitsgericht wies den prozessualen Antrag mit der nachfolgenden Begründung ab.

### **Aus den Erwägungen:**

«3.1. Die Beklagte fasst die Praxis des Bundesgerichts zu doppelrelevanten Tatsachen grundsätzlich richtig zusammen. Zu Recht weist sie auf BGE 137 III 32 hin. Darin führt das Bundesgericht aus, nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz sei bei der Beurteilung der Zuständigkeit primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hänge von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen habe. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich seien (sog. doppelrelevante Tatsachen), seien für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie würden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht. Eine Ausnahme gelte nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhefadscheinig oder inkohärent erscheine und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden könne (BGE 137 III 32, E. 2.2 und 2.3).

Ob die Praxis der Doppelrelevanz überhaupt auch dann anzuwenden ist, wenn es nicht (oder jedenfalls nicht nur) um die Zuständigkeit, sondern um das anwendbare Verfahren geht, erscheint zweifelhaft. Wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen, kann die Frage indessen offen gelassen werden.

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann jedenfalls heute (noch) nicht davon gesprochen werden, der klägerische Tatsachenvortrag erscheine



auf Anhieb fadenscheinig und inkohärent. Es trifft zwar zu, dass nur ganz wenige Vorwürfe des Klägers sich auf eine sexuelle Belästigung beziehen. Und selbstverständlich sind die diesbezüglichen Behauptungen (noch) in keiner Weise bewiesen. Aber völlig abwegig sind die Tatsachenbehauptungen des Klägers nicht. Sie sind durch von der Beklagten eingereichte Dokumente auch keineswegs eindeutig widerlegt. Ohne Zeugeneinvernahmen bzw. Parteieinvernahmen wird die Frage, ob eine oder mehrere sexuelle Belästigungen vorgekommen sind, vom Gericht nicht beantwortet werden können. Unter diesen Umständen kann heute nicht gesagt werden, die Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit einer angeblichen sexuellen Belästigung sei bloss vorgeschoben und rechtsmissbräuchlich. Zwar wird das Kollegialgericht letztlich darüber zu befinden haben, auf welche Art der vorliegende Prozess zu beenden sein wird. Es ist aber kein Grund ersichtlich, der ein Abweichen von der bundesgerichtlichen Praxis als wahrscheinlich erscheinen lässt.

Der von der Beklagten genannte BGE 124 III 382 ändert an dieser Prognose nichts. Es ist offensichtlich, dass die in jenem Verfahren zu klärende Frage, ob eine Person diplomatische Immunität genießt, von ganz anderer Art ist als die hier zu beantwortende. Zwar war die Frage der diplomatischen Immunität auch dort doppelrelevant. Der Nachteil, sich allenfalls zu Unrecht einem Gerichtsverfahren stellen zu müssen, wäre aber viel höher zu gewichten als der von der Beklagten ins Feld geführte Nachteil, allenfalls ein „falsches“ Verfahren durchlaufen zu müssen. Ohnehin ist fraglich, ob es für die Beklagte ein Nachteil ist, den vorliegenden Prozess im vereinfachten Verfahren zu führen. Nicht nur der Kläger, sondern auch die Beklagte profitiert von der Kostenlosigkeit des Verfahrens und davon, länger als im ordentlichen Verfahren Noven und Beweismittel vorbringen zu können.

Auch der BGE 134 III 27 zugrunde liegende Fall ist mit dem vorliegenden nicht zu vergleichen. Dort ging es darum, ob ein (fakultativer) Streitgenosse an einem andern als seinem ordentlichen Gerichtsstand belangt werden konnte aufgrund von nur bezüglich einem andern Streitgenossen doppelrelevanter Tatsachen. Mit Bezug auf den dortigen Beschwerdeführer waren die Tatsachen gerade nicht doppelrelevant, sondern „exorbitant“ (E. 6.3).

Ist heute davon auszugehen, die Frage des „richtigen Verfahrens“ werde nicht im Stadium des Eintretens, sondern erst bei der materiellen Prüfung beantwortet, drängt sich jedenfalls unter diesem Aspekt keine Einschränkung des Prozessthemas auf die Frage des Vorliegens einer sexuellen Belästigung auf.

3.2. Bereits anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Oktober 2019 hat die Beklagte eingewendet, das vereinfachte Verfahren gelte für alle nicht auf das Gleichstellungsgesetz gestützten Ansprüche nicht. Entsprechend sei das Arbeitsgericht nicht zuständig, und die Klagebewilligung sei nicht gültig. Das Gericht hat den Antrag, das Verfahren sei auf die Frage der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts einzuschränken, damals abgewiesen.

An der damaligen Argumentation ist auch heute nichts zu ändern.

3.2.1. Gemäss Art. 243 ZPO gilt das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken (Abs. 1) und ohne Rücksicht auf den Streitwert für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (Abs. 2 lit. a). Die behauptete sexuelle Belästigung und die damit im Zusammenhang stehenden Forderungen führen zur Anwendung des vereinfachten Verfahrens. Davon, dass die vom Kläger gestützt auf das Gleichstellungsgesetz erhobenen Forderungen offensichtlich unerheblich wären, kann nicht die Rede sein. Die Forderung von CHF 19'506.– entspricht etwa 45% des gesamten Streitwerts.

Werden nebst den privilegierten Ansprüchen gemäss Gleichstellungsgesetz noch weitere Ansprüche gestützt auf andere Anspruchsgrundlagen geltend gemacht und wird dann der Streitwert von CHF 30'000.– insgesamt überschritten, gilt auch für diese das vereinfachte Verfahren, wenn wie hier die andern Ansprüche für sich allein betrachtet einen Streitwert von unter CHF 30'000.– haben und gemäss Absatz 1 von Art. 243 ZPO ins vereinfachte Verfahren fallen (Monatslohn Juni, Pönalentschädigung missbräuchliche Kündigung, Änderung Arbeitszeugnis). Es findet eine Verfahrensattraktion zugunsten des vereinfachten Verfahrens statt. Bei der Streitwertberechnung im Rahmen von Absatz 1 von Art. 243 ZPO sind nur jene Rechtsbegehren zu berücksichtigen, die nicht unter Absatz 2 fallen (BERND HAUCK, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., Art. 243 N 15; LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar zur ZPO, Art. 243 N 44; MICHAEL LAZOPOULOS/STEFAN LEIMGRUBER, OFK-ZPO, ZPO 243 N 9; ALEXANDER BRUNNER/THOMAS ALEXANDER STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 243 N 26; Commentaire Romand CPC-DENIS TAPPY, art. 243 CPC N 13).

Es ist also zulässig, im gleichen Prozess nebst Ansprüchen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz auch andere Ansprüche geltend zu machen. Weil für diese anderen Ansprüche auch allein ohnehin das vereinfachte Verfahren gilt, bleibt es selbstverständlich auch beim vereinfachten Verfahren, wenn keine sexuelle Belästigung bewiesen wird.

3.2.2. Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts als Kollegialgericht ist ohne Weiteres gegeben, und zwar sowohl für Forderungen nach Gleichstellungsgesetz als auch für übrige arbeitsrechtliche Forderungen. Alles sind Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebender und Arbeitnehmendem (§ 20 Abs. 1 lit. a GOG). Insbesondere ist auf § 25 GOG hinzuweisen, wonach der Präsident des Arbeitsgerichts jederzeit berechtigt ist, auch bei Streitwerten von unter CHF 30'000.– die Streitigkeit dem Kollegialgericht zu unterbreiten.

3.2.3. Warum die Klagebewilligung nicht gültig sein sollte, ist schliesslich nicht einzusehen. Können im gleichen (vereinfachten) Verfahren sowohl Ansprüche nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO) als auch übrige arbeitsrechtliche Ansprüche mit einem Streitwert von unter CHF 30'000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO) geltend gemacht werden, war selbstredend auch nur eine Schlichtungsverhandlung erforderlich. Die für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz zuständige Paritätische Schlichtungsbehörde für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 200 Abs. 2 ZPO, § 58 bis 62 GOG) durfte nach den vorstehenden Überlegungen ohne Weiteres auch einen Schlichtungsversuch bezüglich anderer (arbeitsrechtlicher) Ansprüche unternehmen. Dies muss umso mehr gelten, als nach dem Konzept der schweizerischen Zivilprozessordnung das Prinzip der Streitschlichtung und nicht die Art der Schlichtungsbehörde im Vordergrund steht. So hat es die Zivilprozessordnung den Kantonen überlassen, wie sie – abgesehen von den in Art. 200 ZPO vorgeschriebenen paritätischen Schlichtungsbehörden für Miet- und Pachtstreitigkeiten und Gleichstellungssachen – ihre Schlichtungsbehörden organisieren. Der Kanton Zürich hätte statt den Friedensrichterämtern andere Schlichtungsbehörden vorsehen können, auch für (gewöhnliche) arbeitsrechtliche Streitigkeiten.

3.3. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich nicht, das Verfahren auf die Frage zu beschränken, ob eine sexuelle Belästigung vorliegt oder nicht. Der entsprechende prozessuale Antrag ist abzuweisen.»

*(AN190029 Präsidialverfügung vom 5. Dezember 2019; die Verfügung wurde nicht angefochten.)*

## **21. IPRG 115; Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers**

Der Kläger ist norwegischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Zürich. Die Beklagte ist eine Stiftung nach schweizerischem Privatrecht mit Sitz in Genf. Die Parteien begründeten ein vom 15. Januar 2018 bis 13. Juli 2018 befristetes Arbeitsverhältnis. Der Kläger bekleidete die Funktion des Senior Programme Managers Libya, Middle East and North Africa Division. Am 15. Mai 2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis vorzeitig auf den 15. Juni 2018.

Nach ebenfalls in Zürich durchgeführtem Schlichtungsverfahren reichte der Kläger am Arbeitsgericht Zürich eine arbeitsrechtliche Klage gegen die Beklagte ein. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, das Arbeitsgericht Zürich sei für die Beurteilung der Streitigkeit nicht zuständig.

### **Aus den Erwägungen:**

«5.1. Ein internationaler Sachverhalt im Sinne des IPRG setzt einen hinreichenden Auslandsbezug voraus. Wann ein solcher vorliegt, ist nicht gesetzlich definiert, sondern im Einzelfall unter Berücksichtigung des infrage stehenden Rechtsverhältnisses zu prüfen (BGE 142 III 466 E. 3). Ein ausländischer Hauptarbeitsort ist ein im Arbeitsvertragsrecht relevanter Anknüpfungspunkt des IPRG. Sowohl für die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit als auch des anwendbaren Rechts kann er massgebend sein (Art. 115 Abs. 1 und Art. 121 Abs. 1 IPRG). Die Internationalität i.S. des IPRG liegt auch dann vor, wenn der Arbeitsort im Ausland der einzige internationale Bezug des Arbeitsverhältnisses ist.

5.2. Unstreitig reiste der Kläger unmittelbar nach der Einführungswoche in Genf nach Tunis (21. Januar 2018) und verblieb dort bis zum 3. Februar 2018. Anschliessend kehrte er für rund 10 Tage in die Schweiz zurück und reiste am 14. Februar 2018 wieder nach Tunis, wo er sich bis 10. März 2018 aufhielt. Danach kehrte er wiederum für einen 10-tägigen Unterbruch in die Schweiz zurück, bevor er rund einen Monat in Tunis, vom 21. März bis 21. April 2018, verbrachte. Am 2. Mai 2018 sollte der Kläger offenbar wieder von Zürich nach Tunis reisen, als er während des Zwischenhalts am Pariser Flughafen von der Polizei festgehalten und einvernommen wurde, woraufhin er seine Reise abbrach. In der Folge fanden Vertragsauflösungsverhandlungen zwischen den Parteien statt, bevor die Beklagte am 15. Mai 2018 das Arbeitsverhältnis kündigte.

Zusammengefasst besuchte der Kläger in Genf die Einführungswoche und hielt sich danach während längeren Zeiträumen von anfangs zwei Wochen, später bis zu rund einem Monat, in Tunis auf, unterbrochen von jeweils ungefähr 10-tägigen Aufenthalten in der Schweiz. Auch Anfang Mai 2018 sollte der Kläger wiederum nach Tunis reisen, wobei er die Reise nach der polizeilichen Einvernahme in Paris abbrach und das Arbeitsverhältnis schliesslich von der Beklagten beendet wurde.

5.3. Das rund vier Monate andauernde Arbeitsverhältnis war demnach geprägt von den klägerischen Aufenthalten in Tunis. Im Arbeitsvertrag wurde Tunis als Arbeitsort definiert. Die Hauptaufgabe des Klägers bestand darin, die bereits existierende Länderstrategie der Beklagten für Libyen von Tunis aus zu implementieren, wobei ein ständiger Aufenthalt in Libyen wegen der schwierigen Sicherheitslage nicht möglich war. In Tunis hatte der Kläger auch eine Mietwohnung, eine lokale Mobiltelefonnummer und ein Mietauto, wofür ihn die Beklagte monatlich entschädigte.

Tunis war damit kein bloss untergeordneter Arbeitsort, wie es beispielsweise bei kürzeren mehrtägigen Geschäftsreisen der Fall wäre, sondern vielmehr der Hauptarbeitsort des Klägers, so wie es die Parteien auch vertraglich vereinbart haben. Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang ausführt, Tunis sei zwar der einzige Arbeitsort des Klägers gewesen, es sei jedoch nur ein temporärer Arbeitsort mit kurzen Einsätzen gewesen, erscheint dies widersprüchlich. Es ist bei einer auf sechs Monate befristeten, tatsächlich nur vier Monate dauernden Anstellung immanent, dass kein langjähriger Arbeitsort begründet werden kann. Nichtsdestotrotz war Tunis während der Dauer des (kurzen) Arbeitsverhältnisses der Hauptarbeitsort des Klägers.

5.4. Da der Hauptarbeitsort des Klägers im Ausland war, liegt ein internationaler Sachverhalt vor und das zuständige Gericht ist nach Massgabe des IPRG zu ermitteln (Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG). Gemäss Art. 115 Abs. 1 IPRG ist für Klagen aus Arbeitsvertrag das Gericht am Wohnsitz der Beklagten oder am gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers zuständig. Art. 115 Abs. 2 IPRG gewährt dem Arbeitnehmer im Gegensatz zur Schweizerischen ZPO (Art. 34 ZPO) einen zusätzlichen Gerichtsstand an seinem eigenen Wohnsitz in der Schweiz. Der Klägergerichtsstand des Abs. 2 ist dabei alternativ und nicht etwa subsidiär zu den Gerichtsständen des Abs. 1, was bereits aufgrund des Wortlauts („überdies“) klar wird. Entgegen der Meinung der Beklagten kann sich der Kläger demnach auf den Klägergerichtsstand an seinem Wohnsitz berufen, auch wenn die Beklagte ihren Sitz ebenfalls in der

Schweiz hat und ihm ein weiterer Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung stehen würde.

5.5. Die Beklagte weist darauf hin, dass nicht jedes Arbeitsverhältnis mit ausländischen Bezügen ein internationales Arbeitsverhältnis im Sinne des IPRG sei. Dies zeige insbesondere ein Bundesgerichtsurteil vom 18. Dezember 1951 (SJIR 1953, X., S. 346 ff.) i.S. Richner gegen Ringwald. Richner habe sich in der Schweiz bei Ringwald für den Posten eines Concierge in der äthiopischen Hotellerie gemeldet. In der Folge sei er in das damalige Kaiserreich Abessinien gereist und habe dort ein Jahr gearbeitet. Das Bundesgericht sei zum Ergebnis gelangt, der Anwendung abessinischen Rechts entbehre es jeder inneren Rechtfertigung.

Der Entscheid datiert über 30 Jahre vor Inkrafttreten des IPRG und beschäftigt sich mit der Frage des anwendbaren Rechts. Das Bundesgericht stellte fest, dass den Parteien das abessinische Recht gar nicht bekannt war und eine Rückkehr in die Heimat im Bereich der Möglichkeiten gelegen habe, weshalb eine Anwendung dieses Rechts jeder inneren Rechtfertigung entbehren würde. Daraus lässt sich nichts zugunsten des beklagten Standpunktes ableiten.

5.6. Schliesslich verfangen die von der Beklagten vorgebrachten verfassungsrechtlichen Argumente nicht, wonach Art. 115 Abs. 2 IPRG den verfassungsmässigen Anspruch auf einen Gerichtsstand am Wohnsitz der Beklagten verletzen würde. Massgebend für die rechtsanwendenden Behörde sind die Bundesgesetze, demnach auch das IPRG (Art. 190 BV). Der verfassungsmässige Anspruch auf einen Beklagtengerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz ist sodann nicht absolut, was durch den Satz „Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen“ klar zum Ausdruck kommt (Art. 30 Abs. 2 BV). Der zusätzliche Klägerwohnsitzgerichtsstand von Art. 115 Abs. 2 IPRG zugunsten des Arbeitnehmers ist ein solcher Anwendungsfall.

5.7. Der Wohnsitz des Klägers befindet sich unbestritten in Zürich. Demnach ist das Arbeitsgericht Zürich zur Beurteilung der vorliegenden Klage international und örtlich zuständig (Art. 115 Abs. 2 IPRG). Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ist abzuweisen und auf die Klage dementsprechend einzutreten.»

*(AN190001 (Zwischen-)Beschluss vom 14. Juni 2019; gegen den Beschluss wurde kein Rechtsmittel ergriffen)*

## II. ERGÄNZUNGEN ZU WEITERGEZOGENEN ENTSCHEIDEN

### In der Publikation 2017

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

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde vom Obergericht mit Urteil vom 5. Oktober 2018 bestätigt, LA180006; Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Urteil 4A\_603/2018 vom 28. Juni 2019)

### In der Publikation 2018

#### **Zu Nr. 3.:**

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Urteil 4A\_155/2019 vom 18. Dezember 2019)

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

Mit Bezug auf die in Nr. 5 wiedergegebenen Erwägungen wurde das Urteil vom Obergericht mit Urteil vom 28. Mai 2019 bestätigt (LA190005)

#### **Zu Nr. 9.:**

Mit Beschluss und Urteil vom 30. April 2020 wies das Obergericht die dagegen erhobene Berufung mit etwas anderer Begründung ab (LA190008)

#### **Zu Nr. 11.:**

Mit Urteil vom 14. Januar 2020 wies das Obergericht die dagegen erhobene Berufung ab (LA190012)

#### **Zu Nr. 16.:**

Das Bundesgericht wies die gegen den Entscheid des Obergerichts erhobene Beschwerde mit Urteil vom 27. Juni 2019 ab (4A\_588/2018), ohne sich mit den für den Entscheid des Arbeitsgerichts ausschlaggebenden Erwägungen auseinanderzusetzen.

#### **Zu Nr. 22.:**

Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 10. Juli 2019 gutgeheissen (BGE 145 III 299)

### **III. NOVEN IN DER HAUPTVERHANDLUNG (ART. 229 ZPO) – WAS HEISST „ZU BEGINN DER HAUPTVERHANDLUNG?“**

*von lic. iur. Erich Kaufmann, Richter und Co-Bereichsvertreter  
am Arbeitsgericht Zürich<sup>1</sup>*

#### **1. Fragestellung**

Art. 229 Abs. 2 ZPO bestimmt (für das ordentliche Verfahren), dass neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden können, wenn (vorher) weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat. Ein Entscheid der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 24. November 2017<sup>2</sup> und eine Kommentierung von DANIEL BRUGGER in der Schweizerischen Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht<sup>3</sup> haben bei Anwältinnen und Anwälten zu einer Verunsicherung geführt. Was heisst „zu Beginn der Hauptverhandlung“? Wie müssen sich die Parteien auf die Hauptverhandlung vorbereiten? Was erwartet das Gericht von ihnen? Dieser Beitrag gibt die Sicht eines Richters am Arbeitsgericht Zürich wieder.

Einleitend ist in diesem Zusammenhang vorwegzuschicken, dass sich die nachfolgenden Überlegungen hauptsächlich auf die Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren beziehen. Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (unter anderem auch Art. 229 Abs. 2 ZPO) zwar sinngemäss auch für andere Verfahren, also grundsätzlich auch für das vereinfachte Verfahren im Sinne von Art. 243 ff. ZPO. In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, die gemäss Art. 243 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und e ZPO im vereinfachten Verfahren zu führen sind, stellt das Gericht den Sachverhalt aber von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 ZPO). In diesen Verfahren mit beschränkter Untersuchungsmaxime sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). In den vereinfachten Verfahren vor Arbeitsgericht gibt es also faktisch keine Novenschranke.

---

<sup>1</sup> Der Autor bedankt sich bei der Leitenden Gerichtsschreiberin, Dr. Theres Oertli, für die Anregungen und Korrekturen.

<sup>2</sup> BGE 144 III 67.

<sup>3</sup> DANIEL BRUGGER, Der Tatsachenvortrag „zu Beginn“ der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO), in: ZZZ 45/2019 S. 22 ff.



## **2. Separater Tatsachenvortrag vor den Parteivorträgen?**

Im vergangenen Jahr wurde das Arbeitsgericht Zürich mehrfach auf den von BRUGGER gestützt auf ein obiter dictum in BGE 144 III 67 vorgeschlagenen sogenannten „Tatsachenvortrag“ aufmerksam gemacht. BRUGGER ist der Ansicht, die Parteien hätten nach der förmlichen Eröffnung der Hauptverhandlung, aber vor den ersten Parteivorträgen, neue Tatsachen und Beweismittel vorab in einem zusätzlichen, in der ZPO nicht ausdrücklich vorgesehenen Tatsachenvortrag zu nennen<sup>4</sup>. Diese Ansicht ist aus mehreren Gründen abzulehnen.

### **2.1. „Tatsachenvortrag“ in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen**

BRUGGER sagt es in seinem Artikel selber. Ein separater Tatsachenvortrag ist in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Also besteht auch keine Veranlassung für die Gerichte, einen separaten „Tatsachenvortrag“ zu erfinden.

### **2.2. Das Bundesgericht verlangt nicht zwingend einen separaten „Tatsachenvortrag“**

Das Bundesgericht führte im genannten und in weiteren Entscheiden aus, dass sich jede Partei nur zweimal unbeschränkt äussern könne: ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels; ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – wenn kein solcher durchgeführt wurde – an einer Instruktionsverhandlung oder zu Beginn der Hauptverhandlung *vor den ersten Parteivorträgen*<sup>5</sup>. Daraus zu schliessen, es *müsse* vor den Parteivorträgen ein separater Tatsachenvortrag stattfinden, verbietet sich. Die Bemerkung „vor den ersten Parteivorträgen“ ist in BGE 144 III 67 denn auch bloss als ein „obiter dictum“ zu verstehen. Mit keinem Wort äussert sich das Bundesgericht, warum angeblich ein früherer Entscheid unpräzise sein soll<sup>6</sup>. Von einem separaten Tatsachenvortrag ist überhaupt nicht die Rede. Hauptsächlich ging es im genannten Entscheid nämlich darum zu entscheiden, ob die Parteien an der Hauptverhandlung noch Noven vorbringen durften, nachdem bereits eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hatte, an welcher Beweismittel entgegengenommen worden waren. Allerdings war weder aus der Vorladung noch aus dem Protokoll mit wünschbarer Klarheit

---

<sup>4</sup> DANIEL BRUGGER, a.a.O., S. 22 und 26.

<sup>5</sup> BGE 144 III 67 E. 2.1; gleiche Formulierung im Urteil vom 31. Januar 2018, 4A\_494/2017, E. 2.4.1, und (auf französisch) vom 8. Oktober 2018, 4A\_11/2018, publiziert in BGE 144 III 519, E. 5.2.1.

<sup>6</sup> BGE 144 III 67 E. 2.1, unter Hinweis auf BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 S. 314.

hervorgegangen, was genau Inhalt der Instruktionsverhandlung hätte sein sollen (anders die Ansicht des Bundesgerichts<sup>7</sup>) bzw. was der Inhalt dann tatsächlich war.

Es macht den Anschein, dass in den späteren Urteilen das Bundesgericht die analoge Formulierung unbesehen übernommen hat, ohne sich zum Thema weiter zu äussern<sup>8</sup>.

### **2.3. Separater „Tatsachenvortrag“ ist praxisfremd und kompliziert**

Die Anordnung von separaten Tatsachenvorträgen würde in den allermeisten Fällen zu einer Verkomplizierung führen. Dies nur schon deshalb, weil die Beweismittel Behauptungen zugeordnet werden müssen.

Art. 152 Abs. 1 ZPO hält fest, dass jede Partei das Recht hat, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO enthält die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen. Art. 221 ZPO gilt auch für weitere Parteivorträge sinngemäss (ausdrücklich für die Klageantwort Art. 222 Abs. 2, erster Satz, ZPO), sogar im Rechtsmittelverfahren<sup>9</sup>.

Es ergibt sich eigentlich aus dem Wortlaut der Art. 152 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, und Lehre und Rechtsprechung sind sich einig: Die Beweismittel sind den behaupteten Tatsachen zuzuordnen, im Einzelnen genau und vollständig zu bezeichnen. Es gilt das Prinzip der Beweisverbindung. Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. Die Beweise sind in der Regel unmittelbar im Anschluss an die entsprechende Tatsachenbehauptung anzubieten<sup>10</sup>.

Das bedeutet nichts anderes, als dass auch in einem Tatsachenvortrag bei jedem Beweismittel, das genannt wird, im Einzelnen Bezug genom-

<sup>7</sup> BGE 144 III 67 E. 2.3.2, wobei in E.2.3 immerhin die Verhaltensweise des Instruktionsrichters (zu Recht) als widersprüchlich bezeichnet wird.

<sup>8</sup> So beispielsweise im Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2018, 4A\_494/2017 E. 2.4.1. und in BGE 144 III 519, E. 5.2.1.

<sup>9</sup> BGE 138 III 213, E. 2.3.

<sup>10</sup> Statt vieler BSK ZPO-DANIEL WILLISEGGER, 3. Auflage, Art. 221 N 27; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm. 3. Auflage, Art. 221 N 51; Urteile des Bundesgerichts vom 31. März 2014, 4A\_452/2013 E.2.1., und vom 6. Januar 2016, 4A\_487/2015 E.5.2.; auch der mehrfach angesprochene BGE 144 III 67 betont dies in E. 2.1. und E. 2.4.2.

men werden muss auf Behauptungen, sei es auf die eigenen, die mit dem Beweismittel gestützt werden sollen, sei es auf die der Gegenpartei, welche mit dem Beweismittel widerlegt werden sollen. Auch separate Tatsachenvorträge können so nicht immer kurz gehalten werden. Und auf die Tatsachenvorträge sollen dann nach dem Vorschlag BRUGGERS auch noch Parteivorträge folgen. Darin müssen dann nochmals die eigenen Behauptungen begründet werden und es muss auf die Behauptungen der Gegenpartei Bezug genommen und begründet werden, weshalb diese falsch sein sollen. Jede Behauptung müsste also bei Anwendung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht mindestens zweimal angesprochen werden. Die Hauptverhandlung würde so unnötig aufgebläht. Sie könnte bei grösseren Prozessen nach einem ersten Schriftenwechsel gar nicht mehr durchgeführt werden, ganz einfach aus Zeitgründen. Dabei sieht ja die Zivilprozessordnung eine mündliche Hauptverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel als Normalfall und den zweiten Schriftenwechsel als Ausnahme vor: *Erfordern es die Verhältnisse*, kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 225 ZPO).

Nach jahrelanger richterlicher Erfahrung ist klar, dass mit einem separaten Tatsachenvortrag die Hauptverhandlung nicht vereinfacht werden kann, wie BRUGGER vermutet<sup>11</sup>. Und leider sind die „schwungvollen Plädoyer[s]“, von denen HAFTER spricht<sup>12</sup>, eher selten. Weshalb ein separater Tatsachenvortrag zur Waffengleichheit beitragen soll<sup>13</sup>, ist schliesslich nicht einzusehen. Die beklagte Partei muss ja auch bei einem blossen Tatsachenvortrag auf alle neuen Behauptungen und Beweismittel der Gegenpartei reagieren und entsprechende Gegenbehauptungen und Beweismittelofferten bereit haben. Das ist nicht anders, als wenn die beklagte Partei einen vollständigen Parteivortrag halten muss. Wenn einer Partei angesichts der Menge neuer Vorbringen und Beweismittel der Gegenpartei nicht zugemutet werden kann, unmittelbar in ihrem mündlichen Vortrag an der Hauptverhandlung zu reagieren, kann – und muss zur Wahrung des rechtlichen Gehörs unter Umständen sogar – die Verhandlung unterbrochen und allenfalls auf einen andern Termin vertagt werden. So kann dem Grundsatz der Waffengleichheit Rechnung getragen werden. Einen separaten Tatsachenvortrag braucht es hierzu nicht.

---

<sup>11</sup> DANIEL BRUGGER, a.a.O. S. 27.

<sup>12</sup> PETER HAFTER, *Strategie und Technik des Zivilprozesses: Einführung in die Kunst des Prozessierens*, 2. Auflage 2011, S. 339 N 1940.

<sup>13</sup> DANIEL BRUGGER, a.a.O., S. 27.

#### **2.4. Es ist herrschende Meinung, neue Behauptungen und Beweismittel seien im je ersten mündlichen Parteivortrag vorzubringen**

Zu Recht ist der überwiegende Teil der Lehre der Ansicht, neue Behauptungen und Beweismittel seien nach einem ersten Schriftenwechsel in den jeweils ersten mündlichen Parteivorträgen im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO vorzubringen<sup>14</sup>. Einige Autoren gehen noch weiter und wollen die Noven unbeschränkt in der mündlichen Replik bzw. Duplik (im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO) zulassen<sup>15</sup>.

#### **2.5. Novenrecht im je ersten mündlichen Parteivortrag entspricht dem Wortlaut und dem Sinn der Zivilprozessordnung**

MILANI argumentiert, die Hauptverhandlung beginne keineswegs mit den ersten Parteivorträgen<sup>16</sup>. Diese Ansicht überzeugt nicht. Die Hauptverhandlung umfasst nach dem Konzept der ZPO auch Beweisabnahmen und Schlussvorträge. Insofern finden die ersten vollständigen Parteivorträge eben durchaus noch ganz am Anfang, nämlich „zu Beginn“ der Hauptverhandlung, statt. Wenn historisch argumentiert wird, in Art. 225 Abs. 1 des Entwurfs der Zivilprozessordnung sei vorgesehen gewesen, die Parteien könnten „bis und mit den ersten Parteivorträgen neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen“<sup>17</sup>, und es sei nicht einzusehen, weshalb der unbestimmte Gesetzesbegriff des „Beginns der Hauptverhandlung“ neu in die ZPO eingeführt worden sei, ohne eine materielle Änderung zu beabsichtigen<sup>18</sup>, dann ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Es wurde gegenüber dem Entwurf tatsächlich eine materielle Änderung vorgenommen, nämlich insofern, als nur dann, wenn kein

<sup>14</sup> KUKO ZPO-GEORG NAEGELI/NADINE MAYHALL, 2. Auflage, Art. 229 N 16 und 17; ERIC PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage, Art. 229 N 21; CHRISTOPH LEUENBERGER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Auflage, Art. 229 N 12; Commentaire Romand CPC-DENIS TAPPY, 2e édition, art. 229 CPC N 20 („en premières plaidoiries“); ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 344; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, in SJZ 110 (2014) S. 369; anderer Meinung: DOMINIK MILANI, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, in: Jusletter 16. Mai 2011.

<sup>15</sup> LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar zur ZPO, Art. 229 N 19-21 (da jede Partei zu Beginn der Hauptverhandlung grundsätzlich zwei Vorträge habe); BSK ZPO-DANIEL WILLISEGGER, 3. Auflage, Art. 229 N 8 („der ‚Beginn‘ dauert bis zum Abschluss der ersten beiden Parteivorträge“) und N 40; RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, S. 193 Rz. 516.

<sup>16</sup> MILANI, a.a.O., S. 10.

<sup>17</sup> Botschaft zur ZPO S. 7462.

<sup>18</sup> MILANI, a.a.O., S. 10.

zweiter Schriftenwechsel und keine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat, überhaupt unbeschränkt Noven vorgebracht werden dürfen.

Abzulehnen ist allerdings auch die Auffassung, Noven könnten im Anwendungsbereich von Art. 229 Abs. 2 ZPO auch noch während der Replik und Duplik im Sinne von Art. 228 Abs. 2 ZPO unbeschränkt vorgebracht werden. Sie widerspricht dem vom Bundesgericht schon seit Längerem festgehaltenen Grundsatz, dass jede Partei sich nur zweimal unbeschränkt äussern kann<sup>19</sup>.

### **3. Fazit**

Am Arbeitsgericht Zürich haben die Parteien in einer Hauptverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel (und ohne dass vorher eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat) ihre neuen Behauptungen und Beweismittel im je ersten Parteivortrag im Sinne von Art. 228 Abs. 1 ZPO vorzubringen. Es gibt keine separaten Tatsachenvorträge. Am Arbeitsgericht Zürich wurde deshalb inzwischen in den Formularen für die Vorladung zur Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren (nach einem Schriftenwechsel, ohne Instruktionsverhandlung) der Hinweis, wonach die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung abschliessend zu bezeichnen hätten, mit dem Zusatz „im jeweils ersten Parteivortrag“ ergänzt.

---

<sup>19</sup> BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3; BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 486.

## IV. STATISTISCHER ÜBERBLICK

### Schlichtungsverfahren:

Laut Jahresbericht der Friedensrichterämter der Stadt Zürich hat die Anzahl arbeitsrechtlicher Streitigkeiten im Jahr 2019 mit 993 Fällen gegenüber dem Vorjahr (1'020) leicht abgenommen. 608 Fälle erledigten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter durch Verfügung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug, Nichteintreten), Urteil oder akzeptierten Urteilsvorschlag. In 385 Verfahren wurde eine Klagebewilligung erteilt. Die Zahlen der Friedensrichterämter im Einzelnen:

	2018	2019
Anzahl Schlichtungsgesuche	1020	993
Erledigung durch Verfügung	587	585
Erledigung durch Urteil	36	11
Akzeptierte Urteilsvorschläge	24	12
Abgelehnte Urteilsvorschläge/Klagebew.	9	7
Klagebewilligungen	364	378

### Verfahren vor Arbeitsgericht:

#### Anzahl Klagen und Erledigungen

	2018	2019
Übertrag Vorjahr	221	209
Klageeingänge von Arbeitnehmern	278	249
Klageeingänge von Arbeitgebern	8	8
Total hängige Verfahren	507	466
Erledigungen im laufenden Jahr	298	280
Pendenzen Ende Jahr	209	186

### Erledigungsarten

	2018	2019
durch Urteil	95	116
durch Anerkennung, Vergleich, Rückzug	174	141
anderweitig	29	23

### Anzahl Verhandlungen/Entscheidbegründung

	2018	2019
Verhandlungen	250	218
Beweisverfahren	24	20
Entscheidbegründung	71	117

### Streitwerthöhe

	2018	2019
bis Fr. 8000.–	51	36
Fr. 8000.– bis 12000.–	31	20
Fr. 12000.– bis 30000.–	129	117
Fr. 30000.– bis 100000.–	32	32
Fr. 100000.– bis 500000.–	20	24
über Fr. 500000.–	7	6

### Prozessdauer der erledigten Fälle

	2018	2019
bis 1 Monat	13	9
1 bis 2 Monate	18	18
2 bis 3 Monate	42	31
3 bis 6 Monate	93	85
6 bis 12 Monate	67	62
1 bis 2 Jahre	42	56
über 2 Jahre	23	19