Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005

Veröffentlicht im Band 131

sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern[1, 2]

Übersicht

I. Mietrecht

1 Anwendungsbereich des Mietrechts bei Innominatkontrakten

a) Hauswartvertrag; Mietzinserhöhung — BGE 131 III 566

b) Hotelmanagementvertrag; Überbindung des Vertrages auf den Liegenschaftserwerber in der Zwangsvollstreckung — BGE 131 III 528

2. Nichtigkeit von Mietzinserhöhungen; Rückforderung; Rechtsmissbräuchlichkeit — 4C.96/2005

1 Meinen Assistenten Herrn lic.iur. RAOUL DIAS und Herrn lic.iur. MATTHIAS REY danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Textes.
Das Manuskript wurde am 1.4.2006 abgeschlossen.

2 Im Folgenden werden die gängigen allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den heute üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire Romand) und bezogen auf die zurzeit neusten Auflagen zitiert.
Im Weitern werden im Mietrecht DAVID LACHAT/DANIEL STOLL/ANDREAS BRUNNER, Mietrecht für die Praxis, 6. Aufl., Zürich 2005, und Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (SVIT-Kommentar), 2. Aufl., Zürich 1998, verwendet sowie im Arbeitsrecht JURG BRUHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern etc. 1996, CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BUHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel etc. 2005, CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, Le contrat de travail (code annoté), Lausanne 2001, WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich etc. 2006, FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel etc. 2005, und REMY WYLER, Droit de travail, Bern 2002.

3. Missbräuchlichkeit der Kündigung; Kündigungsanfechtung

a) Leerverkaufskündigung (Art. 271 Abs. 1 OR) — 4C.425/2004

b) Ertragsoptimierungskündigung (Art. 271 Abs. 1 OR); Beweislast — 4C.61/2005

c) Kündigungssperre während eines hängigen Schlichtungsverfahrens (Art. 271a Abs. 1 lit. d OR) — BGE 131 III 33

4. Ausweisungsverfahren (Art. 274g OR) — BGE 131 I 242

II. Arbeitsrecht

1. Passivlegitimation für Ansprüche aus vorzeitiger Pensionierung; Vertragsauslegung; juristische Selbständigkeit von Konzerngesellschaften — BGE 131 III 606

2. Mitarbeiterbeteiligung; Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR) — BGE 131 III 615

3. Lohnanspruch während unfall- bzw. krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit; Karenzfrist; formlose abweichende Vereinbarung (Art. 324a OR) — BGE 131 III 623

4. Spesenentschädigung des Handelsreisenden (Art. 327a ff. und Art. 347a OR); Verwirkung des Anspruchs wegen verspäteter Geltendmachung; Rechtsmissbrauch — BGE 131 III 439

5. Beginn der Kündigungsfrist (gewollte Praxisänderung oder höchstrichterliche Panne?) — BGE 131 III 467

6. Missbräuchliche Kündigung; offensichtliches Missverhältnis der in Frage stehenden Interessen (Art. 336 OR) — BGE 131 III 535

7. Konkurrenzverbot; Realerfüllung; vorsorgliche Massnahmen (Art. 340b Abs. 3 OR) — BGE 131 III 473

8. Prozessuales: Unbezifferte Forderungsklage bei Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung — BGE 131 III 243

I. Mietrecht

1. Anwendungsbereich des Mietrechts bei Innominatkontrakten

a) *Hauswartvertrag; Mietzinserhöhung; BGE 131 III 566 (4C.160/2005)*

Innominatkontrakte bereiten in der Rechtsanwendung immer wieder Probleme. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei den so genannten *Kombinationsverträgen*, bei denen sich die Parteien zu mehreren Hauptleistungen verpflichten, die je einem (Nominat-)Ver-

tragstyp zugeordnet werden können (BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. N 8), weil das Gesetz für jede Hauptleistung Normen zur Verfügung stellt und sich diese Normen unter Umständen widersprechen können.

In casu drehte sich der Streit um einen *Hauswartvertrag*, in welchem dem Hauswartehepaar in einem der zu betreuenden Häuser eine Vierzimmerwohnung als Dienstwohnung zugewiesen worden war. In der Lehre werden derartige Verträge, mit denen sich die Parteien zum Austausch von Hauptleistungen verpflichten, die verschiedenen Vertragstypen angehören (hier *Arbeit gegen Gebrauchsüberlassung einer Wohnung*), als *doppeltypische Verträge* bezeichnet (BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. N 8). Geschlossen wurde der Vertrag im Herbst 1976. Im Herbst 1992 wurde die Hauswartin arbeitsunfähig, und im Verlauf des Jahres 2001 teilte dann auch ihr Ehemann der Vermieterin mit, dass er ab 1. November 2001 nicht mehr werde arbeiten können. Daraufhin stellte die Vertreterin der Vermieterin einen Mietvertrag zwischen den Parteien mit Wirkung ab 1. November 2001 zu. Mit amtlichem Formular, welches den Mietern spätestens am 5. September 2001 zuging, teilte die Vermieterin mit, dass der ab 1. November geschuldete Mietzins 15 600 Franken pro Jahr (ohne Nebenkosten) betrage. Der vorher geschuldete Mietzins hatte sich auf 10 872 Franken pro Jahr (ohne Nebenkosten) belaufen. Am 24. Oktober 2001 gelangten die Mieter an die Schlichtungsstelle und verlangten eine *Herabsetzung des Anfangsmietzinses* gemäss Art. 270 OR. Im anschliessenden Instanzenzug kam die letzte kantonale Instanz zum Schluss, dass die Parteien bereits seit langem durch einen Mietvertrag verbunden gewesen seien und dass der Streit somit nicht eine Anfechtung des Anfangsmietzinses, sondern die *Anfechtung einer Mietzinserhöhung* betreffe. Die Mieter hätten daher die Mietzinserhöhung binnen dreissig Tagen nach Mitteilung anfechten müssen (Art. 270b OR). Diese Verwirkungsfrist hätten die Mieter verpasst, sodass es bei der angekündigten Mietzinserhöhung sein Bewenden habe.

Vor Bundesgericht machen die Mieter zur Hauptsache geltend, zwischen den Parteien habe bis Ende Oktober 2001 ein Arbeitsvertrag bestanden, dann ab November 2001 ein Mietvertrag, d.h. zwei grundlegend verschiedene Verträge. Die I. Zivilabteilung sieht dies anders. *Der Hauswartvertrag unterliege als gemischter Vertrag den Regeln des Arbeitsvertragsrechts, soweit die Hauswarttätigkeit betroffen sei,*

und den Bestimmungen des Mietrechts, soweit es um die Gebrauchsüberlassung an der Dienstwohnung gehe. Hinsichtlich der Auflösung des Vertrages würden sich die anwendbaren Normen nach der überwiegenden Leistung bestimmen (ebenso auch LACHAT/STOLL/BRUNNER, 29 Rz. 3.2). Daraus leitet das Bundesgericht ab, zwischen den Parteien habe ab 1. November 1976 ein Mietvertrag über die Dienstwohnung bestanden. Daher gehe es hier um eine Mietzinserhöhung und nicht um einen Anfangsmietzins, denn der Anfangsmietzins sei im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauswartvertrages festgesetzt worden. Somit hätten die Mieter die Anfechtungsfrist von Art. 270b Abs. 1 OR verpasst.

Auf den ersten Blick erweckt diese Begründung Bedenken. Die Qualität der zwischen den Parteien bestehenden rechtlichen Beziehung hat sich auf den 1. November 2001 *grundlegend geändert*. Der vorher während 25 Jahren bestehende Hauswartvertrag hatte einen fundamental anderen Charakter als der seither geltende blosse Mietvertrag; aus dem früheren doppeltypischen Kombinationsvertrag ist ein ganz gewöhnlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag geworden. Die Kläger waren seither zu keiner Arbeit mehr verpflichtet und nicht mehr Bewohner einer Dienstwohnung, sondern normale Wohnungsmieter. Im Kern geht das Bundesgericht bei seiner Begründung davon aus, dass ein Hauswartvertrag aus einem Arbeitsvertrag einerseits und einem Mietvertrag andererseits besteht und dass bei Beendigung des Hauswartsverhältnisses schlicht der Arbeitsvertrag entfällt, während der Mietvertrag weiterläuft. Im Grunde bekennt sich das Bundesgericht damit rechtsanwendungsmethodisch zur *reinen (wertungsneutralen) Kombinationstheorie*. Damit trägt es an sich aber der *organischen Verbundenheit der beiden Vertragsteile nicht genügend Rechnung*. Die (relativ knapp ausgefallene) Begründung des Bundesgerichts (E. 3.1 S. 569) wirkt denn auch eher formal.

Im Ergebnis ist der Standpunkt des Bundesgerichts allerdings trotzdem richtig, und zwar unter dem Gesichtspunkt des vom Gesetzgeber angestrebten *Schutzes des Mieters gegen missbräuchliche Mietzinsen*. Denn der Mieter, der sich gegen eine Mietzinserhöhung im laufenden Mietverhältnis wehrt, ist in verschiedener Hinsicht besser gestellt als der Mieter, der den Anfangsmietzins anfechten will:

a) Die Anfechtung des Anfangsmietzinses ist nur unter sehr einschränkenden Voraussetzungen möglich (Art. 270 Abs. 1 OR; vgl. dazu einlässlich etwa SEBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial,

Diss. Bern 2005). Es genügt nicht, dass der Mieter Missbräuchlichkeit des Mietzinses geltend macht; zusätzlich erforderlich ist eine *bestimmte Zwangslage des Mieters beim Abschluss des Mietvertrages* (vgl. dazu im Einzelnen Art. 270 Abs. 1 lit. a OR). Die Anfechtung einer Mietzinserhöhung im laufenden Vertragsverhältnis dagegen ist an keine solche Voraussetzung gebunden (Art. 270b OR) und daher für den Mieter leichter möglich. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem jemand bereits während 25 Jahren (wenn auch als Hauswart) eine Wohnung innehatte, wäre es stossend, dem Mieter nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 270 Abs. 1 OR eine Überprüfung des nach Beendigung der Hauswarttätigkeit neu festgesetzten Mietzinses auf seine Missbräuchlichkeit hin zu ermöglichen.

b) In Kantonen, die (anders als z.B. wie hier der Kanton Genf) keine Formularpflicht bei der Neuvermietung i.S.v. Art. 270 Abs. 2 OR kennen, wird der Mieter nur bei einer Mietzinserhöhung über seine Rechte (Anfechtungsmöglichkeit; Frist; zuständige Behörde etc.) orientiert, da diesfalls der Vermieter nur eine Mietzinserhöhung (Art. 269d OR), nicht aber den Anfangsmietzins auf dem vom Kanton genehmigten offiziellen Formular mitteilen muss. Würde in einem Fall wie dem vorliegenden leichthin eine Neuvermietung angenommen, würde der rechtsunkundige Mieter daher je nach Kanton relativ stark benachteiligt.

c) Auch in Bezug auf die Ermittlung der Missbräuchlichkeit des neu festgelegten Mietzinses fährt der Mieter bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung besser als bei der Anfechtung eines Anfangsmietzinses. Im laufenden Mietverhältnis darf der Vermieter – von gewissen hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen (Entlassung aus einer staatlichen Mietzinskontrolle; Ablauf eines Mietvertrages mit indexiertem oder gestaffeltem Mietzins etc. [Nachweise im Einzelnen dazu bei BSK OR I-Weber, Art. 269 N 16]) – den Mietzins *nur nach der relativen Berechnungsmethode* erhöhen, und der Mieter kann sich gegebenenfalls gegen einen nach dieser Methode korrekt ermittelten neuen Mietzins mit dem Einwand wehren, die relativ an sich zulässige Forderung ergebe einen *absolut missbräuchlichen Ertrag* (BGE 121 III 163 E. 2c S. 164; 121 III 364 E. 4b S. 367). Bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses dagegen steht bloss die *absolute Berechnungsmethode* zur Verfügung (siehe dazu die erwähnten Bundesgerichtsurteile sowie Fetter, a.a.O., 219 ff.). Bei Mietzinserhöhungen im laufenden Mietverhältnis kann daher der neue Mietzins –

wenn er vom Mieter angefochten wird – nie über die nach der absoluten Methode ermittelte Missbrauchsgrenze steigen, und der nach der relativen Methode korrekt ermittelte neue Mietzins liegt gar (zwingend) unter dieser Grenze, wenn sich der vorherige Mietzins absolut gesehen ebenfalls unter der Missbrauchsgrenze bewegte. Diese Besserstellung des Mieters im laufenden Mietvertrag im Verhältnis zu einem Neumieter schafft denn auch (zumindest theoretisch) für den Vermieter einen Anreiz zur Kündigung und Neuvermietung zwecks Ertragsoptimierung (kritisch dazu Thomas Koller/Monika Buhler, ZBJV 1995 412 ff.; siehe auch unten I. 3. c).

Insgesamt ist somit die im hier diskutierten Entscheid erkennbare *Tendenz des Bundesgerichts, nicht leichthin eine Neuvermietung anzunehmen,* zu begrüssen. Im Ergebnis hat damit die I. Zivilabteilung – ähnlich wie die II. Zivilabteilung im sogleich zu besprechenden Hotelmanagementvertrags-Fall (BGE 131 III 528; unten I. 1. b) – *die Kombinationstheorie wertungsjurisprudenziell* weitergeführt, ohne dies indessen ausdrücklich zu sagen. In casu stellt diese Rechtsprechung für die betroffenen Mieter allerdings einen Nachteil dar, denn die Frist für die Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 OR wäre eingehalten gewesen. Warum die Mieter die Anfechtungsfrist nach Art. 270b OR verpasst haben, ist allerdings nicht verständlich. Dem Bundesgerichtsurteil lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass das von der Vermieterin verwendete offizielle Formular, mit dem die Mietzinserhöhung mitgeteilt worden war (Art. 269d OR), die Anfechtungsfrist nicht korrekt aufgeführt hätte (vgl. dazu Art. 19 Abs. 1 lit. c VMWG).

Im Weitern hält das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil noch in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (vgl. dazu etwa CR CO I-Lachat, art. 270b N 2, m. Hw.) soweit ersichtlich erstmals – und abweichend von seiner früheren nicht publizierten Rechtsprechung – fest, dass es sich bei der Dreissigtagefrist von Art. 270b Abs. 1 OR um eine *Verwirkungsfrist handelt, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist* (E. 3.2 S. 570). Der Vermieter braucht somit den Einwand der Verspätung im Verfahren nicht bzw. nicht ausdrücklich zu erheben.

Abschliessend verwirft das Bundesgericht auch noch den Einwand der Mieter, die Mietzinserhöhung sei nichtig, weil die Vermieterin die Frist von Art. 269d OR – Mitteilung der Mietzinserhöhung spätestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist – nicht eingehalten

habe. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (BGE 107 II 189 E. 3 S. 193 ff.) und in Übereinstimmung mit der Lehre (BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 6; CR CO I-LACHAT, art. 269d N 7, je m.Nw.) führt es aus, dass eine verspätete Mitteilung einer Mietzinserhöhung in analoger Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR (erst, aber immerhin) auf den nächsten Kündigungstermin Wirkung entfalte (E. 3.3 S. 570 f.).

b) *Hotelmanagementvertrag; Überbindung des Vertrages auf den Liegenschaftserwerber in der Zwangsvollstreckung; BGE 131 III 528 (5C.252/2004) = Pra 2006 Nr. 43 S. 319 ff.*

Auch in diesem Fall war im Zusammenhang mit einer miet- bzw. pachtrechtlichen Frage ein *Innominatkontrakt* zu beurteilen. Der Fall bietet dem Bundesgericht einmal mehr Gelegenheit, zur Problematik der Rechtsanwendung bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen Stellung zu nehmen. Diese fällt vom Akzent her allerdings etwas anders aus als im Hauswartvertrag-Fall.

Die Hilton International Co. sowie die Hilton International Switzerland GmbH (bzw. deren Rechtsvorgängerin; im Folgenden Hilton) hatten sich 1978 in einem *Hotelmanagementvertrag* zur Führung und Verwaltung eines Hotels in Genf verpflichtet. Als die Grundstücke, auf denen sich das Hotel befand, im Jahre 2001 zur *Zwangsversteigerung* kamen, machte die Hilton geltend, der Hotelmanagementvertrag könne jedem Erwerber entgegengehalten werden. In der Folge gestatteten die Erwerberinnen der Hilton den Weiterbetrieb des Hotels bis zum Entscheid über die Gültigkeit des Zuschlags und bis zu ihrem Eintrag im Grundbuch, hielten aber gleichzeitig ausdrücklich fest, dass ihnen der Hotelmanagementvertrag nicht entgegengehalten werden könne und dass dieses Entgegenkommen nicht als Anerkennung eines zwischen der Hilton und ihnen bestehenden Vertrages betrachtet werden dürfe. Im später durchgeführten Ausweisungsverfahren nahm die erste kantonale Instanz an, der Hotelmanagementvertrag sei ein Pachtvertrag, der den Erwerberinnen entgegengehalten werden könne, während die Cour de justice als obere Instanz diesen Standpunkt verwarf.

Das Bundesgericht schliesst sich der Auffassung der oberen kantonalen Instanz an. Es qualifiziert den zu beurteilenden Vertrag als *gemischten Vertrag* (E. 7.1.2 S. 532 f.). Bei einem solchem Vertrag könne nicht ein für alle Mal gesagt werden, welchen Rechtsnormen

er unterstehe. *Vielmehr müsse in jedem Einzelfall bestimmt werden, welche Regeln unter Berücksichtigung der Besonderheit des zu beurteilenden Vertrages anwendbar seien.* Im Allgemeinen gehe es nicht an, nur die Bestimmungen eines gesetzlich normierten Vertragstyps anzuwenden, da dieser Vertragstyp grundsätzlich die ihm fremden Elemente *nicht absorbieren* würde. Zu prüfen sei vielmehr, welche Rechtsfrage sich stelle und welches die geeigneten gesetzlichen Bestimmungen oder Rechtsgrundsätze seien, um diese Rechtsfrage zu beantworten. Das bedeute, dass die verschiedenen sich in einem Fall stellenden Probleme durch die Anwendung unterschiedlicher jeweils passender gesetzlicher Regelungen oder rechtlicher Prinzipien zu lösen seien (wobei allerdings jede Rechtsfrage ausschliesslich den Regeln eines einzigen Vertragstyps unterworfen sei). *Um zu bestimmen, welche Rechtsregeln für die konkrete Streitfrage massgebend seien, müsse der Schwerpunkt der Vertragsbeziehungen* («le centre de gravité des relations contractuelles») ermittelt werden (E. 7.1.1 S. 532). In Anwendung dieser Grundsätze kommt das Bundesgericht bei der Würdigung des konkreten Falles zum Schluss, dass das Hotel auf Nutzen und Gefahr der vormaligen Grundeigentümer betrieben worden sei und dass der Schwerpunkt des Vertrags in der *Geschäftsführung* durch die Hilton liege. Dem miet- bzw. pachtvertraglichen Element im Vertrag kommt daher untergeordnete Bedeutung zu. Die Anwendung von Art. 261 bzw. Art. 290 OR fällt somit ausser Betracht.

Die skizzierten Erwägungen der II. Zivilabteilung, die sich stark an die Ausführungen der I. Zivilabteilung im berühmt gewordenen Franchising-Fall (BGE 118 II 157) anlehnen, *lesen sich wie ein Lehrbuch der Rechtsanwendungsregeln bei Innominatkontrakten.* Bemerkenswert deutlich und sachlich überzeugend ist die *Absage an die Absorptionstheorie.* Gleichzeitig verwirft die II. Zivilabteilung auch eine *rein formal verstandene Kombinationstheorie*, wie sie die I. Zivilabteilung im Hauswartvertrag-Fall verbal zum Ausdruck gebracht hat (ohne dass dies dort indessen zu einem sachlich unangemessenen Ergebnis führte [BGE 131 III 566; dazu vorn I. 1. a]). Im Wesentlichen folgt das Bundesgericht hier (ohne dies allerdings ausdrücklich zu sagen) einer in der Schweiz vor allem von EUGEN BUCHER (ZSR 1983 II 251 ff., spez. 321 ff.) stark befürworteten Methodik der Rechtsanwendung, die in der Lehre als *Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen* bzw. *als wertungsjurisprudenzielle Weiterführung der Kombinationstheorie* (BSK OR I-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. N 15,

m.Nw.) und in der juristischen Umgangssprache bildhaft, aber plastisch auch etwa als *Blumenpflücktheorie* bezeichnet wird. Nach meiner Beurteilung betont es hier wesentlich deutlicher als seinerzeit im Franchising-Fall, dass der Aspekt des Regelungsschwerpunktes nur massgebend ist für die Lösung eines konkreten Rechtsproblems, nicht aber für die Zuordnung eines Vertrages als Ganzen zu einem bestimmten gesetzlichen Vertragstyp (was im Ergebnis auf die Anwendung der Absorptionstheorie hinauslaufen würde). Die Zukunft wird weisen müssen, ob sich mit diesem Entscheid nun in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen als herrschende Rechtsanwendungsmethode bei Innominatkontrakten durchgesetzt hat.

Zur praktisch sehr bedeutsamen Frage der Überbindung bzw. Nichtüberbindung von Miet- und Pachtverträgen auf den Erwerber, dem ein Grundstück in der Zwangsversteigerung zugeschlagen wird (Art. 261 und Art. 290 OR), besteht eine reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 128 III 82; 126 III 290; 125 III 123; 124 III 37; ausführlich dazu BSK OR I-WEBER, Art. 261 N 14 ff.; JEAN-JACQUES LUTHI/BEAT ZIRLICK, AJP 1999, 1328 ff.; THOMAS PIETRUSZAK/JORG ZACHARIAE, recht 2000, 41 ff.). Zu entscheiden war dabei im Wesentlichen, ob ein Grundpfandgläubiger in der Zwangsverwertung verlangen kann, dass bei einem später abgeschlossenen langfristigen Miet- oder Pachtvertrag ein *Doppelaufruf* erfolgt, und *welche Wirkung ein «Zuschlag ohne Überbindung» des Miet- bzw. Pachtvertrages hat*. Nach dieser Rechtsprechung kann der Ersteigerer bei einem «Zuschlag ohne Überbindung» das Miet- oder Pachtverhältnis zwar nicht mit sofortiger Wirkung, aber auf den nächsten gesetzlichen Termin unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen, ohne dringenden Eigenbedarf i.S.v. Art. 261 Abs. 2 lit. a OR geltend machen zu müssen; eine Miet- oder Pachterstreckung ist dabei nicht ausgeschlossen (BGE 128 III 82). Wie das Bundesgericht ausdrücklich betont hat, *geht bei einem Zuschlag im Doppelaufruf das Miet- oder Pachtverhältnis auf jeden Fall auf den Erwerber über* – d.h., einen «Zuschlag ohne Überbindung» i.e.S. gibt es gar nicht –, aber dieser erkauft sich mit dem höheren Gebot im zweiten Aufruf *eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit* (BGE 128 III 82 E. 2c S. 87; 125 III 123 E. 1e S. 129). Dies bringt dem Mieter nur, aber immerhin eine *Gnadenfrist*. In casu ging es nun aber offenkundig nicht um eine solche Überbrückungszeit, da ja die Ersteigerer der Hilton die Bewirtschaftung

des Hotels nach der Zwangsverwertung noch während längerer Zeit gestattet hatten. Die Hilton wollte offenbar eine *definitive Überbindung* des Hotelmanagementvertrages ohne ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit erwirken. Dies lässt vermuten, dass in casu die *Grundpfandrechte zeitlich dem Hotelmanagementvertrag nachgingen*. Denn in diesem Fall steht dem Grundpfandgläubiger das Recht, einen Doppelaufruf zu verlangen, nicht zu (BGE 125 III 123 E. 1d und 1e S. 128 ff. e contrario; BSK OR I-WEBER, Art. 261 N 18, m.Nw.). Denkbar ist aber auch, dass die Grundpfandrechte gegenüber dem Vertrag mit der Hilton zeitlich prioritär waren; der Vertrag wäre dann – wäre er als Miet- oder Pachtvertrag anerkannt worden – i.S.v. Art. 261 und Art. 290 OR «definitiv» auf die Ersteigerer übergegangen, weil die betreibenden Grundpfandgläubiger keinen Doppelaufruf verlangt haben.

Unklar bleibt die Tragweite einer Bemerkung des Bundesgerichts am Ende seiner Erwägungen, aus der es keine eigentliche Schlussfolgerung zieht (E. 7.2 S. 535). Die II. Zivilabteilung hält der Hilton auch vor, sie habe gegen die Steigerungsbedingungen, in denen die Führung des Hotelbetriebes durch die Hilton-Kette bloss in der Grundstückbeschreibung erwähnt sei, keine Beschwerde geführt und keine Aufnahme eines zu ihren Gunsten bestehenden *Miet- oder Pachtvertrages* in das Lastenverzeichnis verlangt. Da Miet- und Pachtverhältnisse in einer Zwangsversteigerung *von Gesetzes wegen* auf den Erwerber übergehen (Art. 261 und Art. 290 OR), brauchen sich meines Erachtens Mieter und Pächter um die Aufnahme ihrer Verträge in das Lastenverzeichnis nicht zu kümmern. Eine solche Aufnahme hat *von Amtes wegen* zu erfolgen. Geschieht dies nicht, so kann sich selbst ein gutgläubiger Erwerber nicht auf den fehlenden Eintrag berufen; die unterbliebene Aufnahme in das Lastenverzeichnis schadet dem Mieter bzw. Pächter somit nicht (PIETRUSZAK/ZACHARIAE, a.a.O., S. 48, spez. auch Anm. 71). Die Sachlage ist hier ähnlich wie bei öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die ebenfalls ohne Aufnahme in das Lastenverzeichnis wirksam bleiben (vgl. dazu MARKUS HAUSERMANN/KURT STOCKLI/ANDREAS FEUZ, Art. 140 N 3, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998).

2. Nichtigkeit von Mietzinserhöhungen; Rückforderung; Rechtsmissbräuchlichkeit; Urteil 4C.96/2005 vom 20.6.2005

Der Vermieter, der den Mietzins im laufenden Mietverhältnis erhöhen will, hat verschiedene Formalitäten zu beachten (Art. 269d OR). Verwendet er überhaupt kein Formular, ein vom Kanton noch nicht genehmigtes Formular, begründet er die Mietzinserhöhung überhaupt nicht, vergisst er die Unterschrift oder verwendet er eine Faksimileunterschrift, obwohl deren Gebrauch im Verkehr nicht üblich ist (Art. 14 Abs. 2 OR), so ist die Mietzinserhöhung *nichtig* (Art. 269d Abs. 2 OR; BGE 123 III 70 E. 2a S. 72; 121 III 6 E. 3b S. 8 ff.; 121 III 214; Urteil 4C.110/2003 vom 8.7.2003; Urteil 4C.59/2003 vom 26.5.2003 [vgl. zu den letzten beiden Entscheiden meine Besprechungen in ZBJV 2004, 493 ff. und 496 ff.]). Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen festzustellen und kann vom Mieter jederzeit geltend gemacht werden. Allfällig zu viel bezahlte Mietzinsen kann der Mieter gestützt auf das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) vom Vermieter zurückfordern (vgl. dazu auch das letzte oben zitierte Urteil). Im hier besprochenen Entscheid bestätigt das Bundesgericht dies einmal mehr (siehe zu diesem Urteil auch Manuel Arroyo, ZBJV 2005, 623 ff.).

Eine Rückforderung ist allerdings nach ständiger Rechtsprechung (siehe dazu bereits BGE 113 II 187 E. 1a S. 189) dann ausgeschlossen, wenn sich die Berufung des Mieters auf einen Formmangel bei der Mitteilung der Mietzinserhöhung als *rechtsmissbräuchlich* erweist. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn der Mieter einen Formmangel zwar erkannt hat, aber auf dessen Geltendmachung vorerst verzichtet, um gegebenenfalls später einen Nutzen daraus ziehen zu können. Wie das Bundesgericht bereits früher ausgeführt hat und hier bestätigt, verhält sich jemand dann rechtsmissbräuchlich, wenn sein früheres Verhalten darauf angelegt war, bei der Gegenpartei ein schutzwürdiges Vertrauen zu erwecken und diese zu Handlungen zu veranlassen, die ihr in einer späteren neuen Situation zum Schaden gereichen könnten (BGE 123 III 70 E. 3c S. 75; Urteil 4C.59/2003 vom 26.5.2003 E. 7.1. erster Absatz). *In Anbetracht des Schutzzweckes der Formvorschriften für Mietzinserhöhungen ist aber dem Rechtsmissbrauchseinwand nur ausnahmsweise und zurückhaltend zu folgen* (a.a.O., E. 7.1 erster Absatz; Thomas Koller, ZBJV 2004, 497 f.).

In casu haben sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht die Rechtsmissbräuchlichkeit der Mietzinsrückforderung bejaht. Die Parteien hatten sich Mitte der Neunzigerjahre im Rahmen einer mietrechtlichen Auseinandersetzung über verschiedene Streitpunkte geeinigt. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Mieterin bereits Kenntnis von der Verletzung der mietrechtlichen Formvorschriften, beharrte aber nicht auf Durchsetzung ihrer Ansprüche und nahm das angebotene Entgegenkommen des Vermieters ohne weitere Bedingungen an. Erst später machte dann die Mieterin die Formungültigkeit der Mietzinserhöhungen geltend (wobei sich die genauen Einzelheiten dem hier besprochenen Entscheid nicht entnehmen lassen).

Grundsätzlich kann man diesem Urteil ohne weiteres zustimmen. Auch wenn Rechtsmissbrauch bei derartigen Rückforderungsklagen nur sehr restriktiv angenommen werden darf, dürfte die Sachlage im vorliegenden Fall doch recht klar gewesen sein. Bedenken erweckt aber ein Punkt in der bundesgerichtlichen Begründung: Die Mieterin hatte behauptet, sie hätte seinerzeit keine Kenntnis über die Rechtsfolgen des Formmangels gehabt. Die Vorinstanz erachtete dies als unbeachtlich, *da es nicht erforderlich sei, über die positive Kenntnis der verletzten Formvorschrift hinaus auch positive Kenntnis der konkreten Rechtsfolgen zu besitzen*. Die I. Zivilabteilung bezeichnet diese Auffassung unter Berufung auf BGE 113 II 187 E. 1a S. 189 als mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Einklang stehend (E. 1.2.2). Das lässt sich indessen nicht mit dem zitierten Bundesgerichtsurteil begründen, welches sich zu dieser Frage gar nicht äussert. Zudem ist diese Auffassung auch von der Sache her problematisch. Dem Kondiktionsanspruch des Mieters, der nach einer nichtigen Mietzinserhöhung zuviel bezahlte Mietzinsen zurückfordert, kann der Vermieter nicht als *Kondiktionssperre* gemäss Art. 63 Abs. 1 OR den Einwand entgegenhalten, der Rückfordernde habe irrtumsfrei geleistet, weil ein *Rechtsirrtum* (hier bestehend in der Unkenntnis des Formmangels) unerheblich sei. Das Bundesgericht hat früher zu Recht betont, dass es nicht sachgerecht wäre, dem Mieter gleichsam im Sinne einer Fiktion zu unterstellen, er müsse das Gesetz kennen, da Art. 269d OR und Art. 19 VMWG ja gerade den Zweck verfolgen würden, den Mieter über seine Rechte aufzuklären (BGE 113 II 187 E. 1a S. 189; Thomas Koller, ZBJV 2004, 498 f., m.w.Nw; a.M. SVIT-Kommentar, Art. 269d N 55). Richtig besehen müsste sich das *nicht nur auf den Rechtsirrtum hinsichtlich des Formmangels, sondern auch hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Formmangels beziehen*. Denn

letztlich ist es ja der Vermieter, der die vom Gesetzgeber zum Schutz des Mieters vorgesehenen Formvorschriften nicht einhält, und er soll nicht leichthin aus der Verletzung dieser Formvorschriften einen Vorteil ziehen können. Kennt ein (juristisch nicht ausgebildeter) Mieter die Rechtsfolgen einer Verletzung mietrechtlicher Formvorschriften nicht und glaubt er sich zur Zahlung verpflichtet, obwohl er den Formmangel als solchen erkannt hat, so darf die spätere Rückforderung nicht an Art. 63 Abs. 1 OR und ebenso wenig am Rechtsmissbrauchseinwand scheitern (betreffend Art 63 Abs. 1 OR gl.M. BSK OR I-SCHULIN, Art. 63 N 4 [«... weil er die Formvorschriften ... und die sich hieraus ergebenden Rechte nicht kannte ...»]). *Rechtsmissbräuchlich verhalten kann sich nur der über seine Rechte vollständig informierte Mieter* (so auch BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 8, unter Berufung auf BGE 123 III 70 E. 3c und 3d S. 74 f.). Bei nichtigen Mietzinserhöhungen ist dabei vermutungsweise von der vollständigen Rechtsunkenntnis des Mieters auszugehen (ZK-HIGI, Art. 269d N 227; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 8).

3. Missbräuchlichkeit der Kündigung; Kündigungsanfechtung

a) *Leerverkaufskündigung (Art. 271 Abs. 1 OR); Urteil 4C.425/2004 vom 9.3.2005*

In diesem Urteil bestätigt das Bundesgericht seine (nicht amtlich publizierte) Rechtsprechung zur Frage der Anfechtbarkeit einer *Leerverkaufskündigung* (E. 1.1). Nach dieser Praxis handelt ein Vermieter, der einen Wohnungs- oder Geschäftsmietvertrag kündigt, um die Chancen beim Verkauf des Grundstückes zu erhöhen (insbesondere um die Chancen zu steigern, beim Verkauf einen höheren Preis zu erzielen), *nicht missbräuchlich* i.S.v. Art. 271 Abs. 1 OR (siehe dazu auch CR CO I-LACHAT, art. 271 N 8). Dies gilt – so das Bundesgericht – selbst dann, wenn dem Mieter ein Vorkaufsrecht zusteht, welches den Mietvertrag nicht überdauert (sic!).

Die (nun wohl gefestigte) bundesgerichtliche Praxis schafft für verkaufswillige Vermieter naturgemäss einen *hohen Anreiz zur Leerverkaufskündigung*. Denn es entspricht, wie das Bundesgericht selbst festhält, allgemeiner Erfahrung, dass das Vorhandensein eines Mieters je nach Art des Mietobjekts den Verkauf erschweren kann. Ob

dies mit dem dem geltenden Mietrecht zugrunde liegenden Gedanken des Mieterschutzes vereinbar ist, muss bezweifelt werden (kritisch dazu BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 20 [anders allerdings a.a.O., N 16]; ebenso wohl auch LACHAT/STOLL/BRUNNER, S. 531 Anm. 79 m.Nw.; a.M. demgegenüber SVIT-Kommentar, Art. 271 N 32, und wohl auch ZK-HIGI, Art. 271a N 115). Besonders problematisch wird diese Rechtsprechung, wenn der Mieter wie hier durch die Kündigung auch gerade noch ein vertragliches Vorkaufsrecht verliert; eine solche Kündigung rückt jedenfalls in die Nähe von Art. 156 OR (treuwidrige Vereitelung eines Bedingungseintritts). Was dem Mieter bei einer Leerverkaufskündigung zu seinem beschränkten Schutz noch bleibt, ist die Möglichkeit, eine *Mieterstreckung* gemäss Art. 272 ff. OR zu verlangen.

Leerverkaufskündigungen sind im Übrigen auch deshalb problematisch, weil sie sich faktisch nicht leicht vom *Missbrauchstatbestand des congé-vente* gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. c OR abgrenzen lassen. Das Bundesgericht umschifft diese Klippe formal elegant. Eine Kündigung sei – so die I. Zivilabteilung – nur dann missbräuchlich im Sinne dieser Bestimmung, wenn zwischen der Kündigung und dem Wunsch des Vermieters, die Wohnung dem Mieter zu verkaufen, eine *Kausalitätsbeziehung* bestehe. Daran gebreche es, wenn der Kündigungsgrund nicht ausschliesslich darin bestehe, den Mieter zum Kauf zu bewegen, *sondern wenn der Vermieter das Mietobjekt irgendjemandem verkaufen möchte oder wenn er es dem Mieter zum selben Preis wie Dritten (und ihm sogar prioritär) anbiete* (gl.M. ZK-HIGI, Art. 271a N 115, sowie SVIT-Kommentar, Art. 271a N 25). Im Ergebnis wird damit die Tragweite des Missbrauchstatbestands von Art. 271a Abs. 1 lit. c OR sehr stark eingeengt, zumal der Mieter auch noch die *Beweislast* für den Umstand trägt, dass der Vermieter ausschliesslich – im Sinne einer *Pressionskündigung* – das Mietverhältnis aufgelöst hat, um ihn zum Kauf der Wohnung zu zwingen (CR CO I-LACHAT, art. 271a N 12).

b) *Ertragsoptimierungskündigung (Art. 271 Abs. 1 OR); Beweislast; Urteil 4C.61/2005 vom 27.5.2005 = MRA 2005, 115 ff. = mp 2005, 176 ff.*

Ebenfalls bestätigt hat das Bundesgericht im Berichtsjahr seine Praxis zur *Ertragsoptimierungskündigung*. Nach dieser Rechtsprechung ist eine Kündigung nicht missbräuchlich i.S.v. Art. 271 Abs. 1

OR, wenn sie der Vermieter damit begründet, das Mietobjekt zu einem höheren, nach der absoluten Berechnungsmethode aber nicht missbräuchlichen Mietzins weitervermieten zu wollen (grundlegend BGE 120 II 105; kritisch dazu THOMAS KOLLER/MONIKA BUHLER, ZBJV 1995, 412 ff.). Die Zulässigkeit einer solchen Ertragsoptimierungskündigung steht in einem *Wertungswiderspruch* zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die dem Vermieter im laufenden Mietverhältnis Mietzinserhöhungen nur nach der relativen Berechnungsmethode (nach oben aber immer begrenzt durch die absolute Berechnungsmethode) erlaubt, denn damit wird der rücksichtslose Vermieter im Vergleich zum Vermieter, der mit den Mietern schonend umgeht, bevorzugt und ein hoher Anreiz für Kündigungen geschaffen (dazu im Einzelnen KOLLER/BUHLER, a.a.O.). Eine Kündigungswelle ist in der Praxis wohl nur deshalb ausgeblieben, weil Mieterwechsel auch für den Vermieter mit gewissen Kosten verbunden sind, die nach der Ertragsoptimierung zuerst amortisiert werden müssten. Nachdem das Bundesgericht seine Praxis verschiedentlich – so auch hier – bestätigt hat (vgl. früher etwa das Urteil 4C.343/2004 vom 22.12.2004 = MRA 2005, 124 ff. = mp 2005, 100 ff.), wird man sie nun wohl als gefestigt betrachten müssen (zustimmend zu dieser Praxis HANS BATTIG, MRA 2005, 120 ff., sowie SVIT-Kommentar, Art. 271 N 33; kritisch demgegenüber BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 16, und wohl auch CR CO I-LACHAT, art. 271 N 8 Anm. 13).

Selbstverständlich steht es dem Mieter wie bei der Leerverkaufskündigung (vgl. dazu vorn I. 3. a) auch in einer solchen Situation offen, eine *Mieterstreckung* nach Art. 272 ff. OR zu verlangen, die vor allem bei der Geschäftsmiete je nach den Umständen *sehr lange andauern* (vgl. dazu eindrücklich etwa das schon erwähnte Urteil 4C.343/2004 vom 22.12.2004 und kritisch zur dort gewährten Erstreckungsdauer HANS BATTIG, MRA 2005, 131 ff., spez. 133 f.) und *so die Ertragsoptimierungsstrategie des Vermieters wesentlich beeinträchtigen kann* (so bereits auch KOLLER/BUHLER, a.a.O., S. 416, m.Hw.).

Das Bundesgericht äussert sich im hier diskutierten Entscheid zu einem weiteren wichtigen Aspekt der Ertragsoptimierungskündigung. Eine solche ist wie erwähnt nur dann anfechtbar, wenn der vom Vermieter bei der Weitervermietung angestrebte Mietzins – nach der absoluten Berechnungsmethode ermittelt – nicht missbräuchlich ist. Wie die I. Zivilabteilung schon früher festgehalten hat, muss *dabei nur geprüft werden, ob der aktuelle Mietzins bei Anwendung der absoluten Berechnungsmethode erhöht werden könnte*; nicht massgebend ist, zu welchem Preis der Vermieter weiterzuvermieten beabsichtigt (vgl. dazu das bereits erwähnte Urteil 4C.343/2004 vom 22.12.2004). Prinzipiell trägt der Mieter – wie das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil einmal mehr festhält – die *Beweislast* für die Missbräuchlichkeit der angefochtenen Kündigung. Streng genommen würde dies bedeuten, dass der Mieter bei der Ertragsoptimierungskündigung zu beweisen hätte, dass der Mietzins bei Anwendung der absoluten Berechnungsmethode gar nicht erhöht werden darf. Nun hat aber das Bundesgericht schon in BGE 120 II 105 E. 3c S. 111 festgehalten, den Vermieter würden in diesem Zusammenhang gewisse *Mitwirkungsobliegenheiten* treffen. Die Partei, welche den Vertrag auflöst (hier also der Vermieter), habe loyal zur Wahrheitsfindung beizutragen, indem sie alle notwendigen Angaben aus ihrem Herrschaftsbereich liefere, die für die Verifizierung des von ihr angerufenen Kündigungsgrundes notwendig seien. Dementsprechend obliegt es bei einer Ertragsoptimierungskündigung dem Vermieter, die notwendigen Unterlagen beizubringen, aus denen sich ermitteln lässt, dass er in Anwendung der absoluten Berechnungsmethode einen höheren, nicht missbräuchlichen Mietzins verlangen kann. Im vorliegenden Fall bestätigt das Bundesgericht im Wesentlichen diese Praxis und weist deshalb die Berufung der Vermieterin (welche im kantonalen Verfahren die erforderlichen Unterlagen nicht beigebracht hatte) ab.

Von besonderem Interesse sind nun gewisse Nuancen in den höchstrichterlichen Erwägungen. Sowohl die Vermieterin als auch das Bundesgericht gehen beim Streitfall von einer *Beweislastfrage* aus («Dès lors, le présent litige se résume à un problème de fardeau de la preuve.» [E. 4.2 in fine]). Aus den oben skizzierten Gründen kommt die I. Zivilabteilung zum Schluss, die Vorinstanz habe in casu die *Beweislastregeln* nicht verkannt («... la Chambre d'appel n'a pas méconnu, en l'espèce, le fardeau de la preuve ...» [E. 4.3.2 in fine]). *Die Vermieterin habe daher die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen* («... que la bailleresse doive *supporter* les conséquences de l'absence de preuve à ce sujet» [E. 4.3.2 zweiter Absatz in fine; Hervorhebung von mir]). In BGE 120 II 105 E. 3c in fine S. 111 hatte das Bundesgericht noch zurückhaltender ausgeführt, der Vermieter müsse sich den fehlenden Beweis für den von ihm behaupteten Kündigungsgrund *entgegenhalten lassen* («... qu'il doive *se laisser opposer* l'absence de preuve du motif de congé allégué par lui.» [Hervorhebung von mir]). In

der Lehre wurde dieser frühere Entscheid dahingehend interpretiert, dass der *Vermieter nur mit der Beweishilfe belastet werde, nicht aber eine Umkehr der Beweislast erfolge*, wobei allerdings die Beweishilfe auf dem Umweg über die Beweiswürdigung zum gleichen Resultat führen könne (OSCAR VOGEL, ZBJV 1996, 141; SVIT-Kommentar, Art. 271 N 38; ähnlich auch BSK OR I-WEBER, Art 271/271a N 30).

Die genaue Tragweite des hier besprochenen – im Ergebnis richtigen (insoweit gl.M. HANS BATTIG, MRA 2005, 131 ff.) – Entscheids ist schwer abschätzbar. Hat das Bundesgericht, wie die oben zitierten Erwägungen nahe legen, in Änderung der Rechtsprechung *die Beweislast* hinsichtlich der Zulässigkeit eines bei der Weitervermietung angestrebten höheren Mietzinses *umgekehrt* oder ging es nur darum, *eine ungerechtfertigte Verweigerung der Mitwirkung im Beweisverfahren zu sanktionieren*? In der Literatur wurde geltend gemacht, eine Beweisvorlagepflicht der einen Partei könne nicht dazu führen, der andern (beweisbelasteten) Partei das Beweisrisiko abzunehmen; die Sanktion für die verweigerte Mitwirkung am Beweisverfahren sei nicht die Beweislastumkehr, sondern die Feststellung, dass durch die verweigerten Beweismittel der Beweis treuewidrig vereitelt worden sei und daher als erbracht bezeichnet werden dürfe (BATTIG, a.a.O., 121 ff.). Bei der Frage, ob eine Ertragsoptimierungskündigung missbräuchlich ist oder nicht, kann diese Unterscheidung durchaus von praktischer Bedeutung sein. So ist z.B. – wie die Erfahrung zeigt – der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit in der Regel nicht leicht zu führen (vgl. BGE 123 III 317 ff. sowie als teilweises Korrektiv das Urteil 4C.176/2003 vom 13.1.2004, von mir besprochen in ZBJV 2005, 317 ff.). Versucht der kündigende Vermieter seine Ertragsoptimierungskündigung mit dem Argument zu begründen, er könne bei einer Weitervermietung einen höheren, nicht missbräuchlichen, da orts- und quartierüblichen Mietzins erzielen, *und kommt er seiner Mitwirkungsobliegenheit nach*, so kann es für den Prozessausgang entscheidend sein, ob er oder der Mieter beweisbelastet ist und ob damit er oder der Mieter die *Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit* zu tragen hat (vgl. dazu auch BATTIG, a.a.O, 122).

Meines Erachtens hat sich das Bundesgericht im hier diskutierten Entscheid klar für eine *Umkehr der Beweislast* ausgesprochen (gl.M., aber kritisch dazu BATTIG, a.a.O., 121). Die blosse Sanktionierung einer Verletzung der Mitwirkungspflichten einer Partei im Beweisverfahren, die an sich eine Frage des kantonalen Prozessrechts ist

und daher nicht zum Gegenstand einer Berufung gemacht werden kann (BGE 119 II 305 E. 1 b aa S. 306; kritisch dazu OSCAR VOGEL, ZBJV 1995, 457), hätte das Bundesgericht im vorliegendem Fall wohl zwar trotzdem überprüfen können, weil im Mietrecht die Mitwirkungsobliegenheit der Parteien bundesrechtlich geregelt ist (Art. 274d Abs. 3 OR). Die I. Zivilabteilung prüft in casu indessen wie erwähnt die ihm unterbreitete Streitfrage *ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt der Beweislastverteilung* und nicht der Beweishilfe.

Sachlich ist eine solche Beweislastumkehr sinnvoll, werden doch so wenigstens die Auswirkungen einer Ertragsoptimierungskündigung für den Mieter etwas gemildert. Zu prüfen wäre gar, ob die Beweislast für den Kündigungsgrund bei der Anfechtung von Kündigungen wegen Missbräuchlichkeit nicht generell dem Vermieter zugewiesen werden sollte (so BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 30, mit guten Gründen).

c) *Kündigungssperre während eines hängigen Schlichtungsverfahrens (Art. 271a Abs. 1 lit. d OR); BGE 131 III 33 (4C.248/2004) = MRA 2004, 161 ff. = mp 2004, 219 ff.*

Nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ist eine vom Vermieter ausgehende Kündigung bei der Wohn- oder Geschäftsraummiete anfechtbar, wenn sie während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, es sei denn, der Mieter habe das Verfahren missbräuchlich eingeleitet. Der Mieter kommt bloss dann nicht in den Genuss dieser Kündigungsschutzbestimmung, wenn einer der in Art. 271a Abs. 3 OR vorgesehenen Ausnahmetatbestände – wie z.B. eine Kündigung wegen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters oder wegen Zahlungsverzugs des Mieters – erfüllt ist.

In casu kündigten die Vermieter das Mietverhältnis zunächst *ausserordentlich* auf den 30. November 2002 unter Berufung auf wichtige Gründe i.S.v. Art. 266g OR. Daraufhin gelangten die Mieter an die Schlichtungsbehörde mit dem Begehren, es sei die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen, eventuell sei diese ungültig zu erklären. Ein paar Wochen später kündigten die Vermieter das Mietverhältnis *ordentlich* auf den 31. März 2003. Die Mieter fochten auch diese Kündigung an. In der Folge kamen beide kantonalen Gerichtsinstanzen zum Schluss, das erste Schlichtungsverfahren habe eine

Kündigungssperrfrist ausgelöst. Das Bezirksgericht betrachtete die Berufung der Mieter auf die Sperrfrist allerdings als rechtsmissbräuchlich, weshalb es die Gültigkeit der zweiten (ordentlichen) Kündigung feststellte; das Verfahren betreffend die ausserordentliche Kündigung schrieb es als durch Rückzug erledigt ab. Das Obergericht dagegen verneinte ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Mieter (mit der Folge, dass die ordentliche Kündigung ungültig zu erklären war). Das Bundesgericht weist die Berufung der Vermieter gegen diesen vorinstanzlichen Entscheid ab (kritisch zu diesem Urteil BEAT ROHRER, MRA 2004, 165 ff.).

Die Vermieter machten vor Bundesgericht geltend, Art. 271a Abs. 1 lit. d OR *umfasse nur die missbräuchliche Kündigung durch den Vermieter, nicht aber nicht missbräuchliche Vermieterkündigungen.* Dem hält das Bundesgericht entgegen, der Kündigungsschutz von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR reiche über jenen vor offensichtlichem Rechtsmissbrauch, ja selbst über die umfassende Wahrung des Prinzips von Treu und Glauben, hinaus. Das Gesetz sei weit eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken getragen, denn vom negativ geprägten Missbrauchsbegriff (E. 3.2 S. 36, unter Berufung auf BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 1). *Weder eine historische noch eine teleologische oder systematische Auslegung dieser Norm lege* (was im Einzelnen ausgeführt wird) *nahe, dass zu prüfen wäre, ob sich eine bei hängigem Verfahren betreffend das Mietverhältnis vermieterseitig ausgesprochene Kündigung im Einzelfall tatsächlich als missbräuchlich erweise* (E. 3.5 S. 37). Mit dieser Auffassung befindet sich das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Lehre, die in Art. 271a Abs. 1 lit. d OR eine *unwiderlegbare Vermutung* (unter Vorbehalt von Art. 271a Abs. 3 OR sowie eines allfälligen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Mieters) erblickt, eine Kündigung während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens sei eine *Vergeltungs- bzw. Rachekündigung* (SVIT-Kommentar, Art. 271a N 28, m.Hw.). Richtig gesehen enthält Art. 271a Abs. 1 lit. d OR damit die *Fiktion einer treuewidrigen Kündigung* (so auch BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 9; SVIT-Kommentar, Art. 271a N 2; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 541 f. Rz. 5.4.4). Das Bundesgericht hat in casu soweit ersichtlich erstmals in diesem Sinn entschieden.

Das besprochene Urteil ist schliesslich noch in anderer Hinsicht von Bedeutung. In der Lehre wird z.T. die These vertreten, der Kündigungsschutz von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR – und ebenso von

Art. 271a Abs. 1 lit. e OR – könne nicht zum Tragen kommen, wenn das hängige Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren eine ausserordentliche Kündigung oder die Formungültigkeit der (ersten) Kündigung zum Gegenstand habe. Zeige sich nämlich im Laufe des Verfahrens, dass eine solche mangels Erfüllung sämtlicher gesetzlicher Voraussetzungen als unwirksam erkannt werden könnte, so erscheine es als unangemessen und nicht mit den gesetzgeberischen Intentionen übereinstimmend, dem Vermieter zu verunmöglichen, ohne weiteren Zeitverlust erneut und diesmal ordentlich zu kündigen (SVIT-Kommentar, Art. 271a N 31; ähnlich auch ZK-HIGI, Art. 271a N 262; a.M. BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 543 f. Rz. 5.4.5; ähnlich auch CHRISTIAN CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. St. Gallen 1993, Bern etc. 1994, 250). Diese Auffassung hat das Bundesgericht in casu klar verworfen (E. 3.6 S. 37 f.). *Zumindest dann, wenn sich der Streit im ersten Verfahren um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer ausserordentlichen Kündigung dreht, greift somit die Kündigungssperre von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR* (und ebenso von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR).

Offen bleibt, ob dies auch gilt, wenn im ersten Verfahren darüber gestritten wird, ob die Kündigung formnichtig ist und der Vermieter mit der zweiten Kündigung einen allfälligen Formmangel beheben will. In der Lehre wird für diesen Fall mehrheitlich die Auffassung vertreten, der Vermieter müsse den Formfehler korrigieren können, indem er die Kündigung wiederholt, ohne das Ende des ersten Verfahrens und den Ablauf der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR abzuwarten (CALAMO, a.a.O., 250; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 543 Rz. 5.4.5; SVIT-Kommentar, Art. 271a N 31; ZK-HIGI, Art. 271a N 262; differenzierter BSK OR I-WEBER, Art. 271/271a N 27). Zu dieser Frage hat das Bundesgericht bisher soweit ersichtlich noch nicht Stellung genommen. Im Urteil 4C.276/1997 vom 29. Juli 1998 (mp 2000, 196 f.) hat das Bundesgericht nur vordergründig im Sinn der herrschenden Lehre entschieden. In diesem Fall liess es die Kündigungssperre von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR bei der zweiten Kündigung nicht zum Tragen kommen, weil sich von mehreren Vermietern nicht alle an der ersten Kündigung beteiligt hatten und im ersten Streitverfahren daher die Nichtigkeit der Kündigung festgestellt wurde. Dem Mieter musste die Berufung auf Art. 271a Abs. 1 lit. e OR nicht versagt werden, weil die erste Kündigung nichtig war, sondern weil denjenigen Vermietern, welche am ersten Verfahren unbeteiligt

waren, nicht vorgehalten werden konnte, sie hätten vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines Verfahrens gekündigt, in dem sie unterlegen waren.

Für den Vermieter bringt das hier besprochene Bundesgerichtsurteil ein *hohes Prognoserisiko* mit sich. Kündigt er aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR) oder wegen unsorgfältigen Gebrauchs des Mietgegenstandes durch den Mieter (Art. 257f Abs. 3 OR) und erachten die Gerichte im anschliessenden Verfahren die materiellen Voraussetzungen für eine solche Kündigung als nicht erfüllt, so kann er dem Mieter während der Sperrfrist (ausser in den Fällen von Art. 271a Abs. 3 OR) nicht kündigen (aus diesem Grunde kritisch zum hier besprochenen Entscheid ROHRER, a.a.O.). Eine Umdeutung der ausserordentlichen Kündigung in eine ordentliche auf den nächstmöglichen Termin kommt nach zutreffender herrschender Lehre nicht in Betracht (a.M. ROHRER, a.a.O., 167 ff.; vgl. dazu auch BGE 123 III 124 E. 3d S. 128 f., wo es um eine blosse Umqualifizierung einer ausserordentlichen Kündigung [gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR] in eine andere ausserordentliche Kündigung [gestützt auf die allgemeinen Verzugsregeln von Art. 107 ff. OR] ging). Eine Fehleinschätzung der Lage durch den Vermieter verschafft somit dem Mieter einen verhältnismässig hohen Kündigungsschutz. Der vorsichtige Vermieter wird daher im Zweifelsfall eher eine ordentliche Kündigung aussprechen, auch wenn er so einen ihm unliebsamen Mieter etwas länger im Genuss des Mietobjekts belassen muss.

4. Ausweisungsverfahren (Art. 274g OR); BGE 131 I 242 (4P.315/2004)

Mieterausweisungsverfahren bieten immer wieder heikle Probleme, insbesondere auch hinsichtlich der Frage des Zusammenspiels zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Prozessrecht (einlässlich dazu FABIENNE HOHL, Die Ausweisung von Wohnungs- und Geschäftsmietern, mp 1997, 1 ff.).

Aus der in Art. 274g OR festgelegten *Kompetenzattraktion* hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass der Entscheid des Ausweisungsrichters in dieser besonderen Prozesskonstellation – Anfechtung einer ausserordentlichen Kündigung i.S.v. Art. 274g Abs. 1 OR durch den Mieter einerseits und Hängigkeit eines

Ausweisungsverfahrens andererseits – von Bundesrechts wegen in einem *vollständigen Erkenntnisverfahren* zu ergehen hat und ihm materielle Rechtskraft zukommt (BGE 122 III 92 E. 2c S. 95, m.Nw.). Das setzt eine erschöpfende Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen voraus, weshalb die Ausweisungsbehörde über die Streitsache *mit voller Kognition* zu entscheiden, diese unbesehen ihrer Liquidität an Hand zu nehmen und insbesondere alle erforderlichen Beweise abzunehmen hat (BGE 119 II 141 E. 4b S. 145 ff.). Zudem haben die Kantone das Verfahren so auszugestalten, dass eine Streitsache mit Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden kann, wenn sie nach Art. 43 ff. OG grundsätzlich berufungsfähig ist. Dies setzt voraus, dass ein erstinstanzlicher Ausweisungsentscheid mit einem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel beim oberen kantonalen Gericht angefochten werden kann. Diesen Grundsätzen haben die kantonalen Instanzen ganz speziell auch dann Rechnung zu tragen, wenn Mieterausweisungen nach kantonalem Recht in einem *Summarverfahren* entschieden werden; die dem Summarverfahren eigenen Beschränkungen werden diesfalls durch die bundesrechtlichen Vorgaben überspielt (vgl. dazu auch BGE 118 II 302 E. 4b S. 306 f. sowie 117 II 554 E. 2d S. 558 f.). In der Lehre wurde aus dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zutreffend abgeleitet, dass im Anwendungsbereich von Art. 274g OR ein eigentliches *bundesrechtliches Ausweisungsverfahren* bestehe, während in allen von Art. 274g OR nicht umfassten Fällen *das Ausweisungsverfahren rein kantonalrechtlich* sei (HOHL, a.a.O., 6 ff., mit kritischen Bemerkungen).

In casu hatte der Präsident des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens nach Art. 274g OR einer Beschwerde – auch «kleine Appellation» genannt – des beklagten Mieters gegen den erstinstanzlichen Summarentscheid die beantragte aufschiebende Wirkung verweigert. Mit staatsrechtlicher Beschwerde rügt der Mieter unter anderem eine *Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts*. Das Bundesgericht gibt ihm Recht. Der vom Appellationsgericht zu erlassende Endentscheid sei grundsätzlich berufungsfähig. Wenn die vom erstinstanzlichen Richter angeordnete Ausweisung mangels aufschiebender Wirkung der Beschwerde vollstreckt werde, verliere der Mieter sein Rechtsschutzinteresse an der Weiterführung des kantonalen Verfahrens über die Rechtmässigkeit von Kündigung und Ausweisung. Daran vermöge der dem Mieter gegen den Vermieter zuste-

hende Schadenersatzanspruch im Falle einer ungerechtfertigten Ausweisung nichts zu ändern. Denn dieser sei offensichtlich kein gleichwertiger Ersatz für die vom Bundesrecht vorgeschriebene Möglichkeit, den Entscheid des oberen kantonalen Gerichts betreffend Kündigung und Ausweisung mit Berufung beim Bundesgericht geltend zu machen. Der Präsident des Appellationsgerichts hätte *daher von Bundesrechts wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen und damit die Vollstreckbarkeit des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheids aufschieben müssen.*

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Ausgestaltung kantonaler Ausweisungsverfahren präzisiert und ausgeweitet. Wie es ausdrücklich betont, hat es die ihm unterbreitete Rechtsfrage allerdings nur für den Sonderfall eines Verfahrens nach Art. 274g OR entschieden (E. 3.3 S. 247, mit der unzutreffenden Bemerkung, die vom Beschwerdeführer zitierte FABIENNE HOHL äussere sich an der angegebenen Stelle [mp 1997, 10] zum Fall des reinen Ausweisungsverfahrens ohne Kompetenzattraktion). Für gewöhnliche Ausweisungsverfahren – wenn also z.B. keine ausserordentliche, sondern eine ordentliche Kündigung zur Diskussion steht oder wenn der Mieter eine ausserordentliche Kündigung nicht bei der Schlichtungsbehörde anficht (vgl. dazu BGE 122 III 92; weitere Beispiele bei HOHL, a.a.O., 11) – lässt das Bundesgericht offen, ob die kantonalen Instanzen von Bundesrechts wegen aufschiebende Wirkung zu erteilen haben. In der Lehre wird für Ausweisungsverfahren ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 274g OR die These vertreten, diese unterlägen – selbstverständlich unter Vorbehalt der verfassungsmässigen Rechte der betroffenen Parteien – vollumfänglich dem kantonalen Prozessrecht (CR CO I-LACHAT, art. 274g N 5 ff.; ZK-HIGI, Art. 274g N 59; LACHAT/STOLL/BRUNNER, 607 Rz. 8.4; zu Recht kritisch dazu aber HOHL, a.a.O., 16 ff.). Dementsprechend kann es sein, dass entsprechende Ausweisungsentscheide nicht berufungsfähig sind (BGE 122 III 92). Daher werden wohl die kantonalen Instanzen in solchen Fällen auch nicht von Bundesrechts wegen verpflichtet sein, einem unterinstanzlichen Urteil zwingend aufschiebende Wirkung zu erteilen. Gegen die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung kann sich dann der Mieter beim Bundesgericht nur zur Wehr setzen, wenn er mit Erfolg die Verletzung anderer verfassungsmässiger Rechte (z.B. des Willkürverbots) rügt.

Die mit der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 274g OR faktisch entstandene Unterscheidung zwischen bundesrechtlichem und kantonalrechtlichem Ausweisungsverfahren (welche mit dem hier diskutierten Entscheid noch vertieft wird) ist *unbefriedigend.* Es wäre wohl für alle Beteiligten von Vorteil, wenn sämtliche Ausweisungsprozesse den gleichen Grundsätzen unterliegen würden. Dabei müssten allerdings die vom Bundesgericht im Rahmen von Art. 274g OR entwickelten Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung *auf alle Ausweisungsprozesse ausgedehnt werden* (gl.M. HOHL, a.a.O., 18 f.); andernfalls wäre der Rechtsschutz für die Mieter, für welche bei einer Räumungsklage sehr viel auf dem Spiel steht, ungenügend.

II. Arbeitsrecht

1. **Passivlegitimation für Ansprüche aus vorzeitiger Pensionierung; Vertragsauslegung; juristische Selbständigkeit von Konzerngesellschaften; BGE 131 III 606** (4C.448/2004)

Das Grounding der Swissair im Oktober 2001 und die der SAirGroup anschliessend gewährte Nachlassstundung haben auch Spuren im Arbeitsrecht hinterlassen, so etwa in BGE 132 III 32 (in Sachen SR Technics Switzerland), einem wichtigen Urteil zu Art. 333 OR (im nächsten Jahr an dieser Stelle zu besprechen). Etwas weniger spektakulär, aber trotzdem interessant ist in diesem Zusammenhang der hier besprochene, vom Bundesgericht am gleichen Tag gefällte, aber bereits in Band 131 veröffentlichte Entscheid in Sachen Gate Gourmet Switzerland Sàrl.

Die Klägerin arbeitete seit 1983 für die Swissair (später zur SAirGroup geworden). Im Rahmen einer konzernrechtlichen Umstrukturierung wechselte die Arbeitnehmerin auf den 1. Januar 1993 zur Swissair-Tochtergesellschaft Gate Gourmet Genève SA (die im Jahr 2000 mit der Gate Gourmet Zürich SA zur Gate Gourmet Switzerland SA fusionierte, welche ihrerseits 2002 zur Gate Gourmet Switzerland Sàrl wurde), wobei die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag schlossen. Die Löhne sämtlicher Angestellten der Swissair-Gruppe wurden indessen weiterhin von der Konzernmutter bezahlt. Im Verlauf der Neunzigerjahre musste der Swissair-Konzern sein Personal abbauen. Um die damit für die Betroffenen verbundenen Konsequenzen abzumildern, wurden mit den Gewerkschaften verschiedene

Sozialpläne ausgearbeitet, in denen unter anderem Regeln über die *vorzeitige Pensionierung* vorgesehen waren. Mit Wirkung auf den 1. November 1998 wurde die Klägerin nach diesen Regeln vorzeitig pensioniert. Dementsprechend erhielt sie während rund drei Jahren die ihr zugesagten monatlichen Leistungen von der SAirGroup ausbezahlt.

Am 1. November 2001 teilte die SAirGroup allen vorzeitig Pensionierten, darunter auch der Klägerin, mit, dass sie wegen der gewährten Nachlassstundung nicht mehr in der Lage sei, die im Sozialplan vorgesehenen Leistungen zu erbringen. Gleichzeitig wies die SAirGroup die vorzeitig Pensionierten darauf hin, dass sie ihre Rechte im Rahmen des Nachlassverfahrens bzw. des Konkurses der SAirGroup geltend machen müssten. In der Folge verlangte die Klägerin die ihr zustehenden Leistungen von der Gate Gourmet Switzerland Sàrl. Die beiden Genfer Vorinstanzen gaben ihr im Wesentlichen Recht.

Im Verfahren vor dem Bundesgericht bestreitet die Gate Gourmet Switzerland Sàrl erneut ihre *Passivlegitimation* mit der Begründung, einzige Schuldnerin der Leistungen gemäss Sozialplan sei die SAirGroup. Damit dringt die Beklagte indessen nicht durch.

Zunächst hält das Bundesgericht fest, dass sich in diesem Fall die Frage des Betriebsübergangs nach Art. 333 OR nicht stelle, weil seinerzeit zwischen den Parteien ein neuer Vertrag geschlossen worden sei, der ausdrücklich die Beklagte als Arbeitgeberin bezeichnete. Es sei daher – so das Bundesgericht – nicht bestreitbar, dass die Beklagte und nicht die Konzernmutter im Zeitpunkt der vorzeitigen Pensionierung Arbeitgeberin gewesen sei, obwohl Letztere die Löhne ausgerichtet habe.

Sodann – und zur Hauptsache – befasst sich das Bundesgericht mit der *Vereinbarung über die vorzeitige Pensionierung*. Das entsprechende Schreiben, mit dem die Gate Gourmet seinerzeit der Klägerin die vorzeitige Pensionierung angekündigt hatte, qualifiziert das Bundesgericht zu Recht als Offerte auf Änderung der vertraglichen Beziehungen, die von der Klägerin angenommen worden war. Daraus resultierte *ein neuer Vertrag, der nun ausgelegt werden muss*. Im Rahmen dieser Auslegung kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Gate Gourmet diesen Vertrag in eigenem Namen geschlossen und sich daher gegenüber der Klägerin verpflichtet habe (anders im BGE 132 III 32 zugrunde liegenden Fall, in dem noch die Swissair selbst Partei des «Pensionierungsvertrages» war und in dem sich daher die Frage des *Vertragsübergangs nach Art. 333 OR* stellte). Da die versprochenen Leistungen an die Frühpensionierten von der SAirGroup ausgerichtet wurden, beurteilt das Bundesgericht den Vertrag als *Garantievertrag gemäss Art. 111 OR*. Damit ist die Beklagte zur Schadloshaltung der Klägerin von dem Moment an verpflichtet, in dem die SAirGroup ihre Leistungen eingestellt hat.

Für sich genommen ist dieser höchstrichterliche Entscheid nicht spektakulär. In den bundesgerichtlichen Erwägungen finden sich die üblichen Ausführungen zur Auslegung von Verträgen nach dem *Vertrauensprinzip*. Dass sich unter dem Gesichtspunkt dieses schuldrechtlich zentralen Grundsatzes die Beklagte, die als Vertragspartnerin im «Pensionierungsvertrag» ausdrücklich aufgeführt war, hätte mit dem Argument aus ihrer Verantwortung stehlen können, gemäss Vertrag habe die Swissair Leistungen auszurichten, wäre absurd. Wer selbst expressis verbis als Vertragspartei auftritt, kann im Nachhinein nicht leichthin geltend machen, er sei nicht Schuldner. Dazu müssten schon ganz besondere Umstände vorliegen, was in casu aber offensichtlich nicht der Fall war. Das hier besprochene Urteil ist deshalb bemerkenswert, *weil die Beklagte im Ergebnis versucht hat, sich zu ihren Gunsten auf einen Durchgriff zu berufen*. Dem schiebt das Bundesgericht zu Recht einen Riegel, indem es die rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften betont (E. 4.2.1 S. 612). Damit folgt es letztlich (ohne dies allerdings ausdrücklich zu erwähnen) seiner langjährigen, sachlich zutreffenden Rechtsprechung zum Durchgriff: *Auf den Durchgriff berufen können sich nur Aussenstehende zu ihren Gunsten, nicht aber belangte natürliche oder juristische Personen, um einer Belastung zu entgehen* (BGE 121 III 319 E. 5b/bb S. 323; 72 II 67 E. 3c S. 77; vgl. auch ROLAND VON BUREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 78). *Aktionäre und Gesellschaften, insbesondere Konzerngesellschaften, müssen sich auf der von ihnen selbst gewählten Form behaften lassen* (VON BUREN/STOFFEL/WEBER, a.a.O., Rz. 78). Dass dies auch für die Gesellschaften eines gegroundeten Flugkonzerns zu gelten hat, liegt auf der Hand.

Spannender gewesen wäre der Fall, wenn nicht die SAirGroup, sondern die Gate Gourmet zahlungsunfähig geworden wäre. Ob diesfalls die Klägerin einen Zahlungsanspruch gegenüber der SAirGroup gehabt hätte, sei es aus einem *Schuldbeitritt*, sei es aus einer *aktienrechtlichen Durchgriffshaftung*, sei es aus *Vertrauenshaftung* (man ist

sofort an BGE 120 II 331 erinnert, bekanntlich ebenfalls ein Swissair-Fall!), hätte aufgrund der Umstände des Falles geprüft – und wahrscheinlich wohl auch bejaht – werden müssen.

2. Mitarbeiterbeteiligung; Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR); BGE 131 III 615 (4C.183/2005)

Erneut musste sich das Bundesgericht mit einem arbeitsrechtlichen Problem im Zusammenhang mit einer so genannten *Mitarbeiterbeteiligung* befassen (vgl. dazu bereits BGE 130 III 495 sowie meine Besprechung dazu in ZBJV 2005, 332 ff.). X, Mitarbeiter der Bank N, bezog im hier interessierenden Zeitraum ein fixes Jahressalär von über 213 000 bzw. 228 000 Franken und erhielt zudem jährliche, frei verfügbare Boni von 80 000, 135 000 und 167 000 Franken. Darüber hinaus wurden ihm im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsplans Aktien einer Konzerngesellschaft seiner Arbeitgeberin im Wert von 30 000, 100 000 und 67 500 Franken zugeteilt (beim Lesen solcher Sachverhalte beginnt man sich manchmal leise zu fragen, ob man mit einer Universität wirklich den richtigen Arbeitgeber gewählt hat ...). Diese Aktien waren jeweils für drei Jahre gesperrt; die Freigabe war an die Bedingung geknüpft, dass der Arbeitnehmer am Ende der Sperrfrist noch bei der Bank N angestellt war. Im Juli 2003 kündigte Mitarbeiter X den Arbeitsvertrag. In der Folge klagte er gegen die vormalige Arbeitgeberin unter anderem auf Bezahlung von 30 000, 100 000 und 67 500 Fr., entsprechend dem Wert der drei blockierten Aktienpakete. Weder die beiden Genfer Instanzen noch das Bundesgericht gaben ihm in diesem Punkt Recht.

Den Einwand des Klägers, der Mitarbeiterplan verstosse gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB, weist das Bundesgericht richtigerweise *kurz und bündig* ab. In BGE 130 III 495 E. 5 S. 503 verneinte das Bundesgericht bei einer fünfjährigen Sperrfrist eine übermässige persönlichkeitsverletzende Bindung *noch unter vorsichtiger Abwägung verschiedener Umstände*: «Von der in begründeter Erwartung eines hohen Gewinns freiwillig auf fünf Jahre eingegangenen Bindung des Klägers lässt sich demnach nicht sagen, sie überschreite jedes zulässige Mass, zumal der Kläger aus mehrjähriger Erfahrung die Perspektiven eines fünfjährigen Verbleibens bei der X. Bank AG abzuschätzen in der Lage war.» Dies liess die Möglichkeit offen, unter anderen

Umständen einen Mitarbeiterbeteiligungsplan als sittenwidrig zu qualifizieren. Die neuere Begründung überzeugt mehr: Von einer die *Sittlichkeit verletzenden Freiheitsbeschränkung* hinsichtlich der Ausübung des Kündigungsrechts kann schlicht keine Rede sein, wenn jemand Aktien mit einer Sperrfrist von drei (oder fünf) Jahren erhält und diese nur freigegeben werden, sofern nach Ablauf der Sperrfrist das Arbeitsverhältnis noch besteht. Für die Beurteilung solcher Situationen eignet sich die Generalklausel von Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht.

Von grossem Interesse ist demgegenüber die Frage, ob eine so ausgestaltete Mitarbeiterbeteiligung gegen konkrete arbeitsrechtliche Normen verstösst. Im Vordergrund steht dabei das so genannte *Truckverbot* von Art. 323b Abs. 3 OR (vgl. dazu bereits BGE 130 III 495 sowie die in meiner Besprechung in ZBJV 2005, 335 erwähnten beiden Urteile 4C.237/2004 und 4C.239/2004 vom 1.10.2004). Das vorliegende Urteil gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu dieser Frage zu präzisieren.

In BGE 130 III 495 konnte das Bundesgericht eine Verletzung des Truckverbots problemlos verneinen, weil der Mitarbeiter dort beim Erwerb der in Frage stehenden Optionen vornehmlich als Anleger gehandelt hatte, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert hatte. In casu verhielt es sich nicht so einfach, denn der Mitarbeiter hatte sich keineswegs freiwillig für eine Kapitalanlage entschieden, sondern die Zuteilung erfolgte durch den Arbeitgeber. Dies veranlasst das Bundesgericht zu einer einlässlichen Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen Mitarbeiterbeteiligungen und Art. 323b Abs. 3 OR.

Eine *Verletzung des Truckverbots* liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch gesperrten und wegen der Vertragsauflösung verfallenden Mitarbeiterbeteiligungen (Aktien, Optionen etc.) *durch einen Lohnrückbehalt finanziert worden sind* (Urteile 4C.237/2004 und 4C.239/2004 vom 1.10.2004; Thomas Koller, ZJBV 2005, 335). Art. 323b Abs. 3 OR hat – wie das Bundesgericht ausführt (E. 6.3 S. 622 f.) – den *Lohn* im Auge, nicht aber darüber hinausgehende anderweitige Entschädigungen wie z.B. *Gratifikationen*, die sich dadurch auszeichnen, dass ihre Ausrichtung zumindest der Höhe nach, sehr oft aber auch im Grundsatz *vom freien Willen des Arbeitgebers* abhängt. Massgebend dafür, ob ein Mitarbeiterbeteiligungsplan mit Sperrfristen gegen das Truckverbot verstösst, ist mithin, ob die dem Arbeitnehmer zugeteil-

ten Aktien, Optionen usw. im konkreten Fall eine blosse Gratifikation darstellen oder als *variabler Lohnbestandteil* qualifiziert werden müssen. Im vorliegenden Fall kommt das Bundesgericht – wie die Vorinstanz – aufgrund einer Würdigung der Umstände (keine Vereinbarung zwischen den Parteien, dass die Aktienzuteilungen zum Lohn gehören; untergeordnete Bedeutung der Zuteilungen, die über drei Jahre hinweg nur 16% der dem Arbeitnehmer zufliessenden Leistungen ausmachten) zum Schluss, dass die fraglichen Aktien nicht Lohnbestandteil gebildet hätten und daher vom Truckverbot nicht umfasst würden.

Damit hat das Bundesgericht gleichzeitig zwei Fragen entschieden, die in der Lehre z.T. kontrovers diskutiert werden. In der Literatur ist seit langem umstritten, ob Gratifikationen dem Truckverbot unterliegen oder nicht (befürwortend ZK-SCHONENBERGER/STAEHELIN, Art. 323b N 17; BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 323b N 7; ablehnend VISCHER, S. 118 Anm. 137; MATTHIAS STAEHELIN, Gesperrte Optionen – als Lohn unzulässig?, SJZ 2005, 181 ff., spez. 185; im gleichen Sinne wohl auch STREIFF/VON KAENEL, Art. 323b N 7, sowie DOMINIQUE PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligungen, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2005, 151/152, Rz. 196). Aufgrund des hier besprochenen Urteils wird man davon ausgehen dürfen, dass *Gratifikationen generell nicht von Art. 323b Abs. 3 OR umfasst werden*. Darüber hinaus steht nunmehr fest, dass die Zuteilung während einer bestimmten Frist gesperrter Mitarbeiteraktien oder -optionen gegen zwingendes Recht verstösst, wenn diese Beteiligungsrechte einen festen oder variablen Lohnbestandteil bilden (so schon die Urteile 4C.237/2004 und 4C.239/2004 vom 1.10.2004; im Ansatz ebenso D. PORTMANN, a.a.O., 147 ff. Rz. 192 ff., und CR CO I-AUBERT, art. 323b N 3); *arbeitsrechtlich zulässig ist eine derartige Zuteilung dagegen, wenn es sich um eine blosse Gratifikation handelt*. Damit ist das Bundesgericht einem verhältnismässig «liberalen» Lösungsansatz gefolgt, der in der Literatur verschiedentlich vorgeschlagen wurde (M. STAEHELIN, a.a.O., 181 ff., mit ausführlicher Begründung; D. PORTMANN, a.a.O., 151/152 Rz. 196; im Ansatz wohl auch WYLER, 629). Nicht ausgeschlossen ist, dass das Bundesgericht künftig *bei ganz hohen Löhnen* Mitarbeiterbeteiligungspläne mit Sperrfristen in gewissem Rahmen gar arbeitsrechtlich schützen wird, *wenn die Zuteilung im Sinne eines Bonus Lohncharakter hat* (vgl. dazu BGE 130 III 495 E. 4.2.2 S. 501, in Anlehnung an WYLER, 629 f.).

Die Unternehmen dürften mit dieser höchstrichterlichen Praxis – auch im Hinblick auf das internationale Umfeld – wohl leben können. Natürlich hat sie zur Folge, dass im konkreten Fall die *Abgrenzung zwischen Gratifikation und Lohn* von wesentlicher Bedeutung ist (vgl. dazu ausführlich M. STAEHELIN, a.a.O., 182 ff.). Grundlegende Probleme dürften sich damit aber kaum ergeben. Mitarbeiterbeteiligungen werden in der Regel nur Kaderleuten oder Angestellten mit verhältnismässig hohen Löhnen zukommen. Bei höheren Löhnen können aber, wie die Rechtsprechung zeigt, Gratifikationen in prozentual grösserem Umfang ausgerichtet werden, ohne dass dies für sich allein bereits zu einer Umqualifizierung des Zuflusses in einen (variablen) Lohnbestandteil führt (vgl. dazu exemplarisch etwa BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280 und meine Besprechung dazu in ZBJV 2004, 509 ff.). Kritisch wird die Lage allerdings, wenn Mitarbeiterbeteiligungen vertraglich fest zugesichert werden oder wenn während Jahren vorbehaltlos Zuteilungen erfolgen (so dass der Arbeitnehmer dies als konkludentes Einräumen eines Rechtsanspruchs interpretieren darf). Dann entfällt der Gratifikationscharakter (siehe dazu wiederum BGE 129 III 276 E. 2.2. und 2.3. S. 280 f.). Sicher nicht verletzt ist in einem solchen Fall das Truckverbot, wenn der Mitarbeiter die *freie Wahl zwischen einer Geldleistung und der Mitarbeiterbeteiligung hat*. Und bei ganz hohen Löhnen wäre wohl – wie erwähnt – Art. 323b Abs. 3 OR ebenfalls nicht verletzt, wenn ein (vereinbarter) Bonus in der Form einer Mitarbeiterbeteiligung ausgerichtet würde. Aus dem hier besprochenen Entscheid wird man aber ableiten müssen, dass ein Barlohn im Bereich von 300 000 bis 350 000 Franken pro Jahr noch nicht ausreicht, um eine zusätzlich ausgerichtete Mitarbeiterbeteiligung generell vom Truckverbot auszunehmen (sonst hätte sich das Bundesgericht in casu seine ausführlichen Erwägungen ersparen können).

3. Lohnanspruch während unfall- bzw. krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit; Karenzfrist; formlose abweichende Vereinbarung (Art. 324a OR); BGE 131 III 623

(4C.193/2005)

Gemäss Art. 324a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer während einer beschränkten Zeit Anspruch auf Lohn, wenn er aus Gründen, die

in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall usw., ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist. Voraussetzung für diesen Lohnanspruch ist allerdings, dass das Arbeitsverhältnis *mehr als drei Monate gedauert hat* (1) oder *für mehr als drei Monate eingegangen ist* (2). Die Dreimonatsfrist gemäss Tatbestandsvariante 1 beginnt mit Arbeitsantritt zu laufen (CR CO I-AUBERT, art. 324a N 5; WYLER, 150; so nun auch das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid, E. 2.3 S. 628) und berechnet sich in Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR. In der Praxis dürften sich bei der Handhabung dieser Tatbestandsvariante von Art. 324a Abs. 1 OR keine grossen Schwierigkeiten bieten. Anders sieht es mit der zweiten Tatbestandsvariante aus. Keine Probleme ergeben sich zwar, wenn die Parteien ein *befristetes Arbeitsverhältnis* über mehr als drei Monate (vgl. dazu illustrativ BGE 126 III 75; «Elena-Prokina-Fall» [befristetes Arbeitsverhältnis unter drei Monaten]) oder ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten eingegangen sind. In all diesen Fällen hat der Arbeitnehmer vom ersten Tag des Beginns des Arbeitsverhältnisses an – also *ohne Karenzfrist* – bei Verhinderung in der Arbeitsleistung einen Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR. Wie aber sieht es aus, wenn das *unbefristete Arbeitsverhältnis eine Kündigungsfrist von drei Monaten oder weniger vorsieht und die Arbeitsverhinderung während der ersten drei Monate eintritt?* Gibt es in einem solchen Fall eine Karenzfrist und wenn ja, für welche Dauer?

In der Literatur werden dazu verschiedene Meinungen vertreten. Im hier besprochenen Entscheid schliesst sich das Bundesgericht der Auffassung an, wonach bei dieser Fallkonstellation die *ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses als Karenzfrist* gelten und der Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers erst am ersten Tag des vierten Arbeitsmonats zu laufen beginnt (E. 2.4.4.5 S. 632 f; in diesem Sinne STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 2, et al.). In den ersten drei Monaten eines derartigen Arbeitsverhältnisses trägt demgemäss der Arbeitnehmer nach der allgemeinen Gefahrtragungsregel des Schuldrechts die *Lohngefahr* (Art. 119 Abs. 2 OR; siehe zum Zusammenspiel zwischen Art. 119 OR und Art. 324a OR BGE 126 III 75 E. 2c und 2d S. 78 f.). Ausdrücklich verworfen wird vom Bundesgericht die in der Lehre vereinzelt vertretene Ansicht, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis werde nach der Absicht der Parteien stets für mehr als drei Monate eingegangen, weshalb von einer Karenzfrist überhaupt abzusehen sei (BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 324a N 12), ebenso wie die (in der Literatur in etlichen Werken zu findende) Auffassung, bei Verträgen ohne Mindestdauer bestehe ein Lohnfortzahlungsanspruch ab dem Zeitpunkt, in dem feststehe, dass das Arbeitsverhältnis unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist mehr als drei Monate dauern werde (in diesem Sinne VISCHER, S. 130, et al.), was zu einer Verkürzung der Karenzfrist führen würde (E. 2.4.4.4 S. 631 f. und E. 2.4.4.5 S. 633).

Ob sich das Bundesgericht in diesem Entscheid wirklich der – wie es selber sagt – «opinion majoritaire» angeschlossen hat, die letztgenannte Auffassung also «courant minoritaire» ist, könnte bezweifelt werden. Bei einer diagonalen Durchsicht der arbeitsrechtlichen Standardliteratur entsteht der Eindruck, dass sich die beiden Meinungen etwa die Waage halten. Dies ist indessen von untergeordneter Bedeutung. *Wesentlich ist, dass das Bundesgericht hier eine arbeitsrechtlich wichtige Streitfrage geklärt hat.* Zudem hat es sich für eine Lösung entschieden, die in der Praxis leicht handhabbar ist. Im Ergebnis mag es unbefriedigend sein, dass bei der Zuweisung der Lohngefahr gemäss Art. 119 und Art. 324a OR in gewissen Fällen eine Karenzfrist besteht und in andern nicht. Dies ist im Gesetz aber so angelegt und daher hinzunehmen.

Gemäss Art. 324a Abs. 4 OR können von den Bestimmungen von Art. 324a Abs. 1 bis 3 OR abweichende Regelungen getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig sind. Dazu bedarf es allerdings entweder einer *schriftlichen Abrede*, eines Normalarbeitsvertrages oder eines Gesamtarbeitsvertrages. Nach Art. 324a Abs. 2 OR dagegen kann die Dauer der Lohnfortzahlung über die im Gesetz vorgesehenen Minimalfristen hinaus auch durch *gewöhnliche (d.h. formlose) Abrede* verlängert werden. In der Lehre wurde aus dieser Bestimmung abgeleitet, dass sämtliche Vereinbarungen, mit denen der Arbeitnehmer hinsichtlich seines Lohnfortzahlungsanspruchs besser gestellt wird, formlos getroffen werden können (vgl. dazu etwa ZK-SCHONENBERGER/STAEHELIN, Art. 324a N 55). Im hier besprochenen Entscheid schliesst sich das Bundesgericht dieser Meinung ausdrücklich an (E. 2.5.2 S. 634). Dementsprechend können die Parteien *z.B. durch formlose Abrede auf die Karenzfrist* verzichten. In casu fand sich im massgebenden (schriftlichen) Arbeitsvertrag eine rudimentäre Regelung über die Lohnfortzahlungsmodalitäten, die indessen dem Schriftformerfordernis von Art. 324a Abs. 4 OR nicht genügte, da die wesentlichen Punkte nicht aufgeführt waren. Dies ver-

mochte aber die Arbeitgeberin nicht zu entlasten, weil die Vereinbarung auslegungsfähig war, das Auslegungsergebnis (Verzicht auf die Karenzfrist, aber keine Verlängerung der Dauer der Lohnfortzahlungspflicht im Vergleich zur gesetzlichen Regelung) zugunsten der Arbeitnehmerin vom Gesetz abwich und das Ganze daher als formlose Abrede i.S.v. Art. 324a Abs. 2 OR qualifiziert werden konnte. Im Ergebnis folgt damit das Bundesgericht – ohne dies zu erwähnen – zu Recht seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Formvorschriften im Arbeitsvertragsrecht. *Stellt der Gesetzgeber Formvorschriften auf, die dem Schutz des Arbeitnehmers dienen, so kann sich der Arbeitgeber nicht auf die Nichteinhaltung der Form berufen, wenn das Auslegungsergebnis zu seinen Ungunsten ausfällt*; in solchen Fällen Ungültigkeit der Vereinbarung anzunehmen würde dem *Schutzzweck der Formvorschrift* zuwiderlaufen (vgl. dazu illustrativ etwa BGE 116 II 700 betreffend Anspruch des Handelsreisenden auf Entgelt und Auslagenersatz gemäss Art. 347a Abs. 1 lit. c OR; so wie hier VISCHER, S. 300 f. Anm. 13; gegen dieses Günstigkeitsprinzip aber etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 347a N 2).

4. Spesenentschädigung des Handelsreisenden (Art. 327a ff. und Art. 347a OR); Verwirkung des Anspruchs wegen verspäteter Geltendmachung; Rechtsmissbrauch; BGE 131 III 439 (4C.42/2005)

Im Rahmen eines Handelsreisendenvertrages hatten die Parteien unter anderem mündlich eine pauschale Spesenentschädigung von 1000 Franken pro Monat vereinbart. Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses, das bloss ein Jahr dauerte, machte der Arbeitnehmer geltend, die pauschale Spesenentschädigung sei zu gering gewesen. Die Arbeitgeberin stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Anspruch des Handelsreisenden sei gestützt auf Art. 2 ZGB verwirkt, weil der angeblich ungenügende Spesenersatz verspätet geltend gemacht worden sei.

Beim Handelsreisendenvertrag bedarf eine Vereinbarung über den Auslagenersatz an sich der Schriftform (Art. 347a Abs. 1 lit. c OR; ebenso Art. 327a Abs. 2 OR). Fehlt eine schriftliche Abrede, so gelten die gesetzlichen Vorschriften und die üblichen Arbeitsbedingungen (Art. 347a Abs. 2 OR), hinsichtlich des Auslagenersatzes so-

mit Art. 327a ff. OR. Danach hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer *alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen* zu ersetzen. Eine *Pauschalentschädigung* kann zwar unter anderem durch schriftliche Abrede festgesetzt werden, doch hat *diese zwingend alle notwendig entstehenden Auslagen* zu decken (Art. 327a Abs. 2 OR). Eine Pauschalspesenvereinbarung, welche die durchschnittlichen Spesen des Handelsreisenden nicht deckt, ist daher – wie das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Lehre (vgl. dazu statt aller etwa WYLER, 213) ausdrücklich festhält – auf jeden Fall nichtig, selbst wenn die Schriftform gewahrt wäre (E. 4 S. 441 f.). In casu hatte daher der Arbeitnehmer unabhängig von der ohnehin nicht formgültig vereinbarten Spesenregelung Anspruch auf Ersatz aller effektiv entstandenen notwendigen Auslagen.

Damit wird allerdings eine pauschale Spesenentschädigung noch keineswegs sinnlos. Das Bundesgericht hält ebenso ausdrücklich und zu Recht fest, dass eine Spesenvereinbarung nicht bereits dann nichtig sei, wenn die Pauschale die effektiven Spesen während eines Monats nicht zu decken vermöge, sondern erst wenn sich ergebe, dass die durchschnittlichen effektiven Auslagen *über eine relativ lange Periode, beispielsweise über ein Jahr hinweg*, nicht gedeckt seien (E. 5.3.2 S. 445 f.; dazu statt aller etwa BRUHWILER, Art. 327a N 4). Zudem trage der Arbeitnehmer die *Beweislast* für die Notwendigkeit und die Höhe der effektiven einzelnen Auslagen sowie für die Behauptung, die vereinbarte Pauschale sei zu niedrig, wobei er allerdings in den Genuss der *Beweiserleichterung* von Art. 42 Abs. 2 OR komme (E. 5.1 S. 444; dazu statt aller etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 327a N 8, sowie BK-REHBINDER, Art. 327a N 9 ff.).

Zur Begründung ihres Einwandes, der Anspruch des Handelsreisenden auf einen über der vereinbarten Pauschalentschädigung liegenden Spesenersatz sei verwirkt, machte die Arbeitgeberin unter Berufung auf BGE 91 II 372 E. 13 S. 386 f. geltend, der Arbeitnehmer habe seine Abrechnungspflicht nach Art. 327c Abs. 1 OR verletzt sowie gegen Treu und Glauben verstossen, indem er erst nach zehn Monaten zu tiefe Spesen gerügt habe. Das Bundesgericht hält dem entgegen, seit Ergehen dieses Entscheids *habe sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauchsverbot im Arbeitsverhältnis stark entwickelt*. Danach könne sich der Arbeitgeber nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf einen Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers berufen, der geltend mache, eine getroffene Vereinba-

rung verstosse gegen zwingendes Recht; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Ausserdem begründe blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen allgemein noch nicht Rechtsmissbrauch. *Daher vermöge auf jeden Fall der blosse Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Ansprüche erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend mache, für sich allein keinen Rechtsmissbrauch darzustellen.* Rechtsmissbrauch würde voraussetzen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen würden und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre (E. 5.1 S. 443 f.). Im vorliegenden Fall waren diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wie das Bundesgericht im Einzelnen darlegt.

Den Ausführungen des Bundesgerichts zum Rechtsmissbrauch kann nur zugestimmt werden (grundsätzlich ebenfalls zustimmend, zu einzelnen Aspekten des hier besprochenen Entscheids aber immerhin kritisch CHRISTOPH SENTI, AJP 2005, 1279 ff.). Dreh- und Angelpunkt des Arbeitsvertragsrechts ist Art. 341 Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten. Diese *Schutznorm zu Gunsten des Arbeitnehmers* würde ihres Sinngehalts entleert, wenn sich aus dem blossen Umstand, dass ein Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gewisse Ansprüche – wie z.B. Ferienlohnansprüche, Überstundenentschädigung usw. – nicht geltend macht, bereits ein Rechtsmissbrauch ableiten liesse. Zutreffend ist es aber auch, wenn das Bundesgericht betont, dass selbst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das blosse Zuwarten mit dem Geltendmachen von Ansprüchen noch keinen Rechtsmissbrauch darstellt. Die zeitliche Befristung von Ansprüchen wird grundsätzlich durch die *verjährungsrechtlichen Bestimmungen* geregelt; eine (faktische) Verkürzung schuldrechtlicher Ansprüche über Art. 2 Abs. 2 ZGB darf nur in Ausnahmefällen erfolgen. Zurückhaltung ist dabei insbesondere geboten, wenn es sich bei der Ansprüche erhebenden Partei um eine vom Gesetz als besonders schutzbedürftig eingestufte Person handelt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauchseinwand im Arbeitsrecht hat sich in den letzten 25 bis 30 Jahren in diese Richtung klar gefestigt (siehe dazu BGE 105 II 39; 110 II 168; 110 II 273; 126 III 337 E. 7 S. 344; 129 III 493 E. 5 S. 497 ff. [vgl. dazu meine Besprechung in ZBJV 2004, 516 ff.]; 129 III 618 E. 5.2 S. 622 f.). In der neueren Lehre ist diese Entwicklung grundsätzlich auf Zustimmung gestossen (STREIFF/VON KAENEL, Art. 341 N 4; VISCHER, 289; CR CO I-AUBERT, art. 341 N 8 und N 10). Auf den Arbeitgeber lässt sich diese Rechtsprechung indessen nicht ohne weiteres übertragen; in der Praxis wird bisweilen rasch auf Verwirkung geschlossen, wenn ein Arbeitgeber mit dem Erheben von Ansprüchen gegen den Arbeitnehmer zuwartet (siehe dazu etwa BGE 110 II 344 E. 2 S. 345 ff.; VISCHER, 195; PORTMANN, N 876 f.; OR I-REHBINDER/PORTMANN, Art. 341 N 10, Letztere mit kritischen Bemerkungen).

5. Beginn der Kündigungsfrist (gewollte Praxisänderung oder höchstrichterliche Panne?); BGE 131 III 467 (4C.423/2004)

Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, ist im Arbeitsvertragsrecht der *Kündigungstermin* nach Ablauf der Probezeit stets das *Ende eines Kalendermonats* (Art. 335c Abs. 1 OR; vgl. zur Kontroverse, ob die Vereinbarung eines vom Gesetz abweichenden Kündigungstermins formfrei erfolgen kann oder den Vorschriften von Art. 335c Abs. 2 OR unterliegt, STREIFF/VON KAENEL, Art. 335c N 6, m.Nw.). Diese Terminbestimmung hat zur Folge, dass zwischen Zugang der Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses in den meisten Fällen ein längerer Zeitraum liegt als die vertraglich vereinbarte bzw. gesetzliche *Kündigungsfrist*. In solchen Fällen kann sich die Frage stellen, *ob die Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt oder ob der Beginn der Kündigungsfrist durch Rückrechnung vom Kündigungstermin zu ermitteln ist.* Die Unterscheidung kann in verschiedenen Konstellationen relevant werden, so etwa im Zusammenhang mit dem zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR. Wurde eine Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 OR ausgesprochen, so wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Zum Tragen kommt diese Bestimmung allerdings nur, wenn bei Beginn der Sperrfrist die Kündigungsfrist – so der Gesetzeswortlaut – *nicht schon abgelaufen ist.* Dieser Gesetzeswortlaut spricht dafür, die Kündigungsfrist mit

Zugang der Kündigung laufen zu lassen mit der Folge, dass Arbeitsverhinderungen, die in die Zeit zwischen dem Zugang der Kündigung und dem von da an berechneten Ablauf der Kündigungsfrist fallen, vom Schutz von Art. 336c Abs. 2 OR umfasst werden, während Arbeitsverhinderungen in der Zeit zwischen dem Ende der Kündigungsfrist und dem Kündigungstermin ausser Betracht bleiben.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht ausdrücklich so entschieden und allgemein festgehalten, *dass die Kündigungsfrist stets – nicht nur im Zusammenhang mit dem zeitlichen Kündigungsschutz – mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauf folgenden Tag zu laufen beginne und am entsprechenden Tag des der Dauer der Frist entsprechenden Monats ende, während sich das Arbeitsverhältnis selbst wegen des Kündigungstermins über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus bis zum Ende des Monats verlängere*. Zu entscheiden war diese Frage in casu, weil die Parteien im Arbeitsvertrag für eine erste Periode eine kürzere und für die zweite Periode des Arbeitsverhältnisses eine längere Kündigungsfrist vereinbart hatten. Die Kündigung war noch während der ersten Periode ausgesprochen worden; wäre der Beginn der Kündigungsfrist nach der Methode der «Rückwärtsberechnung vom Endtermin» festgesetzt worden, so wäre er hier (gemäss Bundesgericht) in die zweite Periode gefallen. Da – wie das Bundesgericht soweit ersichtlich erstmals festhält – *bei der Vereinbarung unterschiedlicher Kündigungsfristen während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses jene massgebend ist, die im Zeitpunkt des Beginns der Kündigungsfrist gilt* (E. 2 S. 471; kritisch dazu GABRIEL AUBERT, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, Ire Cour civile, du 14 avril 2005, Calcul de délai de congé: revirement de jurisprudence?, ARV 2005, 173 ff., spez. 175, der unter Hinweis auf die Lehre anmerkt, für die Bestimmung der massgebenden Fristlänge sei der Zugang der Kündigung und nicht der Beginn der Kündigungsfrist massgebend), kam hier noch die kürzere Frist der ersten Periode zum Tragen.

Zur Begründung dieses Urteils beruft sich das Bundesgericht nicht auf den Gesetzeswortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR, sondern auf seine Rechtsprechung zu Art. 336c Abs. 3 OR. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung löst eine zweite Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 336c Abs. 1 OR, die *in die Zusatzfrist von Art. 336c Abs. 3 OR fällt*, keine erneute Sperrfrist aus (BGE 124 III 474; 121 III 107; 109 II 330). Dabei übersieht das Bundesgericht allerdings einen ganz zentralen Umstand: Die höchstrichterlichere Rechtsprechung zu

Art. 336c Abs. 2 OR war bisher gerade gegenteilig. Das EVG hat sich im Zusammenhang mit Art. 336c Abs. 2 OR schon vor langem *klar für die Methode der Rückwärtsrechnung entschieden* (BGE 115 V 437 E. 2c und E. 3 S. 440 ff.), und die I. Zivilabteilung in Lausanne hat sich dem vor mehr als zehn Jahren ausdrücklich angeschlossen (BGE 119 II 449 E. 2a S. 450; vgl. zum Ganzen die detaillierte Analyse von AUBERT, a.a.O., m.w.Nw.; ähnlich STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 3). In bisherigen vom Bundesgericht unter Art. 336c Abs. 3 OR zu beurteilenden Fällen wurde – soweit im Vorfeld Abs. 2 dieser Norm betroffenen war – stets mit der Methode der Rückwärtsrechnung gearbeitet (BGE 124 III 474 Sachverhalt und E. 1 S. 475; 121 III 107 [in diesem Fall wäre ohne diese Berechnungsmethode Art. 336c Abs. 3 OR gar nicht zur Anwendung gelangt!]), und in der Lehre wird diese Methode soweit ersichtlich einhellig befürwortet (CR CO I-AUBERT, art. 336d N 3; BRUHWILER, Art. 336c N 7; PORTMANN, N 1108 f.; BK-REHBINDER, Art. 336c N 7; BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 336c N 12; FAVRE/MUNOT/TOBLER, art. 336c N 2.4; STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 3; WYLER, 430). Zu beachten ist dabei, dass sich diese Frage beim zeitlichen Kündigungsschutz nur stellt, wenn es um eine Sperrfrist geht, die erst nach der Kündigung beginnt; bei der *während einer Sperrfrist* erfolgten Kündigung (die keinen Aufschub bewirkt, sondern nichtig ist) ist selbstverständlich – wie sich aus Art. 336c Abs. 2 OR klar ergibt – der *Zugang der Kündigung* massgebend (BGE 113 II 259; STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 10; BRUHWILER, Art. 336c N 6; BK-REHBINDER, Art. 336c N 6, et al.).

Im Ergebnis hat das Bundesgericht mit dem hier besprochenen Urteil eine *einschneidende Praxisänderung* vollzogen. Allerdings muss bezweifelt werden, dass dies beabsichtigt war (im gleichen Sinn AUBERT, a.a.O., 175). Zum einen hatte das Bundesgericht wie erwähnt nicht einen Fall des zeitlichen Kündigungsschutzes zu beurteilen, sondern eine ganz andere Rechtsfrage (die es mit einer viel einfacheren Begründung gleich hätte entscheiden können [AUBERT, a.a.O., S. 175; vgl. dazu schon oben]). Zum andern setzt es sich mit seiner bisherigen gegenteiligen Rechtsprechung überhaupt nicht und mit der Lehre praktisch nicht auseinander (zu Letzterer verweist es nur auf Handkomm-EGLI, Art. 336c OR N 14), ja, es führt sogar zu Unrecht aus, soweit ersichtlich habe es bis jetzt noch nie ausdrücklich zur hier interessierenden Frage Stellung genommen (E. 2.1 S. 472). In der Sache selbst ist auch seine Argumentation nicht überzeugend,

denn die Rechtsprechung zu Art. 336c Abs. 3 OR lässt sich nicht ohne weiteres auf andere Fälle der Berechnung der Kündigungsfrist, insbesondere nicht auf Art. 336c Abs. 2 OR übertragen. Dass eine zweite Sperrfrist, die in die *Zusatzfrist von Art. 336c Abs. 3 OR* fällt, keine erneute Aufschubwirkung haben soll, lässt sich damit rechtfertigen, dass der Arbeitgeber nicht zu stark belastet werden soll und dass die Zusatzfrist von Art. 336c Abs. 3 OR bloss bezweckt, dem Arbeitnehmer einen *nahtlosen Stellenwechsel* zu ermöglichen (in diesem Sinne STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 10 in fine, sowie WYLER, 431).

Letztlich dürfte die Begründung des hier besprochenen Urteils schlicht auf einer Panne beruhen und eine Praxisänderung gar nicht beabsichtigt gewesen sein (so auch AUBERT, a.a.O., 175). Die Zukunft wird weisen müssen, wie es sich damit verhält.

6. Missbräuchliche Kündigung; offensichtliches Missverhältnis der in Frage stehenden Interessen (Art. 336 OR); BGE 131 III 535 (4C.110/2005) = Pra 2006 Nr. 44 S. 325 ff.

Ein Angestellter der Bank X beging während mindestens zehn Jahren deliktische Handlungen zu Lasten von Bankkunden mit einer Schadensumme von über elf Millionen Franken. Nachdem diese Vorfälle ans Tageslicht gekommen waren, entliess die Bank den 52-jährigen stellvertretenden Generaldirektor A, einen Vorgesetzten des untreuen Bankmitarbeiters, mit der Begründung «suite aux graves événements qui se sont produits au début de cette année au sein de notre établissement, à la suite d'actions commises par l'un de nos anciens collaborateurs dont vous assumiez la responsabilité, nous devons constater que le lien de confiance qui vous liait à notre banque n'existe plus». A war zu diesem Zeitpunkt während über 26 Jahren bei der Bank X tätig und von seinen Vorgesetzten stets hervorragend qualifiziert worden. Im Zusammenhang mit den Verfehlungen seines Untergebenen konnte ihm kein Vorwurf gemacht werden. Die Kündigung erfolgte, um das Ansehen der Bank, welches durch die Affäre des ungetreuen Angestellten Schaden genommen hatte, wiederherzustellen; A kam dabei die Rolle eines Sündenbocks zu.

Unter diesen Umständen verwundert es nicht, dass A, der die Kündigung als missbräuchlich betrachtete, in allen drei Instanzen obsiegte. Von Interesse ist denn auch weniger dieser Prozessausgang, sondern die Begründung, auf die das Bundesgericht seinen Entscheid stützt.

In casu war keiner der in Art. 336 OR aufgeführten Tatbestände einer missbräuchlichen Kündigung erfüllt. Geprüft werden musste daher, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus einem andern Grund missbräuchlich war. Seit je ist anerkannt, dass Art. 336 OR die missbräuchliche Kündigung *nicht abschliessend* umschreibt; die dort aufgeführten Tatbestände haben nur beispielhaften Charakter (BGE 125 III 70 E. 2a S. 72; 123 III 246 E. 3b S. 251, je m.Nw.). Die Art. 336 ff. OR *konkretisieren für den Bereich der Auflösung von Arbeitsverträgen das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot* und regeln die Folgen einer missbräuchlichen Kündigung abweichend vom allgemeinen Prinzip. Dementsprechend kann die Auflösung eines Arbeitsvertrages auch in andern Situationen missbräuchlich sein, wobei allerdings vorausgesetzt wird, dass die Umstände, die zur Kündigung geführt haben, mit den in Art. 336 OR erwähnten Tatbeständen *von ihrer Schwere her vergleichbar* sind. Hilfestellung bei der Beurteilung im Einzelfall bieten die Fallgruppen, die in Lehre und Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 ZGB gebildet worden sind.

Im vorliegenden Fall stellt das Bundesgericht zur Hauptsache auf die Fallgruppe *des offensichtlichen (bzw. krassen) Missverhältnisses der in Frage stehenden Interessen* ab (E. 4.2 S. 539 f.; vgl. zu dieser Fallgruppe statt aller etwa BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 41, m.Nw.). Demgemäss gilt es, das Interesse der Arbeitgeberin an der Auflösung (bzw. genau genommen an der freien Auflösbarkeit) des Arbeitsvertrages und das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses gegeneinander abzuwägen. Mit der Kündigung wollte die Bank X nach aussen den Eindruck erwecken, sie habe adäquate Massnahmen ergriffen, um zu verhindern, dass sich bei ihr in Zukunft ähnliche deliktische Vorfälle wie in der Vergangenheit eingetreten wiederholen könnten. Gleichzeitig hat sie damit in Bankkreisen den (völlig unzutreffenden) Anschein vermittelt, A sei in irgendeiner Weise in die betrügerischen Machenschaften seines Untergebenen verwickelt, womit sie gegen ihre Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin gemäss Art. 328 OR verstiess. Auf das legitime Interesse von A am Bestand seines Arbeitsverhältnisses, das er seit über 26 Jahren zur vollen Zufriedenheit der Bank X ausgeübt hatte, sowie auf seine berufliche und persönliche Reputation in Bankkreisen (seine potenziellen künftigen Arbeitgeber!) nahm X in keiner Weise Rücksicht. Dass eine unter solchen Umständen ausgesprochene Kündigung missbräuchlich ist, liegt auf der Hand.

Der hier besprochene Fall ist für sich genommen im Grunde viel zu eindeutig, um von allgemeinem Interesse zu sein. Immerhin bildet er aber Bestandteil eines immer grösser werdenden Mosaiks von Fällen, bei denen sich die Missbräuchlichkeit einer Kündigung nicht gestützt auf einen der konkreten Tatbestände von Art. 336 OR, sondern gestützt auf die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB beurteilt (vgl. dazu neuerdings auch BGE 132 III 115 sowie das zur Publikation bestimmte Urteil 4C.354/2005 vom 8.2.2006, beide an dieser Stelle zu besprechen im kommenden Jahr). Diese Entwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber gut daran getan hat, die Missbrauchstatbestände im Arbeitsvertragsrecht nicht abschliessend zu kodifizieren. Damit dürfte die frühere Aussage des Bundesgerichts obsolet geworden sein, für die Anwendung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots neben Art. 336 OR verbleibe wenig Raum (BGE 121 III 60 E. 3d S. 63 f., m.Nw.). Ebenso wird damit die in der Literatur z.T. vertretene Auffassung widerlegt, die missbräuchliche Kündigung im Arbeitsrecht habe Art. 2 ZGB verlassen (so ZK-STAEHELIN, Art. 336 N 2). Mit der gebotenen Vorsicht wird man auch zum Schluss kommen dürfen, dass das berühmte und rigorose «Schlafwagenbegleiter-Urteil» (BGE 111 II 242) heute wohl überholt ist (in ähnlichem Sinne VISCHER, S. 237 Anm. 62, sowie STREIFF/VON KAENEL, Art. 336 N 4).

7. Konkurrenzverbot; Realerfüllung; vorsorgliche Massnahmen (Art. 340b Abs. 3 OR); BGE 131 III 473

(4P.293/2004) = Pra 2006 Nr. 32 S. 226 ff.

Verletzt ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot, so schuldet er dem Arbeitgeber in der Regel bloss Schadenersatz oder gegebenenfalls eine Konventionalstrafe (Art. 340b Abs.1 und 2 OR). Die *reale Durchsetzung eines Konkurrenzverbots* kann der Arbeitgeber nur dann verlangen und gerichtlich erzwingen, wenn es besonders *schriftlich verabredet* ist *und die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers sowie das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen* (Art. 340b Abs. 3 OR; ausführlich dazu STREIFF/VON KAENEL, Art. 340b N 8). Art. 340b OR stipuliert eine Ausnahme vom allgemeinen schuldrechtlichen Prinzip, wonach dem Gläubiger ein *Anspruch auf Realerfüllung* zusteht (PORTMANN, N 1007; BK-REHBINDER, Art. 340b N 10; kritisch zum grundsätzlichen Anspruch auf Naturalerfüllung im Obligationenrecht aber etwa EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 328 ff., spez. 331). Diese Bestimmung ist daher eine Spezialnorm im Verhältnis zu Art. 98 OR (STREIFF/VON KAENEL, Art. 340b N 8; BK-REHBINDER, Art. 340b N 10). Sind die Voraussetzungen von Art. 340b Abs. 3 OR erfüllt, so steht dem Arbeitgeber ein Unterlassungsanspruch – und nicht, wie im Gesetzestext missverständlich formuliert, ein Beseitigungsanspruch – zu (PORTMANN, N 1007), der in der Regel unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB durchgesetzt wird (VISCHER, 281; BRUHWILER, Art. 340b N5 in fine).

Im hier besprochenen Urteil hatte das Bundesgericht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde zu beurteilen, ob die Cour de Justice des Kantons Genf *im Rahmen vorsorglicher Massnahmen* der Arbeitnehmerin willkürfrei untersagt hatte, die die vormalige Arbeitgeberin konkurrierende Tätigkeit mit sofortiger Wirkung zu unterlassen (ausführlich zur Problematik vorsorglicher Massnahmen im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten insgesamt sowie zum hier besprochenen Entscheid STREIFF/VON KAENEL, Art. 340b N 8 und 9).

Zunächst bestätigt das Bundesgericht verbal seine Rechtsprechung (E. 2.1 und E 2.2 S. 475 f.), wonach das *kantonale Prozessrecht* bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber bei einer Verletzung eines vertraglichen Konkurrenzverbots seitens eines ehemaligen Arbeitnehmers durch vorsorgliche Massnahmen geschützt werden kann (dazu BGE 103 II 120 E. 2b S. 123 f.). Gleichzeitig fügt es aber an – und dies ist neu –, dass bei vorsorglichen Massnahmen, die auf eine *vorläufige Vollstreckung eines Anspruchs* hinausliefen, *welche eine besonders schwere Beeinträchtigung der Situation des Gesuchsgegners bewirkten, speziell hohe Anforderungen an die vom Gericht vorzunehmende Interessenabwägung zu stellen* seien. Ganz besonders gilt dies, wenn eine vorsorgliche Massnahme praktisch endgültige Wirkung hat, weil der Streit über das Stadium der Massnahme hinaus keine Bedeutung mehr hat. Dies ist in aller Regel beim Unterlassungsanspruch nach Art. 340b Abs. 3 OR der Fall, da die zulässige Maximaldauer des Konkurrenzverbots von drei Jahren (Art. 340a Abs. 1 OR) bei Beendigung des Hauptprozesses im Allgemeinen abgelaufen sein wird und das Urteil in diesem Prozess daher gegenstandslos wird. Ebenso hält das Bundesgericht neu ausdrücklich fest, dass die kantonalen Gerichte selbst im summa-

rischen Verfahren, in dem Gesuche um Erlass provisorischer Massnahmen behandelt würden, die *materielle Gültigkeit der fraglichen Vertragsklausel zu überprüfen hätten*, wenn ein Unterlassungsanspruch nach Art. 340b Abs. 3 OR geltend gemacht werde (E. 2.3 S. 477). *Eine bloss summarische Prüfung der Rechtslage ist in dieser Situation somit von Bundesrechts wegen unzulässig.*

In der Folge legt das Bundesgericht einlässlich dar, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitgeber Anspruch auf Unterlassung einer konkurrierenden Tätigkeit durch den vormaligen Arbeitnehmer hat. Unter Berufung auf die Lehre führt es aus, neben dem Schriftformerfordernis müssten auch die beiden in Art. 340b Abs. 3 OR zusätzlich aufgeführten *materiellen Voraussetzungen* (d.h. eine Verletzung oder Bedrohung der Interessen des Arbeitgebers einerseits und ein besonderes Verhalten des Arbeitnehmers andererseits) *kumulativ* erfüllt sein. Die blosse Verletzung des Konkurrenzverbots genügt nicht; der Arbeitgeber muss glaubhaft machen, dass *der Schaden, den er erleiden wird, beträchtlich und nur schwer ersetzbar ist sowie dass die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers als besonders schwer und gegen Treu und Glauben verstossend erscheint.* In seiner früheren Rechtsprechung (BGE 103 II 120 E. 4 S. 125 ff.) ging das Bundesgericht – wie es im hier besprochenen Entscheid zu Recht ausführt – noch nicht so weit, während es in einem späteren, nicht publizierten Urteil immerhin bereits erkannt hatte, dass ein richterliches Verbot gegen einen Arbeitnehmer auf Unterlassung einer konkurrierenden Tätigkeit *eine der drakonischsten Massnahmen ist, da sie dem Arbeitnehmer unter Umständen seine einzige Einkommensquelle entzieht.* Sodann kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass eine vorsorgliche Massnahme auf Unterlassung einer konkurrierenden Tätigkeit nur nach einer umfassenden Abwägung der gegensätzlichen Interessen der Parteien zulässig sei und dass aufgrund der besonderen Situation eine solche Massnahme nur ausgesprochen werden dürfe, wenn das Gesuch klar begründet und der (behauptete) Sachverhalt genügend glaubhaft gemacht worden sei (E. 3.2 S. 479). In casu erachtet das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid in Anwendung dieser (strengen) Grundsätze als willkürlich, weshalb es die staatsrechtliche Beschwerde gutheisst (vgl. dazu die nicht publizierten E. 3.3 und E. 3.4).

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht seine (spärliche) Praxis zur Realerfüllung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht verdeutlicht und – kritischen Stimmen in der Lehre folgend (so etwa

BK-REHBINDER, Art. 340b N 12; BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 340b N 4 in fine, et al.) – zu Recht vor allem seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines gerichtlich ausgesprochenen Unterlassungsbefehls verschärft. Ein Konkurrenzverbot hat für den Arbeitnehmer schwerwiegende Konsequenzen, weshalb der Gesetzgeber dem Arbeitgeber nur unter qualifizierten Voraussetzungen einen Unterlassungsanspruch einräumt. Besonders einschneidend wird der Unterlassungsanspruch, wenn und soweit er auf dem Weg einer provisorischen Massnahme, also ohne volle Prüfung des massgebenden Sachverhalts, vorzeitig durchgesetzt werden kann. Daher ist es richtig, dass das Bundesgericht vom Massnahmerichter als Gegengewicht von Bundesrechts wegen eine *vollumfängliche Prüfung der Rechtslage und eine ganz besondere Abwägung der in Frage stehenden Interessen* – dem Charakter des Summarverfahrens entsprechend aber keine volle Beweisabnahme – verlangt und provisorische Massnahmen nur zulässt, *wenn das Gesuch als klar begründet erscheint* (in diesem Sinne auch FAVRE/MUNOZ/TOBLER, art. 340b N 3.2 und N 3.3). Für das kantonale Prozessrecht bleibt damit allerdings kein grosser Autonomiespielraum mehr.

Die vorläufige Durchsetzung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots über eine einstweilige Verfügung ist aufgrund dieser neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung nur noch in ganz seltenen Fällen möglich (tendenziell anders noch BRUHWILER, Art. 340b N 5, und ZK-STAEHELIN, Art. 340b N 19 f.). Ein zusätzliches Hindernis für den Arbeitgeber wird in der Praxis im Übrigen der Umstand darstellen, dass er – wenn er ein Gesuch um Erlass eines provisorischen Verbots einer konkurrierenden Tätigkeit stellt – zugunsten des Arbeitnehmers eine *Sicherheit zu leisten hat*, die ohne weiteres ein Jahressalär umfassen kann (STREIFF/VON KAENEL, Art. 340b N 9; BRUHWILER, Art. 340b N 5; BK-REHBINDER, Art. 340b N 12).

8. Prozessuales: Unbezifferte Forderungsklage bei Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung; BGE 131 III 243 (4C.340/2004)

Der (anwaltlich vertretene) Kläger war der Ansicht, die von seinem Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung sei missbräuchlich. Vor den kantonalen Instanzen beantragte er daher, die Beklagte sei teilklageweise zu verurteilen, ihm einen gerichtlich zu bestimmenden,

30 000 Franken nicht übersteigenden Betrag zuzüglich Zins zu zahlen und ein Arbeitszeugnis auszustellen. Die erste Instanz wies die Klage ab. Das Kantonsgericht Freiburg trat zur Hauptsache auf das Rechtsmittel nicht ein, *weil der Kläger den begehrten Betrag nicht ausreichend beziffert habe*. Mit bundesrechtlicher Berufung verlangt der Kläger, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und diese sei anzuweisen, das von ihm gestellte Rechtsbegehren zu beurteilen. Zur Begründung macht er geltend, die Bestimmung von Art. 336a Abs. 2 OR stelle die Festsetzung der Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Rechtsverletzungsbusse) in das Ermessen des Richters. In diesem Fall dürfe von Bundesrechts wegen nicht verlangt werden, dass der Kläger seine Forderung im kantonalen Verfahren genau beziffere.

Das Bundesgericht sieht dies anders. Das kantonale Prozessrecht müsse unbezifferte Forderungsklagen nur dort zulassen, wo das Bundesprivatrecht dies ausdrücklich vorsehe oder wo es das Gericht auf sein Ermessen verweise. Ferner lasse es das bundesprivatrechtliche Verwirklichungsgebot nicht zu, eine Bezifferung der Klageforderung zu verlangen, wo der Kläger nicht in der Lage sei, die Höhe des Anspruchs genau anzugeben, oder wo diese Angabe unzumutbar sei. Unzumutbar erscheine die genaue Bezifferung, wenn erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Berechnung der Forderung sei. Diesfalls dürfe der Kläger mit der Bezifferung der Forderung bis zum Ende des Beweisverfahrens zuwarten (vgl. dazu einlässlich BGE 116 II 215). Demgegenüber könne das kantonale Prozessrecht eine genaue Bezifferung ohne weiteres verlangen, *wenn das materielle Recht dem Gericht nicht bezüglich der Feststellung des Sachverhalts, sondern bloss bezüglich der Rechtsfolgen ein Ermessen einräume*. Art. 336a Abs. 2 OR räume dem Gericht ein solches *Rechtsfolgeermessen* und nicht ein *Sachverhaltsermessen* ein (E. 5.1 und E. 5.2 S. 245 f.).

In der Literatur wird z.T. geltend gemacht, auch bei Klagen auf Zusprechung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sei vom Erfordernis der genauen Bezifferung des Rechtsbegehrens abzusehen, weil der Kläger sonst ein unzumutbares Prozessrisiko trage (vgl. z.B. BK-Rehbinder, Art. 336a N 5; Streiff/von Kaenel, Art. 336a N 6; Bruhwiler, Art. 336a N 2). Das Bundesgericht hält dem entgegen, das treffe auf alle Rechtsstreitigkeiten zu, bei denen dem Gericht ein Rechtsfolgeermessen zustehe; es handle sich um ein *übliches Prozessrisiko. Solchen Risiken könne ohne weiteres bei der Kostenregelung Rechnung getragen werden* (E. 5.2 S. 247).

Formal mag diese höchstrichterliche Entscheidung zutreffen; letztlich hinterlässt sie aber einen zwiespältigen Eindruck, beweist doch das Bundesgericht *wenig Sensorium für berechtigte Anliegen der Arbeitnehmer* (noch schärfer BK-Rehbinder, Art. 336a N 5 zu einem entsprechenden Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich). Bis zu einem Streitwert von (zurzeit) 30 000 Franken dürfen zwar in arbeitsrechtlichen Prozessen (ausser bei mutwilliger Prozessführung) keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 343 Abs. 3 OR). Der anwaltlich vertretenen obsiegenden Gegenpartei steht aber ein Anspruch auf *Parteientschädigung* zu. Der Arbeitnehmer, der eine Rechtsverletzungsbusse wegen missbräuchlicher Kündigung fordert, riskiert zu überklagen und damit den Prozess teilweise zu verlieren, wenn er seine Forderung genau beziffern muss. Dieses Risiko ist nicht unbeträchtlich, denn wie soll der Arbeitnehmer auch nur einigermassen vernünftig einschätzen, wie hoch das Gericht die Rechtsverletzungsbusse gemäss Art. 336a OR festsetzen wird (BK-Rehbinder, Art. 336a N 5)? Dem Gesetz kann er dazu schlicht keine Anhaltspunkte entnehmen, da Art. 336a Abs. 2 OR den Richter anweist, die Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung «unter Würdigung aller Umstände», mithin nach «Recht und Billigkeit» (Art. 4 ZGB) zu bestimmen. Überklagt der Arbeitnehmer, so muss er nach allgemeinen prozessrechtlichen Prinzipien der anwaltlich vertretenen Gegenpartei eine reduzierte Parteientschädigung entrichten. Das schafft einen hohen Anreiz, vorsichtshalber nur eine geringe Entschädigung einzuklagen. *Über alle Fälle hinweg gesehen werden daher* – da die Arbeitnehmer in der Mehrzahl der Fälle Prozessrisiken weniger gut tragen können als Arbeitgeber – *insgesamt zu niedrige Entschädigungssummen eingeklagt* (Streiff/von Kaenel, Art. 336a N 6). Im Ergebnis wird dadurch über das Prozessrecht die Verwirklichung des Bundesprivatrechts vereitelt. Im Grunde liegt hier ein klarer *Systemfehler* vor.

Wird das Zulassen unbezifferter Forderungsklagen nicht von Bundesrechts wegen zwingend verlangt, so lässt sich dies nur verhindern, wenn den besonderen Prozessrisiken der klagenden Arbeitnehmer bei der Kostenverlegung Rechnung getragen wird, wie dies das Bundesgericht andeutet (E. 5.2 S. 247 in fine). Da kann ich allerdings nur sagen: Die Botschaft hör' ich wohl, allein mir fehlt der Glaube! *Systematisches Unterklagen liesse sich auf Dauer nur verhindern, wenn die Gerichte (ausser in Fällen mutwilligen Überklagens) dem Arbeitnehmer überhaupt keine Parteikosten aufbürden würden, wenn*

dieser eine geringere Entschädigung zugesprochen erhält als verlangt. Darauf wird indessen kein klagender Arbeitnehmer vertrauen dürfen. Viele kantonale Gerichte gehen bei der Kostenverteilung regelmässig sehr schematisch vor und tragen den Besonderheiten des Falles selten Rechnung. Ob der höchstrichterliche (in einem obiter dictum versteckte) Appell hier etwas ändern wird, wage ich zu bezweifeln, zumal ja Fehler in der Kostenverlegung nur mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden können und als Beschwerdegrund nur *Willkür* (Art. 9 BV) in Betracht kommt. Anders sähe es vielleicht aus, wenn das Bundesgericht künftig den vorstehend skizzierten Überlegungen widersprechende kantonale Kostenentscheide als gegen den *Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts* (Art. 49 Abs. 1 BV) verstossend qualifizieren würde.

Entschärft würde die hier besprochene Problematik, wenn das Bundesgericht in der Lage wäre, in seiner Rechtsprechung zu Art. 336 ff. OR Fallgruppen mit genügend klaren Konturen zu entwickeln, *die dem Kläger eine vernünftige Prognose der im Prozess erhältlichen Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ermöglichen würden* (wobei dann aber immer noch zu beachten wäre, dass die den Präjudizien zu entnehmenden, als Leitlinien dienenden Entschädigungsansätze zu niedrig wären, da sie ja in Prozessen mit einem *Systemfehler* ermittelt wurden). Solche Fallgruppen sind indessen bei der missbräuchlichen Kündigung nicht in Sicht und können wohl auch gar nicht – jedenfalls nicht ohne weiteres – gebildet werden. Dass in andern Bereichen mit erheblichem Rechtsfolgeermessen, in denen solche Fallgruppen problemlos herausgearbeitet werden könnten – so etwa bei der *Genugtuungsbemessung im Haftpflichtrecht* –, die Situation noch wesentlich problematischer ist (vgl. dazu BGE 130 III 699 E. 5.1 S. 704, betreffend einen auf Genugtuung klagenden Arbeitnehmer), ist nur ein schwacher Trost.

Gegenstand des vorliegenden Urteils war wie erwähnt eine Rechtsverletzungsbusse wegen missbräuchlicher Kündigung i.S.v. Art. 336a OR. Man kann aber davon ausgehen, dass das Bundesgericht auch bei einer *Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung* gemäss Art. 337c Abs. 3 OR gleich entscheiden wird. Dagegen wären dieselben Bedenken zu erheben wie hier (Streiff/ von Kaenel, Art. 337c N 14 in fine, BK-Rehbinder, Art. 337c N 11; Bruhwiler, Art. 337c N 11 in fine).