



Stadt Bern

Arbeitsgericht Mietamt

1995 bis 2005 auf einen Blick
(Jahresberichte 101 bis 111)

Arbeitsgericht: Aufsatz

Häufige Streitfragen bei Krankheit und Unfall
der Mitarbeitenden

Arbeitsgericht: Ausgewählte Entscheide

aus den Jahren 1995 bis 2005

Arbeitsgericht und Mietamt

Statistische Angaben

Stadt Bern

Arbeitsgericht
Mietamt

Waisenhausplatz 25
Postfach, 3000 Bern 7

Anschlussgemeinden Arbeitsgericht:

Bolligen, Bremgarten, Ittigen,
Kirchlindach, Köniz, Muri, Ostermundigen,
Stettlen, Vechigen, Wohlen, Zollikofen

Anschlussgemeinde Mietamt:

Ittigen

Herausgeber

Zentralsekretär des Arbeitsgerichts
der Stadt Bern, Beat Brüllhardt, lic. iur.
und stv. Sekretär des Mietamts der
Stadt Bern, Christian Rageth, Fürsprecher



Stadt Bern
Arbeitsgericht
Mietamt

Arbeitsgericht

1995 bis 2005 auf einen Blick
(Jahresberichte 101 bis 111)

Aufsatz

Häufige Streitfragen bei Krankheit und Unfall der Mitarbeitenden

Ausgewählte Entscheide
aus den Jahren 1995 bis 2005

Statistische Angaben

Arbeitsgericht und Mietamt

Anschlussgemeinden Arbeitsgericht: Bolligen, Bremgarten, Ittigen, Kirchlindach, Köniz, Muri, Ostermundigen, Stettlen, Veichigen, Wohlen, Zollikofen

Anschlussgemeinde Mietamt: Ittigen

Herausgegeben von Zentralsekretär des Arbeitsgerichts der Stadt Bern, Beat Brüllhardt, lic. iur. und dem stv. Sekretär des Mietamts der Stadt Bern, Christian Rageth, Fürsprecher

Inhalt

	Seite
Arbeitsgericht 1995 bis 2005 auf einen Blick (Auszug aus den Jahresberichten 101 bis 111)	5
Häufige Streitfragen bei Krankheit und Unfall der Mitarbeitenden Aufsatz von B. Brüllhardt, Zentralsekretär	7
Arbeitsgericht Ausgewählte Entscheide aus den Jahren 1995 bis 2005	29
Arbeitsgericht und Mietamt Statistische Angaben	81

Arbeitsgericht

1995 bis 2005 auf einen Blick

(Auszug aus den Jahresberichten 101 bis 111)

Was seit Beginn der Rezessionsphase anfangs der 90er Jahre festgestellt wurde, bestätigte sich weiterhin: Solange der Arbeitsmarkt angespannt blieb und die Arbeitslosigkeit sich nicht abschwächte, stieg die Geschäftslast vorerst stetig an, was sowohl im Sekretariat als auch bei den Vorsitzenden zu personellen Engpässen führte. Die Kapazitäten auf dem Sekretariat mussten deshalb um 50% auf 210% Stellenprozente und die Zahl der Vorsitzenden von 6 auf 10 erhöht.

Mit der Justizreform per 1.1.1997 wurde die Streitwertgrenze von CHF 5'000 auf CHF 8'000 angehoben. Gleichzeitig wurden die Anwälte und Anwältinnen vorbehaltlos zu allen Verfahren zugelassen. Damit hatte das über 100-jährige Anwaltsverbot ein Ende und ein in der sozialen Aufgabe dieser Behörde fussendes Charakteristikum verschwand endgültig.

Mit dem Umzug der Büros von der Brunngasse an den Waisenhausplatz und mit der Einführung einer computergestützten, vollautomatisierten und vernetzten Geschäftskontrolle konnten im Jahre 1998 zwei grössere Vorhaben verwirklicht werden. Die Parametrisierungs- und Anpassungsarbeiten der komplexen Datenverwaltung und Geschäftskontrolle System Tribuna 2000 erwiesen sich zwar als sehr arbeitsaufwändig, führten allerdings zu der angestrebten massiven Vereinfachung der administrativen Abläufe und Kontrollen.

Die folgenden Jahre waren geprägt von den eigentlichen Kernaufgaben des Arbeitsgerichts. Dank des sich anbahnenden wirtschaftlichen Aufschwungs konnte von einer eigentlichen Konsolidierungsphase gesprochen werden.

Im Jahre 2000 fielen wegen einer stark verbesserten Wirtschafts- und Beschäftigungslage die Neueingänge der Klagen erstmals seit anfangs der 90iger Jahre wieder auf unter 300 zurück.

Diese relative Ruhe fand allerdings im Jahre 2002 mit einem starken Anstieg sowohl der Klagen als auch der Beratungen ein Ende – derart, dass sogar die Sitzungskadenz für die Gerichtsverhandlungen massiv erhöht werden musste.

Eher unerwartet erfolgte im Jahre 2004 ein Einbruch bei den Klageeingängen, der sich allerdings im Jahre 2005 nicht mehr fortsetzte. Die Beratungstätigkeit blieb weiterhin sehr gefragt und überstieg die Grenze von 4000 Beratungen jährlich.

Häufige Streitfragen bei Krankheit und Unfall der Mitarbeitenden

lic. iur. B. Brüllhardt, Zentralsekretär Arbeitsgericht der Stadt Bern

1. Einleitung	8
2. Die Voraussetzungen der Lohnfortzahlung bei Krankheit nach Art. 324a OR.....	9
2.1. Verhinderungsgründe, die in der Person liegen (subjektive Gründe)	9
2.2. Unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung	11
2.3. Arztzeugnis als Beweismittel einer Krankheit	11
3. Die Dauer der Lohnfortzahlung bei Krankheit.....	13
4. Abweichende Regelung bei Krankheit: Gleichwertigkeit und Taggeldversicherung	16
5. Die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324b OR.....	19
6. Der Kündigungsschutz nach Art. 336c OR	20
6.1. Inhalt des Kündigungsschutzartikels	20
6.2. Anwendungsfälle	20
6.3. Folgen einer Kündigung zur Unzeit	22
6.4. Wiederholte Arbeitsverhinderung	24
7. Einige Sonderfälle	25
7.1. Aufhebungsvertrag	25
7.2. fristlose Entlassung	25
7.3. Unbezahlter Urlaub.....	26
7.4. Wirkt die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auch zugunsten der Arbeitgeberin?	26

1. Einleitung¹

Das Arbeitsverhältnis modernen Zuschnitts ist nicht mehr bloss ein Austauschverhältnis von Arbeit gegen Lohn (Art. 319 Abs. 1 OR), sondern viel umfassender ein Austausch von Arbeit gegen teilweise Übernahme der Daseinsvorsorge. Es trägt somit Züge eines Gemeinschaftsverhältnisses. Da zum menschlichen Leben auch Krankheiten und Unfälle gehören, entstehen zwangsläufig Arbeitsverhinderungen.

Das sozialstaatliche Element als tragender Grundwert gebietet deshalb, für den Fall der unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung eine Sonderlösung vorzusehen, damit unerwünschte Folgen ausbleiben. Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer² werden aus sozialpolitischen Überlegungen heraus ungleich behandelt. Die Arbeitgeberin hat zu leisten, obwohl sie nichts zurückerhält. Als „superior risk bearer“ ist das Risiko einer Arbeitsunfähigkeit und einer Lohnfortzahlung auf sie überwältigt worden.

Folgender Auszug aus einer Statistik der Stadt Bern mag die Bedeutung der Lohnfortzahlung im Verhinderungsfalle verdeutlichen:

Sozialtage im Jahre 2000³

Direktion	Durchschnittl. Krankentage pro Person (inkl. Sa/So)	Durchschnittl. Unfalltage pro Person (inkl. Sa/So)
Präsidial	10,2	0,4
Polizei	9,8	2,6
Bau	14,0	5,1
Industrielle Betriebe	26,7	3,6

Anlehnend an die gesetzliche Systematik werden im folgenden Beitrag einige ausgewählte Punkte aufgezeigt, die in der Praxis besonders oft kontrovers sind.

¹ Auszug einer aktualisierten Fassung eines Referats gehalten in der Tagungsreihe „Arbeitsrecht in der Unternehmung, Tagesseminar vom 12.6.2001 in Bern

² Der Einfachheit halber wird jeweils nur das eine Geschlecht benutzt. Selbstverständlich wird auch das andere Geschlecht erfasst.

³ Eine jüngere Statistik steht nicht mehr zur Verfügung.

2. Die Voraussetzungen der Lohnfortzahlung bei Krankheit nach Art. 324a OR

2.1 Verhinderungsgründe, die in der Person liegen (subjektive Gründe)

Es versteht sich von selbst, dass der Arbeitsvertrag als vollkommen zweiseitiger Vertrag nur bei einer eigenen Erkrankung eine Lohnfortzahlungspflicht auslösen kann. Eine Arbeitsverhinderung im Sinne einer Krankheit bezieht sich immer auf die konkrete, arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung.

Erkrankung eines Familienmitgliedes.

Nicht die eigene, sondern die Erkrankung eines Familienmitglieds bildet hier den Grund der Arbeitsverhinderung. Der Hauptanwendungsfall dieser Ausnahme liegt bei der Erkrankung des eigenen (Klein)Kindes, das intensiver Pflege bedarf. Zwar besteht hier wohl bereits unter dem Titel der Erfüllung gesetzlicher Pflichten ein Lohnfortzahlungsanspruch. Im Grundsatz ist dieser Anspruch mittlerweile auch mehrheitlich anerkannt. Strittig ist aber weiterhin die Dauer der Lohnfortzahlung. Zumeist wird sie beschränkt auf einige wenige Tage, damit die Pflege anderweitig organisiert werden kann. Insofern bestimmt denn auch das revidierte Arbeitsgesetz, dass eine Absenz von bis zu 3 Tagen zur Betreuung kranker Kinder zu gewähren ist⁴.

Es sind aber durchaus Fälle denkbar, bei denen eine feste Zeitlimite der Lohnfortzahlung zu stossenden Ergebnissen führt, weshalb die Gerichte dazu neigen, einzelfallgerecht auch länger dauernde Lohnfortzahlungen anzuordnen⁵.

Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit

Nicht erst die Unmöglichkeit, sondern bereits die Unzumutbarkeit an der Arbeitsleistung löst eine Lohnfortzahlungspflicht aus.

⁴ Art. 36 Abs. 3

⁵ So der Appellationshof des Kantons Bern, der mit Entscheid vom 27.7.2004 (APH 04 218) in Bestätigung eines Urteils des Arbeitsgerichts der Stadt Bern vom 19.1.2004 (I 03 4) einer im 2. Dienstjahr stehenden Mitarbeiterin, die wegen der Pflege und ständigen Betreuung ihres schwer erkrankten Kleinkindes nicht mehr zur Arbeit erschien, eine Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR für die Dauer von 3 Monaten zuerkannte.

So kann - bei durchaus noch vorhandener Arbeitsfähigkeit - aus psychischen oder physischen Gründen medizinisch angezeigt sein, eine Operation (u.U. sogar auch Schönheitsoperation), eine Heilbehandlung oder eine Kur (Heilkur, Erholungskur, Entwöhnungskur) durchzuführen. Der Arbeitnehmer ist dabei nicht gehalten, derart notwendige aber aufschiebbarere Behandlungen auf die Zeit nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu legen⁶.

Kuraufenthalt und Ferien

Ob Kuren während den Ferien durchzuführen sind und als Ferien zu gelten haben, bestimmt letztlich der Fachmann, also der Arzt. Entscheidend ist, ob trotz der Kur der übliche Ferienzweck erfüllt werden kann, ob die Kur somit die Erholung von der Arbeit und die Ausübung der üblichen Ferienaktivitäten weiterhin ermöglicht oder nicht.

Teilarbeitsunfähigkeit

Eine teilweise Arbeitsverhinderung wegen Krankheit wird häufig ärztlich angeordnet, um eine schrittweise Rückführung des Arbeitnehmers in das Arbeitsleben zu ermöglichen oder wenn das Arbeitsverhältnis an sich den Arbeitnehmer gesundheitlich und körperlich überfordert. Ein solcher Überforderungszustand kann sinnvollerweise allerdings nur für eine gewisse Zeit ärztlich indiziert werden. Eine dauernde Überforderung sollte letztlich in die Auflösung des Arbeitsverhältnisses münden oder zumindest durch die Zuteilung einer anderen leichteren Arbeit beseitigt werden.

Stützt sich die Ersatzarbeit auf eine ärztliche Empfehlung oder Anordnung, so gilt der Arbeitnehmer weiterhin als arbeitsunfähig⁷. Denn eine andere Arbeitsstelle anzutreten, um arbeitsfähig zu werden, kann der Arbeitnehmer nicht gezwungen werden.

Teilarbeitsunfähigkeit kann verschiedene Bedeutungen haben: Entweder ist die Präsenzzeit bei voller Leistung oder ist die Leistung bei voller Präsenzzeit reduziert. Nötigenfalls ist der Arzt gehalten, seine Anordnungen in einem Zusatzbericht zu erläutern⁸.

⁶ Streiff/v.Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, N10 und N 29 zu Art. 324 a/b OR

⁷ Siehe nachstehend ausgewählte Entscheide aus den Jahren 1995 bis 2005

⁸ Siehe nachstehend ausgewählte Entscheide aus den Jahren 1995 bis 2005

2.2. Unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung

Beschränkung auf grobes Verschulden

Die Arbeitsverhinderung wegen Krankheit muss ohne Verschulden des Arbeitnehmers eingetreten sein, damit eine Lohnfortzahlungspflicht besteht.

Liegt ein Selbstverschulden vor, so wird der Lohn entsprechend der Verschuldenshöhe nur gekürzt. Eine Lohnkürzung ist indessen nur bei einem offensichtliches Fehlverhalten angezeigt, so dass der Verschuldensbegriff, der eine Lohnkürzung auslöst, praktisch auf grobes Verschulden beschränkt wird.

Suchterkrankungen / Entwöhnungskuren

Sogar Suchterkrankungen, die zu Arbeitsverhinderungen führen, gelten im Lichte dieser strengen Anforderungen in der Regel als unverschuldet. Keinen Einfluss auf die Lohnfortzahlungspflicht haben auch ärztlich angeordnete Entwöhnungskuren.

Nichtbefolgen von ärztlichen Anordnungen

Als nicht unverschuldet arbeitsunfähig gilt hingegen, wer sich einer ärztlichen Behandlung dauernd entzieht oder ärztlichen Anordnungen konstant zuwiderhandelt.

Naturkatastrophen

Obwohl thematisch nicht unter Krankheit oder Unfall fallend, sei an dieser Stelle im Sinne einer Nebenbemerkung darauf hingewiesen, dass auch bei Naturkatastrophen wie Hochwasser, Lawinen, Sturmschäden, etc. dann eine unverschuldete Verhinderung vorliegt, wenn der Mitarbeiter oder seine Familie direkt betroffen sind, so dass Aufräumarbeiten oder Hilfeleistungen nötig sind. Es besteht in diesen Fällen ein unverschuldetes subjektives Hindernis, das eine Lohnzahlungspflicht nach Art. 324a OR auslöst.

2.3 Arztzeugnisse als Beweismittel einer Krankheit

Gemäss den allgemeinen Regeln der **Beweispflicht** hat der **Arbeitnehmer** das Bestehen seiner Krankheit zu beweisen. Grundsätzlich stehen ihm dazu sämtliche Beweismittel offen.

Zeugenbeweis

Wird der Beweis mittels Zeugen oder mittels schriftlichen Bestätigungen erbracht, so stellt sich immer wieder die Frage nach der Glaubwürdigkeit dieser Aussagen. Wie die Arbeitgeberin Zeugenaussagen – insbesondere, wenn es sich um Angehörige des angeblich erkrankten Arbeitnehmers handelt – wertet, ist zum Teil eine Ermessensfrage. Nicht selten endet die Forderung nach Lohnfortzahlung in diesen Fällen vor dem Richter.

Arztzeugnis

Die grösste Beweiskraft liegt eindeutig beim Arztzeugnis. Es handelt sich um eine Urkunde, die von einem Fachmann ausgestellt wird. Der ärztliche Befund ist derjenige eines Spezialisten. In der Praxis profitiert der Arzt derart von seiner erhöhten Glaubwürdigkeit, dass sogar von einer eigentlichen Richtigkeitsvermutung des Arztzeugnisses gesprochen werden kann.

Tatsächlich gelingt es nur in den allerwenigsten Fällen, dem Arzt vor Gericht einen fehlerhaften Befund nachzuweisen. Wird der Arzt nach Entbindung von seiner ärztlichen Schweigepflicht nämlich als Zeuge vor Gericht befragt, so wird er seine Patientenkarte konsultieren und seine Diagnose regelmässig bestätigen und hinlänglich begründen⁹.

Gefälligkeitszeugnis

Der Vorwurf des Gefälligkeitszeugnisses sollte nicht leichthin erhoben werden, denn immerhin ist darin auch die Anschuldigung enthalten, der Arzt habe eine falsche resp. fehlerhafte Urkunde erstellt.

Vertrauensarzt

Den besten Schutz vor fragwürdigen Arztzeugnissen bietet der Zuzug eines Vertrauensarztes. Nach herrschender Meinung ist die Arbeitgeberin auch ohne vertragliche Grundlage berechtigt, in diesen Fällen auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Zweituntersuchung anzuordnen. Der Arbeitnehmer, der sich strikte weigert, sich vom Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, verwirkt nicht nur sein Recht auf Lohnfortzahlung, sondern kann allenfalls sogar fristlos entlassen werden.

⁹ Siehe nachstehend ausgewählte Entscheide aus den Jahren 1995 bis 2005

3-Tagefrist

Die 3-Tagefrist für das Beibringen eines Arztzeugnisses hat entgegen einer Meinung weder eine Umkehr der Beweislast zur Folge, noch verzichtet damit die Arbeitgeberin a priori auf den Krankheitsbeweis für die ersten drei Tage. Allerdings darf die Arbeitgeberin an den Beweis nicht zu hohe Anforderungen stellen und muss sich vielleicht sogar mit einem Glaubhaftmachen der Krankheit begnügen.

Arztzeugnis als blosser Ordnungsvorschrift

Verstösst der Arbeitnehmer gegen die vertragliche Pflicht, ein Arztzeugnis vorzulegen, so verstösst er zwar gegen eine Ordnungsvorschrift. Dies befreit jedoch die Arbeitgeberin keineswegs von ihrer Lohnfortzahlungspflicht, sofern dem Arbeitnehmer der Krankheitsbeweis anderswie gelingt. Die Vorlage eines Arztzeugnisses wird in Art. 324a OR nicht vorausgesetzt. Art. 324a OR ist einseitig zwingend ausgestaltet, d.h. nicht zulasten des Arbeitnehmers abänderbar, weshalb eine derartige vertragliche Abmachung eine an sich ungültige Verschärfung zulasten des Arbeitnehmers darstellt.

Arbeit trotz Arztzeugnis

Wer aufgrund eines Arztzeugnisses teilweise arbeitsunfähig geschrieben ist und trotzdem freiwillig zu einem höheren Prozentsatz arbeitet, ist in diesem höheren Prozentsatz arbeitsfähig. Diese „Mehrarbeit“ gilt nicht als Überstundenarbeit, ausser sie erfolge auf Druck des Arbeitgebers¹⁰.

3. Die Dauer der Lohnfortzahlung bei Krankheit

Das Obligationenrecht spricht in Art. 324a von einer Lohnzahlung für eine beschränkte Zeit, die es für das erste Dienstjahr selber auf drei Wochen und anschliessend unter Berücksichtigung der besonderen Umstände auf eine angemessene längere Zeit festlegt. Gemeint ist immer die ungekürzte Lohnfortzahlung.

¹⁰ Entscheide des Arbeitsgerichts der Stadt Bern vom 14.5.98 (233-97) bestätigt durch den Appellationshof des Kantons Bern im Entscheid 239 II 98 vom 11.5.1999. Nun auch BGE 4C.141/2005. Vgl. nachstehend Ziff. 6.2..

Die Lohnskalen

Was eine angemessene längere Zeit ist, bestimmt sich heute vorwiegend anhand der drei Berechnungsskalen (Berner, Zürcher oder Basler Skala, resp. Tabelle), die einzig die Dienstdauer als Massstab der Lohnfortzahlungsdauer nehmen. Obwohl das Gesetz ausdrücklich auf die Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalles hinweist, ist deren Mitberücksichtigung (fast) toter Buchstabe geworden¹¹.

Es ist kontrovers, ob die Schematisierung der Lohnfortzahlung durch die Skalen begrüssenswert ist. Die Sozialpartner sind jedenfalls dankbar, können sie doch auf eine einfache Berechnungstabelle abstellen, deren Anwendung keine Fragen offen lässt.

Die Umstände des Einzelfalles

Die Prüfung der Umstände des Einzelfalles hingegen setzt umfassende Abklärungen auch in den persönlichen Verhältnissen voraus; ein Unterfangen, das wohl einzig dem Richter gelingen kann. Alte Gerichtsentscheide aus den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts zeigen auf, wie die Gerichte in aufwändigen Abklärungen die besonderen Umstände herauszufinden versuchten.

Die Berner Tabelle existiert übrigens seit 1926. Interessanterweise wurde sie im Jahre 1980 zulasten der Arbeitnehmer verschlechtert, indem die Lohnzahlung im 2. Dienstjahr von zwei auf einen Monat reduziert wurde.

Berechnung der Dienstjahre

Lehrzeit im gleichen Betrieb, die Dauer unbezahlten Urlaubs und aufeinander folgende Saison- resp. die ehemaligen Saisonnierverträge sind zu den Dienstjahren hinzuzuzählen (Das Gesetz spricht immer von Arbeitsverhältnis und nicht von Arbeitsvertrag).

Anspruch pro Dienstjahr

In jedem Dienstjahr entsteht ein neuer Anspruch. Massgebend ist somit der Zeitpunkt des Antritts der Arbeitsstelle. Bei längerdauernder Krankheit kommt es gelegentlich vor, dass die Lohnfortzahlung erlischt und nach einiger Zeit, wenn das neue Dienstjahr beginnt, wieder auflebt. Abweichende Meinungen existieren, haben sich aber (noch) nicht durchgesetzt.

¹¹ Der Entscheid APH 04 218 des Appellationshofs des Kantons Bern vom 27.7.2004 berücksichtigte allerdings ausschliesslich die Umstände des Einzelfalles. Siehe auch Fn 5 vorstehend.

Der Anspruch für das volle Dienstjahr kann auch dann ausgeschöpft werden, wenn das Arbeitsverhältnis während des Dienstjahres aufgelöst wird.

Vorholtage, Festtagsbrücken, Feiertage

Erkrankt der Arbeitnehmer während der Festtagsbrücke, so hat er in Anrechnung an die beschränkte Zeit die Lohnfortzahlung zugute. Da er aber die vorgearbeitete Arbeitszeit während seiner Krankheit nicht ausgleichen kann, kann er sie nachträglich beziehen.

Anders verhält es sich allenfalls beim Stundenlohn, wenn die Vorholstunden bereits während des Vorholens entschädigt worden sind. Dann handelt es sich bei der Festtagsbrücke um Freizeit, analog der Feiertage oder Sonntage, die vom Arbeitsverhältnis gar nicht berührt werden und ohnehin unbezahlt sind.

Zusammenrechnen der verschiedenen Verhinderungsgründe

Für alle Verhinderungsgründe zusammen wird eine limitierte Lohnfortzahlung dekretiert. Insbesondere sind auch Militärdienst- und Schwangerschaftsabsenzen einzurechnen. Die abweichende Meinung von Vischer¹² betr. Schwangerschaft steht ziemlich isoliert.

Zeit- oder Lohnminimum

In enger Anlehnung an den Gesetzeswortlaut geht die „klassische“ Meinung davon aus, dass bei der Lohnfortzahlung ein reines Zeitminimum vorgeschrieben sei. In den letzten Jahren ist demgegenüber von einem Grossteil der Lehre die Ansicht vertreten worden, dass es sich um ein Lohnminimum handelt, so dass diese Meinung inzwischen als herrschend angesehen werden kann¹³. Damit können diverse Ungerechtigkeiten, die dem System des Zeitminimums immanent sind, eliminiert werden. Vor allem wird dadurch zugunsten des Arbeitnehmers die Zahlungsdauer bei Teilarbeitsfähigkeit oder bei Militärdienst (wo die EO einen Grossteil der Zahlungen erbringt) proportional zu den Leistungen der Arbeitgeberin verlängert.

¹² Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, S. 132.

¹³ Streiff/v.Känel, N 25 zu 324a/b OR. Kuhn, 9/7.3.2. ARV 2 / 1998, S. 85.

Lohnfortzahlung im Lohn inbegriffen

Es wird die Meinung vertreten, dass mit entsprechender schriftlicher und detaillierter Abmachung der Einbezug der Lohnfortzahlung in den Lohn zulässig sei. Dies ist aber aus grundsätzlichen Überlegungen strikte abzulehnen¹⁴.

Lohnfortzahlung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Mit dem Erlöschen des Arbeitsverhältnisses enden sämtliche Rechte und Pflichten, darunter auch die Lohnfortzahlungspflicht, selbst wenn der vertragliche oder gesetzliche Anspruch des Arbeitnehmers noch nicht erschöpft ist.

Strittig ist der Fall, wo die Arbeitgeberin selber eine längere Lohnzahlung schriftlich versprochen hat und trotzdem die Kündigung ausspricht. Es empfiehlt sich deshalb, die Lohnzahlungspflicht im Krankheitsfalle ausdrücklich zu regeln und allenfalls auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken¹⁵.

Weniger problematisch ist der Fall, wo die Parteien eine Versicherungslösung vereinbart haben (siehe nachstehend).

4. Abweichende Regelung bei Krankheit: Gleichwertigkeit und Taggeldversicherung

Andersartige Regelungen sind zulässig, sofern sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig und schriftlich vereinbart sind.

Im Vordergrund stehen dabei Versicherungslösungen in Form einer Krankentaggeld- oder Lohnausfallversicherung, die von der Arbeitgeberin als Kollektivversicherung abgeschlossen wird.

Gleichwertigkeit

Gleichwertigkeit bleibt teilweise eine Ermessensfrage, da es an einem objektiven Massstab fehlt und eine allgemeingültige Regel auch heute nicht existiert. Grundlage bildet eine sogenannte abstrakte Gleichwertigkeit, die sich auf die Ge-

¹⁴ Ebenso F. Vischer, a.a.O., S. 134

¹⁵ Vgl. BGE 4C.9/2006 vom 1. März 2006

samtheit der versicherten Leistungen und versicherten Arbeitnehmer eines Betriebes bezieht.

Gleichwertig ist, was die üblichen Versicherungslösungen anbieten, gleichwertig ist auch, was in einem allgemeinverbindlich erklärten GAV vorgesehen ist. Gleichwertig kann auch eine kurze Karenzfrist, d.h. Tage, in denen ab Krankheitsbeginn kein Lohnanspruch besteht, von bis zu zwei Tagen sein.

Fehlende Gleichwertigkeit

Auch darüber, was nicht gleichwertig ist, bestehen keine allgemeingültigen Regeln. Zumeist orientiert man sich an Beispielen. Nicht gleichwertig sind zum Beispiel Taggeldleistungen von weniger als 80% oder Karenzfristen von 30 Tagen¹⁶.

Über die Folgen fehlender Gleichwertigkeit sind sich Lehre und Praxis auch nicht einig. Die Kasuistik ist zum Teil widersprüchlich. Eine Meinung geht dahin, dass der Arbeitgeber die Taggeldzahlungen derart zu ergänzen hat, dass zumindest die Gleichwertigkeit erreicht wird¹⁷.

Unklarheiten haben sich häufig dann ergeben, wenn eine Krankentaggeldversicherung nur die Krankheit, nicht aber die Mutterschaft abgedeckt hat. Mit der Einführung der Mutterschaftsentschädigung ab 1.7.2005 sind die kontroversen Fragen bezüglich Krankentaggeldversicherung und Mutterschaft hinfällig geworden, was in der praktischen Anwendung eine massive Vereinfachung bewirkt.

Problematisch sind Vorbehalte und Einschränkungen beim Versicherungsschutz. Auch hier riskiert die Arbeitgeberin, den vollen Lohn für die beschränkte Zeit selber zu bezahlen.

Fehlende Versicherung

Ist eine gleichwertige Versicherung vertraglich vereinbart, besteht indessen kein Versicherungsschutz mehr, z.B. wegen Nichtbezahlung der Prämien, so hat die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer so zu halten, wie wenn die Versicherung gültig zustande gekommen wäre¹⁸.

¹⁶ Vgl. dazu Arbeitsgericht Zürich in Entscheide 2005, S. 11.

¹⁷ Für F. Vischer, a.a.O., S. 133, behält der Arbeitnehmer den vollen Lohnanspruch für die vom Gesetz vorgesehene Zeit (wobei sich auch die Frage stellt, ob der Arbeitnehmer die von ihm bezahlten Versicherungsprämien muss zurückfordern können).

¹⁸ Haftung für die Vertragsnichterfüllung mit Schadenersatzpflicht in der Höhe der Versicherungsleistungen, Haftung für das positive Vertragsinteresse: BGE 127 III 318. WEKA Newsletter Mai 2001. Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005, N 23 zu Art. 324a OR. F. Vischer, a.a.O., S. 134.

Krankheit oder Unfall?

Ist die Art der Arbeitsverhinderung unter den Versicherern strittig, so können die Abklärungen oft Monate oder sogar Jahre dauern. Das Bundesgericht hat die Vorleistungspflicht der Krankenkasse erneut bestätigt¹⁹. Da die Taggeldversicherung bei Krankheit freiwillig ist, wird – sofern keine solche abgeschlossen wurde – der Lohnausfall bis zur Klärung der Anspruchsvoraussetzungen von keiner Versicherung vergütet. Die Arbeitgeberin hat diesfalls die Leistungen nach Art. 324a OR für die beschränkte Zeit vorerst selber zu erbringen.

Ende des Versicherungsschutzes

Zu unterscheiden ist, ob eine Sozialversicherung nach KVG²⁰ oder eine Privatversicherung nach VVG²¹ besteht.

Eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach KVG erlischt mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Es ist jedoch Pflicht des Versicherers, den Arbeitnehmer schriftlich über die Möglichkeit des Wechsels innert 3 Monaten in die Einzelversicherung aufzuklären (Art. 71 Abs. 2).

Bei einer Versicherung nach VVG besteht der Leistungsanspruch auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, sofern in den Versicherungsbedingungen nichts anders geregelt ist²². Obwohl gesetzlich nicht stipuliert, hat auch hier der Versicherer die Pflicht, den Versicherten über die Möglichkeit des Übertrittes in eine Einzelversicherung innert 3 Monaten seit dem Ausscheiden aus dem Kollektivvertrag aufzuklären²³.

Ein Arbeitnehmer, dem für den Fall einer Krankheit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer ein Anspruch auf Versicherungsleistungen zuerkannt worden ist, kann guten Glaubens darauf vertrauen, dass er diesen Schutz auch noch genießt, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Anspruchs auf die Taggelder endet²⁴.

Endet die Leistungspflicht der Versicherung mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder kurze Zeit danach, stellt

¹⁹ Entscheid 4C 239/2000 in WEKA Newsletter Mai 2001.

²⁰ Krankenversicherungsgesetz, SR 832.10, Art. 71 Abs. 2

²¹ Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229

²² BGE 127 III 106

²³ BezGer Zürich, Urteile vom 2.5.95 und 8.2.2000 zit. in Flyer Nr. 28 (April 2001) des Centre Patronal.

²⁴ BGE 124 III 126. Gewerbliches Schiedsgericht Basel, Bericht 2003 und 2004, S. 32 ff.

sich die grundsätzliche Frage, ob überhaupt noch von Gleichwertigkeit gesprochen werden kann²⁵.

5. Die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324b OR

Die beiden wichtigsten obligatorischen Versicherungen sind die Unfallversicherung gemäss UVG und die Erwerbsersatzordnung gemäss EOG inklusive Mutterschaftsversicherung. Bei diesen obligatorischen Versicherungen gibt es im Praxisalltag erstaunlich wenig Streitfragen.

Die meisten der vorstehend erörterten Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit gelten auch bei den obligatorischen Versicherungen. Es sei darauf verwiesen. An dieser Stelle sind nur noch einige Ergänzungen anzufügen.

Die Vier-Fünftel-Lohngarantie (Differenzzahlung)

Die Arbeitgeberin hat während der beschränkten Zeit gemäss der Lohnfortzahlungsskala nur dann eine Differenzzahlung auf 80% des Lohnes zu erbringen, wenn die Versicherungsleistung geringer ist.

Hauptanwendungsfälle dieser Bestimmung finden sich bei den Entschädigungen der EO im Falle des Militärdiensts und bei den Leistungskürzungen des UVG-Versicherers, wozu es allerdings eines mindestens grobfahrlässigen Verschuldens bedarf.

Da der Verschuldensbegriff im Sozialversicherungsrecht von demjenigen des Arbeitsrechts abweicht, trifft die Arbeitgeberin nur dann eine Differenzzahlungspflicht, wenn sich herausstellt, dass das Verschulden nach Arbeitsrecht weniger streng beurteilt wird als im Unfallversicherungsrecht.

Karenzfrist

Nach UVG hat der verunfallte Arbeitnehmer für den Unfalltag sowie die zwei folgenden Tage keinen Anspruch auf ein Taggeld. Während dieser Wartefrist hat die Arbeitgeberin mindestens 80% des Lohnes zu erbringen.

²⁵ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, a.a.O., N 22 zu Art. 324a OR.

Höhe des massgebenden Lohnes

Hin und wieder streiten sich die Parteien über die Höhe des versicherten Unfalltaggeldes.

Als beitragspflichtiges Einkommen und damit als versicherter Verdienst im Sinne des UVG gilt nicht nur das unmittelbare Entgelt für die geleistete Arbeit. Grundlage bildet zwar immer der zuletzt bezogene Lohn, der auf ein Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt wird. Die Taggeldleistungen werden somit nach Kalendertagen berechnet und ausbezahlt.

Die Verschuldenskürzung

Nebst der Grobfahrlässigkeit bewirken auch Unfälle bei Ausübung eines Vergehens oder Verbrechens (Delikte nach SVG, vor allem FiaZ!), aussergewöhnliche Gefahren, Raufereien und Schlägereien sowie Wagnisse eine Kürzung oder Streichung der Versicherungs(taggeld)leistungen.

6. Der Kündigungsschutz nach Art. 336c OR

6.1. Inhalt des Kündigungsschutzartikels

Art. 336c OR sieht vor, dass eine von der Arbeitgeberin während bestimmten Zeiten ausgesprochene Kündigung nichtig ist (sog. Sperrzeiten/Sperrfristen), bzw. bei einer vorher ausgesprochenen Kündigung der Lauf der Kündigungsfrist ruht und erst nach Ablauf der Sperrzeit zu Ende läuft. Eine solche Sperrzeit besteht insbesondere bei Krankheit oder Unfall, wobei die Sperrzeit je nach Dienstjahr eine maximale Dauer von 30/90/180 Tagen aufweist.

6.2. Anwendungsfälle

Ablauf der Probezeit

Kein Kündigungsschutz besteht bei einer Kündigung während der Probezeit. Massgeblich ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (Empfangstheorie²⁶). Eine während der

²⁶ Es wird unterschieden zwischen der klassischen und der relativen Empfangstheorie. Die bei der Kündigung geltende klassische Empfangstheorie besagt, dass die Kündigung dann als zugestellt gilt (Zustellungsfiktion), wenn sie erstmals hätte abgeholt werden können.

Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit eingetretene Erkrankung des Arbeitnehmers löst demnach keine Rechtsfolgen aus, sofern die Kündigung noch während der Probezeit empfangen wurde resp. hätte empfangen werden können.

Arbeit trotz attestierter Krankheit

Arbeitet der Arbeitnehmer, obwohl er krankgeschrieben ist, so kann nicht generell gesagt werden, dass die Sperrfrist gleichwohl gilt. Vielmehr ist im konkreten Fall zu untersuchen, warum gearbeitet wird.

Wer freiwillig die Arbeit wieder aufnimmt, beweist, dass er arbeitsfähig ist.

Wer aber auf Drängen der Arbeitgeberin oder auf ärztlichen Rat hin einen Arbeitsversuch wagt, untersteht weiterhin dem Kündigungsschutz²⁷.

Die Arbeitgeberin, die kündigungswillig ist, spricht die Kündigung meist bei der ersten Gelegenheit, d.h. am ersten Tage der Wiederaufnahme der Arbeit aus. Auch in diesen Fällen hat letztlich der Arzt oder die Ärztin über die Arbeitsfähigkeit zu entscheiden.

Teilarbeitsfähigkeit

Wer nur teilweise arbeitsunfähig ist, kommt ebenfalls in den Genuss des zeitlichen Kündigungsschutzes. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen voller oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit. Eine Verlängerung der Sperrfrist bei Teilarbeitsfähigkeit findet somit nicht statt.

Betriebsschliessungen

Die häufigen Fälle in der Praxis zeigen, dass offenbar fraglich ist, ob der zeitliche Kündigungsschutz auch bei Kündigungen zum Tragen kommt, die wirtschaftlich motiviert sind und mit der Person des Arbeitnehmers nichts zu tun haben. Grosse Verwirrung hat eine Zeitlang möglicherweise die Abhandlung von Nef in der Schweizerischen Juristenzeitung verursacht²⁸.

Diesem Verwirrspiel hat das Bundesgericht ein Ende gesetzt und bestätigt, dass der zeitliche Kündigungsschutz auch bei wirtschaftlich motivierten Kündigungen gilt²⁹.

²⁷ Siehe auch vorstehend S. 10 und Fn 7.

²⁸ U.Ch. Nef, Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, in SJZ 1992, S. 97ff

²⁹ BGE 124 III 349, dazu auch M. Rehbindler in Berner Kommentar, N 1 zu Art. 336c OR

Kurzabsenzen

Es gibt keine untere zeitliche Limite. Auch sehr kurze, d.h. sogar eintägige Arbeitsunfähigkeiten können den Kündigungsschutz auslösen. Vorausgesetzt wird jedoch, dass es sich um eine echte Arbeitsunfähigkeit und nicht bloss um eine Unpässlichkeit handelt (Beweis!). Ein Korrektiv ist nur über den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs möglich, was beweismässig aber ebenfalls sehr schwierig zu bewerkstelligen ist.

Es ist trotzdem nicht von der Hand zu weisen, dass kurze Erkrankungen gelegentlich als taktisches Mittel „missbraucht“ werden, um eine Verlängerung des gekündigten Arbeitsverhältnisses zu provozieren.

Dauer der Sperrfrist

Zieht sich die Arbeitsunfähigkeit von einem Dienstjahr in ein neues mit einer längeren Sperrfrist hinein, so gilt die längere Sperrfrist. Endet die Arbeitsunfähigkeit aber im früheren Dienstjahr, so gilt die kürzere Sperrfrist, auch wenn der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im neuen Dienstjahr liegt.

6.3. Folgen einer Kündigung zur Unzeit

Kündigung während Sperrfrist

Eine während der Sperrfrist zugehende ordentliche Kündigung ist nichtig. Soll das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden, bedarf es nach Ablauf der Sperrfrist einer neuen Kündigung. Eine nichtige Kündigung kann nicht in eine gültige Kündigung auf den nächstmöglichen Termin umgedeutet werden.

Sperrfrist während der Kündigungsfrist

Ist die Kündigung bereits vor der Sperrfrist zugegangen, ist sie gültig. Der Ablauf der Kündigungsfrist wird aber bis zur Beendigung der Sperrfrist unterbrochen und erst nachher fortgesetzt. Durch die Unterbrechung wird in den meisten Fällen bewirkt, dass die Kündigungsfrist nicht an einem Monatsende (ordentlicher Endtermin) ausläuft. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich dann zusätzlich bis zum ordentlichen Endtermin, zumeist also bis zum nächsten Monatsende.

Diese Rechtslage bedeutet, dass praktisch jede noch so kurz Arbeitsverhinderung während der Kündigungsfrist eine Ver-

längerung des Arbeitsverhältnisses um mindestens einen Monat zur Folge hat.

Die Folge der zusätzlichen Verlängerung bis zum nächsten Monatsende unterbleibt nur, wenn im Arbeitsvertrag als Kündigungstermin ein beliebiger Zeitpunkt vereinbart worden ist („Kündigung auf einen beliebigen Termin“), ansonsten fällt der Ablauf der Kündigungsfrist gemäss Art. 335c OR immer auf das Ende eines Kalendermonats.

Derart vertraglich abgeänderte Kündigungstermine sind vor allem in der welschen Schweiz anzutreffen, in der deutschen Schweiz hingegen unüblich.

BGE 115 V 437ff ³⁰

In diesem Plenumsentscheid (Bundesgericht Lausanne zusammen mit dem Eidgenössischen Versicherungsgericht Luzern) wurden einige wichtige und umstrittene Fragen bezüglich Lohnanspruch bei Erstreckung des gekündigten Arbeitsverhältnisses infolge Sperrfrist geklärt.

Es wurden die folgenden Grundsätze ausgearbeitet:

- Die **Kündigungsfrist** ist vom vorgesehenen Endtermin, also **retrospektiv**, zurückzurechnen. Nur Arbeitsverhinderungen in diesen derart berechneten Fristen von einem oder mehreren Monaten lösen eine Sperrfrist aus. Unbeachtlich ist somit, ob bei frühzeitigen Kündigungen schon vorher Arbeitsverhinderungen aufgetreten sind³¹.
- Es ist alleinige Sache des Arbeitnehmers seine Dienste anzubieten. Es ist ein tatsächliches und unmissverständliches **Arbeitsangebot nötig**. Ohne konkretes Arbeitsangebot entsteht kein Lohnanspruch gegenüber der Arbeitgeberin. Lehnt sie das Angebot ab, so entsteht der Lohnanspruch.

³⁰ S. auch SJZ 90 (1994), S. 387 und BGE 118 II 58ff

³¹ Im Urteil 4C.423/2004 vom 14.4.2005 hat das Bundesgericht – in Abkehr von der bisherigen Praxis – entschieden, dass die Kündigungsfrist stets mit der Zustellung der Kündigung zu laufen beginne. Dieses Urteil sorgte für erhebliche Unruhe, hätte es doch für die Rechtsfolgen einer Kündigung oft gravierende Auswirkungen. Glücklicherweise hat das Bundesgericht in der Zwischenzeit in einem weiteren Urteil (4C.230/2005 vom 1.9.2005) auf die bisherige Praxis der retrospektiven Berechnung der Kündigungsfrist verwiesen – dies ohne das fragwürdige Urteil zu erwähnen -, so dass davon auszugehen ist, dass eben doch keine Änderung der bisherigen Gerichtspraxis beabsichtigt ist (vgl. Besprechung von G. Aubert in ARV 3/2005 und Flyer Centre Patronal Nr. 82, Oktober 2005). Dem widerspricht Th. Geiser in SJZ 102 (2006), S. 331, Entwicklungen im Arbeitsrecht. Geiser, der schon den Entscheid 4C. 423/2004 ausdrücklich begrüsst hat (siehe Tagung der Universität St. Gallen vom 27.9.2005, Luzern, Tagungsunterlagen zu Aktuelle Fragen des Arbeitsrecht), ist – weiterhin - der Ansicht, dass im Sinne des publizierten Entscheids die Kündigungsfrist vom Moment des Zugehens an zu berechnen ist.

- Es ist unwesentlich, ob sich der Arbeitnehmer in einem Rechtsirrtum befindet. Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer aufzuklären, ihre Fürsorgepflicht geht nicht soweit.

Da in der Regel kein Verschulden vorliegt, kann der Arbeitnehmer, der es mangels Kenntnis versäumt hat, seine Arbeit anzubieten, sofort Arbeitslosengelder beziehen, d.h. es ist keine Einstellung in der Bezugsberechtigung zulässig³².

Dieselben Grundsätze sollen übrigens auch gelten, wenn der Arbeitnehmer sich bezüglich der nichtigen Kündigung während der Sperrfrist irrte³³.

6.4. Wiederholte Arbeitsverhinderung

Erkrankung und / oder Unfall vor der Kündigung

Erkrankungen oder Unfälle vor der Kündigung können den Anspruch auf Sperrfristen nicht konsumieren. Sie sind grundsätzlich nicht zu beachten. Eine Neuerkrankung lässt die ganze Sperrfrist neu entstehen.

Neuerkrankung und/oder -Unfall nach Zugang der Kündigung

Bis vor einigen Jahren war die Frage, wie es sich verhält, wenn hintereinander mehrere, von einander unabhängige Ereignisse eintreten, die eine Sperrfrist auslösen, sehr kontrovers. Das Bundesgericht hat inzwischen klargestellt, dass jedes Ereignis eine neue Sperrfrist laufen lässt³⁴. Dies gilt nicht nur, wenn es sich um vollständig unterschiedliche Ereignisse, wie Krankheit und Unfall handelt, sondern auch wenn ein Arbeitnehmer nacheinander mehrere Unfälle erleidet³⁵. Das muss wohl auch für Krankheiten gelten, wo sich dann die heikle Frage stellt, wie ein Rückfall von einer neuen Krankheit abgegrenzt werden kann.

³² Urteil EVG vom 24.10.90 publ. in ARV 3/90 S. 92ff, mit der Empfehlung des BIGA zuhanden der Arbeitslosenkassen, auf eine Einstellung zu verzichten.

³³ Urteil des Bernischen Verwaltungsgerichtes, in BVR 1992, Heft 5, S. 234. Anders: Schwer verständliches Urteil des Bundesgerichtes vom 13.10.1995, in SAE 96, S. 37.

³⁴ BGE 120 II 125ff

³⁵ Anerkennung des cumul interlittéral (nebst dem cumul intralittéral)

Rückfall nach Zugang der Kündigung

Es gibt weiterhin keine Kumulation der Sperrfristen. Die Sperrfrist der ersten Arbeitsverhinderung läuft bei einem Rückfall weiter, bis sie erschöpft ist.

Schwieriger ist auch bei dieser Sachlage die Abgrenzung zwischen Rückfall oder Neuerkrankung.

7. Einige Sonderfälle

7.1. Aufhebungsvertrag

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages während einer Krankheit oder eines Unfalls des Arbeitnehmers ist immer eine heikle Angelegenheit. Da mit dem Aufhebungsvertrag Kündigungsschutzfristen oder Lohnfortzahlungspflichten übergangen werden können, stellt sich in jedem Fall die Frage nach der Umgehung zwingender Gesetzesvorschriften zum Nachteil des Arbeitnehmers. Zwar ist das Eingehen eines Aufhebungsvertrages auch während den Sperrfristen nicht a priori unzulässig. Dient er aber lediglich dazu, einen möglichen Lohnfortzahlungsanspruch zu vereiteln, so ist diese Folge nicht zu schützen und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinauszuschieben. Kriterium bildet dabei immer die Frage nach der Gegenleistung. Wurde der Verzicht des Arbeitnehmers auf die Lohnfortzahlung in genügender Weise kompensiert oder handelt es sich um einen einseitigen Verzicht ohne Gegenleistung der Arbeitgeberin?³⁶.

7.2. Fristlose Entlassung

Ein Verlust des Kündigungsschutzes und der Lohnfortzahlung tritt ebenfalls ein, wenn der Arbeitnehmer während einer Sperrfrist fristlos entlassen wird. Von einem solchen Vorgehen ist aber dringend abzuraten, sofern die sehr strengen Anforderungen an eine gerechtfertigte fristlose Entlassung nicht eindeutig erfüllt sind. Der Arbeitnehmer wird sich auf

³⁶ Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen: BGE 4C 122/2000 in WEKA Newsletter November 2000. Siehe auch F. Vischer a.a.O., S. 265ff. Roland A. Müller, Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern, 1991.

jeden Fall wehren (müssen), da er ohne arbeitsgerichtliche Klärung keinen (sofortigen) Anspruch auf Arbeitslosengelder geltend machen kann.

7.3. Unbezahlter Urlaub

Während der unbezahlten Freistellung und Suspendierung ruhen die beidseitigen Pflichten, und eine Erkrankung oder ein Unfall ist für das Arbeitsverhältnis unbeachtlich. Der Arbeitnehmer hat nötigenfalls selber für seinen Versicherungsschutz zu sorgen. Einzig die Zeitdauer zur Berechnung der Dienstjahre läuft weiter.

7.4. Wirkt die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auch zugunsten der Arbeitgeberin?

Es kommt vor, dass der in der Kündigungsfrist erkrankte Arbeitnehmer auf die Geltendmachung einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses verzichtet, weil er bereits eine neue Arbeitsstelle gefunden hat, wohingegen die Arbeitgeberin an der Arbeitsleistung während der Verlängerungsmonate entgegen ihrer früheren Kündigung unvermittelt ein wiedererwachtes Interesse hat.

Das Arbeitsgericht der Stadt Bern stellt sich auf den Standpunkt - ohne dies bisher urteilsmässig entschieden zu haben -, dass es der Arbeitgeberin nicht zusteht, den Arbeitnehmer zur Rückkehr an den Arbeitsplatz aufzufordern und ihm im Weigerungsfalle Schadenersatzforderungen anzudrohen. Die Kündigungsschutzvorschriften wirkten einseitig zugunsten des Arbeitnehmers, abgesehen davon, dass eine Arbeitgeberin, die zuerst auf einen Termin kündigt und anschliessend eine Verlängerung geltend mache, sich widersprüchlich, somit rechtsmissbräuchlich verhalte.

Arbeitsgericht Ausgewählte Entscheide aus den Jahren 1995 bis 2005

Übersicht		Seite
321c OR	Anerkannte Überstunden	30
321e OR	Schadensnachweis	31
322d OR	Anspruch auf Gratifikation und Gleichbehandlungsgebot	33
324a OR	Widersprüchliches Arztzeugnis	36
335 OR	Erneute Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist	36
324 OR	Annahmeverzug trotz fehlendem Arbeitsangebot	36
276 ZGB/ 22 L-GAV	Erfüllung gesetzlicher Pflichten	39
324a OR	Dauer der Lohnfortzahlung unter besonderen Umständen	39
328 OR	Mehrarbeit bei Teilarbeitsunfähigkeit	42
329c OR	Ferienbezug bei Freistellung	43
329d OR	Feriengeld als Lohnzuschlag	45
335a OR	Kündigungsparität	48
337 OR	Fristlose Kündigung o. Abmahnung	50
337 OR	Fristlose Auflösung bei Lohnrückständen	53
337 OR	Fristlose Auflösung o. wichtigen Grund	56
337c OR	Fristlose Kündigung o. wichtigen Grund	59
337d OR	Fristlose Auflösung	61
337c OR	Abgrenzung zwischen ungerechtfertigtem Verlassen und ungerechtfertigter Entlassung	61
337c OR	Pönalentschädigung	64
337d OR	Abgrenzung Leistungsverzug von fristloser Auflösung	65
343 OR/ 4 ZPO	Zulässigkeit der unechten Teilklage	69
343 OR	Kostenaufgabe bei Mutwilligkeit	71
4 ZPO/94 ZPO	Sachliche Zuständigkeit	73
83 ZPO/ 39 DArbG	Fehlende Säumnis	74
90 ZPO	Verletzung des rechtlichen Gehörs	76
174 ZPO	Feststellungs- und Gestaltungsklage	77
5GOG/ 47DArbG	Wählbarkeitsvoraussetzungen / Unvereinbarkeit	79

Schreitet der Arbeitgeber gegen ihm bekannt gewordene Überstunden nie ein, gilt auch allenfalls nicht notwendige Mehrarbeit als akzeptiert.

Im Arbeitsvertrag vom 21.4.86 findet sich keine Regelung über Überstunden, hingegen werden die „Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Mitarbeiter im Verkauf“ zum integrierenden Bestandteil des Vertrages erklärt. Gemäss Ziffer 3.4. dieser Anstellungsbedingungen werden Überstunden als jene Zeit definiert, „welche die unter Ziffer. 3.1. angegebenen wöchentliche Arbeitszeit (44 Stunden, 5-Tagewoche, exkl. 15 Minuten Kaffeepause) übersteigt“. Eine Kompensation oder Barabgeltung von Überstunden erfolgt nur, wenn sie vom Filialleiter angeordnet wurden und nicht durch Selbstverschulden verursacht worden sind. Sie sind in der Regel innerhalb von 3 Monaten zu kompensieren, andernfalls sie mit einem Zuschlag von 25% in bar abzugelten sind (Ziffer 3.4.1.). Diese Bestimmungen wurden unverändert in die neuen Anstellungsbedingungen vom Dezember 1994 übernommen.

Die Klägerin fordert für die Jahre 1992 bis und mit ihrem Austritt im Jahr 1997 insgesamt 460.10 Überstunden samt einem Zuschlag von 25%. In der Arbeitgeberfirma erfolgen die Arbeits- und Personalkontrollen einerseits aufgrund von Arbeitsrapporten des Filialleiters und andererseits aufgrund von Zeiterfassungsbelegen (ZEB) der Mitarbeitenden. Diese ZEB mussten dem Filialleiter abgegeben werden, der sie unterzeichnen und der Personalabteilung zustellen sollte, wo sie auch vom Verkaufsleiter und vom Personalchef zu visieren waren.

Aus den Erwägungen:

Überstunden entstehen, wenn gegenüber dem verabredeten oder üblichen zeitlichen Umfang der Arbeit die Leistung von zusätzlicher Arbeit notwendig wird (Art. 321c Abs. 1 OR). Notwendig ist die Überstundenarbeit, wenn deren Anordnung objektiv gerechtfertigt ist. Der förmlichen Anordnung wird gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von ihrer Leistung Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet (Streiff/v. Känel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, N 2 und N 10 zu Art. 321c. Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, WEKA-Verlag, 6.4.4., Seite 2 und 3 sowie 6.A.3., Seite 1 bis 3).

In der vorliegenden Sache bestreitet die Beklagte, dass Überstunden jemals angeordnet worden sind. Die Klägerin füllte jahrelang ihre Zeiterfassungsbelege (ZEB) aus, in welche sie das Wochenstundentotal und die wöchentliche Abweichung von der Sollzeit eintrug. Am Monatsende übergab sie sie dem Filialleiter, der sie kontrollieren, visieren und dem Verkaufsleiter abgeben musste. Obwohl sich dieser Vorgang über Jahre hinweg monatlich wiederholte, wurden die Eintragungen der Klägerin niemals angezweifelt oder korrigiert. Die Klägerin hat somit ihre Überstundenmehrarbeit regelmässig gemeldet. Dabei spielte es keine Rolle mehr, ob sie die Mehrarbeit ohne ausdrückliche Anordnung allenfalls von sich aus geleistet hat. Schreitet der Arbeitgeber gegen ihm bekanntgewordene Überstunden nie ein, gilt auch allenfalls nicht notwendige Mehrarbeit als akzeptiert (Kuhn/Koller, a.a.O., 6.4.4., S. 3). Ist der Arbeitgeber mit den Überstunden nicht einverstanden, hat er unverzüglich zu reklamieren, andernfalls gelten sie als genehmigt. Die von der Klägerin gemeldeten Überstunden gelten somit als geleistet und angeordnet.

(Urteil vom 14. Mai 1998, Nr. 233-97; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 11. Mai 1999, Nr. 239/II/98)

321e OR

Schadensnachweis

Kann die Schadenszufügung dem Mitarbeiter nicht konkret nachgewiesen werden, so entfällt jegliche Haftung des Mitarbeiters.

Aus den Erwägungen:

Die Beklagte machte in vorliegendem Fall geltend, der Kläger habe grobfahrlässig Schäden im Restaurant in der Höhe von Fr. 10'910.90 verursacht, indem er verbotenerweise bei der Arbeit geraucht habe. Abzüglich der Versicherungsleistung von Fr. 5'000.-- wollte die Beklagte demnach eine Schadenersatzforderung von Fr. 5'910.90 mit den Ansprüchen des Klägers verrechnen.

Gemäss Art. 321e OR haftet der Arbeitnehmer für den Schaden, den er der Arbeitgeberin absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat.

Jede Haftung des Arbeitnehmers setzt nach dem allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechtes eine Vertragsverletzung, ein Verschulden, einen Schaden und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus. Fehlt es an einem dieser vier Elemente, so ist eine Haftung nicht gegeben (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 321e).

In vorliegendem Fall ist es der Beklagten nicht gelungen, nachzuweisen, dass der Kläger einen Schaden verursacht hat. Dem Kläger konnte kein einziger Brandschaden nachgewiesen werden, den er durch das vertragswidrige Rauchen verursacht haben soll. Der Zeuge sagte nur aus, er habe den Kläger einmal dabei überrascht, wie er seine Zigarette auf Toilettenrand gelegt habe. Dass er sah, wie dadurch ein Schaden entstand, wurde vom Zeugen jedoch niemals behauptet.

Zudem ergab das Beweisverfahren, dass sowohl Gäste als auch andere Mitarbeiter des Restaurants Zigaretten geraucht hatten und damit als Verursacher der fraglichen Brandlöcher in Frage kamen. Es blieb somit unklar, wer letztlich die Brandschäden verursacht hat, womit die Voraussetzungen einer Haftung nach Art. 321e OR nicht erfüllt sind.

Demnach hat das Gericht die Verrechnungsansprüche der Beklagten aus Schadenersatz in der Höhe von Fr. 5'910.90 abgewiesen.

(Urteil vom 12. Mai 1997, Nr. 246-96)

Anspruch auf Gratifikation und Gleichbehandlungsgebot

Die Gratifikation gilt nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist.

Das Gleichbehandlungsgebot ist nicht schon verletzt, wenn einzelne in einem gekündigten Arbeitsverhältnis stehende Mitarbeiter noch eine Gratifikation erhalten und andere nicht.

Die Klägerin arbeitete vom 1. April 2001 bis 30. September 2002 bei der Beklagten als Chemielaborantin. Der Anstellungsgrad betrug gemäss Arbeitsvertrag vom 21. Februar 2001 100%. Mit Brief vom 28. Juni 2002 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis auf Ende September 2002.

Der Bonus für das Geschäftsjahr vom 1. Juli 2001 bis 30. Juni 2002 wurde den Mitarbeitenden von der Beklagten mit dem Septemberlohn 2002 ausbezahlt. Er beruhte auf den gleichen Kriterien wie der Bonus für das Geschäftsjahr 2000/2001 und konnte je nach erbrachter Leistung zwischen Fr. 0.00 und Fr. 5'000.00 betragen. Auf Mitarbeitende, die vor dem 31.12.2001 angestellt worden waren, entfiel im Durchschnitt Fr. 3'000.00.

Mit der Leistung der Klägerin war die Beklagte gemäss eigener Aussagen stets zufrieden. Der Bonus für das Geschäftsjahr 2001/2002 wurde ihr indessen vorenthalten, weil sie sich Ende Juni nicht mehr in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befand.

Aus den Erwägungen des Appellationshofes:

Was die rechtliche Subsumtion betrifft, so hat sich die Vorinstanz mit Literatur und Rechtsprechung zu Art. 322d OR auseinandergesetzt und kam dabei zum Schluss, eine vertraglich vereinbarte Gratifikation falle bei Nichterfüllung einer einzigen Bedingung nicht einfach dahin, sondern erfahre lediglich eine Kürzung. Unter Hinweis auf BGE 4C.269/2002, E. 3.1 erkannte sie, dass – obwohl in casu keine vertragliche Vereinbarung vorliege – die Klägerin durch den Gleichbehandlungsgrundsatz geschützt werde. Die Klägerin sei, genau wie ihre Arbeitskolleginnen und –kollegen, denen im September 2002 die volle Gratifikation ausbezahlt wurde, während

des gesamten Geschäftsjahres 2001/2002 mit ihrer guten bis sehr guten Leistung an der Erarbeitung des für die Ausrichtung massgebenden EBITDA beteiligt gewesen. Mit dem Wegfall der Gratifikation sei ihr nicht nur sachgerechterweise der Ansporn für künftige Leistungen vorenthalten worden, sondern auch die Belohnung für bereits erfüllte Leistung. Dadurch wurde sie gegenüber der grossen Mehrzahl der Angestellten deutlich schlechter gestellt. Das bedeute eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, was zu korrigieren sei.

Zwar kennt das Obligationenrecht den Begriff „Bonus“ nicht, doch haben die Gerichte in ständiger Rechtsprechung eine dahingehende rechtliche Qualifikation vorgenommen, als der Bonus, wenn er einerseits vom Geschäftsgang des Unternehmens andererseits von der persönlichen Leistung des Mitarbeiters, mithin von einer subjektiven Einschätzung abhängig gemacht wird, als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR und nicht als Lohnbestandteil qualifiziert wird (Vögeli Galli/Hehli/Hidber, SJZ 97, 445 ff. mwN). Bei der Gratifikation hängt es von den Umständen ab, ob es sich dabei um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt, oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht. Neben der ausdrücklichen Vereinbarung im mündlichen oder schriftlichen Arbeitsvertrag kann ein Anspruch auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages (BGE 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002 E. 4b; Brunner/Bühler/Waerber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel 1997, N. 5 zu Art. 322d OR; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 3 zu Art. 322d OR; Streiff/Von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 4 zu Art. 322d OR). Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass die Ausrichtung einer Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens 3 aufeinanderfolgenden Jahren ausgerichtet worden ist (BGE 4P.269/2002 vom 14. Dezember 2002 [zur Publikation bestimmt als BGE 129 III 276] mit Verweisung auf die unveröffentlichten BGE 4P.284/1996 vom 7. Oktober 1997 und BGE 4C.359/1995 vom 6. Dezember 1995; Staehlin, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 322d OR, Rehbinder, Berner Kommentar, N. 6 zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 322d OR).

Die Nichtigkeitsbeklagte arbeitete vom 1. April 2001 bis 30. September 2002, mithin anderthalb Jahre, bei der Nichtigkeitsklägerin. Sie kann daher aus dem Umstand, dass ihr freiwillig im August 2001 ein Bonus für das Geschäftsjahr 2000/2001 und im November 2001 ein solcher aufgrund ausserordentlicher Arbeitsbelastung ausgerichtet worden ist, gestützt auf die Rechtsprechung und Literatur keine Rechtsfolgen für die Zukunft ableiten.

In der Nichtbezahlung des Bonus für das Geschäftsjahr 2001/2002 liegt – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers verursacht jedoch nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern in gleicher Situation deutlich ungünstiger gestellt ist. In casu hätte die Vorinstanz die Lage der Nichtigkeitsbeklagten nicht mit derjenigen der weiterhin bei der Nichtigkeitsklägerin angestellten Arbeitnehmer vergleichen müssen, sondern mit derjenigen ebenfalls in gekündigtem Arbeitsverhältnis stehender Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Nur wenn die Nichtigkeitsklägerin diesen einen Bonus ausbezahlt hätte und einzig die Nichtigkeitsbeklagte nicht berücksichtigt hätte, könnte eine unerlaubte Diskriminierung und damit ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsverbot vorliegen. Wohl hat das Bundesgericht in dem von der Vorinstanz zitierten BGE 4C.269/2002 vom 17. Dezember 2002 [zur Publikation bestimmt als BGE 129 III 279] in E. 3 hinsichtlich der Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsvertragsrecht festgehalten, unter Umständen könne aus der Begünstigung einzelner Arbeitnehmer auf eine stillschweigende Vertragsänderung hinsichtlich einer Gratifikation geschlossen werden. Doch es hat diese Aussagen sogleich dahingehend relativiert, als das Gleichbehandlungsgebot nicht schon dann verletzt ist, wenn einzelne in einem gekündigten Arbeitsverhältnis stehenden Mitarbeiter noch eine Gratifikation erhalten und andere nicht.

In casu wurde nie geltend gemacht, die Nichtigkeitsklägerin habe die Nichtigkeitsbeklagte gegenüber anderen in gekündigtem Verhältnis stehenden Mitarbeitern benachteiligt, weshalb sich aus BGE 129 III 276 nichts zu deren Gunsten ableiten lässt.

(Urteil vom 6. März 2003, Nr. II 02 19; Urteil des Appellationshofs vom 24. Juni 2003, Nr. N – 0243/1/2003)

324a OR

Widersprüchliches Arztzeugnis

Der Arzt, der die Klägerin, die in einem 50%en Teilzeitarbeitsverhältnis steht, zu 0% arbeitsunfähig schreibt und ihre Arbeitswiederaufnahme als Arbeitsversuch bezeichnet, stellt ein widersprüchliches Arztzeugnis aus. Er hat sein Arztzeugnis zu präzisieren und ist nötigenfalls als Zeuge vor Gericht anzuhören, um den Grad der Arbeitsfähigkeit der Klägerin feststellen zu können.

335 OR

Erneute Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist

Wer im Anschluss an eine nichtige Kündigung in einem Schreiben unter dem Betreff „Kündigung“ auf das Enddatum der Zahlung des vertraglichen Lohnes hinweist, bestätigt nicht einen nichtigen Akt, sondern bekräftigt den Kündigungswillen, der – wenn ausserhalb der Sperrfrist dem Vertragspartner zugegangen – zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt.

324 OR

Annahmeverzug trotz fehlendem Arbeitsangebot

Erklärt der Arbeitgeber, er hätte die Arbeitnehmerin nach Ablauf der Sperrfrist ohnehin nicht mehr arbeiten lassen, so befindet er sich in Annahmeverzug und wird zur Lohnfortzahlung verpflichtet, auch wenn die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsleistung gar nicht mehr angeboten hat.

Die Klägerin arbeitete seit dem 1. November 1992 bei der Beklagten in einem Teilzeitpensum von 50%. Am 4. Oktober 1999 erlitt sie einen Velounfall und wurde mittels Unfallschein UVG bis zum 2. Februar 2000 zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Am 3. Februar 2000 kehrte die Klägerin an den Arbeitsplatz zurück und teilte der Beklagten mit, dass sie die Arbeit nach Rücksprache mit dem

Arzt im Rahmen eines Arbeitsversuchs wieder aufnehmen. Auf dem Unfallschein vermerkte der Arzt 0% arbeitsunfähig. Noch am selben Tag wurde der Klägerin die Kündigung per 31. Mai 2000 erteilt, deren Gültigkeit sie allerdings anzweifelte, weshalb sie ihr eingeschrieben zugestellt werden musste. In der Folge arbeitete die Klägerin mit ihrem 50%-Pensum, wobei es ihr wegen ihrer Kopfschmerzen manchmal besser, manchmal schlechter ging. Am 20. März 2000 reichte sie einen durch den Arzt rückwirkend abgeänderten Unfallschein ein, wonach weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 50% bestand. Gleichzeitig protestierte sie gegen die Kündigung, die sie aufgrund der Sperrfrist als ungültig erachtete. Die Klägerin arbeitete anschliessend noch bis zum 7. April 2000, worauf sie bis zum 31. Mai 2000 von der Arbeit freigestellt wurde, resp. ihre Ferien zu beziehen hatte.

Aus den Erwägungen:

Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin ab 3. Februar 2000 ist auf die präzisierenden Aussagen abzustellen, die der behandelnde Arzt als Zeuge vor Gericht machte. Der Arzt hatte sich wegen der Missverständlichkeit seiner Angaben auf dem Unfallschein intensiv mit dem Fall beschäftigen müssen und erinnerte sich noch genau an das Krankheitsbild der Klägerin. Er stützte sich zudem auf die detaillierten Angaben auf der Patientenkarte der Klägerin. Der Arzt sagte aus, er habe die Klägerin ermutigt, wieder zu 50% zu arbeiten, er sei seiner Sache aber nicht sicher gewesen, da sie jeweils vermehrt Kopfweg bekommen habe. Während des Arbeitsversuchs habe er sie zweimal in der Konsultation gesehen. Im Nachhinein hätte er sie nur zu 40% oder 30% arbeitsfähig schreiben sollen. Jedenfalls sei sie ab 3. Februar 2000 nicht zu 50% arbeitsfähig gewesen.

Die Angaben des Arztes klangen glaubhaft. Sie stützten sich auf seine schriftlichen Unterlagen und deckten sich auch mit Aussagen anderer Zeugen.

Das Gericht kommt deshalb zum Schluss, dass die Klägerin ab 3. Februar 2000 bis zu ihrem letzten Arbeitstag am 7. April 2000 zu weniger als 50% arbeitsfähig war.

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, welche während dieser Sperrfrist ausgesprochen wird, ist nichtig. Die Sperrfrist von 180 Tagen dauerte in casu vom 5. Oktober 1999 bis 1. April 2000.

Bis und mit 1. April 2000 war die Klägerin deshalb durch die genannte Sperrfrist vor Kündigung geschützt. Es spielt keine Rolle, ob die Klägerin länger am Arbeitsplatz war, als ihr medizinischer Zustand es zuliess. Auch keine Rolle spielt, ob die Klägerin als Arbeitnehmerin oder die Beklagte als Arbeitgeberin von der reduzierten Arbeitsfähigkeit überhaupt wussten (vgl. zu beidem Thomas Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 5/96, S. 554 Ziffer 2.12.). Auch bei einer Schwangeren kann eine Sperrfrist laufen, ohne dass die Parteien des Arbeitsverhältnisses davon wissen. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 3.2.2000 war somit nichtig.

Am 1.4.2000 lief die 180-tägige Sperrfrist ab. Ab diesem Datum konnte die Beklagte der Klägerin gültig kündigen. Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bedarf grundsätzlich keiner Form. Sie kann auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) erfolgen. Nur muss der auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Wille deutlich erkennbar sein (siehe M. Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 335 OR N 5). Im Antwortschreiben der Beklagten vom 13.4.2000 an den Anwalt der Klägerin kommt durch den Titel „Kündigung Frau H.W.“ und dem Hinweis auf Zahlung des vertraglichen Lohnes noch bis 31.5.2000 klar der Wille zum Ausdruck, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nicht weiterzuführen, so dass es für die Klägerin keinen Zweifel geben konnte, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beenden wollte. Das Verhalten der Beklagten war darauf ausgerichtet, das Arbeitsverhältnis so schnell als möglich zu beenden.

Soweit die Beklagte mit diesem Schreiben ihre bereits früher ausgesprochene Kündigung bestätigte, bestätigte sie nicht einen nichtigen Akt, sondern bekräftigte ihren immer noch aktuellen Kündigungswillen, der, wenn ausserhalb der Sperrfrist geäussert und dem Vertragspartner zugegangen, zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt. Die abweichende Ansicht von A. Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1984, N 18 zu Art. 336c OR, wird dort nicht begründet und überzeugt nicht.

Das Arbeitsgericht erkennt deshalb, dass das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist im April 2000 zumindest konkludent auf den nächstmöglichen Termin gekündigt wurde.

Bei einer Kündigungsfrist von drei Monaten dauerte das Arbeitsverhältnis somit noch bis zum 31.7.2000.

Dauerte das Arbeitsverhältnis bis 31.7.2000, so bestanden grundsätzlich auch die gesetzlichen und vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien unverändert weiter. Der Arbeitnehmer ist zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung von Lohn verpflichtet (Art. 319 Abs. 1 OR). Die Klägerin ist ab 1.6.2000 weder zur Arbeit erschienen, noch hat sie der Beklagten ihre Arbeitsleistung angeboten. Die Beklagte erklärte jedoch vor Gericht, sie hätte die Klägerin ohnehin nicht wieder arbeiten lassen. Die Klägerin ist deshalb ab 1.6.2000 als von der Arbeitsleistung freigestellt zu betrachten. Die Beklagte befand sich somit in Annahmeverzug, was eine Lohnfortzahlung gemäss Art. 324 OR zur Folge hat.

(Urteil vom 5. Juli 2001, Nr. IX 00 63; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 30. Oktober 2001, Nr. N-0313/II/2001)

**276 ZGB
22 L-GAV**

Erfüllung gesetzlicher Pflichten

Bei der Arbeitsverhinderung infolge Intensivpflege des Kindes geht es um die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht. Da dieser Fall im L-GAV 98 des Gastgewerbes nicht explizit geregelt ist, gelangt nicht Art. 23ff L-GAV sondern Art. 22 Abs. 2 L-GAV und somit Art. 324a OR zur Anwendung.

324a OR

Dauer der Lohnfortzahlung unter besonderen Umständen

Die Ansätze der Skalen zur Bestimmung der angemessenen längeren Zeit stellen nur Richtlinien dar, von denen unter besonderen Umständen abgewichen werden kann. Es stellt keinen Ermessensmissbrauch dar, wenn das Gericht bei Vorliegen besonderer Umstände einer im 2. Dienstjahr stehenden arbeitsunfähigen Arbeitnehmerin einen Lohnfortzahlungsanspruch von 3 Monaten (1. Oktober bis 31. Dezember) zuspricht.

Die Klägerin war bei der Beklagten im Gastgewerbe als Aushilfe angestellt. Ab 12. April 2002 erschien sie nicht mehr an ihrem Arbeitsplatz. Am 21. Mai 2002 gebar sie ihren Sohn und ab 9. September 2002 war sie gemäss eigenen Angaben in den Ferien.

Nach den Ferien anfangs Oktober erkrankte ihr Sohn. Er musste in der Kinderklinik hospitalisiert werden und benötigte regelmässig eine Inhalationstherapie. Die aufwändige Betreuung und Pflege wurde grossteils durch die Klägerin erbracht. Mit ärztlichen Zeugnissen konnte sie ihre Arbeitsverhinderung ab 1. Oktober 2002 bis 31. Dezember 2002 belegen.

Die Beklagte hat von Oktober 2002 bis Dezember 2002 der Klägerin weder Löhne noch Taggelder ausbezahlt, da die Krankentaggeldversicherung ihr sinngemäss mitgeteilt habe, dass die Krankheit des Kindes kein Grund zur Zahlung sei.

Aus Art. 276 Abs. 2 ZGB ergibt sich die gesetzliche Pflicht der Eltern zur Pflege des Kindes. Diese gesetzliche Pflicht kann von den Eltern nicht nur durch persönliche Leistung erfüllt werden, sondern

auch durch den Beizug fremder Personen, die an Stelle der Eltern diese Pflicht erfüllen. Auch in solchen Fällen bleibt die Pflicht der Eltern weiter bestehen und geht durch den Beizug der andern Personen nicht unter. Wird diese Pflicht durch die betreuende Person (berechtigterweise oder unberechtigterweise) nicht erfüllt, so haben sich die Eltern wieder selber um ihr Kind zu kümmern. Sofern die Fremdbetreuung durch die Krankheit des Kindes oder der Betreuungsperson nicht aufrechterhalten werden kann, obliegt die gesetzliche Betreuungspflicht wieder unmittelbar den Eltern. Diese werden fortan durch die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht an der Arbeitsleistung verhindert (SJZ 88, S. 43).

Die Arztzeugnisse vom 29.10.2002, 26.11.2002 und 9.12.2002 bestätigen, dass die Klägerin aufgrund der Erkrankung und Hospitalisation ihres Sohnes vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2002 nicht zur Arbeit erscheinen konnte. Fraglich ist somit, ob die Klägerin aufgrund von Art. 276 Abs. 2 ZGB zur persönlichen Leistung – eigene Pflege des kranken Kindes - verpflichtet war und somit berechtigterweise nicht zur Arbeit erschienen ist und deshalb die Bestimmungen von Art. 324a OR greifen. Die umfangreichen Abklärungen des Gerichts haben ergeben, dass aufgrund der schweren Erkrankung des 5-monatigen Sohnes und aufgrund der besonderen familiären und beruflichen Verhältnisse einzig die Mutter – somit die Klägerin – eine genügende Pflege gewährleisten konnte. So ist beispielsweise, wenn beide Elternteile berufstätig sind, derjenige zum Fernbleiben vom Arbeitsplatz berechtigt, dessen Pflege nötiger ist (BK N 11 zu Art. 324a OR).

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 22 Abs. 2 L-GAV-98 hat der Arbeitgeber bei einem Fall unverschuldeter Verhinderung des Mitarbeiters, der nicht in Art. 23 ff. L-GAV-98 geregelt ist, den Bruttolohn gemäss Art. 324a OR zu bezahlen. Vorliegend ist die Klägerin wegen der Pflege des Kindes von der Arbeit ferngeblieben. Bei der Pflege eines erkrankten Kindes handelt es sich auch um die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (Art. 276 ff. ZGB; vgl. z.B. Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, S. 1067; Balthasar Bessenich, Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, SJZ 88, S. 43; ZR 89 NR 30; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Der Arbeitsvertrag OR 319-362, 5. Auflage Zürich N 20 zu Art. 324a/b). Dieser Fall ist im L-GAV-98 nicht explizit geregelt, weshalb Art. 324a OR zur Anwendung gelangt.

Das Arbeitsverhältnis hat in casu unbestrittenermassen länger als drei Monate gedauert. Die Klägerin befand sich im Zeitpunkt der

hier zur Diskussion stehenden Arbeitsverhinderung bereits im zweiten Dienstjahr. Somit hat die Arbeitgeberin Lohn für eine „angemessene längere Zeit“ zu entrichten, je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Art. 324a Abs. 2 OR). Damit wird auf das richterliche Ermessen verwiesen (Thomas Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 327). Die Gerichte pflegen in der Regel die Anwendung der Skalen.

Da die Bestimmung der „angemessenen längeren Zeit“ ins Ermessen des Richters gelegt wird, kann sie grundsätzlich nicht wegen Verletzung klaren Rechts angefochten werden. Die Überlegungen des Arbeitsgerichts erscheinen sachgerecht. Es kann vorliegend somit nicht von einem Ermessensmissbrauch oder einer Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz gesprochen werden, selbst wenn in Literatur und Rechtsprechung in ähnlichen aber nicht identischen Fällen eine kürzerer Lohnfortzahlungspflicht bejaht wird bzw. bejaht worden ist.

Die Ansätze der Skalen stellen nur Richtlinien dar, von welchen unter besonderen Umständen nach unten oder oben abgewichen werden kann (Staeclin/Vischer, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 1996, N 41 ff. zu Art. 324a OR). Deshalb kann bei deren Nichtanwendung auch nicht von Verletzung klaren Rechts gesprochen werden. Sofern die Anwendung der Berner Skala überhaupt eine konstante Rechtsprechung darstellen sollte, ist auch hier wiederum anzuführen, dass die Nichtberücksichtigung dieser Skala aus sachlich vertretbaren Gründen erfolgt ist. Diesen Ausführungen zufolge erweist sich die Nichtigkeitsklage betreffend Bestimmung der Zeitspanne für die Lohnfortzahlungspflicht (1. Oktober -31. Oktober 2002) als unbegründet. Die Nichtigkeitsklägerin hat der Nichtigkeitsbeklagten für diesen Zeitraum somit den Lohn zu entrichten.

(Urteil vom 19. Januar 2004, Nr. I 03 4; Urteil des Appellationshofs vom 27. Juli 2004, APH 04 218)

Mehrarbeit bei Teilarbeitsunfähigkeit

Wer mittels Arzzeugnis teilarbeitsunfähig ist und trotzdem freiwillig zu einem höheren Prozentsatz arbeitet, ist in diesem höheren Prozentsatz arbeitsfähig. Diese Mehrarbeit kann nicht als Überstundenarbeit gelten, ausser sie erfolge auf Druck des Arbeitgebers.

Aus den Erwägungen:

Obwohl die Klägerin zweimal während längerer Zeit (anfangs 1995 und Ende 1995 bis Februar 1996) zu 50% teilarbeitsunfähig geschrieben wurde, arbeitete sie während dieser Zeit angeblich auf Weisung des Filialleiters teils mehr als die ärztlich angeordneten 50%. Hier stellt sich die Frage, ob diese Mehrarbeit bei Teilarbeitsunfähigkeit Überstunden darstellt oder bloss eine erhöhte Arbeitsfähigkeit bedeutet.

Nach Art. 328 OR trifft den Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht gegenüber seinen Mitarbeitenden. Er hat auf ihre Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Wird nun eine arbeitsunfähige Arbeitnehmerin unter Druck gesetzt und unter Androhung von Nachteilen angehalten trotzdem zu arbeiten, verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht.

Anders bietet sich die Sachlage dar, wenn die Arbeitnehmerin eine derartige Mehrarbeit selber als angemessen und als durchaus zumutbar betrachtet, womit sie sich insoweit als genesen fühlt und sich ihr Grad der Arbeitsunfähigkeit entsprechend reduziert.

In casu sind Ziffer 3.1. sowie 3.4. der allg. Anstellungsbedingungen anwendbar. Danach sind Überstunden bloss jene Zeit, die die normale wöchentliche Arbeitszeit von 44 Stunden übersteigt. Wird jedoch auf Druck des Arbeitgebers mehr gearbeitet, dann übersteigt die Mehrarbeit auch die wöchentliche Normalarbeitszeit, indem das Pensum der Arbeitsunfähigkeit und die tatsächlich gearbeiteten Stunden zusammengezählt werden. Würde das Krankheitspensum nicht zu den geleisteten Arbeitsstunden addiert, so würde die Arbeitnehmerin durch die Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers doppelt bestraft, indem sie nämlich ihre Gesundheit durch Arbeitsleistung gefährdet und trotz Leisten von Mehrarbeit keinen Lohnzuschlag erhielte.

(Urteil vom 14. Mai 1998, Nr. 233-97; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 11. Mai 1999, Nr. 239/II/98)

329c OR

Ferienbezug bei Freistellung

Das Durchsetzen des Ferienbezuges in natura wird bei relativ kurzen Kündigungsfristen in der Regel dem Erholungszweck widersprechen, weil dem Arbeitnehmer die übliche Vorbereitungszeit fehlt oder weil er eine neue Stelle suchen muss. Hingegen wird davon ausgegangen, dass der Ferienanspruch untergeht, wenn die Freistellung das Ferienguthaben deutlich übersteigt.

Die Klägerin arbeitete mit einem 40%-Pensum vom 1.1.1996 bis 31.8.1997 beim Beklagten als Putzfrau. Ihr Arbeitsvertrag unterstand dem L-GAV 92. Sie verdiente monatlich Fr. 1'400.00 netto plus 13. Monatslohn und hatte vom 1.1.1996 bis 31.8.1997 ein Ferienguthaben von insgesamt 58.36 Tagen. Davon bezog sie 1996 14 Tage, 19.5 Tage wurden ihr 1997 mit dem Augustlohn ausbezahlt und 20 Tage berechnete ihr der Beklagte als Ferienbezug während der Freistellung. Am 25.7.1997 wurde ihr Arbeitsverhältnis auf den 31.8.1997 gekündigt und ab dem 6.8.1997 war die Klägerin freigestellt. Sie hat nie monatliche Lohnabrechnungen erhalten, ausser Ende August 1997.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR steht dem Arbeitgeber grundsätzlich das Recht zu, den Zeitpunkt der Ferien seiner Arbeitnehmer zu bestimmen, wobei er aber, soweit betrieblich möglich, auf die Wünsche der Arbeitnehmer Rücksicht nehmen und den Zeitpunkt rechtzeitig im voraus ankündigen soll. Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Beklagte die Klägerin darüber informiert hat, dass ihr 20 Ferientage während der Freistellung angerechnet werden sollten, bzw. eine Anordnung der Ferien stattgefunden hat. Dieser Punkt kann aber offen bleiben, da sich das Arbeitsgericht der Stadt Bern der feststehenden Praxis des Arbeitsgerichts Zürich

anschliesst, nach welcher bei Freistellung ein Ferienguthaben auch untergehen kann, ohne dass der Arbeitgeber die Kompensation angeordnet hat.

Es gilt zu beachten, dass bei dieser Frage unterschiedliche Zielsetzungen aufeinander stossen: Einerseits die Zielsetzung des Gesetzgebers, dass Ferienansprüche real bezogen werden sollten, andererseits der Erholungszweck der Ferien. Bei einer relativ kurzen Kündigungsfrist wird das Durchsetzen des Ferienbezuges in natura in der Regel dem Erholungszweck widersprechen, weil dem Arbeitnehmer die übliche Vorbereitungszeit fehlt oder weil er eine neue Stelle suchen muss. Hingegen wird davon ausgegangen, dass der Ferienanspruch untergeht, wenn die Freistellung das Ferienguthaben deutlich übersteigt (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1992).

Auch bei einem gekündigten Arbeitsverhältnis, muss dem Arbeitnehmer also zumindest eine minimale Vorbereitungszeit zugestanden werden, um seine Ferien zu organisieren. In der vorliegenden Rechtsstreitigkeit darf der Beklagte aus diesem Grund die ersten eineinhalb Wochen der Freistellung der Klägerin nicht als Ferienbezug anrechnen. Ein Ferienbezug von zehn Tagen im August scheint dem Gericht aber als zumutbar, zumal die Klägerin auch nie geltend gemacht hat, im August auf Stellensuche gewesen zu sein. Dies wäre der Anrechnung von Ferientagen entgegengestanden, da der Erholungszweck in einem solchen Fall nicht erreicht worden wäre (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1992). Somit hat die Klägerin noch ein Ferienrestguthaben von zehn Tagen, dessen Auszahlung ihr hiermit zugesprochen wird.

(Urteil vom 2. März 1998, Nr. 212 – 97; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 22. Juni 1998, Nr. N – 0256/I/98)

Der Ferienlohnanteil muss nicht in jedem Fall sowohl im Arbeitsvertrag als auch in den Lohnabrechnungen festgehalten werden. Vielmals genügt es nach dem Vertrauensgrundsatz, dass der Arbeitnehmer von der Berechnungsweise des Ferienlohnanteils genaue Kenntnis hatte. Dies gilt umso mehr, wenn der Arbeitnehmer während der ganzen Anstellungsdauer auf Lohnabrechnungen verzichtet hat.

Der Kläger verlangt, dass ihm der Ferienlohn von 8,33 % des Nettolohnes ausbezahlt sei.

Der Kläger arbeitete als Teilzeitangestellter mit unregelmässigem Pensum im Stundenlohn. Die Forderung des Klägers stützt sich auf die nicht erhaltene Ferienentschädigung, die seiner Ansicht nach nicht im Stundenlohn von Fr. 18.-- und Fr. 21.-- enthalten gewesen sei.

Aus dem Protokoll der Verhandlung vom 29. März 1994 geht hervor, dass beide Parteien auf Lohnabrechnungen verzichtet haben, weshalb auch keine vorliegen.

Aus den Erwägungen:

Der Kläger vertritt die Meinung, dass eine Ferienentschädigung zwingend sowohl im Vertrag als auch in den einzelnen Lohnabrechnungen explizit erwähnt werden muss. Dieses Erfordernis ergebe sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der Kläger beruft sich dabei auf BGE 107 II 430 und BGE 116 II 515. Es stellt sich die Frage, ob gestützt auf die beiden Bundesgerichtsentscheide eine doppelte ausdrückliche Erwähnung tatsächlich erforderlich ist oder ob es bereits genügt, wenn die Ferienentschädigung nur in einer der beiden oben erwähnten Komponenten beziffert ist.

In BGE 116 II 515 ist unter anderem festgehalten, dass bei Teilzeitbeschäftigten Abreden der Parteien über die Abgeltung der Ferien durch Geldleistungen ausnahmsweise als gültig zu betrachten sind. Voraussetzung ist aber, dass sowohl aus dem Vertrag wie aus den periodischen Lohnabrechnungen klar hervorgeht, welcher Teil des Lohnbetrages zur Abgeltung des Ferienanspruchs be-

stimmt ist. Die blossе Vereinbarung, der Ferienlohn sei im vereinbarten Arbeitslohn inbegriffen, genügt nicht (E 4a S. 517). Eine Klage auf Ferienentschädigung kann abgewiesen werden, falls der Arbeitgeber beweist, dass der Arbeitnehmer die Berechnungsweise der Lohnzahlung, d.h. den ziffernmässigen oder prozentualen Anteil des Feriengeldes gekannt hat (E 4b S. 518).

Betreffend Kenntnis des Feriengeldanteils stellt das Bundesgericht auf den Vertrauensgrundsatz ab. Es schliesst sich mit dieser Auffassung einem unveröffentlichten Urteil vom 25. November 1987 an (Auszugsweise zitiert bei KUHN, aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Teil 5 Kapitel 4.A.1, S. 5/6).

Das oben Gesagte lässt darauf schliessen, dass das Feriengeld nicht in jedem Fall sowohl in der Lohnabrechnung als auch im Vertrag festgehalten werden muss, damit kein Forderungsanspruch entsteht. Wichtiger ist darauf abzustützen, ob der Arbeitnehmer die Möglichkeit hatte, von seinem Ferienlohnanteil Kenntnis zu nehmen.

Der Kläger schloss mit der Beklagten am 1.11.1991 einen ersten schriftlichen Arbeitsvertrag. In diesem ist unter Punkt 5 die Zusammensetzung des Stundenlohnes festgehalten. Demzufolge erhielt der Kläger Fr. 16.30 zuzüglich Fr. 1.70 Ferienentschädigung pro Stunde, was einen Stundenlohn von Fr. 18.-- ergibt. Die Ferienentschädigung ist hier also ausdrücklich in Zahlen erwähnt. Mit Schreiben vom 4.12.1992 kündigte die Beklagte dem Kläger eine Lohnerhöhung auf den 1.1.1993 an, wonach der Stundenlohn Fr. 21.-- betragen werde. Es wurde jedoch nicht erwähnt, ob und wieviel davon als Ferienentschädigung gelten sollte. Diese Unklarheit entfällt bei Betrachtung des zweiten schriftlichen Vertrags, den die Parteien am 1.1.1993 aufgrund der bereits erwähnten Lohnerhöhung schlossen. In diesem wird unter Punkt 5 ebenfalls die Zusammensetzung des Stundenlohnes erwähnt. Der Stundenlohn beträgt hier Fr. 19.-- zuzüglich Ferienentschädigung von Fr. 2.--, was gesamthaft einen Verdienst von Fr. 21.-- pro Stunde ergibt. Somit ist auch in diesem zweiten Vertrag der Ferienanteil zahlenmässig aufgeführt worden, und der Kläger hatte die Möglichkeit seinen Ferienanteil zu kennen. Der Kläger gibt zu Protokoll, dass er vor Unterzeichnung der Verträge diese auch durchgelesen habe. Da die Aufteilung des Stundenlohnes in Lohn und Ferienentschädigung im Vertrag klar ersichtlich ist, darf vom Kläger erwartet werden, dass er den Ferienlohn-Zuschlag kannte.

Der Kläger gibt zu Protokoll, dass er nie eine Abrechnung verlangt habe. Seine Haltung scheint aber widersprüchlich: Er stützt einerseits seine Forderung auf die nicht vorhandene Spezifikation des Ferienlohnanteils in den Lohnabrechnungen, die andererseits allerdings gar nicht vorhanden sind und die er während mehrerer Jahre unterlassen hat zu fordern.

Vorliegend ist es dem Arbeitgeber gelungen zu beweisen, dass der Arbeitnehmer von der Berechnungsweise des Ferienlohnanteiles Kenntnis hatte, da der Ferienanteil in den Arbeitsverträgen klar ersichtlich ist. Zudem ist auch das widersprüchliche Verhalten des Klägers betreffend Lohnabrechnungen nicht zu schützen. Aus diesem Grunde wird die Klage abgewiesen.

(Urteil vom 29. März 1994, Nr. 309-93; Urteil des Appellationshofs vom 20. Juli 1994, Nr. 339/I/94)

335a OR

Kündigungsparität

Ein Verstoß gegen die Kündigungsparität liegt vor, wenn der drohende Verlust eines Geldbetrages, welcher knapp unter einem Monatslohn liegt, dazu geeignet ist, einen Arbeitnehmer indirekt zu zwingen, erst zu einem späteren Zeitpunkt als gewünscht die Kündigung auszusprechen.

Erreichte Umsatzziele geben deshalb Anspruch auf Prämie.

Bei der Beförderung zur Filialleiter-Stellvertreterin auf den 1. August 1989 erwarb die Klägerin den persönlichen Anspruch auf eine Prämie gemäss Reglement. Dieses Reglement ist laut Ziffer. 7 des Anstellungsvertrags vom 28.8.1989 integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrags. Die Prämie wird rückwirkend für das vollendete Jahr berechnet nach dem Kriterium Erreichen einer Zielvorgabe beim Umsatz. Als persönliche Voraussetzung für die grundsätzliche Anspruchsberechtigung gilt ein ungekündigtes Anstellungsverhältnis am Ende des Kalenderjahres. Die Klägerin kündigte ihr

Arbeitsverhältnis am 21.12.1991 per 31.3.1992. Sie kannte und verstand die Bestimmungen des Prämienreglements.

Aus den Erwägungen:

Zu klären ist vorab, ob es sich bei der Prämie um einen festen Lohnbestandteil (Art. 322a OR) oder um eine gratifikationsähnliche Leistung (Art. 322d OR) handelt. Mit der Ausrichtung der Prämie werden die Mitarbeitenden am Geschäftsergebnis beteiligt, Die Höhe der Prämie wie auch deren Fälligkeit sind genau festgelegt. Das Element der Freiwilligkeit hat keinen Einlass in das Prämienreglement gefunden. Die Ausrichtung der Prämie ist damit direkt umsatzabhängig und somit als ein Anteil am Geschäftsergebnis im Sinne von Art. 322a OR zu qualifizieren.

Durch gegenseitige Abrede können die Vertragsparteien vereinbaren, dass, falls unter dem Jahr gekündigt wird, der Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR) nicht ausgerichtet wird (JAR 1988, S. 257; Streiff, Arbeitsvertrag, N 11 zu Art. 322d OR; beide mit Verweis auf JAR 1981, S. 253). Die Klägerin hat am 21. Dezember 1991 per 31. März 1992 gekündigt. Seit Eingang der Kündigung, bzw. deren Kenntnisnahme durch die Beklagte – am 21. Dezember 1991 – befand sich die Klägerin in einem gekündigten Arbeitsverhältnis (vgl. Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Teil 7, Kapitel 2.3.3, S. 8), bei welchem die pro rata Auszahlung der Prämie ausgeschlossen worden ist.

Art. 335a OR stipuliert nun allerdings, dass für Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden dürfen. Verstösst das Prämienreglement gegen die Kündigungsparität?

Neben der klar formellen Forderung nach exakt gleich langen Kündigungsfristen, sind gemäss Literatur und Praxis auch verdeckte Verstösse gegen die Kündigungsparität verpönt (Streiff, Arbeitsvertrag, N 2 zu Art. 335a OR; Rehbinder, Berner Kommentar N 3 zu Art. 335a OR). Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Kündigung seitens des Arbeitnehmers wird beispielsweise als gesetzeswidrig eingestuft. Dasselbe gilt in gewissen Fällen für die Rückerstattung von Ausbildungskosten bei vorzeitiger Kündigung (JAR 1990, S. 230). Dagegen liegt kein Verstoß gegen die Kündigungsparität vor, wenn bei einer Kündigung vor Jahresende die ohnehin zum grossen Teil im Belieben des Arbeitgebers liegende Gratifikation verloren geht (Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 11.6.1968, publiziert in SJZ 1968 S. 223; JAR 1988, S. 257).

Im Entscheid vom 28. Juli 1986 (zitiert in JAR 1988, S. 258) hält das Tribunal des prud'hommes de Genève fest, dass ein Verlust von 40% des regulären Jahreseinkommens bei einer Kündigung vor Jahresende nicht mit der Kündigungsparität vereinbar ist. Das Kündigungsrecht wird hier offensichtlich übermässig zu Ungunsten des Arbeitnehmers eingeschränkt.

Vorliegend gehen der Klägerin rund 7-8% des Jahreseinkommens verloren, wenn sie Ende Jahr in einem gekündigten Arbeitsverhältnis steht. Der Verlust von 7-8% des Jahreseinkommens bei Kündigung mag zwar nicht – verglichen mit einem Verlust von 40% des Jahreseinkommens – eine ins Auge springende übermässige Bindung der Arbeitnehmerin darstellen. Trotzdem bedeuten Fr. 3'000.-- gemessen an einem Monatslohn von Fr. 3'400.-- einen beachtlichen Ermessensbestandteil. Diesen Betrag geht die Klägerin nicht nur verlustig, wenn sie eine Kündigung während des Kalenderjahres ins Auge fasst, sondern auch wenn die Arbeitgeberin vor Ende des Kalenderjahres kündigt. Das Kündigungsrecht der Arbeitnehmerin wird empfindlich eingeschränkt angesichts dieses Verlustes. Die Arbeitgeberin ihrerseits hat keine Risiken zu tragen.

So erhält eine Arbeitnehmerin, die beispielsweise im September in eine prämiensberechtigende Funktion einsteigt, die Prämie pro rata ausbezahlt. Wer aber das ganze Jahr über zur Rentabilitätssteigerung beigetragen hat und im Dezember die Kündigung erhält, wird nicht am Erfolg beteiligt, sondern geht der gesamten Prämie verlustig.

Das Arbeitsgericht kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum Schluss, dass das Kündigungsrecht einseitig und zwar zu Ungunsten der Arbeitnehmerin eingeschränkt wird. Ziffer 2.1 des Prämienreglements stellt daher einen Verstoss gegen die Kündigungsparität dar. Die Klausel verstösst gegen Art. 335a OR und ist gemäss Art. 20 Abs. 1 und 2 OR nichtig. Die Beklagte hat deshalb der Klägerin die Prämie auszurichten.

(Urteil vom 6. September 1994, Nr. 150-94; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 21. Dezember 1994, Nr. 960/I/94)

Eine einmalige schwere Verfehlung, die den Tatbestand der schweren Drohung nach Art. 180 StGB erfüllen könnte, zerstört das Vertrauensverhältnis grundlegend und rechtfertigt – auch ohne vorgängige Abmahnung - eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger arbeitete vom 1.12.1993 bis zum 30.12.1994 als Metzger bei der Beklagten. Am 29.12.1994 erhielt er brieflich die ordentliche Kündigung. Diese Ankündigung kam für ihn sehr überraschend, angesichts der Tatsache, dass er noch Mitte Dezember eine Lohnerhöhung zugesichert erhalten hatte. Am Morgen des 30.12.1994 erschien er wütend zur Arbeit. Sogleich bat er seinen Vorgesetzten um nähere Auskunft über das erhaltene Schreiben, worauf dieser ihm die Gültigkeit der Kündigung bestätigte.

Aufgrund der Aussagen der Beklagten, der Zeugeneinvernahmen und sogar des Klägers selbst kann davon ausgegangen werden, dass kurz nach Aufnahme der Arbeit der Kläger drohend auf den Vorgesetzten zuing, nachdem dieser ihn aufgefordert hatte, das Messer wegzulegen und nach Hause zu gehen. Es muss angenommen werden, dass der Kläger sich in einem betrunkenen oder doch wohl sehr erregten Zustand befand und zwar derart, dass auch die Zeugen erklärten, in diesem Moment Angst verspürt zu haben.

Entgegen den Beteuerungen des Klägers muss den einmütigen Aussagen der Zeugen mehr Gewicht beigemessen werden, die darlegen, dass der Beklagte vom Kläger zumindest am Ärmel angerührt wurde. Der Kläger seinerseits gibt zu, dass er seinen Vorgesetzten böse angeschaut habe. Dieser hatte Angst und rannte davon. Als die Polizei eintraf, hatte sich der Kläger bereits beruhigt und liess sich von ihr zum Bahnhof bringen.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, sofern durch ihn nachweisbare wichtige Gründe vorliegen. Die Lehre und die Rechtsprechung gehen einer Meinung, wenn sie betonen, dass die fristlose Kündigung als „ultima ratio“, als „unausweichlich letzte Massnahme“ gelten soll. Sie dürfte nur eingesetzt werden, wenn „mildere und angemessenere Mit-

tel fehlen“ (M. Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, Bd VI,2,2,2, Art. 337, N 2).

In der Regel ist eine vorherige klare und wiederholte Abmahnung erforderlich. Nur in seltenen Fällen kann eine fristlose Entlassung geschützt werden, ohne dass eine Verwarnung wegen eines gleichartigen Verstosses vorangegangen wäre. „Bei schweren Verfehlungen im Leistungs- oder im Vertrauensbereich ist hingegen eine ausserordentliche Kündigung auch ohne Abmahnung gerechtfertigt, soweit sie das Vertrauen auf künftige Zusammenarbeit endgültig zerstört haben und daher die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen“. (Rehbinder, a.a.O. Art. 337, N 2).

Im Entscheid des Arbeitsgerichtes der Stadt Bern vom 19.11.1984 (JAR 1985, S. 254) wurde eine einmalige „drohende Haltung und Beschimpfungen in einer Fremdsprache“ als genügendes Verhalten betrachtet, um die fristlose Entlassung ohne Verwarnung auszusprechen.

Mit Urteil vom 15.6.1995 hat der Appellationshof einen Entscheid des Arbeitsgerichtes Bern geschützt. Dieses sah eine fristlose Entlassung ohne vorherige Verwarnung als gerechtfertigt an, nachdem der Kläger seinen Vorgesetzten beschimpft und so stark bedrängt hatte, dass der Bedrohte in der Folge die Polizei aufsuchte (Dossier des Arbeitsgerichtes Bern Nr. 155-92).

Im vorliegenden Fall hat sich der Kläger ein Vergehen zuschulden kommen lassen. Sein Verhalten erfüllt den Tatbestand der schweren Drohung nach Art. 180 StGB, zumal der Bedrohte in besagter Situation mit einer Körperverletzung rechnen durfte und sich die Angst bei diesem und sogar einzelnen der Anwesenden eingestellt hatte (siehe Stratenwerth 1995, § 5, N 64 ff).

Schon das Höchststrafmass von 3 Jahren Gefängnis des Tatbestandes „Drohung“ bringt deutlich zum Ausdruck, dass ein solches Verhalten vom Betroffenen keinesfalls einfach geduldet werden muss. Der Kläger hat mit seinem Verhalten die ihm nach Art. 321a OR auferlegte Treuepflicht in grobem Masse verletzt. Die durch die vollendete Drohung hervorgerufene Angst, der Drohende möge eine Körperverletzung bewirken, ist durchaus geeignet, das für die Zusammenarbeit im selben Betrieb erforderliche Vertrauensverhältnis grundlegend zu zerstören. Dies noch in verstärktem Masse in einem Metzgereibetrieb, wo das Hantieren mit Messern zum Pflichtenheft gehört und ein „Die-Kontrolle-Verlieren“ eines

Arbeitnehmers wegen des Herumliegens von „Waffen“ schnell gefährlich werden könnte.

Im vorliegenden Fall kann dem Beklagten nicht zugemutet werden, nach Vorgefallenem innerhalb kurzer Zeit erneutes Vertrauen zum Kläger aufzubauen. Als milderer Mittel kam keine andere Massnahme in Betracht, denn die Möglichkeit einer erneuten Konfrontation hätte trotz einer allfälligen Versetzung in einen anderen Betriebsbereich weiterbestanden. Eine fristlose Entlassung ohne Verwarnung scheint angemessen und muss trotz höheren Anforderungen an die Ursachen während der Kündigungsfrist aus oben dargelegten Gründen als gerechtfertigt angesehen werden. Das Arbeitsverhältnis endete demnach zu Recht am 30.12.1994. Alle Ansprüche des Klägers, die sich auf den Januar 1995 beziehen, entfallen. Vielmehr könnte der Beklagte Schadenersatz aus Art. 337b OR verlangen, worauf er verzichtet hat.

(Urteil vom 10. April 1995 Nr. 7-95)

337 OR

Fristlose Auflösung bei Lohnrückständen

Wer seinen rückständigen Lohn unter Androhung der fristlosen Kündigung bei unbenütztem Fristablauf zwei- oder mehrmals vergeblich abmahnt und auf seine schriftlichen und mündlichen Gesprächsangebote keine Reaktion erhält, ist berechtigt, das Arbeitsverhältnis wegen Unzumutbarkeit fristlos aufzulösen.

Die Klägerin begann ihre Arbeit bei der Beklagten am 4.4.1988 vorerst als Kundenberaterin. Ab Ende 1989 wurde sie Filialleiterin/Institutsleiterin.

Ab September 1993 gab es gewisse Liquiditätsprobleme. Anscheinend wurden gegen die Beklagte auch mehrere Betreibungen eingeleitet. Zwei Filialen mussten geschlossen werden.

Im Schreiben vom 23.12.1993 wurde unter anderem mitgeteilt, dass es sich um ein sehr schwieriges Geschäftsjahr gehandelt

habe und dass wegen der „sehr angespannten Liquiditätsslage“ die zweite Hälfte des Dezemberlohnes erst am 14.1.1994 ausbezahlt werden könne. Die erste Hälfte des Dezemberlohnes wurde der Klägerin dann am 27.12.94 gutgeschrieben.

In einem gemeinsamen Brief aller Mitarbeiterinnen vom 12.1.1994 an die Beklagte reagierte die Klägerin auf das Schreiben vom 23.12.1993 betreffend Aufteilung Dezemberlohn. Sie bestand auf der Auszahlung des restlichen Dezemberlohnes in den nächsten Tagen. Sie erklärte sich jedoch bereit, über eine akzeptable Lösung zu verhandeln. Die Beklagte reagierte nicht.

Mit Brief vom 14.1.1994 an die Beklagte forderte die Klägerin „die Restdezemberlöhne bis am 19. Januar 1994 auf unsere Kontos zu überweisen. Ansonsten sind wir gezwungen, ab sofort zu kündigen“. Die Beklagte reagierte weiterhin nicht.

Am 19.1.1994 gelangte deshalb die Klägerin erneut an die Beklagte. Sie erklärte sich bereit, der Beklagten eine allerletzte Frist zu geben, um die Hälfte des Dezemberlohnes bis am 24.1.1994 auf dem Konto gutzuschreiben, andernfalls sie gezwungen sei, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. Unbestrittenermassen reagierte die Beklagte immer noch nicht.

Nachdem die Klägerin aufgrund eines Bankauszuges am 24.1.1994 festgestellt hatte, dass der Lohn noch nicht überwiesen war, kündigte sie ihr Arbeitsverhältnis fristlos (Brief vom 24.1.1994 an die Beklagte) und merkte handschriftlich an, dass sie ab sofort jede Verantwortung für die Filiale Bern ablehne, dass sie jedoch allen Kunden die Termine für den 25.1.1994 noch abgesagt habe.

Aus den Erwägungen:

Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 OR).

Wichtige Gründe liegen vor, wenn die Fortsetzung für den Betroffenen unzumutbar geworden ist. Wann die Unzumutbarkeit vorliegt, ist anhand des Einzelfalles abzuklären. Eine schwere Vertragsverletzung seitens des Arbeitgebers berechtigt in der Regel zur fristlosen Auflösung. Es hat ihr jedoch, abgesehen von einigen besonders schwerwiegenden Fällen, immer eine Verwarnung voranzugehen.

Als schwere Vertragsverletzung des Arbeitgebers gilt, wenn er seine vertragliche Hauptpflicht, nämlich die Lohnzahlung unterlässt (JAR 85, S. 146/7). Umgekehrt berechtigt auch die Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers den Arbeitgeber nach erfolgloser

Verwarnung zur fristlosen Vertragsauflösung. In der Regel bewirkt somit eine derart schwere Vertragsverletzung, dass die Fortsetzung unzumutbar wird. Anhand der Umstände im Einzelfall ist die Unzumutbarkeit indessen noch näher zu prüfen.

In casu sprechen mehrere Kriterien für das Vorliegen der Unzumutbarkeit auf Seiten der Klägerin:

Die erwiesenen Liquiditätsprobleme der Beklagten, die Verzögerungen in den Lohnzahlungen im Herbst 1993 sowie offenbar die Schliessung von andern Filialen verunsicherten die Klägerin.

Als die Klägerin anfangs Januar reagierte und klärende Worte suchte, fand sie verschlossene Ohren. Auf die insgesamt drei Schreiben reagierte die Beklagte mit Stillschwiegen. Ein letzter telefonischer Versuch am 24.1.1994 wurde ebenfalls abgewimmelt. Die Verunsicherung wurde somit durch die Passivität der Beklagten immer grösser.

Insgesamt forderte die Klägerin die Beklagte dreimal auf, den rückständigen Lohn binnen Frist zu bezahlen (Briefe vom 12.1.1994, vom 14.1.1994 und vom 19.1.1994). In den Briefen vom 14. und 19.1.1994 drohte sie zudem mit der fristlosen Vertragsauflösung.

Es ist aus diesen Gründen erwiesen, dass der Klägerin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war und dass sie, nachdem sie der Beklagten zweimal die von der Gerichtspraxis in der Regel geforderte Mahnung mit Androhung der fristlosen Vertragsauflösung zugestellt hatte, am 24.1.1994 zur fristlosen Vertragsauflösung nach Art. 337 OR berechtigt war.

Dass derartige Lohnrückstände zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigen, wurde in letzter Zeit von verschiedenen Gerichtsinstanzen wiederholt bestätigt, so unter anderem in Entscheiden publ. in JAR 85, S. 146 ff; SJZ 89 (1993), S. 309 und SJZ 90 (1994), S. 387f.

Löste die Klägerin das Arbeitsverhältnis am 24.1.1994 gerechtfertigterweise fristlos auf, so wurde die Beklagte gemäss Art. 337b OR schadenersatzpflichtig. Diese Pflicht berechnet sich nach den Kriterien von Art. 337c OR (Streiff/von Kaenel, 5. Auflage, N 5 zu Art. 337b).

Nach Art. 337c OR hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz des hypothetischen Verdienstes in der Kündigungsfrist, abzüglich was er erspart oder verdient hat.

(Urteil vom 28. Februar 1995, Nr. 125-94, 193-94)

337 OR

Fristlose Auflösung ohne wichtigen Grund

Das wiederholte Rauchen einer Reinigungsperson in einem Restaurant trotz mehrfacher mündlicher Verwarnung sowie das Verwenden eines Hemdes als Putztuch ist nicht dazu geeignet, die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar zu machen.

Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses sieben Tage nach Kenntnis aller relevanten Tatsachen ist - vorbehältlich spezieller Umstände - verspätet.

Am 15.3.1994 schloss die Beklagte mit dem Kläger einen schriftlichen Vertrag, wonach sie den Kläger als Reiniger/Gebäudechef in einem Restaurant einsetzte.

Der Kläger war der Chef der Reinigungsgruppe und wurde vertraglich für den reibungslosen Ablauf der Reinigungsarbeiten verantwortlich gemacht. Er war verpflichtet, die Gruppe intern selbst zu organisieren, bei Ausfall eines Mitarbeiters sollten er und die übrigen Mitarbeiter die zusätzliche Arbeit übernehmen.

Am 18.10.1996 wurde der Kläger von der Arbeit weggeschickt. Die Beklagte wurde über diesen Vorfall telefonisch informiert. Daraufhin wurde der Kläger am 21.10.1996 zu einem Gespräch mit der Beklagten geladen und mündlich darüber informiert, dass er im Restaurant nicht mehr arbeiten könne. Gleichzeitig wurde ihm von der Beklagten eine andere Stelle angeboten, die der Kläger jedoch ablehnte.

Am 24.10.1996 protestierte der Kläger schriftlich gegen die Entlassung vom 18.10.1996. Mit Schreiben vom 25.10.1996 wurde

dem Kläger daraufhin seitens der Beklagten fristlos gekündigt. Der Lohn wurde nur bis zum 18.10.1996 ausgerichtet.

Als fristlose Kündigungsgründe wurden am 25.10.1996 geltend gemacht:

- Mehrmaliges zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz;
- Nichtrespektierung der Materialien und Güter der Kunden;
- Unerlaubtes Mitbringen von fremden Personen;
- Rauchen am Arbeitsplatz trotz mehrmaliger Verwarnung.

Die Beklagte führte aus, der Kläger sei verschiedentlich zu spät zur Arbeit erschienen und habe am Arbeitsplatz, trotz striktem Rauchverbot geraucht. Durch das Hinlegen der Zigaretten seien überall Brandlöcher und damit Schäden in der Höhe von ca. Fr. 10'000. — entstanden.

Zudem habe der Kläger teilweise seine Frau an die Arbeitsstelle mitgenommen, obschon dies ebenfalls streng verboten gewesen sei.

Als der Kläger auch noch ein Hemd als Putzmaterial verwendet habe, sei er untragbar geworden.

Die Beklagte habe dem Kläger zwar noch versucht, einen anderen Arbeitsvertrag mit einer untergeordneten Position anzubieten. Als der Kläger diesen neuen Arbeitsvertrag jedoch zurückgewiesen habe, sei der Beklagten nichts anderes übrig geblieben als ihm fristlos zu kündigen. Ab dem 18.10.1996 habe der Kläger deshalb keinen Lohnanspruch mehr.

Aus den Erwägungen:

Aus wichtigen Gründen kann sowohl der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit auflösen, wenn ihm nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 OR).

Unkorrektheiten am Arbeitsplatz trotz wiederholter klarer Abmahnung, wie bspw. regelmässig zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz, wiederholte Beschädigung von Werkzeugen und Maschinen oder die Kombination verschiedenartiger, für sich allein zu wenig schwerwiegender Disziplinwidrigkeiten trotz Abmahnung berechtigten zwar unter Umständen zur fristlosen Entlassung (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Zürich 1992, N 5d zu Art. 337), allerdings nur, wenn das Arbeitsverhältnis dadurch unzumutbar wird.

Eine fristlose Entlassung ist nur dann möglich, wenn dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung zu beenden. Die fristlose Auflösung ist ein Notventil und als solches nur zurückhal-

tend zu handhaben. Das Vertrauensverhältnis muss grundlegend zerstört, nicht bloss gestört sein, es muss eine Ausnahmesituation vorliegen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 337).

In vorliegendem Fall machte die Beklagte verschiedene Disziplinarwidrigkeiten geltend, die sich der Kläger zu schulden habe kommen lassen: Das verspätete Erscheinen des Klägers konnte ihm allerdings nicht nachgewiesen werden, da sich der Arbeitsbeginn variabel gestaltete, je nach Schliessungszeit.

Das Mitbringen der Ehefrau zur Mitarbeit beim Putzen ist sodann nicht zu beanstanden, wenn man vom Vertrag des Klägers ausgeht, der ausdrücklich vorsieht, dass der Kläger die Mitarbeiter gruppenintern selbst zu organisieren hatte, wenn einer oder mehrere Mitarbeiter ausfielen. Da der Kläger nach Vertrag für den reibungslosen Arbeitsablauf zuständig war und diesen zu gewährleisten hatte, ist nur schwer ersichtlich, wie er dies ohne das nötige Personal hätte bewerkstelligen können.

Die Beklagte machte denn auch niemals geltend, dass sie den Kläger diesbezüglich verwarnt habe.

Zur fristlosen Entlassung hat demnach offenbar das Rauchen am Arbeitsplatz sowie ein Arbeitshemd geführt, das der Kläger zum Putzen der Scheiben verwendet hatte. Beim Verwenden des schmutzigen Hemdes als Putztuch handelte es sich allerdings gemäss Zeugenaussage um einen einmaligen Vorfall. Der Zeuge gab an, der Kläger habe sich bei Beanstandungen ansonsten stets bemüht, die Sache in Ordnung zu bringen. Diese beiden Vorfälle sind nun aber nicht dazu geeignet, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen.

Der Vollständigkeit halber bleibt noch anzufügen, dass eine fristlose Auflösung umgehend zu erklären ist. Sie muss erklärt werden, sobald der Kündigungsgrund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis der Vertragspartei gelangt ist. Damit ist ein sofortiges Handeln im Anschluss an die nötigen Abklärungen erforderlich (Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 337 N17), weshalb die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 25.8.1996, sieben Tage nach Kenntnis aller relevanten Tatsachen, ohnehin verspätet gewesen wäre.

Das Gericht kommt deshalb zur Überzeugung, dass in vorliegendem Fall die fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses durch die Beklagte zu Unrecht erfolgte.

(Urteil vom 12. Mai 1997, Nr. 246-96; eine hiergegen erhobene Nichtigkeitsklage wurde infolge Rückzugs am 19.6.1997 als erledigt abgeschrieben.)

337c OR

Fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund

Wer bei voller Kenntnis des Vorgefallenen dem Mitarbeiter eine andere Arbeitsstelle anbietet, dokumentiert, dass das Vertrauensverhältnis nicht grundlegend zerstört und demnach eine fristlose Kündigung ungerechtfertigt war.

Aus den Erwägungen:

Das wiederholte Rauchen am Arbeitsplatz trotz mehrfacher mündlicher Verwarnung sowie das Verwenden eines Hemdes als Putztuch sind nicht dazu geeignet, die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar zu machen. Insbesondere wenn man berücksichtigt, dass im fraglichen Restaurant sowohl andere Mitarbeiter als auch Gäste geraucht haben. Dass auch die Beklagte selbst das Verhalten des Klägers höchstens als leichte Verfehlungen einstufte, bewies sie zudem selbst, als sie dem Kläger am 21.10.1996 eine neue Arbeitsstelle anbot. Das Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses kann demnach von Seiten der Beklagten nicht als unzumutbar empfunden worden sein, da sie den Kläger offensichtlich gerne weiterhin beschäftigt hätte.

Sie hatte am 21.10.1996 alle nötigen Informationen, um zu beurteilen, ob eine Weiterbeschäftigung des Klägers für sie unzumutbar sei oder nicht. Indem sie dem Kläger bei voller Kenntnis des Vorgefallenen eine neue Arbeitsstelle als Mitarbeiter anbot, dokumentierte sie, dass das Vertrauensverhältnis durch das Verhalten des Klägers niemals grundlegend zerstört gewesen sein kann und demnach die fristlose Kündigung ungerechtfertigt erfolgte.

Entlässt die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre. Der Richter kann

zugleich den Arbeitgeber nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände dazu verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung bis zu sechs Monatslöhnen zu bezahlen (Art. 337c OR).

In vorliegendem Fall wurde zwischen den Parteien „eine Kündigungsfrist nach OR“ vereinbart. Demnach betrug die ordentliche Kündigungsfrist vom zweiten bis zum neunten Dienstjahr zwei Monate (Art. 335c OR). Die vom Kläger eingereichten Unterlagen belegen sodann, dass der Kläger im letzten Monat für die Zeit vom 01.10.1996 bis zum 18.10.1996 einen Bruttolohn von ca. Fr. 1'500.-- erhielt, was einen etwas niedrigen durchschnittlichen Tagesansatz von Fr. 110.-- ergibt. Das Gericht ist demnach von einem durchschnittlichen Monatslohn von Fr. 2'500.-- ausgegangen.

Die Schadenersatzzahlungen von 2 Monatslöhnen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist betragen demnach Fr. 5'000.-- und überstiegen die Forderungen des Klägers von Fr. 4'999.-- brutto.

Zusätzlich wären dem Kläger in vorliegenden Falle und in Würdigung der gesamten Umstände eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zugestanden. Da der Kläger jedoch nur Fr. 4'999.-- gefordert hatte, brauchte das Gericht darüber nicht zu befinden. Demnach hat das Gericht die Schadenersatzforderung des Klägers von Fr. 4'999.-- vollumfänglich gutgeheissen.

(Urteil vom 12. Mai 1997, Nr. 246-96)

337c OR Fristlose Auflösung

337d OR Abgrenzung zwischen ungerechtfertigtem Verlassen und ungerechtfertigter Entlassung

Wer sich endgültig und ohne wichtigen Grund weigert, die Arbeitsleistung zu erbringen, verlässt die Arbeitsstelle fristlos. Wer hingegen die Arbeitsstelle nur vorübergehend zu verlassen beabsichtigt, löst das Arbeitsverhältnis nicht fristlos auf

Es handelt sich vielmehr um eine fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber, wenn er dem Arbeitnehmer mitteilt, er müsse gar nicht mehr zur Arbeit zurückkommen.

Am 24.4.1998 meldete sich der Kläger beim Arbeitgeber ab, weil er Schule hatte. Der Kläger gab in der ersten Hauptverhandlung zu Protokoll, dass er die Beklagte schon vorgängig über den Schulbesuch informiert habe. Es sei vereinbart worden, dass er jeweils am Mittwoch die Schule besuche und sonst bei der Beklagten arbeite. Bei der Abmeldung habe der Beklagte dem Kläger dann mitgeteilt, dass er nicht mehr kommen müsse, wenn er die Schule besuche. Der Kläger habe sich deshalb am nächsten Tag bei einem neuen Arbeitgeber vorgestellt.

Der Beklagte macht geltend, der Kläger habe den Einsatz fristlos abgebrochen, d.h. er sei nicht mehr auf der Baustelle erschienen. Der Beklagte habe den restlichen Lohn zurückbehalten, weil er Art. 337d OR angewendet habe. Der Kläger habe eine katastrophale Leistung erbracht.

Betreffend Schulbesuch sei konkret nichts vereinbart worden, der Kläger habe sich aber zu spät abgemeldet.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 337d OR hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht antritt oder sie fristlos verlässt. Der Arbeitgeber hat einerseits Anspruch auf pauschalisierten Schadenersatz, der einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Andererseits hat der Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz eines über diese Pauschalentschädigung hinausgehenden Schadens, wenn er diesen

beweisen kann (Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. A., Helbling & Lichtenhahn, 1994, S. 185).

Die Anwendung dieses Artikels setzt jedoch eine bewusste, absichtliche und definitive Weigerung des Arbeitnehmers, seine Arbeit weiterzuführen, voraus. Ist unklar, ob ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung endgültig verweigert oder nur momentan ablehnt, ist in seinem Verhalten kein Angebot einer fristlosen Vertragsaufhebung zu sehen, das der Arbeitgeber durch unterlassenen Protest annehmen könnte. Will der Arbeitgeber aber seinerseits den Vertrag fristlos beenden, muss er in dieser unklaren Situation den Arbeitnehmer zur Arbeitsaufnahme auffordern (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. A., Stämpfli Verlag, 1999, Note 157).

In casu hat sich der Kläger für den 22.4.1998 abgemeldet, aber sehr spät. Eine verspätete Abmeldung kann als Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 321a OR gewertet werden. Es steht fest, dass der Kläger keine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigte. Vielmehr wollte er seiner Arbeit bei dem Beklagten nachgehen und jeweils am Mittwoch die Schule besuchen. Ihm wurde aber anlässlich seiner Abmeldung mitgeteilt, dass er nicht mehr kommen müsse. Es ist deshalb zu prüfen, ob eine gerechtfertigte fristlose Entlassung durch den Beklagten vorliegt.

Voraussetzung eines Rechts zur fristlosen Entlassung ist, dass ein wichtiger Grund in dem Sinne vorliegt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nach Treu und Glauben für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist (Art. 337 Abs. 2 OR). Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien muss also derart gestört sein, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint. In der Regel wird ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung vorliegen, wenn die andere Seite schwere Vertragsverletzungen begeht, beispielsweise bei eigenmächtigem Bezug von Ferien oder bei beharrlicher Arbeitsverweigerung. Leichtere Verfehlungen können eine ausserordentliche Kündigung nur dann begründen, wenn sie trotz Verwarnung mit Entlassungsandrohung wiederholt werden (Abmahnungsobliegenheit). Dazu gehört auch das unentschuldigte Fernbleiben. Kein Grund zur fristlosen Kündigung sind ferner ungenügende Leistungen des Arbeitnehmers (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. A., Stämpfli Verlag, 1999, Note 153).

Bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Entlassung spielt es auch eine Rolle, ob die Kündigungsfrist kurz oder lang ist. Der Rückgriff auf die fristlose Kündigung wird umso weniger zugelassen, je kürzer die Kündigungsfrist ist.

Die Parteien hatten vorliegend vertraglich für die ersten drei Monate eine Kündigungsfrist von 14 Tagen vorgesehen, so dass eine relativ kurze Kündigungsfrist zur Anwendung gekommen wäre.

Dem Kläger wurde gesagt, dass er nicht mehr zur Arbeit kommen müsse, weil er sich zu spät abgemeldet habe und die Schule regelmässig besuchen wolle. Gemäss Zeugenaussagen erschien der Kläger oft zu spät bei der Arbeit. Die Verspätungen sind als leichte Verfehlungen zu qualifizieren, welche zumindest einer Verwarnung mit Entlassungsdrohung bedürfen, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dasselbe gilt für den Schulbesuch. Aus den Akten geht aber nicht hervor, dass der Kläger für dieses Verhalten mit Entlassungsdrohung verwarnt worden wäre. Auch die vom Beklagten geltend gemachten ungenügenden Arbeitsleistungen reichen nicht für eine gerechtfertigte fristlose Entlassung aus.

(Urteil vom 31. Mai 1999, Nr. V 98 2; der Appellationshof trat mit Beschluss vom 17.9.1999 auf die Nichtigkeitsklage aus formellen Gründen nicht ein)

Dem zu Unrecht fristlos gekündigten Arbeitnehmer kann eine vom Richter zu bestimmende Entschädigung zugesprochen werden.

Vom 27. Februar 2001 an war der Kläger von seinem Arzt bis auf weiteres krank geschrieben, was er, soweit er sich erinnert, seinem Arbeitgeber auch mitteilte. Daraufhin kündigte ihm der Beklagte mit undatiertem Schreiben per 28. Februar 2001 seine Stelle fristlos. Der vom Kläger beigezogene Anwalt teilte dem Beklagten mit Brief vom 20. April 2001 mit, die ausgesprochene Kündigung sei gemäss Art. 336c Abs. 1 und 2 OR nichtig und sein Klient habe demzufolge Anspruch auf Krankenlohn gemäss Arbeitsvertrag und auf eine gerichtlich zu bestimmende Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR.

In der schriftlichen Begründung zur Kündigung, die der Kläger einverlangte, erhob der Beklagte verschiedenste Vorwürfe, die zu meist nicht näher belegt wurden. Dazu nahm der Kläger wie folgt Stellung: Seiner Ansicht nach habe er seine Arbeit immer korrekt ausgeführt. Seine Wochenblätter habe er immer vollständig ausgefüllt, so wie er es gelernt habe. Ebenso sei er während der Zeit, in der er für den Beklagten arbeitete, im Besitze der Taxiführerbewilligung gewesen. Des Weiteren habe er mit dem Taxi keine Privatfahrten unternommen. Diesbezüglich seien ihm von Seiten des Beklagten auch nie Vorwürfe gemacht worden.

Aus den Erwägungen:

Im Weiteren macht der Kläger eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung geltend. Die Höhe der Entschädigung hat er in das Ermessen des Gerichts gestellt. Nach dem Gesetz ist eine fristlose Entlassung nur aus wichtigen Gründen zulässig, wobei als wichtiger Grund jeder Umstand gilt, bei dessen Vorliegen die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 OR). Die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers stellt gemäss Abs. 3 des erwähnten Artikels niemals ein wichtiger Grund dar.

Für das Gericht sind keine wichtigen Gründe für eine fristlose Kündigung ersichtlich. Der Kläger hat anlässlich der Verhandlung glaubhaft dargetan, dass die vom Beklagten behaupteten Kündigungsgründe nicht vorgelegen haben. Insbesondere habe er über eine Taxibewilligung verfügt, habe weder Privatfahrten gemacht,

noch bewusst längere Fahrtwege unternommen. Die behauptete Arbeitsverweigerung an Fasnacht sei mit dem Arbeitgeber abgesprochen gewesen. Infolge Säumigkeit des Beklagten blieben die Angaben des Klägers unbestritten. Das Gericht sieht keinen Grund, an den glaubhaften Äusserungen des Klägers zu zweifeln. Es kann daher nicht gesagt werden, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist wäre dem Beklagten nicht zumutbar gewesen. Die fristlose Kündigung war somit nicht gerechtfertigt. In diesem Falle sieht das Gesetz in Art. 337c Abs. 3 OR vor, dass dem zu Unrecht gekündigten Arbeitnehmer eine vom Richter zu bestimmende Entschädigung zugesprochen werden kann, die jedoch den Lohn für sechs Monate nicht überschreiten darf. In Ausübung seines Ermessens und unter Würdigung der Umstände hat das Gericht diese Entschädigung auf Fr. 1'000.-- netto festgesetzt.

(Urteil vom 25. Oktober 2001, VI 01 9; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 12. August 2002, Nr. N – 0478/1/2001)

337d OR

Abgrenzung Leistungsverzug von fristloser Auflösung

Im Element der Endgültigkeit, das sich gegen aussen manifestieren muss, unterscheidet sich ein Verlassen im Sinne von Art. 337d OR vom blossen Leistungsverzug. Beim Arbeitnehmer muss der Wille, den Vertrag per sofort zu beenden, vorhanden und als Vertragsaufhebungswille für die Gegenpartei zudem auch erkennbar sein.

Auch aus konkludentem Verhalten muss unzweifelhaft die Endgültigkeit der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses hervorgehen.

Die Parteien schlossen am 15. Februar 1998 einen Arbeitsvertrag, welcher am 16. April 1998 durch einen neuen Vertrag ersetzt wurde. Entgegen den Abmachungen zwischen dem Beklagten und

dem Geschäftsführer der Klägerin stellte letzterer im Sommer 2001 mit Herrn U. R. einen neuen Mitarbeiter ein. Von diesem Zeitpunkt an fühlte sich der Beklagte als Opfer von zunehmender systematischer Ausgrenzung und Mobbing durch Herrn G.. Die darauf folgenden Meinungsverschiedenheiten und Unstimmigkeiten zwischen dem Beklagten und Herrn G. gipfelten in den Ereignissen vom Freitag, 25. Januar 2002, welche zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führten. Es kam zu einem kurzen Wortgefecht mit gegenseitigen Vorwürfen. Der Beklagte lief rot an und war richtiggehend „muff“ (Zeugin M.). Die Situation war für ihn nicht mehr länger erträglich. Er hatte sich nicht mehr im Griff und musste gehen. Mit welchen Formulierungen er das Büro verliess, ist im Detail kontrovers geblieben. Laut seinen eigenen Angaben brauchte er die Zukunftzeitform: „Ic würde ufhöre, bi dr K. zschaffe“. Laut der Aktennotiz vom 25.1.02 verwendete er hingegen die Gegenwartsform: „Ic schaffe nüme hie ... für d’K. schaffe ig nümme ... ig gange jitze“. Auch die Gegenpartei qualifizierte sein Verhalten als Quasi-Kurzschlusshandlung aus einem Impuls heraus, über die er sich später reuig geworden sei. Jedenfalls packte der Beklagte beim Verlassen der Büros seine Sachen auf dem Pult in seine Mappe, so dass es nichts Persönliches mehr auf dem Pult hatte (Zeugin M.). Zu Hause verfasste er die ordentliche Kündigung, die er am 28. Januar 2002 hatte abschicken wollen und die folgenden Wortlaut hatte: „Hiermit kündige ich mein Arbeitsverhältnis aufgrund von Mobbing und „Spielchen“ unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den 31. April 2002“. In der Aktennotiz vom 25.1.2002, wurde unter anderem festgestellt, „R. W. hat am 25. Januar 02 um 08.45 Uhr, gegenüber den hier Anwesenden mit sofortiger Wirkung das Arbeitsverhältnis gekündet.“ Ebenfalls vom 25. Januar 2002 datiert ein Einschreibebrief der Klägerin an den Beklagten, der am Sonntag 27.1.2002 um 19.23 am Dringlichkeitsschalter der Schanzenpost Bern aufgegeben wurde und worin festgestellt wird: „1. Wir halten fest, dass du am 25. Januar 2002 um 08.45 Uhr der Firma K. GmbH fristlos gekündet hast und anschliessend, dass du die Arbeitsstelle verlassen hast“. Am Montag, 28.1.2002 begab sich der Beklagte wie gewohnt zur Arbeit. Der Einlass in die Büroräumlichkeiten war ihm allerdings verwehrt, weil die Schlösser übers Wochenende ausgewechselt worden waren. Er informierte seine Frau und wollte warten, bis die anderen im Betrieb erschienen. Um 14.00 Uhr kam es in den Büroräumlichkeiten zu einer Besprechung zwischen den Parteien in Anwesenheit von Herrn U. R.. Über diese Besprechung wurde zudem eine von der Zeugin M. zusammen mit Herrn G. und Herrn U. R. geschriebene Aktennotiz vom 28.1.2002 erstellt, worin unter ande-

rem wörtlich Folgendes festgehalten wird: „R. W. packt seine Sachen aus den Schubladen, dem Schrank und diejenigen, welche sich auf dem Pult usw. befinden, zusammen, wie z.B. Gesetzbücher, Schreibzeug etc. sowie den Rechner seines privaten Computers. Auf die Aufforderung von G., auch den entsprechenden privaten Bildschirm mitzunehmen, sagt R. W., er schenke ihn der Firma („altes“ Gerät). R. W. gibt auf die Bitte von G. seine K. VISECA-Card sowie den Büro- wie den Einstellhallenplatz-Schlüssel ab.“

Aus den Erwägungen:

Wie aus dem Gesetz in Art. 337d Abs. 1 OR hervorgeht, kann der Arbeitgeber nur Entschädigung und Schadenersatz verlangen, wenn das fristlose Verlassen des Arbeitsplatzes durch den Arbeitnehmer ungerechtfertigt war, wenn also der Arbeitnehmer dadurch Vertragsbruch begeht, dass er sich endgültig und ungerechtfertigt weigert, das bestehende Arbeitsverhältnis zu erfüllen, sei es durch ausdrückliche Kündigung, sei es ausnahmsweise durch konkludentes Verhalten.

Die Gültigkeit einer fristlosen Kündigung hängt neben der Bestimmbarkeit und Bedingungslosigkeit auch von der Endgültigkeit der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ab. Diese ist nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer zum Beispiel unerlaubt einen Tag frei nimmt oder vorübergehend die Arbeit verweigert (Schumacher Jost, Der Vertragsbruch nach dem neuen Arbeitsvertragsrecht, Bern/Frankfurt, 1975, S. 74). Brühwiler (Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 1 zu Art. 337d OR) führt dazu aus, gemeint seien nur solche Verhaltensweisen, „die von einer bewussten, also absichtlichen und endgültigen Ablehnung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen begleitet sind“. Lehre und Praxis sind sich einig, dass man nicht durch blosses Sich-Entfernen vom Arbeitsplatz ein Arbeitsverhältnis fristlos kündigt. Im Element der Endgültigkeit, das sich gegen aussen manifestieren muss, unterscheidet sich ein Verlassen im Sinne von Art. 337d OR vom blossen Leistungsverzug. Beim Arbeitnehmer muss der Wille, den Vertrag per sofort zu beenden, vorhanden und als Vertragsaufhebungswille für die Gegenpartei zudem auch erkennbar sein. Es ist gerichtsnotorisch, dass im Berufsalltag bei einem Streit eine der Vertragsparteien gelegentlich den Arbeitsplatz verlässt, weil sie sich vorübergehend nicht mehr arbeitsfähig fühlt oder dass sie im Affekt irgendwelche Äusserungen macht, die im Nachhinein nicht bestätigt werden. Auch in solchen Fällen fehlt es jeweils am Element der Endgültigkeit.

Die Klägerin führt in ihrer Klageschrift ausserdem ins Feld, dass eine fristlose Kündigung auch konkludent erklärt werden könne und dass der Beklagte dies mit dem ungerechtfertigten Verlassen des Arbeitsortes getan habe. Die Klägerin verkennt hierbei, dass auch aus dem konkludenten Verhalten unzweifelhaft die Endgültigkeit der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses hervorgehen muss. Diesem Erfordernis ist nicht genüge getan, wenn der Kündigende nach einem Streit im Affekt den Arbeitsplatz verlässt. Vorliegend verliess der Beklagte zwar den Arbeitsplatz, doch, wie sein späteres Verhalten zeigt, nicht endgültig. Er fand sich am nächsten Arbeitstag, den 28. Januar 2002 zu gewohnter Zeit zur Arbeit ein und packte erst an diesem Tag – anscheinend auf Anordnung - seine Sachen aus der Schublade, aus dem Schrank und vom Pult zusammen und musste die Kreditkarte und die Schlüssel abgeben (siehe Aktennotiz der Klägerin vom 28.1.2002).

Es steht fest, dass es sich nicht um einen Vertragsbruch und um ein ungerechtfertigtes fristloses Verlassen der Arbeitsstelle durch den Beklagten handeln konnte, sondern höchstens um eine temporäre Leistungsverweigerung (dazu Entscheid des Arbeitsgerichts der Stadt Bern vom 14.3.1989 bestätigt durch Entscheid des Appellationshofes vom 27.7.1989 publ. in Jahresbericht des Arbeitsgerichts der Stadt Bern 1989, S. 25 ff.)

(Urteil vom 13. Mai 2003, Nr. IX 02 12; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 14. Oktober 2003, Nr. N – 0229/1/2003)

Zulässigkeit der unechten Teilklage

Was aufgrund des gleichen Klagegrundes zur Zeit der Klageeinreichung fällig ist, muss zusammen geltend gemacht werden, ansonsten es sich um eine unzulässige Teilklage handelt, auf die nicht eingetreten werden kann.

Aus den Erwägungen:

Der Beklagte/Widerkläger stellt in seinem Leistungsbegehren eine Forderung in der Höhe von Fr. 7999.- unter dem Vorbehalt der Nachklage für weitere arbeitsrechtliche Forderungen. Wie aus der Formulierung des Begehrens ersichtlich, wird vom Beklagten und Widerkläger nur ein Teil der gesamten Lohnforderungen eingeklagt. Es stellt sich demnach die Frage, ob diese Teilklage zulässig ist.

Die Praxis des Arbeitsgerichtes der Stadt Bern ist zur Frage der Zulässigkeit von Teilklagen eher streng und richtet sich nach dem Grundsatz, dass, was aufgrund des gleichen Klagegrundes zur Zeit der Klageeinreichung fällig ist, zusammen geltend gemacht werden muss.

Vorliegend sind alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis vor Klageeinreichung fällig geworden, weshalb diese auch gemeinsam geltend gemacht werden müssen. Angesichts seines Charakters als kostenloses Spezialgericht ist es nicht zulässig, die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts künstlich zu begründen, ebensowenig wie es nicht möglich ist, seine Zuständigkeit durch Erhebung einer die Kompetenz überschreitenden Widerklage zu verhindern (Art DArbG, Dekret über die Arbeitsgerichte). Es ist gemäss der Praxis des Arbeitsgerichtes nicht möglich, von mehreren bereits fälligen Monatslöhnen vorerst nur einen einzuklagen, dagegen dürften ausstehender Lohn und Schadenersatz wegen der Verschiedenheit des Klagegrundes jeder für sich eingeklagt werden (94. Jahresbericht des Arbeitsgerichtes der Stadt Bern, 1988, S. 25.). Die Praxis des Arbeitsgerichtes lässt somit unechte Teilklagen, beruhend auf verschiedenen Klagegründen ohne weiteres zu, die echten, beruhend auf einem einzigen Klagegrund, jedoch nicht. Diese Praxis stützt sich auf den Entscheid vom 24.5.1988 (wiedergegeben im Jahresbericht des Arbeitsgerichtes der Stadt Bern 1988 auf S. 24 ff.). Mit Beschluss vom 4. Dezember 1997 haben die Vorsitzenden diese Praxis präzisiert und erneut bestätigt. Bei der Forderungsklage des Beklagten/Widerklägers handelt es sich demnach

um eine unzulässige Teilklage. Den anderen Teil seiner Forderung hat er bereits vor dem Kreisgericht VIII Bern eingeklagt, welcher Prozess vorerst sistiert worden ist. Aus diesen Gründen ist auf die Widerklageforderung nicht einzutreten.

(Urteil vom 13. Mai 2003, Nr. IX 02 12; bestätigt mit Urteil des Appellationshofes vom 14. Oktober 2003, Nr. N – 0229/1/2003)

Ebenso:

Zwar hat sich laut Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi die Problematik der Teilklage vor Spezialgerichten entschärft (N 4e zu Art. 4 ZPO). Die Praxis des Arbeitsgerichts der Stadt Bern ist indessen weiterhin relativ restriktiv und lehnt eine künstliche Begründung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit ab.

Zulässig sind demgegenüber sogenannte unechte Teilklagen.

Die Praxis, wie sie in einem Urteil, publ. im Jahresbericht 1988, S. 24f, wiedergegeben wurde, wurde einzig mit Beschluss der Vorsitzenden vom 4.12.1997 dahingehend präzisiert, dass, was aufgrund des gleichen Klagegrundes zur Zeit der Klageeinreichung fällig war, zusammen geltend gemacht werden muss, ansonsten es als unzulässige Teilklage qualifiziert wird; eine Praxis, die übrigens seither in den Büroversammlungen der Vorsitzenden vom 23.1.2002 und vom 15.1.2004 ausdrücklich bestätigt wurde.

Wer also – positiv ausgedrückt - sukzessiv fällig werdende Lohnansprüche unter CHF 8'000 je einzeln geltend macht, verletzt die Zuständigkeitsvorschriften bei den Arbeitsgerichten nicht.

Die einschlägige Lehre erachtet im Übrigen eine solche sog. unechte Teilklage ohne Vorbehalte ebenfalls als zulässig (Berner Kommentar, N 15 zu Art. 343 OR und Dr. Niklaus Oberholzer, Das Arbeitsgericht, Bern, Haupt 1985, S. 149 mit Verweisen).

(Prozessleitende Verfügung vom 30.8.2004 i.S. IIX 04 3).

Kostenaufgabe bei Mutwilligkeit

Wer trotz des mehrmaligen Hinweises auf die Aussichtslosigkeit seines Rechtsbegehrens an seinen Forderungen festhält und dann zum Rechtsfortsetzungstermin ohne Entschuldigung nicht mehr erscheint handelt mutwillig und ist zur Übernahme von Gebühren und Auslagen des Gerichts zu verurteilen.

Aus den Erwägungen:

Art. 343 Abs. 3 OR beschränkt die Kostenfreiheit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens auf den Fall der nicht mutwilligen Prozessführung. Auch Art. 53 des Dekrets über die Arbeitsgerichte hält fest, dass weder Gebühren noch Auslagen gesprochen werden dürfen. Prozessiert eine Partei aber mutwillig, so sieht Art. 54 des Dekrets vor, dass das Gericht mit Busse bestrafen und die Gebühren und Auslagen des Gerichts auferlegen kann.

Rehbinder (Berner Kommentar, Bern 1992, N 20 zu Art. 343 OR, S. 315) führt zum Begriff der mutwilligen Prozessführung Folgendes aus: "Mutwilligkeit setzt neben der objektiv feststellbaren Aussichtslosigkeit des Prozesses noch ein subjektives Element voraus. Der Prozess muss wider besseres Wissen oder zumindest wider die vom Betreffenden nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht betrieben worden sein."

In der Gerichtspraxis lassen sich u.a. folgende Tatbestände nachweisen, welche als mutwillige Prozessführung angesehen werden:

Es handelt mutwillig,

- wer eine Klage erhebt und der Verhandlung unentschuldigt fernbleibt (in JAR 1983, S. 292 und 1980 S. 327),
- wer trölerisch mehrere Verhandlungen veranlasst (in BJM 1976, 315),
- wer bewusst einen unhaltbaren Rechtsstandpunkt einnimmt oder sich bewusst auf unwahre Behauptungen stützt. Dies darf selbstverständlich nur ausnahmsweise und zurückhaltend angenommen werden, so z.B. wenn der betreffenden Partei die offensichtliche Aussichtslosigkeit ihres Standpunktes bereits im Vorverfahren eingehend dargelegt worden ist (in BJM 1981, 291 f. und JAR 1984, S. 301),

- wer durch falsche Angaben in der ersten Verhandlung eine zweite Verhandlung provoziert (in JAR 1987, S. 356).

Das Obergericht Zürich hat im Urteil vom 17. Juni 1985 (in JAR 1988, S. 438) einem Arbeitnehmer, der mehrfach auf die Unzuständigkeit des Gerichts hingewiesen worden ist und trotzdem Klage eingereicht hat, die Verfahrenskosten auferlegt.

Der Appellationshof des Kantons Bern hat im Urteil vom 12. Mai 1992 (in 97./98. Jahresbericht des Arbeitsgerichts der Stadt Bern, S. 40 f.) der klagenden Partei die Verfahrenskosten seiner Instanz auferlegt, weil sie zur Hauptverhandlung bei der Vorinstanz nicht erschienen ist, in der Nichtigkeitsklage aber neue Einwände erhoben hat, welche sie trotz Aufforderung weder begründet noch belegt hat.

Die angeführte Gerichtspraxis zeigt, dass der Kläger in casu durch sein Verhalten gleich mehrmals Anlass gibt, die mutwillige Prozessführung zu bejahen. Der Kläger wurde bereits im Vorverfahren mit mehreren ausführlichen Schreiben darauf aufmerksam gemacht, dass seine Begehren chancenlos sind. Anlässlich der ersten Verhandlung wurde ihm die Aussichtslosigkeit seines Rechtsbegehrens und die Folgen der mutwilligen Prozessführung ein weiteres Mal eingehend geschildert. Trotzdem hielt der Kläger wider besseres Wissen an seinen Forderungen fest und stellte gar weitere Beweisanträge. Er verlangte die Ladung von vier Zeugen und es musste ein zweiter Verhandlungstermin angesetzt werden. Dieser Verhandlung aber blieb der Kläger unentschuldigt fern!

Das Gericht kommt nicht umhin, dieses Verhalten als mutwillig zu bezeichnen. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass das Gericht auf Kosten des Steuerzahlers bzw. der Steuerzahlerin und ohne Auflage der Kosten an die uneinsichtige Partei tätig wird, wenn er vorgängig mehrmals auf die Aussichtslosigkeit seiner Begehren aufmerksam gemacht worden ist. Wider besseres Wissen provozierte er gar eine zweite Hauptverhandlung, der er auch noch unentschuldigt fernblieb. Der Kläger wird darum verurteilt, eine Busse von Fr. 200.-- zu bezahlen und einen Teil der Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 200.-- zu ersetzen. Da er die Ladung der Zeugen veranlasst hat, werden ihm zusätzlich die daraus entstandenen Kosten von Fr. 94.-- auferlegt.

(Urteil vom 12. Juni 1995, Nr. 277-94)

Sachliche Zuständigkeit

Übersteigt der Streitwert mehrerer Ansprüche die Grenze von Fr. 8'000.00, so wird das Arbeitsgericht unzuständig und die Akten müssen von Amtes wegen an den zuständigen Richter weitergeleitet werden.

Mit Entscheid vom 20. August 2001 verurteilte das Arbeitsgericht der Stadt Bern den Nichtigkeitskläger, dem Nichtigkeitsbeklagten Fr. 958.95 nebst Zins aus Ferienguthaben, Fr. 1'183.30 nebst Zins aus 13. Monatslohn und Fr. 5'800.00 wegen missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen.

Aus den Erwägungen des Appellationshofes:

Der Nichtigkeitsbeklagte hatte einzig Klage wegen missbräuchlicher Kündigung erhoben und dafür Fr. 7'999.95 verlangt. Das Verhandlungsprotokoll zeigt, dass der Vorsitzende darauf in Verletzung der von Art. 343 OR unberührten Dispositionsmaxime den Sachverhalt von sich aus auch hinsichtlich des Ferienanspruchs und des 13. Monatslohns zu erforschen begann, obwohl diese beiden Ansprüche auf einem eigenen Sachverhalt gründen (teilweise Nichtgewährung von Ferien und Lohn über Jahre hinweg) und von demjenigen der missbräuchlichen Kündigung (unfreundliche Behandlung des Nichtigkeitsklägers nach dem 17. März 2000) unabhängig sind. Indem der Nichtigkeitsbeklagte bereits für die missbräuchliche Kündigung Fr. 7'999.95 verlangt hatte und im Rahmen des ersten Parteivortrages diesbezüglich sein Rechtsbegehren nicht reduzierte, nachdem der Ferienanspruch und der 13. Monatslohn miteinbezogen worden waren, überstieg der Streitwert der drei Ansprüche die Grenze von Fr. 8'000.00. Das Arbeitsgericht wurde deshalb unzuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO) und hätte die Akten von Amtes wegen an den kompetenten Richter weiterleiten müssen (Art. 94 Abs. 3 ZPO), zumal der Nichtigkeitskläger anlässlich der Beweisverfügung sofort im Termin protestierte und dann noch einmal mit Schreiben vom 19. März 2001 rügte (p. 59), weshalb er sich auch nicht entgegenhalten lassen muss, die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts anerkannt zu haben.

Schliesslich ist klarzustellen, dass das Argument, es sei nie ein Fr. 7'999.95 übersteigendes Rechtsbegehren gestellt worden, nicht verfängt: Es ist unzulässig, verschiedene Ansprüche, die zusammen Fr. 8'000.00 übersteigen, ohne Einschränkung einzuklagen,

dann das Gericht über sämtliche Ansprüche Beweis führen zu lassen und am Schluss gestützt auf das Beweisergebnis von den Ansprüchen nach Gutdünken solche im Umfang von Fr. 8'000.00 auszuwählen, vielmehr hat sich der Kläger von Anfang an zu entscheiden, aus welchem Rechtsgrund er wieviel verlangt.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, hat das Arbeitsgericht die Dispositionsmaxime verletzt und seine sachliche Zuständigkeit überschritten.

(Urteil vom 20. August 2001, Nr. I 00 51; Urteil des Appellationshofs vom 25. Januar 2002, Nr. 382/II/01)

**39 DArbG
83 ZPO**

Fehlende Säumnis

Anwälte sind vor Arbeitsgericht ohne Einschränkung zugelassen.

Das Erscheinen eines zur Prozessvertretung befugten Vertreters hindert die Säumnis der Partei, auch wenn diese zum persönlichen Erscheinen verpflichtet ist. Unterlassung des persönlichen Erscheinens zeitigt hingegen die prozessualen Nachteile.

Aus den Erwägungen des Appellationshofes:

Der Nichtigkeitskläger ist im Verfahren vor dem Arbeitsgericht der Stadt Bern säumig erklärt worden, und zwar mit der Begründung, er sei zur Verhandlung nicht persönlich erschienen. Er habe sich zwar durch seinen Anwalt vertreten lassen, eine Vertretung durch den Anwalt sei aber im Dekret über die Arbeitsgerichte (DArbG) nicht vorgesehen. Wohl könne der Anwalt eine Partei im Termin voraussetzungslos verbeiständen, hingegen nicht vertreten. Hiezu bedürfe es einer Dispensation durch das Gericht auf Gesuch hin. Die Auffassung der Vorinstanz entspricht der Rechtsauffassung, wie sie bis zum 31. Dezember 1997 galt, geregelt war dies in Art. 39 Abs. 5 DArbG. Diese Bestimmung ist aber auf den 1. Januar 1997 aufgehoben worden. Seither sind Anwälte vor Arbeitsgerichten ohne Einschränkung wie vor jedem anderen Zivilgericht zuge-

lassen (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage 2000, N. 4.g. zu Art. 4 ZPO und N. 1.b. zu Art. 83 ZPO). Das Erscheinen eines zur Prozessvertretung befugten Vertreters hindert die Säumnis der Partei auch dann, wenn diese persönlich geladen war. Unterlassung des persönlichen Erscheinens zeitigt hingegen die prozessualen Nachteile gemäss den Art. 177, 280 und 296 ZPO und kann zu einer Ordnungsbusse gemäss Art. 19 Abs. 2 ZPO führen. Dies gilt auch im Kompetenzverfahren (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N. 1.a. zu Art. 283 ZPO sowie N. 2. und insbesondere N. 5. zu Art. 296 ZPO). Eine Ausnahme gilt nur noch für den Aussöhnungsversuch (Art. 147; vgl. hierzu Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N. 1. zu Art. 147 ZPO). Das Arbeitsgericht der Stadt Bern hat in seinem Urteil zur Begründung der Säumnis unter anderem eine Parallele zum Aussöhnungsversuch gezogen. Das Aussöhnungsverfahren ist aber die einzige Ausnahme, bei der eine Säumigerklärung auch dann möglich ist, wenn die Partei durch einen Anwalt vertreten ist. Viel naheliegender ist die Parallele zum Kompetenzverfahren gemäss Art. 294 ff. ZPO, wo eine Säumigerklärung bei anwaltschaftlicher Vertretung eben nicht zulässig ist.

(Urteil vom 14. März 2000, Nr. I 99 71; Urteil des Appellationshofs vom 20. Juli 2000, Nr. 134/II/2000)

Kassation von Amtes wegen bei Verletzung des rechtlichen Gehörs**Aus den Erwägungen des Appellationshofes:**

Indem die Vorinstanz den Nichtigkeitskläger säumig erklärt hat und seinem Vertreter keine Gelegenheit gab, zu den Anbringen der Gegenpartei Stellung zu nehmen, hat sie dessen rechtliches Gehör verletzt. Dabei ist es unbeachtlich, ob die Säumnis für das Urteil von Bedeutung war, denn die Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist als Verletzung eines grundlegenden Verfahrensgrundsatzes um ihrer selbst willen zum Nichtigkeitsgrund erhoben (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, 2000, N. 4. zu Bem. vor Art. 359 ZPO; vgl. auch ZBJV 84 (1948), S. 93 ff.).

Allerdings ist die Säumigerklärung bzw. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vom Nichtigkeitskläger gar nicht gerügt worden, weshalb eine Gutheissung der Nichtigkeitsklage gestützt darauf nicht möglich ist. Es handelt sich dabei aber um die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, weshalb sich die Frage nach einer Kassation von Amtes wegen im Sinne von Art. 90 ZPO stellt. Dabei ist es unbeachtlich, dass dieser Punkt vom Nichtigkeitskläger gar nicht gerügt worden ist. Entscheidend ist lediglich, dass nach Beendigung der ersten Instanz der Appellationshof durch ein fristgerecht eingelegtes Rechtsmittel mit der Sache befasst wird (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N. 1.c. zu Art. 90 ZPO). Da der 26. März 2000 ein Sonntag war und die zehntägige Frist sich deswegen bis zum 27. März 2000 verlängert hat, ist die Nichtigkeitsklage fristgerecht eingereicht worden. Somit sind die Voraussetzungen einer Kassation von Amtes wegen im Sinne von Art. 90 ZPO erfüllt. Die Verhandlung und das Urteil des Arbeitsgerichts der Stadt Bern vom 14. März 2000 sind deshalb aufzuheben und die Sache ist zur Neuurteilung an das Arbeitsgericht der Stadt Bern zurückzuweisen.

(Urteil vom 14. März 2000, Nr. I 99 71; Urteil des Appellationshofs vom 20. Juli 2000, Nr. 134/II/2000)

Auf eine Feststellungsklage wird nur eingetreten, wenn ein selbständiges Feststellungsinteresse besteht. Dieses Rechtsschutzinteresse fehlt insbesondere dann, wenn über die blosser Feststellung hinaus sogleich eine vollstreckbare Forderung erlangt werden kann.

Die Anrufung eines Gerichts mittels Gestaltungsklage setzt ein nach materiellem Recht bestehendes Gestaltungsrecht voraus, welches nur durch Erwirkung eines richterlichen Urteils ausgeübt werden kann. Auf das Begehren um richterliche Auflösung eines Arbeitsverhältnisses kann deshalb nicht eingetreten werden.

Aus den Erwägungen:

Auf Feststellungsklagen, wie sie die Klägerin in ihrem Eventual- und Subeventualbegehren stellt, wird nur eingetreten, wenn ein selbständiges Feststellungsinteresse besteht (Art. 174 ZPO). Dieses Rechtsschutzinteresse fehlt, insbesondere dann, wenn über die blosser Feststellung hinaus sogleich eine vollstreckbare Forderung erlangt werden kann (Leuch/Marbach/ Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung des Kantons Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 3c. zu Art. 174). Vorliegend besteht bezüglich der Feststellung der fristlosen Kündigung und subeventuell betreffend die Feststellung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. März 2002 kein selbständiges Rechtsschutzinteresse. Dies deshalb, weil mit dem Entscheid über das Forderungsbegehren, gleichzeitig auch die Frage über Art und Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beantwortet werden muss. Somit ist auf das Eventual- und das Subeventualbegehren der Klägerin nicht einzutreten.

Gemäss Entscheid des Appellationshofes vom 14.10.2003 ist Tatsache, dass der Entscheid über das Leistungsbegehren von Anfang an bedingte, dass abzuklären und zu entscheiden sein wird, auf welchen Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet worden ist. Demnach war von Anfang an kein Rechtsschutzinteresse an den separaten Feststellungsbegehren vorhanden und auf diese nicht einzutreten.

Mit dem Subsubeventualbegehren verlangt die Klägerin die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses, nämlich die richterliche Auslösung des Arbeitsverhältnisses. Die Klägerin verkennt hierbei, dass die Anrufung des Gerichts mittels Gestaltungsklage ein nach materiellem Recht bestehendes Gestaltungsrecht voraussetzt, welche nur durch Erwirkung eines richterlichen Urteils ausgeübt werden kann (Sträuli/Messer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1982, § 59, N 10). Vorliegend verlangt die Klägerin mittels Gestaltungsklage die richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Da es sich bei der Kündigung im Arbeitsrecht aber um kein Gestaltungsrecht handelt, welches zwingend nur vom Richter ausgeübt werden kann, kann auf das Begehren um richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht eingetreten werden.

(Urteil vom 13. Mai 2003, Nr. IX 02 12; bestätigt mit Urteil des Appellationshofs vom 14. Oktober 2003, Nr. N – 0229/1/2003)

47 DArbG Wählbarkeitsvoraussetzungen, Unvereinbarkeit

Wird das Arbeitsgericht durch eine gewählte Präsidentin präsiert, die zugleich Oberrichterin ist, so ist es vorschriftsmässig besetzt, sofern die Präsidentin die Wählbarkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 67 KVG, Art. 5 Abs. 2 GOG bzw. Art. 14 DArbG erfüllt. Es gibt keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Gründe, die einer Oberrichterin verbieten, gleichzeitig als Präsidentin des Arbeitsgerichts tätig zu sein.

Aus den Erwägungen des Appellationshofs:

Die Nichtigkeitsklägerin führt aus, da das Arbeitsgericht durch eine Oberrichterin präsiert worden sei, sei es im Sinne von Art. 47 Ziff. 2 des Dekrets über die Arbeitsgerichte (DArbG, BSG 162.71) nicht vorschriftsmässig besetzt gewesen. Das Obergericht sei als letzte kantonale Instanz Aufsichtsbehörde und Rechtsmittelinstanz in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Nach hiesigem Verständnis

gehe es aus grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Gründen nicht an, dass die gleichen Personen richterliche Funktionen in einander unter- bzw. übergeordneten Gerichten ausüben würden, und zwar unbesehen, ob sie im konkreten Fall mitwirken würden oder nicht. Als gewählte Oberrichterin sei sie nicht als Präsidentin eines Arbeitsgerichtes wählbar und könne demnach keine dahergen Funktionen ausüben.

Demgegenüber macht die Nichtigkeitsbeklagte geltend, die Möglichkeit, dass das Arbeitsgericht von einem Mitglied des Obergerichtes präsiert werden könne, sei bereits bei Erlass des Dekrets über die Arbeitsgerichte in Betracht gezogen worden. Art. 49 Abs. 2 DArbG halte nämlich fest, dass Richter, die beim ersten Entscheid mitgewirkt hätten, im Rechtsmittelverfahren in den Ausstand treten müssten.

Die Nichtigkeitsklägerin beruft sich auf Art. 47 Ziff. 2 DArbG (nicht vorschriftsmässige Besetzung des Arbeitsgerichtes).

Gemäss Art. 67 des Gesetzes über Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen (GOG, BSG 161.1) und Art. 29 DArbG besteht das Arbeitsgericht zur Verhandlung und Beurteilung von Streitigkeiten aus der Präsidentin oder dem Präsidenten, zwei Beisitzerinnen oder Beisitzern und der Zentralsekretärin oder dem Zentralsekretär.

Wie dem Protokoll der Verhandlung vom 12. Mai 2003 sowie jenem der Verhandlung vom 19. Januar 2004 entnommen werden kann, war das Arbeitsgericht mit einer Präsidentin, zwei Beisitzern und einer Sekretärin jeweils vorschriftsgemäss besetzt. Die Nichtigkeitsklägerin rügt denn auch nicht die Besetzung an sich, sondern wirft sinngemäss die Frage auf, ob die Präsidentin der Spruchbehörde seinerzeit ordnungsgemäss gewählt worden war resp. gewählt werden konnte.

Dabei kann vorab festgehalten werden, dass die Präsidentin alle Wählbarkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 67 KVG, Art. 5 Abs. 2 GOG bzw. Art. 14 DArbG erfüllt. Jedenfalls ergeben sich aus den Akten keine gegenteiligen Hinweise und auch die Nichtigkeitsklägerin macht nichts dergleichen geltend. Diese argumentiert vor allem aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Überlegungen, ohne diese näher darzulegen. Der Nichtigkeitsklägerin muss zunächst entgegen gehalten werden, dass die Tätigkeit als Präsidentin des Arbeitsgerichts gemäss der eingereichten Bestätigung vom

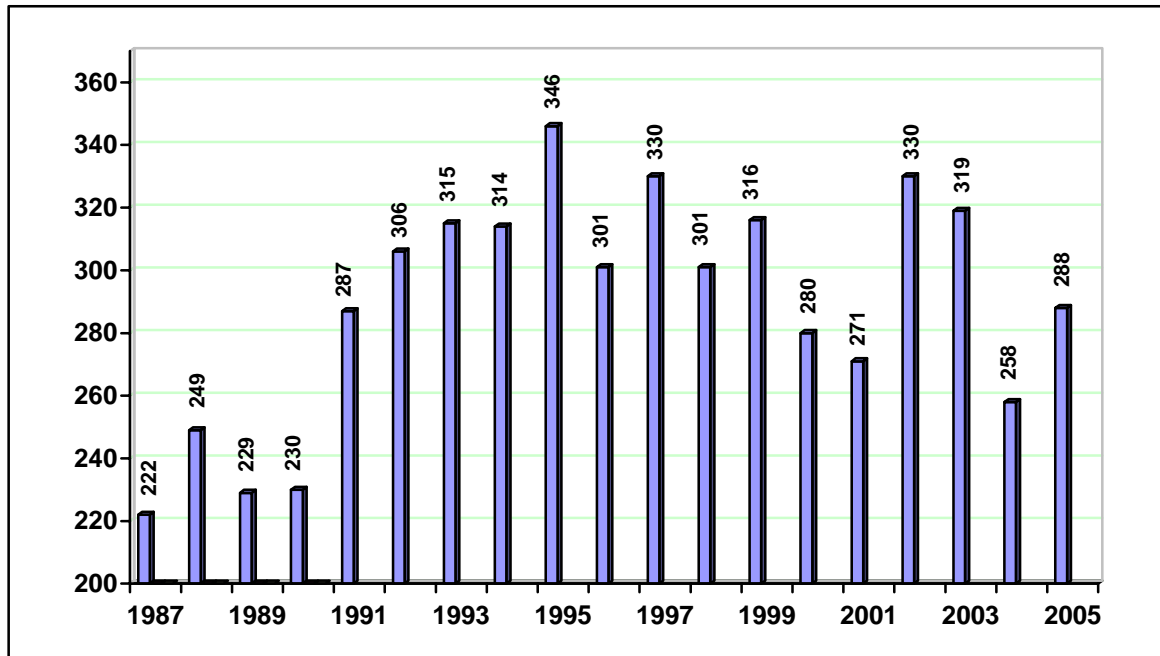
9. Juni 2004 (p. 27) auf der Liste der von der Justizkommission des Grossen Rates bewilligten Nebenbeschäftigungen von Ober-richterinnen und Oberrichtern figuriert (vgl. Art. 104 GOG). Die umgekehrte Frage, ob eine Oberrichterin zugleich auch als Präsidentin des Arbeitsgerichts amten darf, könnte sich dann stellen, wenn die Präsidentin durch ihr Amt als Oberrichterin nicht mehr unabhängig und unparteiisch im Sinne von Art. 30 BV und Art. 97 KV richten könnte. Dass eine solche Befangenheit bei der erstinstanzlichen Beurteilung vorgelegen hätte, macht die Nichtigkeitsklägerin weder geltend, noch ergeben sich hiezu aus den Akten irgendwelche Anhaltspunkte. Eine solche Befangenheit oder Vorbefassung liegt auch im vorliegenden oberinstanzlichen Verfahren nicht vor, da die Präsidentin nicht Mitglied der urteilenden Spruchbehörde (2. Zivilkammer) ist. Zudem kann der eingereichten Bestätigung entnommen werden, dass die Präsidentin als Oberrichterin in allen Verfahren, in denen das Arbeitsgericht Bern als Vorinstanz amtet – also auch in jenen Fällen, wo sie an der Urteilsfällung nicht beteiligt war – in den Ausstand tritt.

Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern das Arbeitsgericht nicht vorschriftsmässig besetzt gewesen sein sollte oder die Präsidentin des Arbeitsgerichts bei der Beurteilung in irgendeiner Art befangen oder vorbefasst gewesen wäre. Die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 47 Ziff. 2 DArbG muss daher abgewiesen werden.

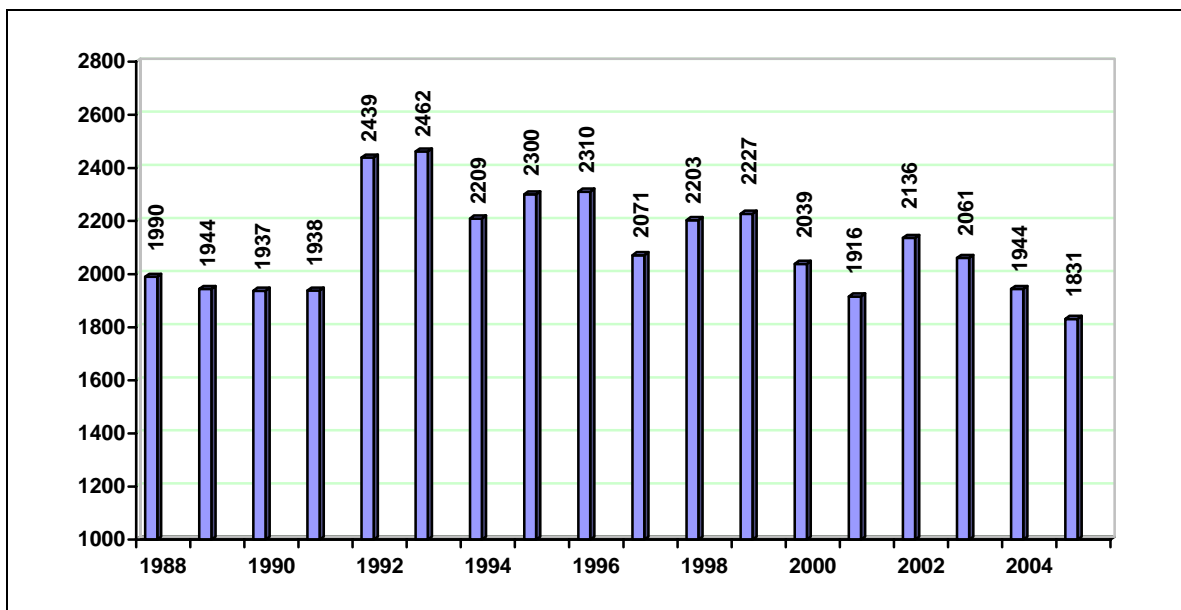
(Urteil vom 19. Januar 2004, Nr. I 03 4; Urteil des Appellationshofs vom 27. Juli 2004, APH 04 218)

Arbeitsgericht und Mietamt

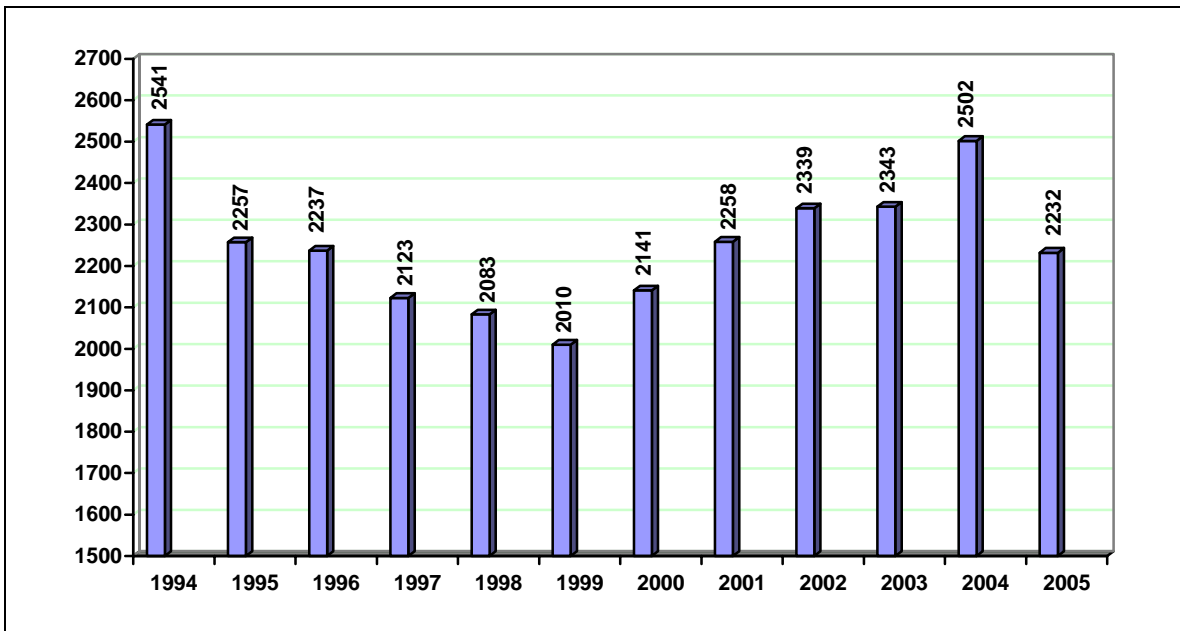
Statistische Angaben



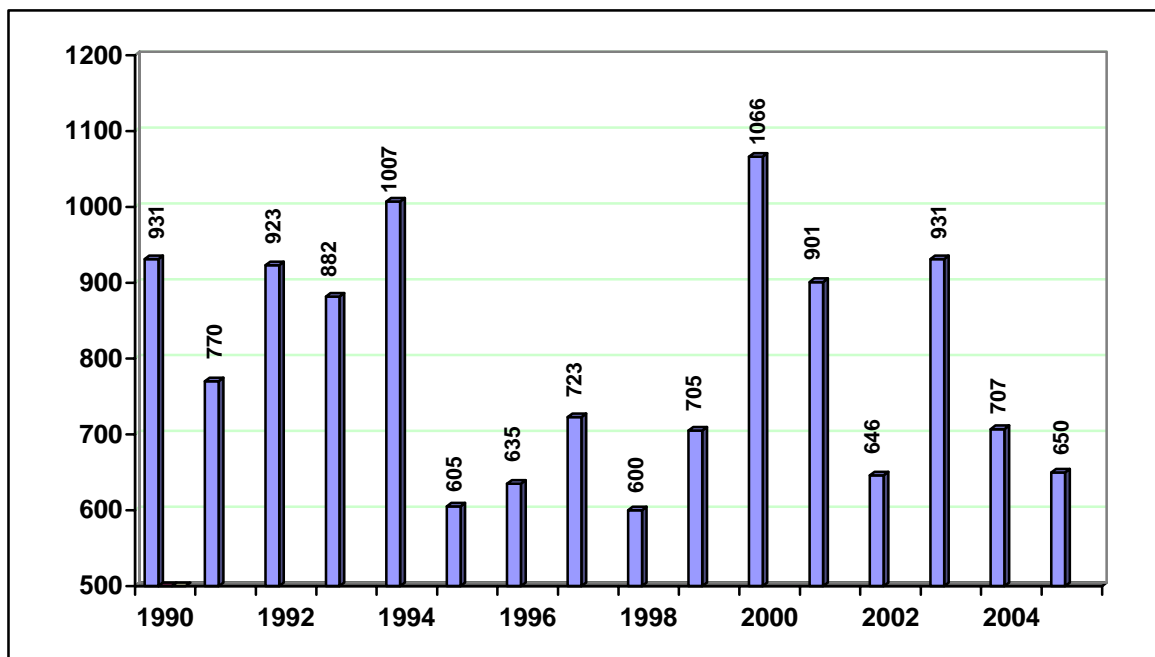
Arbeitsgericht Klagen: Neueingänge



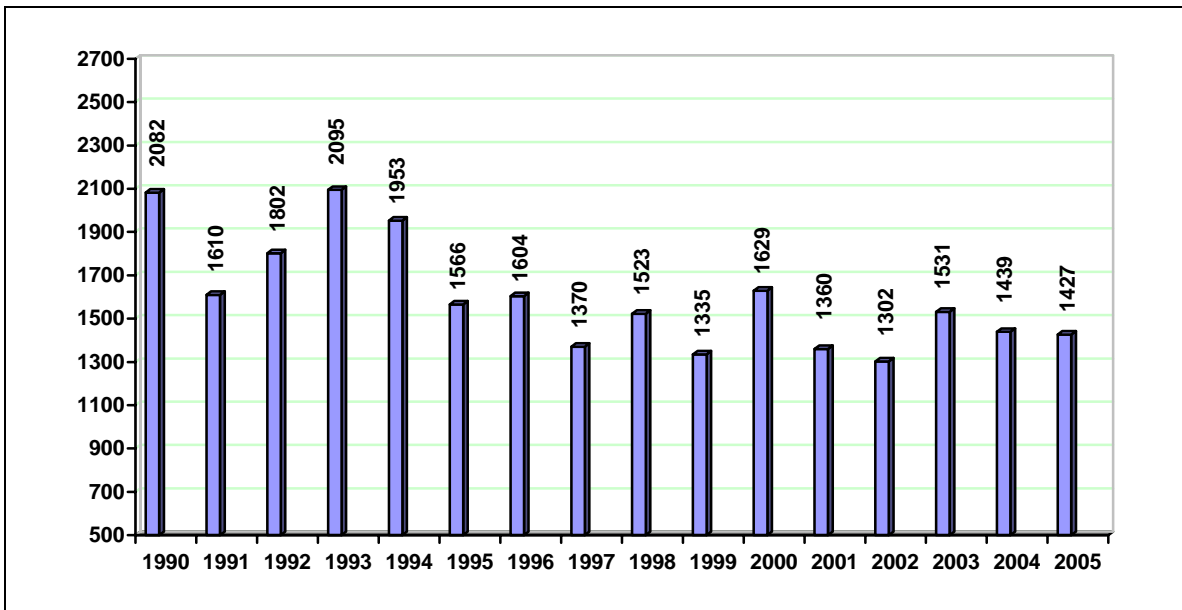
Arbeitsgericht: Sprechstundenberatungen und schriftliche Auskünfte



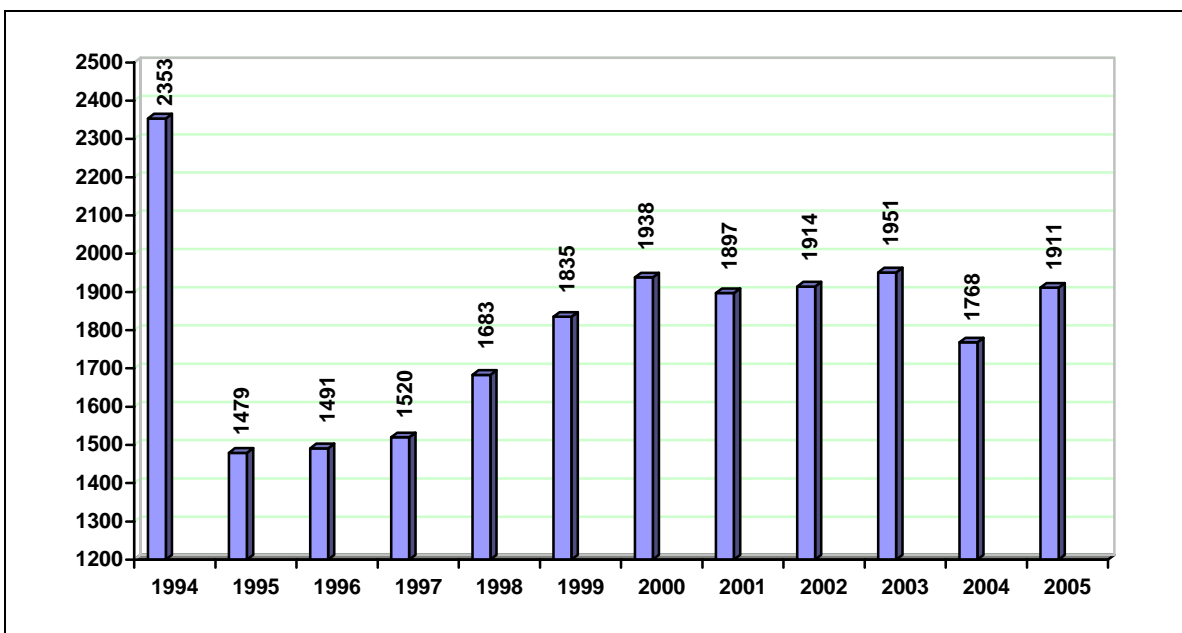
Arbeitsgericht: Telefonische Beratungen



Mietamt Gesuche: Neueingänge



Mietamt: Sprechstundenberatungen und schriftliche Auskünfte



Mietamt: Telefonische Beratungen

STATISTISCHER ÜBERBLICK (Arbeitsgericht)

Anzahl Klagen und Erledigungen

	2004	2005
Übernahme Vorjahr	149	110
Neueingänge	258	288
Davon mit Anwaltsbeteiligung	63	67
Insgesamt zu behandelnde Klagen	407	398

Erledigungsarten

	2004	2005
Nichteintreten	18	32
Vergleiche in Gerichtsverhandlung	114	91
a.g. Schlichtung durch den Sekretär	103	114
Andere Erledigung in Gerichtsverhandlung	11	7
Urteile	51	42
Erledigte Klagen insgesamt	297	286
Weiterzug Nichtigkeitsklagen	6	7
Übertrag aufs neue Jahr	110	112
Davon sistierte	26	28

Anzahl Verhandlungen

	2004	2005
Gerichtsverhandlungen	202	146
Sitzungstage	112	88

Persönliche und telefonische Beratungen

	2004	2005
Persönliche Beratung in der Sprechstunde	1797	1661
Telefonische Auskünfte und Beratungen	2502	2232
Schriftliche Anfragen und Kurzgutachten	147	170

STATISTISCHER ÜBERBLICK (Mietamt)

Anzahl Gesuche und Erledigungen

	2004	2005
Übernahme Vorjahr	243	142
Neueingänge	707	650
Davon mit Anwaltsbeteiligung	233	270
Insgesamt zu behandelnde Gesuche	949	792

Erledigungsarten

	2004	2005
Vergleich	681	527
Beschluss Keine Einigung	71	81
Entscheid	39	43
Erledigte Gesuche insgesamt	808	675
Übertrag aufs neue Jahr	141	117

Anzahl Verhandlungen

	2004	2005
Schlichtungsverhandlungen	350	322
Sitzungstage	115	95

Persönliche und telefonische Beratungen

	2004	2005
Persönliche Beratung in der Sprechstunde	1204	1222
Telefonische Auskünfte und Beratungen	1768	1911
Schriftliche Anfragen	235	205