

Prof. Dr. Thomas Koller
Bern

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung im Jahr 2006

veröffentlicht im Band 132

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 144 · 2008 · Heft 4

Stämpfli Verlag AG Bern

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006

Veröffentlicht im Band 132

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern^{1, 2}

Übersicht

- | | | |
|------|---|-----------------|
| I. | Ausservertragliche Haftpflicht einer Gewerkschaft und ihrer Funktionäre für Schäden aus einer Arbeitskämpfungsmassnahme | BGE 132 III 122 |
| II. | Täuschung des Arbeitgebers durch die Arbeitnehmerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen; Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen eines Willensmangels; Unschuldsumutung | BGE 132 II 161 |
| III. | Berechnung des Ferienlohns bei Zulagen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit | BGE 132 III 172 |
| IV. | Übergang des Arbeitsverhältnisses bei einer Betriebsabspaltung; Auswirkungen auf die Ansprüche aus einem Sozialplan | BGE 132 III 32 |
| V. | Kündigungen | |
| | a) Missbräuchliche Kündigung nach 44 Dienstjahren | BGE 132 III 115 |
| | b) Missbräuchliche Kündigung wegen Rauchallergie des Arbeitnehmers | BGE 132 III 257 |
| | c) Missbräuchliche Massenentlassung | BGE 132 III 406 |
| VI. | Weitere amtlich publizierte Urteile | |
| VII. | Nachlese zu BGE 131 III 467 | |

1 Meinem Assistenten lic.iur. RAOUL DIAS danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Textes. Das Manuskript wurde am 11.12.2007 abgeschlossen.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die gängigen allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den heute üblichen Abkürzungen (BK = Berner Kommentar; ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire romand) und bezogen auf die zurzeit neusten Auflagen zitiert. Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern etc. 1996; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel etc. 2005; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006; ROLF A. TOBLER/CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/DANIELA GULLO EHM, Arbeitsrecht, Lausanne 2006; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel etc. 2005; RÉMY WYLER, Droit du travail, Bern 2002.

I. Ausservertragliche Haftpflicht einer Gewerkschaft und ihrer Funktionäre für Schäden aus einer Arbeitskämpfungsmassnahme

BGE 132 III 122 (4C.422/2004) = Pra 2006 Nr. 107 S. 731 ff.

Die Gewerkschaft X hatte mit der Arbeitgeberorganisation F aus dem grafischen Gewerbe für die Zeit vom 1. April 2000 bis zum 20. April 2004 einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) abgeschlossen. Am 15. Mai 2000 erklärte die Y SA, ein grafisches Unternehmen, den Austritt aus dem Arbeitgeberverband mit Wirkung ab 31. Dezember 2000. Während Monaten versuchte daraufhin die Gewerkschaft X, die Y SA zum Abschluss eines neuen Gesamtarbeitsvertrages zu bewegen, blieb aber ohne Erfolg. Als die Auseinandersetzung zwischen der Gewerkschaft und dem Unternehmen immer mehr eskalierte, beschloss die Gewerkschaft, handelnd durch vier Funktionäre, am Abend des 18. März 2001 vor dem Gebäude der Y SA eine nicht bewilligte Demonstration mit dem Ziel durchzuführen, die Angestellten am Druck der Zeitung S vom 19. März 2001 zu hindern. Am frühen Abend des 18. März blockierten rund 15 Mitglieder und Sympathisanten der X, darunter die erwähnten vier Funktionäre, verschiedene Zugänge zum Betrieb der Y SA. Im Verlaufe des Abends gesellten sich immer mehr Personen, darunter ein Kameramann des Westschweizer Fernsehens, zu den Demonstranten. Die Angestellten der Y SA nahmen vorerst eine neutrale Haltung ein und zogen sich in ein benachbartes öffentliches Gebäude zurück. Verhandlungen zwischen den Gewerkschaftsfunktionären und den Direktoren der Y SA sowie der S blieben fruchtlos, ebenso Vermittlungsbemühungen lokaler Politiker.

Nach einem Polizeieinsatz konnte das Personal die Gebäude des Unternehmens betreten. Daraufhin versuchten die Demonstranten, einen Ausgang des Gebäudes zu sperren. In der Zwischenzeit waren mehrere Personen aus dem alternativen Milieu von Lausanne («du milieu alternatif lausannois»), die ein aggressives Verhalten an den Tag legten, zu den Demonstranten gestossen. Später in der Nacht gelang es der Polizei sowie einem von der Y SA beigezogenen privaten Sicherheitsdienst, die Demonstranten kurzfristig abzulenken, was es den Angestellten der Y SA ermöglichte, Säcke mit gedruckten Zeitungen auf die Strasse zu stellen, damit diese von einem Taxi abgeholt werden konnten. Kurz danach kam es dann aber zu gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen den (teilweise alkoholisierten)

Demonstranten und den Ordnungskräften, bei denen unter anderem Scheiben in Brüche gingen.

Nachdem rund zehn Gewerkschafter sowie die Demonstranten aus der alternativen Szene die Örtlichkeiten verlassen hatten, fuhr ein Lieferwagen vor, um einen grösseren Posten Zeitungen abzuholen. Erneut kam es zwischen den Ordnungskräften und den verbliebenen Demonstranten, welche die Wegfahrt des Wagens verhindern wollten, zu gewaltsamen Auseinandersetzungen. Dabei gesellten sich einige Angestellte der Y SA zu den Gewerkschaftern. Als ein Direktor der Y SA auf dem Platz erschien, zogen sich die Demonstranten schliesslich zurück. Kurz danach wurde ein anderer Lieferwagen mit den restlichen Zeitungen beladen. Ein Unbekannter zerstückte darauf einen Pneu dieses Wagens.

Da der für den Polizeieinsatz Verantwortliche noch am Abend des 18. März 2001 erklärte, die Polizei werde bei einem erneuten Arbeitskonflikt nicht mehr intervenieren, beauftragte die Y SA den privaten Sicherheitsdienst mit der weiteren Bewachung des Unternehmens für einen längeren Zeitraum.

Die Verteilung der Zeitung S konnte am 19. März 2001 nicht überall binnen nützlicher Frist erfolgen. Am 8. November 2001 verpflichtete sich daher die Y SA gegenüber dem Herausgeber, einen Betrag von Fr. 12 500.– als Schadenersatz zu bezahlen.

In der Folge wurde gegen die Gewerkschaftsfunktionäre ein Strafverfahren wegen Nötigung (Art. 181 StGB) eingeleitet, später dann aber sistiert. Die Y SA ihrerseits reichte gegen die Gewerkschaft X und die vier Funktionäre gestützt auf Art. 41 OR eine Zivilklage ein und verlangte Schadenersatz für die zerbrochenen Scheiben, den zerstochenen Pneu, das beschädigte Schliesssystem der Eingangstür, die Überstunden des Personals, die Kosten des privaten Sicherheitsdienstes und den dem Herausgeber der Zeitung S bezahlten Betrag von Fr. 12 500.–. Beide kantonalen Instanzen bejahten die Rechtswidrigkeit der Aktion vom 18. März 2001, sprachen aber der Y SA nicht für alle geltend gemachten Schadenposten Ersatz zu. Die Gewerkschaft sowie die Funktionäre verlangten mit Berufung an das Bundesgericht, die Klage sei abzuweisen, während die Y SA mit Anschlussberufung im Wesentlichen vollen Schadenersatz beanspruchte. Das Bundesgericht weist die Berufung ab und heisst die Anschlussberufung teilweise gut.

In der amtlich publizierten Erwägung 4 setzt sich das Bundesgericht einlässlich mit der Frage der Widerrechtlichkeit auseinander.

Der ganze, auf der Datenbank «Weitere Urteile ab 2000» abrufbare Entscheid ist allerdings wesentlich umfassender. Die Erwägung 3 (auf Deutsch übersetzt in Pra 2006 Nr. 107 S. 737 ff.) ist der Frage gewidmet, ob Einzelne aus gewissen das Kollektivarbeitsrecht betreffenden völkerrechtlichen Abkommen direkt Rechte ableiten können, d.h., *ob diese völkerrechtlichen Regeln self-executing sind* (was das Bundesgericht verneint; ausführlich dazu auch [allerdings in Bezug auf ein weiteres völkerrechtliches Abkommen] WOLFGANG PORTMANN, AJP 2007, 352 ff., und seinerzeit schon BGE 125 III 277 E. 2d und 2e S. 281 ff.). In Erwägung 5 nimmt das Bundesgericht einlässlich Stellung zur Frage der *Kausalität* hinsichtlich der Kosten der privaten Sicherheitsfirma (siehe dazu auch GIACOMO RONCORONI/FELIX SCHÖBL, Jusletter vom 24. April 2006, spez. Rz. 28 ff.).

Von Interesse ist hier in erster Linie das *Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit*, weil dieses in casu eine *enge Verbindung zum Arbeitsrecht* aufweist. Denn die Beklagten machten im Wesentlichen geltend, ihr Verhalten sei rechtmässig gewesen, weil sie von ihrem *Streikrecht* Gebrauch gemacht hätten.

Zunächst führt das Bundesgericht dazu aus, es rechtfertige sich im vorliegenden Fall, die Aktion grundsätzlich als *Arbeitskampfmassnahme nach dem Muster eines Streiks oder einer Ausschliessung* zu qualifizieren, obwohl sich keine Arbeitnehmer der Y SA an der Demonstration beteiligt hätten (BGE 132 III 122 E. 4.3 S. 131 f.). Sodann hält es fest, dass in Art. 28 Abs. 3 BV garantierte Streikrecht entfalte auch Drittwirkung bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. *Wenn im Rahmen einer Schadenersatzklage nach Art. 41 OR («action aquilienne») die Rechtmässigkeit einer Arbeitskampfmassnahme zu beurteilen sei, müsse daher das Streikrecht mitberücksichtigt werden* (BGE 132 III 122 E. 4.4.1 S. 132 f.).

Nach diesen entscheidenden Weichenstellungen befasst sich das Bundesgericht ausführlich mit den vier Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit gemäss seiner Rechtsprechung (BGE 125 III 277; vgl. auch Art. 28 Abs. 3 BV) ein Streik rechtmässig ist. Zwei dieser Voraussetzungen – die *Unterstützung durch einen Träger des kollektiven Arbeitsrechts* sowie der *Bezug zum Arbeitsrecht* – sind in casu problemlos (BGE 132 III 122 E. 4.5.1 und E. 4.5.2 S. 135). Heikel ist dagegen die *Frage der Friedenspflicht*. Obwohl die Arbeitgeberin aus dem Arbeitgeberverband ausgetreten war, galten für sie gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung die normativen Bestimmungen

des GAV zwischen der Gewerkschaft und dem Verband weiter. Damit war aber auch die Gewerkschaft weiterhin an die Friedenspflicht gebunden. Sie hätte daher an sich zunächst an die kantonale Schlichtungsstelle gelangen müssen und hätte vor Abschluss des Schlichtungsverfahrens keine Arbeitskämpfmassnahmen treffen dürfen. Die Beklagten hatten allerdings keine Kenntnis von der Rechtsprechung, derzufolge die normativen Bestimmungen eines GAV auch für einen aus dem Arbeitgeberverband ausgetretenen Unternehmer weiter gelten, und das Bundesgericht hält diesen Irrtum für entschuldigbar, weil das massgebende Urteil 4C.7/1999 vom 13. Juni 2000 eine Praxisänderung darstellte und nicht amtlich publiziert worden war (BGE 132 III 122 E. 4.5.3 S. 135 ff.). Damit blieb als Letztes zu prüfen, ob die Beklagten das *Verhältnismässigkeitsprinzip* gewahrt hatten. Arbeitskämpfmassnahmen sind – so das Bundesgericht – *nur als Ultima Ratio rechtmässig*. Unverhältnismässig und damit unzulässig sind Gewaltanwendung oder das Zufügen von Sachschäden. Streikposten, welche mit friedlichen Mitteln die Arbeitnehmer davon abzuhalten versuchen, an den Arbeitsplatz zu gehen («peaceful picketing»), sind zulässig; hindern allerdings Streikposten die Arbeitnehmer mit Gewalt, sich zur Arbeit zu begeben, so verlassen sie den Rahmen des Erlaubten (BGE 132 III 122 E. 4.5.4.1 S. 137). Das Bundesgericht erachtet im vorliegenden Fall den Grundsatz der Verhältnismässigkeit aufgrund der oben geschilderten Umstände als verletzt. Nicht zu entlasten vermag die Beklagten, dass an den gewaltsamen Aktionen massgebend Personen aus dem alternativen Milieu von Lausanne beteiligt waren. Wer eine rechtmässige Arbeitskämpfmassnahme durchführen will, habe – so das Bundesgericht – einen Ordnungsdienst zu organisieren, um gewaltsame Ausschreitungen zu verhindern (BGE 132 III 122 E. 4.5.4.2 S. 137 ff.).

1. In *arbeitsrechtlicher Hinsicht* ist dieses Urteil aus verschiedenen Gründen von Bedeutung:

a) Erstmals seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung äussert sich hier die I. Zivilabteilung zum Streikrecht nach Art. 28 BV; bemerkenswert ist dabei, dass es seine früher begründete Rechtsprechung zu den vier Voraussetzungen eines rechtmässigen Streiks (BGE 125 III 277; offengelassen noch in 111 II 245) – in Übereinstimmung mit der Lehre (siehe etwa ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 54 ff.; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 1042 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357a N 7; BK-STÖCKLI, Art. 357a N 26 ff.; WYLER, 489 ff.) – fortführt, obwohl Art. 28 Abs. 3 BV nur zwei Voraussetzungen *expressis verbis* erwähnt.

b) Bemerkenswert ist sodann der Umstand, dass das Bundesgericht dem Streikrecht *nicht nur Drittwirkung für die Beurteilung arbeitsvertragsrechtlicher Fragen im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern* (so im Ergebnis BGE 125 III 277; einlässlich zu den Auswirkungen eines rechtmässigen Streiks auf das Arbeitsverhältnis etwa ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 64 ff.; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 1048 ff., und BK-STÖCKLI, Art. 357a N 56 ff.), *sondern auch für die Beurteilung deliktsrechtlicher Gesichtspunkte* einräumt. Im Prinzip ist dies ohne Zweifel richtig: Das verfassungsmässig garantierte Streikrecht wirkt grundsätzlich auch auf Rechtsbeziehungen unter Privaten ein, was heute von der herrschenden Lehre, wenn nicht gar allgemein, anerkannt wird (anders seinerzeit noch EUGEN BUCHER, recht 1987, 9 ff., spez. 11, der im Anschluss an BGE 111 II 245 die Vorstellung eines «Streikrechts» im Privatrecht als funktionslos bezeichnete). Wesentlich interessanter ist die Frage, was die Drittwirkung des Streikrechts im Einzelnen konkret bedeutet. Im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bildet ein rechtmässiger Streik aufgrund dieser Horizontalwirkung *keinen wichtigen Grund i.S.v. Art. 337 OR für eine fristlose Entlassung* der Arbeitnehmer (BGE 125 III 277 E. 3c S. 285; implizit bereits 111 II 245), und eine *ordentliche Kündigung* wegen eines solchen Streiks *ist missbräuchlich, und zwar im Sinne eines Missbrauchstatbestands sui generis* (BGE 125 III 277 E. 3c S. 285). Im Deliktsrecht hat gemäss dem hier besprochenen Urteil die Drittwirkung zur Folge, dass gewisse Schäden, die einem Arbeitgeber erwachsen, nicht widerrechtlich zugefügt sind, soweit sie aus einem rechtmässigen Streik resultieren (dazu unten mehr).

c) Soweit ersichtlich erstmals (so auch THOMAS GABATHULER, plädoyer Heft 1/2006, 31 ff., spez. 32) äussert sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum sogenannten «peaceful picketing» und erklärt dieses als zulässig («... il est licite d'organiser des piquets de grève ...»). Für künftige Fälle dürfte das dem Grundsatz nach von erheblicher Bedeutung sein, wobei allerdings im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen noch «friedlichen» («pacifique») und damit erlaubten Aktionen von Streikposten einerseits und unzulässigen gewaltsamen Handlungen andererseits auftreten könnten, dürfte doch bei Arbeitskämpfen der Übergang vom einen zum andern oft fliessend sein.

d) Problematisch ist in casu, dass das Bundesgericht grundsätzlich eine Friedenspflicht der Gewerkschaft und ihrer Funktionäre bejaht hat. Dies mag schon kollektivarbeitsrechtlich fraglich sein (dazu

ausführlich RONCORONI/SCHÖBI, a.a.O., Rz. 5 ff.). Darüber hinaus mutet es aber auch eigenartig an, von einer Gewerkschaft die Anrufung einer Schlichtungsstelle zu verlangen, wenn sich der Arbeitgeber vorher – wie hier – klar gegen jegliche Verhandlungen mit der Gewerkschaft ausgesprochen hat (RONCORONI/SCHÖBI, a.a.O., Rz. 8).

2. In *haftpflichtrechtlicher Hinsicht* überzeugt die Gedankenführung des Bundesgerichts nicht in jeder Beziehung, weil nicht sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 41 OR korrekt und umfassend geprüft werden:

a) *Der Hauptmangel des Urteils liegt darin, dass nicht klar dargelegt wird, für welche Handlungen bzw. Unterlassungen die Gewerkschaft und ihre Funktionäre zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden*, zumal das Bundesgericht den Beklagten konzidiert, dass die Aktion in der Anfangsphase rechtmässig («parfaitement licite») war (BGE 132 III 122 E. 4.5.4.2 S. 137 f.) und erst unverhältnismässig wurde, als die Situation eskalierte. Zwar finden sich in den Erwägungen verstreut (etwa in E. 4.5.4.2 im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung oder in E. 5.2.2.2 im Zusammenhang mit der Prüfung der Kausalitätsfrage) Hinweise, aus denen Vorwürfe gegen die Beklagten herausgelesen werden können: Diese hätten keinen Sicherheitsdienst organisiert, die Kundgebung sei nicht bewilligt gewesen, man hätte sich nicht genügend von den gewalttätigen Demonstranten distanziert etc. Das deutet auf eine *Haftung aus Unterlassung* hin; denn aktive Gewalttätigkeit wird der Gewerkschaft (über Art. 55 Abs. 2 ZGB) und ihren Funktionären offenbar nicht angelastet. Eine Unterlassung ist haftpflichtrechtlich aber nur vorwerfbar, wenn eine Handlungspflicht besteht (vgl. dazu etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.119/2000 vom 2. Oktober 2000, Pra 2001 Nr. 46 S. 268 ff.), und *als Basis für eine solche Handlungspflicht käme in einer Situation wie der vorliegenden wohl bloss der Gefahrensatz in Frage*. Nun liessen sich selbstverständlich gewisse Handlungspflichten von Veranstaltern einer Demonstration oder einer Arbeitskämpfmassnahme wie z.B. das Organisieren eines Sicherheitsdienstes ohne weiteres vertreten (und wären aus meiner Sicht auch wünschenswert), nur hätte das Bundesgericht sich mit dieser – zentralen – Frage näher auseinandersetzen müssen. Die Frage der *Veranstalterhaftung für Demonstrationsschäden* dürfte in den kommenden Jahren immer wichtiger werden und die Gerichte zunehmend beschäftigen. Es ist daher bedauerlich, dass das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht klarer

dargelegt hat, welche Verhaltensweisen oder Unterlassungen den Demonstrationsveranstaltern zum Vorwurf gereichen.

b) Auch das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR wird in casu nicht sauber geprüft. Zur Debatte standen einerseits *Sachschäden* und andererseits *reine Vermögensschäden* (Lohnkosten für die Überstunden des Personals; Schadenersatzzahlung gegenüber dem Zeitungsherausgeber; Kosten des privaten Sicherheitsdienstes [die als *Schadenabwehrkosten* allenfalls aber auch zum Sachschaden gerechnet werden könnten; so INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 50.07]). Bei Sachschäden ist die Rechtswidrigkeit indiziert; insoweit hätte untersucht werden müssen, ob das Streikrecht nach Art. 28 Abs. 3 BV einen *Rechtfertigungsgrund* darstellt, wobei sich diese Frage allerdings leicht verneinen lässt, weil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Zufügung von Sachschäden im Rahmen einer Arbeitskämpfmassnahme nicht verhältnismässig und damit auf jeden Fall unzulässig ist. In Bezug auf die reinen Vermögensschäden ist die Widerrechtlichkeit – wie es das Bundesgericht ansatzweise tut (BGE 132 III 122 E. 4.2 S. 131) – unter dem Gesichtspunkt der Nötigung nach Art. 181 StGB zu prüfen, und nur in diesem Zusammenhang erlangt hier die Frage der rechtmässigen Arbeitskämpfmassnahme ihre Bedeutung (ähnlich auch PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 1064 in fine). Als Fazit wird man damit festhalten dürfen: *Reine Vermögensschäden (z.B. Betriebsausfallschäden; Reputationschäden etc.), welche ein Unternehmen als Folge eines rechtmässigen Streiks (also eines Streiks ohne physische Gewaltanwendung) erleidet, sind nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 oder Art. 55 OR.*

c) Fragwürdig ist sodann, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Kriterium der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR von einem entschuldbaren Fehler der Gewerkschaft und ihrer Funktionäre in Bezug auf das Nichtwissen um die Fortdauer der Friedenspflicht spricht. *Damit wird ein subjektives Element eingebracht, das dem Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit zumindest unter der Herrschaft der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie fremd ist.* Dogmatisch korrekt hätte eigentlich der Rechtsirrtum der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens geprüft werden müssen (in ähnlichem Sinne auch WYLER, 499 [«... lorsqu'aucune faute ne lui est imputable, par exemple s'il pouvait légitimement ignorer le caractère illicite de la grève»]). Die Entschuldbarkeit des Nichtwissens um die

Fortdauer der Friedenspflicht hätte allerdings nicht genügt, um die Beklagten von ihrer deliktsrechtlichen Verantwortung für die Schäden zu entlasten. Denn die Beklagten mögen eventuell weitere Verschuldensvorwürfe treffen, so z.B. dass sie die Unverhältnismässigkeit der Arbeitskämpfmassnahme hätten erkennen müssen. Nur fehlen dazu im Urteil hinlängliche Angaben, da sich das Bundesgericht nicht klar zur Frage äussert, welches Verhalten der Gewerkschaft und ihren Funktionären als Fehlverhalten vorgeworfen wird.

d) Keine Ausführungen finden sich in den Erwägungen – wohl mangels entsprechender Vorbringen der Gewerkschaft X und ihrer Funktionäre – zur Frage, *ob überhaupt sämtliche eingeklagten Schadenposten einen haftpflichtrechtlich ersatzfähigen Schaden darstellen*. Beim Sachschaden (zerstörte Fensterscheibe; aufgeschlitzter Pneu; Ersatz der Schliessanlage) ist das offenkundig problemlos. Anders verhält es sich mit den Kosten für den Einsatz des privaten Sicherheitsdienstes während einiger Zeit über die Demonstration hinaus und für die Entschädigung, welche die Y SA dem Zeitungsheerausgeber geleistet hat. Erstere wären unter dem Gesichtspunkt der Ersatzfähigkeit von Vorsorge- bzw. Vorhaltekosten (RONCORONI/SCHÖBI, a.a.O., Rz. 26 f.) oder von *Schadenabwehrkosten* zu diskutieren (wobei deren Ersatzfähigkeit durchaus bejaht werden könnte [ähnlich auch SCHWENZER, a.a.O., Rz. 50.07; unklar für reine Vermögensschäden BGE 117 II 259 E. 3 S. 369 f.]). Bei der Zweiteren müsste näher geprüft werden, ob die Y AG dem Zeitungsheerausgeber *gestützt auf Art. 97 OR effektiv Schadenersatz geschuldet hat* bzw. ob sich die Y AG allenfalls hätte *exkulpiert* können. Würde Letzteres bejaht, so wäre noch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine *Drittschadensliquidation* erfüllt sind (RONCORONI/SCHÖBI, a.a.O., Rz. 23 ff.).

Ob das hier diskutierte Urteil im Ergebnis «richtig» oder «falsch» ist, sei dahingestellt (kritisch zum Ergebnis RONCORONI/SCHÖBI, a.a.O., und GABATHULER, a.a.O.; neutral BSK OR I-PORTMANN, Art. 357a N 10 ff.). Bedauerlich ist, dass es das Bundesgericht verpasst hat, die Frage der zivilrechtlichen Veranstalterhaftung für Demonstrationsschäden – unter sachgerechter Berücksichtigung des Streikrechts nach Art. 28 Abs. 3 BV – dogmatisch zu klären. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Fokussierung auf die streikrechtlichen Aspekte dem Bundesgericht den Blick für die zivilrechtlich saubere Aufarbeitung des Falles etwas verstellt hat (ähnlich seinerzeit BUCHER, a.a.O., im Anschluss an BGE 111 II 245).

II. Täuschung des Arbeitgebers durch die Arbeitnehmerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen; Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen eines Willensmangels; Unschuldsumutung

BGE 132 II 161 (2A.621/2005)

Dieser Entscheid stammt zwar aus dem öffentlichen Personalrecht und wurde von der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällt. Er ist aber auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bedeutsam, weil das Bundesgericht gestützt auf Art. 6 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) Bestimmungen des Obligationenrechts anwendet. Von Interesse sind hier allerdings nur die Ausführungen des Bundesgerichts zum materiellen Recht, nicht aber zum Verfahrensrecht (vgl. zu den Verfahrensfragen einlässlich WOLFGANG PORTMANN, recht 2006, 144 ff., spez. 145 ff.).

Frau X wurde auf den 1. Juli 2003 bei der Oberzolldirektion als Sachbearbeiterin/Revisorin angestellt. Noch vor Stellenantritt erfuhr die Oberzolldirektion, dass gegen die künftige Arbeitnehmerin ein Strafverfahren wegen vorsätzlicher Tötung im Gang war, stand sie doch unter Verdacht, am 16. Oktober 2000 ihren Freund durch einen Schuss in den Rücken getötet und hernach verbrannt und vergraben zu haben. Das entsprechende Tötungsdelikt bzw. die Person der Angeschuldigten bildeten Gegenstand einer breiten Berichterstattung in den Medien. Im Strafverfahren hatte die Angeschuldigte anfänglich falsche Aussagen (über einen angeblichen Überfall maskierter Dritter auf sie und ihren Freund) gemacht, bevor sie die Verwicklung in den Tod ihres Partners zugestand; auch darüber ist in den Medien umfassend berichtet worden (BGE 132 II 161 E. 4.3.1 S. 167 f.). In der Folge «widerrief» die Oberzolldirektion den Arbeitsvertrag bzw. «kündigte» diesen «fristlos, d.h. rückwirkend».

Trotz dieser unglücklichen Formulierung – so ausdrücklich das Bundesgericht (BGE 132 II 161 E. 4.4 S. 169 f.) – prüft die II. Öffentlichrechtliche Abteilung den Fall unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber wegen eines Willensmangels nach Art. 23 ff. OR. Das ist aus zwei Gründen fragwürdig: Zum einen sind Gestaltungsrechte – und dazu gehören sowohl die Willensmängelanfechtung als auch die Kündigung – *mittels klarer und eindeutiger Erklärungen* auszuüben. Daran gebrach es hier, denn die von der Oberzolldirektion abgegebenen diversen Erklä-

rungen konnten sowohl (und wohl sogar eher [so überzeugend PORTMANN, a.a.O., 153]) als Kündigung als auch als Willensmängelanfechtung interpretiert werden. Die rechtlichen Unterschiede zwischen der (fristlosen) Kündigung eines Arbeitsvertrages und der Anfechtung nach Art. 31 OR sind erheblich (dazu einlässlich PORTMANN, a.a.O., 150 ff.), und im Zweifel sollte eine Erklärung des Arbeitgebers eher als Kündigung ausgelegt werden, damit der Arbeitnehmer nicht des gesamten Sozialschutzes verlustig geht, von dem das Kündigungsrecht geprägt ist (ähnlich auch PORTMANN, a.a.O., 153). Zum andern ist gemäss im Kaufrecht entwickelter bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine *Willensmängelanfechtung ausgeschlossen, wenn der Erklärende ein Recht ausübt, das einen bestehenden Vertrag voraussetzt*. Denn die Ausübung eines solchen Rechts wird als Genehmigung des willensmängelbehafteten Vertrages interpretiert. Daher kann ein Käufer den Vertrag nicht mehr wegen eines (in diesem Zeitpunkt bekannten) Irrtums anfechten, wenn er den Kaufvertrag wandelt (grundlegend BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f.; ähnlich 129 III 18 E. 2.3 S. 23). *Dasselbe muss für den Arbeitgeber, der kündigt, im Falle einer Täuschung gelten* (PORTMANN, a.a.O., 153, m.Nw.); trotz Genehmigung erhalten bleibt ihm einzig der Anspruch auf Schadenersatz (Art. 31 Abs. 3 OR). Da die Erklärungen der Oberzolldirektion wie erwähnt eher als Kündigung hätten ausgelegt werden müssen, hätte der Fall somit nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Willensmängel geprüft werden dürfen. Die II. Öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts sieht dies anders (BGE 132 II 161 E. 4.4 S. 169 f.) und geht so mit einem Arbeitgeber, der über einen wesentlich grösseren juristischen Sachverstand verfügen dürfte als manche Privatperson, pfleglicher um als seinerzeit die I. Zivilabteilung mit einer Käuferin von Damenkleidern (BGE 127 III 83).

In der Sache selbst prüft das Bundesgericht den Fall unter dem Gesichtspunkt der *Täuschung nach Art. 28 OR*. Konkret untersucht und bejaht das Bundesgericht die Frage, ob die Arbeitnehmerin die Oberzolldirektion durch *Verschweigen einer Tatsache* getäuscht hatte, weil sie im Rahmen des Anstellungsgesprächs nicht von sich aus auf das gegen sie laufende hängige Strafverfahren hingewiesen hatte. Zur Begründung führt es aus, im Rahmen der Vertragsverhandlungen würden dem Arbeitnehmer gewisse *vorvertragliche Auskunft- und Offenbarungspflichten* erwachsen. Unabhängig von der zu besetzenden Stelle habe der Arbeitnehmer im Rahmen seiner *Offenbarungspflicht alles von sich aus mitzuteilen, was ihn zu deren Übernah-*

me als (absolut) ungeeignet erscheinen lasse, die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausschliesse oder diese doch erheblich behindere. Ob und inwieweit bezüglich eines hängigen Strafverfahrens eine solche Pflicht bestehe, sei in der Doktrin umstritten; eine solche werde tendenziell hinsichtlich arbeitsplatzbezogener Delikte und bezüglich solcher Verfahren bejaht, bei denen das erhebliche Risiko einer wesentlichen Verminderung der Arbeitsleistung bestehe (BGE 132 II 161 E. 4.2 S. 166 f., m.Nw.). Im vorliegenden Fall betreffe zwar das Strafverfahren den Privatbereich der Arbeitnehmerin, doch habe es dennoch unmittelbare Auswirkungen auf ihre berufliche Eignung und Verfügbarkeit für die verabredete Arbeitsleistung. Das hängige Strafverfahren und dessen landesweite Publizität seien geeignet gewesen, die Tätigkeit als Sachbearbeiterin/Revisorin im Bereich Mineralölsteuer wesentlich zu erschweren und das effiziente Erfüllen des Pflichtenhefts grundlegend in Frage zu stellen. Wegen der zahlreichen Aussenkontakte habe die Anstellung der Arbeitnehmerin unmittelbar die Glaubwürdigkeit und das Ansehen der Oberzolldirektion als staatlicher Kontrollinstanz berührt, zumal die Arbeitnehmerin im Strafverfahren anfänglich falsche Aussagen gemacht habe, bevor sie die Verwicklung in den Tod ihres Partners zugestanden habe, worüber die Medien wiederum umfassend berichtet hätten (BGE 132 II 161 E. 4.3.1 S. 167 f.). Sodann sei wegen des hängigen Strafverfahrens auch mit einer deutlichen Beeinträchtigung der Arbeitsleistung in zeitlicher und qualitativer Hinsicht zu rechnen gewesen. Die Arbeitnehmerin hätte wegen der mit dem aufwendigen Strafverfahren verbundenen Belastungen nur schwer und bloss bei einer relativ weitgehenden Anpassung ihrer Arbeitszeiten ihre Vollzeitstelle versehen können. Mit Blick auf den Umfang des Untersuchungsverfahrens, den bevorstehenden, absehbar länger dauernden Prozess und die nicht bloss abstrakte Möglichkeit der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe hätte daher der Arbeitnehmerin bereits bei der Bewerbung ohne weiteres klar gewesen sein müssen, dass sie das Stellenprofil nicht oder doch nur sehr beschränkt würde erfüllen können (BGE 132 II 161 E. 4.3.2 S. 168). Aus beiden Gründen hätte die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben die Oberzolldirektion im Rahmen des Vorstellungsgesprächs über das hängige Strafverfahren informieren müssen. Indem sie das nicht getan habe, habe sie die Arbeitgeberin getäuscht. An den entsprechenden Informationen hätte die Arbeitgeberin aufgrund der konkreten Umstände ein den Anspruch der Arbeitnehmerin auf Persönlichkeits-

schutz überwiegendes Interesse gehabt, weshalb auch kein «Notlügenrecht» bestanden habe, sofern ein solches grundsätzlich überhaupt anerkannt werden könne (BGE 132 II 161 E. 4.3.3 S. 169).

Begründung und Ergebnis dieses Urteils erwecken einen zwiespältigen Eindruck. Auf den ersten Blick hat man zwar Sympathie für das Resultat: Man glaubt der Oberzolldirektion sofort, dass sie der Beschwerdeführerin die Stelle nicht gegeben hätte, wenn diese sie im Rahmen des Vorstellungsgesprächs über die ganze Geschichte orientiert hätte (vom Bundesgericht wird diese Frage der Kausalität der Täuschung [vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal etwa BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 14] seltsamerweise überhaupt nicht thematisiert), und man hat jedes Verständnis dafür. Kaum ein Arbeitgeber hätte wohl bei Kenntnis aller Umstände die Bewerberin angestellt (auch ich selbst hätte mich wohl so verhalten). Nur: Genau darin liegt die Krux des Entscheides. *Kommt die Bewerberin ihrer Offenbarungspflicht nach, so findet sie (zumindest) bis zum Abschluss des Strafverfahrens nie eine Stelle; kommt sie dieser Pflicht nicht nach, so kann praktisch jeder Arbeitgeber den Vertrag wegen Täuschung anfechten.* Da das Bundesgericht dem Umstand einen grossen Stellenwert einräumt, dass die Bewerberin in der Arbeitsleistung wegen der zeitlichen Belastung durch das Strafverfahren stark behindert wird, sind kaum noch Stellen denkbar, um die sich die Betroffene bewerben könnte, ohne sich offenbaren zu müssen (in Frage kämen wohl nur noch Teilzeitstellen in ganz untergeordneten Bereichen ohne Publikumskontakt). *Damit wird ein Angeschuldigter praktisch erwerbsunfähig, und das möglicherweise über viele Jahre.* Faktisch wird so die im Strafrecht für die Dauer des Verfahrens geltende fundamentale *Unschuldsvermutung im öffentlichen und privaten Arbeitsrecht ins Gegenteil verkehrt.* Dies ist umso problematischer, als eine angeschuldigte Person im Falle eines Freispruchs vom Staat wahrscheinlich keinen Schadenersatz dafür erhalten wird, dass sie während der Dauer des Strafverfahrens gerade wegen des Verfahrens keinem Erwerb nachgehen konnte. *Als homo oeconomicus müsste ein Angeschuldigter daher geradezu an der Verhängung von Untersuchungshaft interessiert sein,* weil dann bei einem Freispruch der Erwerbsausfall ersetzt wird (es sei denn, die Gerichte würden künftig keinen Schadenersatz für den Erwerbsausfall mehr zusprechen, weil ja der Angeschuldigte als Folge der hier diskutierten Bundesgerichtsrechtsprechung auch ohne Untersuchungshaft mit grösster Wahrscheinlichkeit keinem Erwerb hätte nachgehen können ...)!

Das wirft die Frage auf, ob das Bundesgericht der *Unschuldsvermutung*, die immerhin ein verfassungsmässiges Recht ist (Art. 32 Abs. 1 BV) und auch durch die EMRK garantiert wird (Art. 6 Abs. 2 EMRK), genügend Beachtung geschenkt hat (dazu ausführlich PORTMANN, a.a.O., 156 ff.). Die Unschuldsvermutung richtet sich zwar in erster Linie gegen den Staat in seiner Eigenschaft als Strafverfolger. In Anwendung von Art. 35 Abs. 1 und 2 BV muss sie aber auch bei der Beurteilung von Streitigkeiten *aus einem öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis mitberücksichtigt werden*, während bei Streitigkeiten *aus einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis eine indirekte Drittwirkung in Betracht kommt* (Art. 35 Abs. 3 BV). Die Unterscheidung von direkter und indirekter Drittwirkung ist in einem Fall wie dem vorliegenden allerdings kaum von praktischer Bedeutung: *Beim Entscheid über Auskunft- und Informationspflichten im Zusammenhang mit einem Täuschungsvorwurf nach Art. 28 OR ist die Unschuldsvermutung so oder anders bei der Abwägung der in Frage stehenden Interessen der Parteien miteinzubeziehen* (in diesem Sinne auch PORTMANN, a.a.O., 156, m.Nw.; a.M. offenbar ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 35). Auch das sieht das Bundesgericht in casu anders: Aus seiner Sicht soll es beim hier diskutierten Problem nicht um irgendeine Form der Vorverurteilung in Verletzung der Unschuldsvermutung gehen, sondern ausschliesslich um die Eignung und Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin zur Erfüllung der Aufgaben als Sachbearbeiterin/Revisorin bei der Oberzolldirektion (BGE 132 II 161 E. 4.3.3 S. 169). Dem kann nicht beigepflichtet werden; bei der Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer darf – wenn wie hier Auskunft- und Offenbarungspflichten einer Stellenbewerberin zur Diskussion stehen – auf eine Berücksichtigung der Unschuldsvermutung nicht verzichtet werden.

Dabei ist zu beachten, dass mit der Unschuldsvermutung ein hohes Gut geschützt wird (PORTMANN, a.a.O., 157). In casu fielen die Interessen der Arbeitgeberin aus den vom Bundesgericht dargelegten Gründen sicher stark ins Gewicht. Nicht unproblematisch ist es allerdings, auf die grosse Publizität abzustellen, die das Tötungsdelikt in den Medien gefunden hat. Denn dabei könnte es sich um eine Vorverurteilung handeln, die ihrerseits die Unschuldsvermutung verletzt (so zu Recht PORTMANN, a.a.O., 157). Ob das Ergebnis der (vom Bundesgericht unterlassenen) Abwägung im konkreten Fall – in welchem zwischen dem der Bewerberin vorgeworfenen Delikt und der Arbeits-

stelle kein Zusammenhang bestand – «richtig» ist, sei hier offengelassen (bejahend PORTMANN, a.a.O., 157 f.; kritisch infrage stellend MICHAEL MERKER, ZV-Info [Zentralverband Staats- und Gemeindepersonal Schweiz], Juli/August 2006, 13 ff., spez. 17). Persönlich neige ich dazu, diese Frage zu bejahen, weil offenbar aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführerin in der Strafuntersuchung ein wirklich hoher Tatverdacht vorlag. Eindeutig zugunsten des Arbeitgebers müsste trotz der Unschuldsvermutung entschieden werden, wenn ein Bezug zwischen der dem Bewerber vorgeworfenen Straftat und dem Arbeitsplatz besteht, so z.B. wenn sich eine wegen Sexualdelikten in Untersuchung stehende Person als Kinderbetreuer, Lehrer etc. bewirbt oder wenn einem möglichen Vermögensverwalter Veruntreuung vorgeworfen wird (in diesem Sinne wohl auch STREIFF/VON KAENEL, Art. 328b N 9 S. 384 unten; a.M. BK-REHBINDER, Art. 320 N 36 in fine, der selbst Fragen nach «einschlägigen» Delikten wegen der Unschuldsvermutung als unzulässig erachtet).

Das besprochene Urteil ist auch über den konkreten Fall hinaus von Interesse. Anfechtungen von Arbeitsverträgen wegen Täuschung durch unterlassene Offenbarung sind in der Praxis zwar selten (während wahrscheinlich Anfechtungen wegen Täuschung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen häufiger vorkommen [vgl. als Beispiel etwa BGE 132 III 242 und dazu unten Ziff. VI. lit. a]). Dennoch kommt dem Problem, welche Auskünfte ein Stellenbewerber auf Fragen des (potenziellen) Arbeitgebers hin wahrheitsgemäss zu geben und welche Informationen er gar ungefragt zu erteilen hat, um sich nicht dem Täuschungsvorwurf auszusetzen, grosse Bedeutung zu. Sehr wichtig, aber weitgehend noch ungeklärt ist dabei, ob und inwieweit dem Bewerber oder der Bewerberin ein «Notwehrrecht der Lüge» zusteht, welches die an sich widerrechtliche Täuschung ausnahmsweise rechtfertigen würde (grundsätzlich befürwortend bei unzulässigen Fragen des Arbeitgebers BK-REHBINDER, Art. 320 N 42; BSK OR I-PORTMANN, Art. 320 N 9; ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 39; STREIFF/VON KAENEL, Art. 320 N 10 und Art. 328b N 19; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 320 N 9; zurückhaltend VISCHER, 69 f.; grundsätzlich ablehnend BRÜHWILER, Art. 320 N 8b in fine; WYLER, 229 ff.). Das Bundesgericht hat diese Frage in casu – wie erwähnt – offengelassen. Ob sich aus BGE 122 V 267 E. 4b und c S. 269 f. ein solches Recht ableiten lässt (so STREIFF/VON KAENEL, Art. 320 N 10 und Art. 328 N 19), ist nicht sicher.

III. Berechnung des Ferienlohns bei Zulagen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit

BGE 132 III 172 (4C.313/2005) = Pra 2006 Nr. 147 S. 1013 ff.

Arbeitnehmer eines Callcenters, das rund um die Uhr während sieben Tagen pro Woche in Betrieb war, hatten nach immer wieder wechselnden Einsatzplänen unter anderem auch Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit zu leisten, für welche sie zusätzlich zum Grundlohn Zulagen erhielten. Gemäss Arbeitsvertrag hatten sie jährlich Anspruch auf fünf Wochen Ferien; vertraglich nicht geregelt war indessen die Berechnung des *Ferienlohns*. Der Arbeitgeber berechnete diesen Ferienlohn stets *nur auf der Basis des Grundlohns*. Nachdem das Callcenter seinen Betrieb eingestellt hatte, verlangten 19 Arbeitnehmer, dass der Ferienlohn *auf der Basis des gesamten Lohnes (unter Einbezug der Zulagen)* berechnet werde. Alle drei Instanzen gaben diesem Begehren statt.

Zur Begründung stützt sich das Bundesgericht auf Art. 329d Abs. 1 OR. Aus dieser Bestimmung habe die Rechtsprechung abgeleitet, *dass der Arbeitnehmer während der Ferien lohnässig nicht schlechtergestellt werden dürfe, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte* (BGE 129 III 493 E. 3.1 S. 495). Die Literatur vertrete dementsprechend die Auffassung, *dass der Ferienlohn gestützt auf den monatlichen Gesamtlohn zu berechnen sei. Insbesondere Überstunden-, Nacht- und Sonntagszulagen seien gemäss Lehre zu berücksichtigen, wenn sie regelmässigen und dauerhaften Charakter hätten* (anders neuerdings aber TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Art. 329d N 1.5.). Das Bundesgericht schliesst sich dieser Auffassung an (BGE 132 III 172 E. 3.1 in fine S. 175). Aufgrund der verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz steht für das Bundesgericht in casu fest, dass die von der Arbeitgeberin ausgerichteten Zulagen nicht Unkostensersatz-, sondern Lohncharakter hatten sowie dass sie regelmässig und dauerhaft anfielen. Nicht relevant ist im vorliegenden Fall der Umstand, dass die Höhe der Zulagen schwankte; diese Schwankungen hatten ihre Ursache in den wechselnden Einsatzplänen, die jeweils von der Arbeitgeberin aufgestellt worden waren.

Keine Ausführungen enthält das Urteil zur Frage, wie bei schwankenden Zulagen die Höhe des Ferienlohns zu berechnen ist. In BGE 129 III 664 E. 7.3 S. 674 hat sich das Bundesgericht für die Berechnung des Ferienlohns bei schwankenden Löhnen – z.B. wenn

der Arbeitnehmer ausschliesslich eine Kommission bezieht – für die *Referenzperiodenmethode als Regelfall* ausgesprochen; nur wenn diese Methode zu einem Ergebnis führt, das mit der Realität offenkundig nicht übereinstimmt, ist die Lohnausfallmethode anzuwenden (dazu einlässlich STREIFF/VON KAENEL, Art. 329d N 3; vgl. im Weiteren auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 329d N 2, PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 520, und THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 525; für den Vorrang der Lohnausfallmethode demgegenüber noch BK-REHBINDER, Art. 329d N 6). Das muss auch für die Berechnung des Ferienlohnes gelten, wenn der Arbeitnehmer Überstunden-, Nacht-, Wochenend- und Feiertagszulagen in unregelmässiger Höhe erhält. Bei solchen Zulagen dürften allerdings Ausnahmefälle, welche nach der Anwendung der Lohnausfallmethode rufen, sehr selten sein.

In der Literatur wurde im Anschluss an das hier besprochene Urteil die Auffassung vertreten, konsequenterweise müsse in Anbetracht der Begründung des Bundesgerichts die Regelmässigkeit der Zulagen verneint werden, wenn (anders als im vorliegenden Fall) die Arbeitnehmer auf die Einsatzplanung massgeblichen Einfluss nehmen können und der Umfang der monatlichen Schichtzulagen ebenfalls variiert (MARC-PHILIPPE PRINZ, Jusletter vom 15. Mai 2006, Rz. 8). Das lässt sich jedoch aus BGE 132 III 172 kaum ableiten und wäre überdies auch nicht sachgerecht.

IV. Übergang des Arbeitsverhältnisses bei einer Betriebsabspaltung; Auswirkungen auf die Ansprüche aus einem Sozialplan

BGE 132 III 32 (4C.432/2004) = Pra 2006 Nr. 81 S. 576 ff.

Wie bereits angekündigt (THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., spez. 427), hat das Grounding der Swissair im Oktober 2001 eine weitere Spur im Arbeitsrecht hinterlassen (vgl. dazu auch den vom gleichen Tag wie das hier zu besprechende Urteil datierenden BGE 131 III 606). Und dieser zweite Fall gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, zu einer bisher höchstrichterlich noch nicht ausdrücklich entschiedenen wichtigen Frage im Zusammenhang mit Art. 333 OR Stellung zu nehmen.

Im Rahmen der Umstrukturierung und Redimensionierung der vormaligen Swissair (seit 1998 SAirGroup) wurden zahlreiche Angestellte vorzeitig pensioniert. Dabei kamen diese Angestellten in den Genuss von Sozialplänen, die mit den betreffenden Gewerkschaften ausgehandelt worden waren. Im konkreten Fall handelte es sich um einen für den Flugzeugunterhalt zuständigen Servicetechniker, dem im September 1996 mitgeteilt worden war, dass er auf den 1. Oktober 1997 in den vorzeitigen Ruhestand versetzt werde. Gleichzeitig wurde detailliert festgelegt, welche Leistungen ihm ab diesem Datum zustehen. Am 1. Januar 1997 wurde die Sparte «Flugzeugunterhalt» von der Swissair in die Tochtergesellschaft Swissair Technical Services SA (heute: SR Technics Switzerland) ausgelagert. Der betroffene Servicetechniker arbeitete von diesem Zeitpunkt an bis zur vorzeitigen Pensionierung bei dieser SAirGroup-Tochter. Sein Lohn für diese Zeit sowie die für die vorzeitige Pensionierung versprochenen Leistungen wurden indessen von der Muttergesellschaft ausgerichtet. Nach dem Grounding stellte die SAirGroup dann aber die Zahlungen ab 1. November 2001 ein. In der Folge machte der Servicetechniker Ansprüche gegen die SR Technics Switzerland geltend. Im anschließenden Prozess bestritt diese Tochtergesellschaft ihre Passivlegitimation mit der Begründung, die SAirGroup sei alleinige Schuldnerin der im Sozialplan versprochenen Leistungen, blieb damit aber vor allen Instanzen erfolglos.

Da die fragliche Schuld seinerzeit von der Muttergesellschaft begründet worden war, hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob sie kraft Art. 333 OR mit der Auslagerung der Servicearbeiten auf die Tochtergesellschaft übergegangen war. Die Tatbestandsmerkmale der *Übertragung eines Betriebsteils* und der *Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis* waren offenkundig erfüllt. Die Auslagerung der Servicearbeiten war seinerzeit verbunden mit einer Übertragung eines Teils der Unternehmung der Swissair, und zwar offenbar im Sinne einer *Spaltung*, wie sie seit 1. Juli 2004 im Fusionsgesetz (SR 221.301) geregelt ist (132 III 32 E. 4 S. 36 ff.). Und die seinerzeitige Vereinbarung zwischen der Swissair und dem Servicetechniker über die Leistungen nach der vorzeitigen Pensionierung gestützt auf den mit den Gewerkschaften ausgehandelten Sozialplan hatte ihre Wurzeln im Arbeitsverhältnis; denn ohne den Arbeitsvertrag hätte die Swissair dem Begünstigten keine Ansprüche als Folge der vorzeitigen Pensionierung eingeräumt (BGE 132 III 32 E. 6 S. 43 ff., spez. E.

6.2.2 S. 47). Im Zentrum des Interesses stand ein ganz anderes Problem. Die beklagte SAirGroup-Tochter machte geltend, Art. 333 Abs. 1, Abs. 1^{bis}, Abs. 2 und Abs. 4 OR würden nur zur Anwendung kommen, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart hätten. *Diese Bestimmungen seien nicht zwingendes Recht*, da sie – anders als Art. 333 Abs. 3 OR – im Katalog der relativ zwingenden Normen von Art. 362 Abs. 1 OR nicht aufgeführt seien. *Diesem Standpunkt erteilt das Bundesgericht eine klare Absage.*

Für das Bundesgericht steht – zu Recht – ausser Zweifel («hors de doute»), dass der vormalige Arbeitgeber und der Betriebsübernehmer keine vertraglichen Vereinbarungen treffen können, welche Art. 333 OR derogieren. Diese Bestimmung wurde im Rahmen des Swisslex-Programms 1993 geändert und in autonomem Nachvollzug dem europäischen Recht, konkret der (inzwischen ersetzten) Richtlinie des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (77/187/EWG; ABl. L 61 vom 5. März 1977, S. 26 ff.), angepasst. Die Arbeitsverhältnisse gehen beim Betriebsübergang *ex lege* über; *eine Zustimmung des Erwerbers ist nicht erforderlich*, ja der Übergang kann – anders als früher – *auch gegen den Willen des Erwerbers erfolgen* (BGE 129 III 335 E. 5.1 S. 341 [vgl. zu diesem Urteil einlässlich THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 527 ff.]; 123 III 466 E. 3b S. 468; Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 1999, E. 1a und 1c, JAR 2000, 179 ff.). Auch Art. 333 Abs. 1 OR ist somit – zum Schutz des Arbeitnehmers – relativ zwingendes Recht (so die h.L.; vgl. etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 333 N 25; VISCHER, 217; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 333 N 3; wohl eher ablehnend BRÜHWILER, Art. 333 N 1; zustimmend zum hier besprochenen Entscheid ALFRED BLESI, Jusletter vom 8. Mai 2006, Rz. 9); der Umstand, dass nicht alle Absätze von Art. 333 in Art. 362 Abs. 1 OR aufgeführt sind, ändert daran nichts.

Überraschend ist dieser Entscheid nicht; eher erscheint die gegenteilige Argumentation der SR Technics Switzerland als «recht gewagt» (BLESI, a.a.O., Rz. 8). Vorgespurt war er bereits in den vorstehend erwähnten Urteilen, in denen das Bundesgericht jeweils betonte, der Übergang der Arbeitsverhältnisse könne auch gegen den Willen des Betriebsübernehmers erfolgen. Die Bedeutung von BGE 132 III 32 liegt darin, dass das Bundesgericht *erstmalis expressis verbis* und

mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit die zwingende Natur von Art. 333 Abs. 1 OR im Verhältnis zwischen altem Arbeitgeber und Betriebsübernehmer festhält.

Wenig klärend, aber in casu ohne Bedeutung, ist die Erwägung des Bundesgerichts zur Frage, ob der Arbeitnehmer mit dem alten Arbeitgeber eine vertragliche Vereinbarung schliessen könne, mit welcher von Art. 333 OR abgewichen wird. Das Bundesgericht verneint diese Frage. Was das im Einzelnen bedeutet, wird die Zukunft weisen müssen. Das Gesetz gibt dem Arbeitnehmer beim Betriebsübergang ausdrücklich das Recht, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen, womit das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist hin aufgelöst wird (Art. 333 Abs. 1 und 2 OR). Insoweit steht somit dem Arbeitnehmer eine Wahlmöglichkeit zu. Nicht zulässig wird es indessen sein, dass der Arbeitnehmer *bereits vor dem Betriebsübergang* mit dem alten Arbeitgeber vereinbart, er verzichte auf den Übergang des Arbeitsverhältnisses (so STREIFF/VON KAENEL, Art. 333 N 25). Wollen die Parteien bewirken, dass der Arbeitnehmer mit dem alten Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis «fortsetzt», so muss, wie das Bundesgericht ausdrücklich aufführt, ein anderer Weg eingeschlagen werden: Der Arbeitnehmer kann den Vertrag mit dem Betriebsübernehmer auflösen und mit dem alten Arbeitgeber einen neuen Arbeitsvertrag schliessen. Dann geht allerdings für die Zwischenzeit der Arbeitsvertrag auf den Erwerber über (BGE 132 III 32 E. 4.2.2.4 S. 41).

Nur noch als Nebenkriegsschauplatz erscheint unter diesen Umständen die Behauptung der beklagten SAirGroup-Tochter, nicht Arbeitgeberin des Servicetechnikers geworden zu sein, weil er ihr von der Muttergesellschaft ausgeliehen worden sei. Wie das Bundesgericht zutreffend ausführt, wäre *vor einer Abspaltung* ein Leiharbeitsverhältnis gar nicht möglich gewesen, da Verleiher und Einsatzbetrieb identisch gewesen wären und *niemand einen Vertrag mit sich selber schliessen könne* (BGE 132 III 32 E. 5.2 S. 43). Nach dem Betriebsübergang (und damit nach dem Übergang des Arbeitsverhältnisses) wäre eine solche Vertragsgestaltung zwar denkbar gewesen, hatte aber in casu nicht stattgefunden. Und im Rahmen einer solchen Umgestaltung der vertraglichen Beziehungen hätten die Beteiligten die Solidarhaftung zwischen dem alten Arbeitgeber und dem Übernehmer nach Art. 333 Abs. 3 OR wegen der zwingenden Natur dieser Bestimmung ohnehin nicht ausschliessen können.

Einen wichtigen, in der Literatur strittigen Punkt im Zusammenhang mit Art. 333 OR hatte das Bundesgericht in casu nicht zu entscheiden. Die Parteien eines Betriebsübernahmevertrages könnten versuchen, den automatischen Übergang von Arbeitsverhältnissen zu verhindern, indem sie übereinkommen, der Veräusserer löse die Arbeitsverhältnisse, welche nicht übergehen sollen, durch Kündigung auf. Fraglich ist, ob eine solche Kündigung grundsätzlich zulässig (ZK-STAEHELIN, Art. 333 N 12), «nur» – aber immerhin – missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. c OR (WYLER, 300) oder sogar nichtig ist (CR CO I-AUBERT, Art. 333 N 6; weitere Nachweise bei TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Art. 333 N 1.12.). Wenn der zwingende Charakter von Art. 333 OR ernst genommen wird, *müsste wohl eine derartige Kündigung als nichtig qualifiziert werden*. Ob das Bundesgericht zur gegebenen Zeit so entscheiden wird, bleibt allerdings abzuwarten; immerhin hat es in einem früheren Entscheid – wenn auch nur in einem obiter dictum – ausgeführt, dass eine Kündigung gegen Art. 333 OR verstosse, wenn sie im Hinblick auf eine Betriebsübernahme zu dem Zweck ausgesprochen werde, dem Arbeitnehmer den gesetzlichen Schutz zu entziehen (Urteil des Bundesgerichts 4P.299/2004 vom 14. April 2005, E. 3.1; vgl. dazu auch THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer Heft 3/2006, 46 ff., spez. 50). In der Praxis wird allerdings bei Kündigungen im Umfeld einer Betriebsübernahme in aller Regel die Feststellung des «wahren» Kündigungsmotivs des alten Arbeitgebers schwierig sein; und das ist entscheidend, denn wenn die Kündigung nicht «übergangsbedingt» ausgesprochen wird, so ist sie – wie das Bundesgericht seinerzeit ebenfalls ausführte – gültig.

V. Kündigungen

a) Missbräuchliche Kündigung nach 44 Dienstjahren BGE 132 III 115 (4C.215/2005)

Ein Arbeitnehmer hatte die Absicht, bei Erreichen von 45 Dienstjahren, die er alle beim selben Arbeitgeber verbracht hatte, in Pension zu gehen. Kurz vor der Vollendung des 44. Dienstjahres wurde das Arbeitsverhältnis jedoch von der Arbeitgeberin aufgelöst. Die Kündigung wurde im Wesentlichen damit begründet, die ständige negative Einstellung

des Arbeitnehmers neuen Projekten gegenüber sei nicht nur für die Vorgesetzten, sondern auch für die andern Mitarbeiter sehr demotivierend. Daraufhin verlangte der Arbeitnehmer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Die erste Instanz erachtete die Kündigung als missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, der Appellationshof des Kantons Bern dagegen nicht, weil für die Kündigung das schlechte Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und einem Vorgesetzten ausschlaggebend gewesen sei und der Kläger nicht habe nachweisen können, dass sein Alter Grund für die Kündigung gewesen sei.

Das Bundesgericht wertet die Kündigung wie das erstinstanzliche Gericht als missbräuchlich und spricht dem Kläger die maximal mögliche Entschädigung von sechs Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 2 OR) zu. *Bloss unanständiges, eines geordneten Geschäftsverkehrs unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers genügt zwar nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen* (BGE 132 III 115 E. 2.3 S. 118; 131 III 535 E. 4.2 S. 539 [vgl. zu diesem Entscheid auch THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 442 ff.]; 128 III 129 [4C.234/2001], nicht publizierte E. 3b, SJ 2002 I 389 ff.). Die Vorinstanz hielt es demgemäss zwar für moralisch verwerflich, nicht aber für missbräuchlich, einem 63-jährigen Angestellten im 44. Dienstjahr unter sofortiger Freistellung 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung ohne vorherige Anhörung zu kündigen, ohne unter Einbezug des Personaldienstes nach einem einvernehmlichen Ausweg gesucht zu haben (BGE 132 III 115 E. 4.2 S. 120). Damit hat sie indessen die Rechtslage verkannt, sieht doch das Bundesgericht im vorliegenden Fall den Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung aus mehreren Gründen als erfüllt an:

a) Bereits als *klar missbräuchlich* bezeichnet das Bundesgericht die Kündigung, weil die Arbeitgeberin *ihre Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 1 OR* verletzt hatte, indem sie den Arbeitnehmer auf Betreiben des Serviceleiters entliess, ohne sich vorgängig auch nur ansatzweise darum bemüht zu haben, das Verhältnis unter den Beteiligten zu entspannen (BGE 132 III 115 E. 5.1 S. 120).

b) Zudem kam der Arbeitgeberin nicht nur eine «gewöhnliche» Fürsorgepflicht i.S.v. Art. 328 Abs. 1 OR zu, die es geboten hätte, den Kläger nicht einfach auf Betreiben des Serviceleiters zu entlassen, mit dem er sich nicht verstand. Vielmehr besteht – wie das Bundesgericht ausdrücklich betont – einem Arbeitnehmer gegenüber, der sein

gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, *eine erhöhte Fürsorgepflicht*. Dazu gehört die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen (BGE 132 III 115 E. 5.3 S. 121).

c) Sodann hat die Arbeitgeberin *das aus Art. 2 ZGB abgeleitete Gebot der schonenden Rechtsausübung* krass verletzt, indem sie den Arbeitnehmer ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen unter sofortiger Freistellung entliess (BGE 132 III 115 E. 5.4 S. 121 f.).

d) Im Weiteren verletzt die Kündigung in casu das Rechtsmissbrauchsverbot aufgrund des *krassen Missverhältnisses der auf dem Spiel stehenden Interessen*. Dem eminenten Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages, dem es angesichts seines Alters kaum gelingen wird, eine andere Anstellung zu finden, steht aus der Sicht des Bundesgerichts kein schützenswertes Interesse der Arbeitgeberin an der Kündigung gegenüber (BGE 132 III 115 E. 5.5 S. 122 i.V.m. E. 2.4 S. 118).

e) Schliesslich ist gemäss Bundesgericht auch der *Tatbestand der Rache Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR* erfüllt, da sich der Arbeitnehmer Produktivitätssteigerungen bezweckenden Weisungen des Arbeitgebers zwar unterzogen, aber dagegen remonstriert habe; dem Arbeitnehmer sei dabei zugutezuhalten, dass er sich in guten Treuen auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis berufen habe (BGE 132 III 115 E. 5.2 S. 120 f.).

Das zuletzt erwähnte Argument hätte natürlich genügt, um den Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung zu bejahen und damit das Urteil der Vorinstanz als bundesrechtswidrig zu erklären. Allein, das Bundesgericht scheint sich, wenn man die betreffende Erwägung im Urteil liest, nicht so sicher gewesen zu sein, ob die Voraussetzungen von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR wirklich erfüllt waren (kritisch auch FRANK VISCHER, recht 2006, 112 ff., spez. 114, der ausführt, die Frage, ob eine Rache Kündigung vorliege, werde vom Bundesgericht «hypothetisch» bejaht, und ob unter den gegebenen Umständen von einer Rache Kündigung gesprochen werden könne, sei fraglich). Zudem hätte der Tatbestand der Rache Kündigung allein wohl kaum ausgereicht, um eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen zuzusprechen. Im-

merhin hat das Bundesgericht damit den «Strafrahmen» von Art. 336a Abs. 2 OR voll ausgeschöpft, was sehr selten vorkommt. Von grundlegender Bedeutung sind daher die anderen Missbrauchsverwürfe gegenüber der Arbeitgeberin.

Diese stützen sich nicht auf einen der in Art. 336 aufgeführten Tatbestände, *sondern auf die Generalklausel von Art. 2 ZGB*. Seit je ist unbestritten, dass Art. 336 OR die Missbrauchstatbestände bei der Kündigung eines Arbeitsvertrages nicht abschliessend aufzählt, neben dieser Bestimmung also grundsätzlich auch das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot zur Anwendung kommen kann (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538, m.Nw., und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 442 ff.). Früher habe ich die Auffassung vertreten, dass Fälle, bei denen keiner der besonderen Tatbestände von Art. 336 OR, sondern bloss der Grundtatbestand von Art. 2 ZGB erfüllt sei, kaum je praktisch relevant werden dürften (THOMAS KOLLER, AJP 1995, 1251 ff., spez. 1257; ähnlich BGE 121 III 60 E. 3d S. 63 f. und TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Art. 336 N 1.4.). Die seitherige Entwicklung hat mich indessen eines Besseren belehrt: In den letzten Jahren hat das Bundesgericht verschiedentlich die Missbräuchlichkeit von Kündigungen unter dem Gesichtswinkel der Generalklausel von Art. 2 ZGB geprüft (BGE 131 III 535; 125 III 70 E. 2a S. 72; andeutungsweise auch 123 III 246 E. 3b S. 250 f. und 132 III 257 [«Rauchallergie-Fall»; vgl. dazu unten Ziff. V. Lit. b]); dem «Grundtatbestand» scheint dabei eine zunehmend grössere Bedeutung zuzukommen (ähnlich FLORENCE AUBRY GIRARDIN, SJ 2007 II 51 ff., spez. 64; vgl. dazu auch die umfassende Übersicht von möglichen Missbrauchsfällen, die in Art. 336 OR nicht explizit aufgeführt sind, bei BSK OR I-PORTMANN, Art. 336 N 21 ff., und bei STREIFF/VON KAENEL, Art. 336 N 4). Augenfällig ist, dass gefühlsmässig besonders stossende Fälle wie BGE 131 III 535 («Bauernopfer-Fall» [Ausdruck nach THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer Heft 3/2006, 46 ff., spez. 49]) oder der hier besprochene von den in Art. 336 OR aufgeführten Spezialtatbeständen nicht bzw. nicht adäquat erfasst werden können. Diese Entwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber gut beraten war, die Missbrauchstatbestände im Arbeitsvertragsrecht nicht abschliessend zu kodifizieren (THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 444; vgl. aber die Mahnung zur Zurückhaltung bei der Anwendung von Art. 2 ZGB unter Berufung auf die Gesetzgebungsgeschichte CR CO I-AUBERT, Art. 336 N 2).

Nach mehrfach bestätigter Rechtsprechung setzt der auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot gestützte Missbrauchsvorwurf voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 117, m.Nw.). Zudem ist auch eine unter dem Gesichtswinkel von Art. 2 ZGB missbräuchliche Kündigung nicht *nichtig* (was eigentlich die «normale» Rechtsfolge einer missbräuchlichen Rechtsausübung wäre), sondern ebenfalls grundsätzlich gültig und verpflichtet den Kündigenden bloss zu einer Strafschadenersatzzahlung nach Art. 336a OR (vgl. dazu statt aller BSK OR I-PORTMANN, Art. 336 N 21; kritisch BK-REHBINDER, Art. 336 N 10). Zur «Konkretisierung» der Generalklausel von Art. 2 ZGB greift das Bundesgericht gern auf die *Fürsorgepflicht des Arbeitgebers* gemäss Art. 328 OR (letztlich ebenfalls eine Generalklausel!) zurück (AUBRY GIRARDIN, a.a.O., 66), so nicht nur in casu, sondern auch im «Bauernopfer-Fall» (BGE 131 III 535) und im «Rauchallergie-Fall» (BGE 132 III 257; siehe unten Ziff. V. Lit. b). *Dem Arbeitgeber obliegt es damit nicht nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen sowie auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen, sondern auch – wie die erwähnten Fälle sehr schön zeigen – bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses.* Diese Fürsorgepflicht ist das Korrelat zur Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a OR (VISCHER, a.a.O., 113).

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur missbräuchlichen Kündigung von Arbeitsverträgen in Anwendung von Art. 2 ZGB (i.V.m. Art. 328 OR) in wesentlichen Punkten weiterentwickelt:

a) Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich nunmehr nicht nur aus dem Kündigungsmotiv, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, in welcher der Arbeitgeber den Vertrag auflöst (AUBRY GIRARDIN, a.a.O., 64; CHRISTOPH SENTI, AJP 2006, 611 ff., spez. 612). Für den Arbeitnehmer wird mit der Einführung eines *Rechts auf vorgängige Anhörung* (VISCHER, a.a.O., 113) eine *Art verfahrensrechtlicher Sicherung bei der Kündigung*, vergleichbar mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Prozess, geschaffen (kritisch dazu SENTI, a.a.O., 613; noch kritischer JEAN-PHILIPPE DUNAND, Anwalts Revue 2006, 319 ff., spez. 322, der aus dem hier besprochenen Urteil keinen generellen Gehörsanspruch des Arbeitnehmers ableiten will); im Vertragsrecht ein bisher einmaliger Vorgang! Bisher hatte das

Bundesgericht einen solchen Gehörsanspruch noch klar abgelehnt (Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004, E. 2.4; dazu auch SENTI, a.a.O., 613, und DUNAND, a.a.O., 322).

b) Mit der Pflicht des Arbeitgebers zur Interessenabwägung bringt das Bundesgericht zusätzlich – wie es VISCHER zutreffend ausdrückt (a.a.O., 113) – ein *materiellrechtliches Element* in die Diskussion ein, mit dem bestätigt wird, dass *im Privatrecht kontinuierlich die Vertragsfreiheit durch eine materiellrechtliche Vertragsgerechtigkeit verdrängt wird* (vgl. dazu als Ausgangspunkt BGE 123 III 292 [«Fussballclub-Lohn-Fall»]). Es verwundert nicht, dass die bereits im «Bauernopfer-Fall» (BGE 131 III 535) vorgespurte und nunmehr klar betonte Pflicht der Gerichte zur (materiellen) Überprüfung des Kündigungsgrundes in der Literatur als diametraler Widerspruch zum Grundsatz der Kündigungsfreiheit kritisiert wurde (SENTI, a.a.O., 612; ähnlich DUNAND, a.a.O., 322 in fine).

c) In casu bekennt sich schliesslich das Bundesgericht gar zu einer gesteigerten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber einem älteren Arbeitnehmer bei einem seit langem bestehenden Arbeitsverhältnis (dazu grundsätzlich positiv VISCHER, a.a.O., 115, und DUNAND, a.a.O., 322). Was das für künftige Fälle heissen mag und ab welchem Alter bzw. ab welcher Arbeitsdauer die gesteigerte Fürsorgepflicht zum Tragen kommt, wird sich weisen müssen; der konkrete Fall war in dieser Hinsicht zu eindeutig, sodass er für die Beantwortung dieser Frage kaum etwas hergibt. Die Zukunft wird auch zeigen müssen, ob mit der vom Bundesgericht eingeleiteten Rechtsprechung Arbeitgeber zu vorsorglichen Kündigungen verleitet werden, um die Gefahr eines faktisch erhöhten Kündigungsschutzes langjähriger Arbeitnehmer zu verringern (vgl. zu all diesen Fragen einlässlich VISCHER, a.a.O., 115 f.).

BGE 132 III 115 ist in der Literatur *im Ergebnis* zu Recht begrüsst worden (VISCHER, a.a.O., 116; SENTI, a.a.O., 612; DUNAND, a.a.O., 322), während verschiedene Erwägungen des Bundesgerichts wie gezeigt auf Kritik stiessen. Das Urteil dürfte – zusammen mit den andern zitierten Entscheiden, in welchen sich das Bundesgericht auf die Generalklausel von Art. 2 ZGB und nicht auf einen der Spezialtatbestände von Art. 336 OR stützte – für die Entwicklung der Rechtsprechung zur missbräuchlichen Kündigung von Arbeitsverträgen von erheblicher Bedeutung sein. Ob mit diesem Entscheid und dem «Bauernopfer-Urteil» aber bereits das Ende der Kündigungsfreiheit eingeläutet worden ist (so sinngemäss DUNAND, a.a.O.,

322 in fine), darf bezweifelt werden. Denn beide Fälle waren (zu) eindeutige «hard cases».

b) *Missbräuchliche Kündigung wegen Rauchallergie des Arbeitnehmers*

BGE 132 III 257 (4C.354/2005)

Ein Arbeitnehmer, der an einer schweren Rauchallergie leidet, hatte beim Arbeitsgericht Zürich die Durchsetzung eines umfassenden Rauchverbots in allen Räumen seiner Arbeitsumgebung verlangt. Nicht ganz zwei Monate nach Einreichung der entsprechenden Klage kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer forderte daraufhin eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, blieb aber vor beiden kantonalen Instanzen erfolglos. Die Rauchimmissionen im Betrieb der Arbeitgeberin hatten, wie die kantonalen Gerichte feststellten, den Arbeitnehmer nicht bloss belästigt, sondern diesem Beschwerden und dadurch verschiedentlich dessen Arbeitsunfähigkeit verursacht. Indessen sei die Arbeitgeberin dafür besorgt gewesen, dass sowohl am Arbeitsplatz des Klägers als auch in der Toilette und in den weiteren Räumlichkeiten, die der Kläger für die Verrichtung seiner Arbeit aufzusuchen hatte, nicht geraucht werden durfte. Damit habe die Arbeitgeberin die ihr zumutbaren Massnahmen ergriffen, auch wenn das Rauchen im Lager, im Aufenthaltsraum, in den Gängen und im Sitzungszimmer, wenn keine Sitzungen stattfanden, gestattet blieb. Dass das Sitzungszimmer sowie die Gänge und das Lager rauchbelastet waren, hat die Arbeitgeberin nicht bestritten. Nach Auffassung der kantonalen Instanzen war damit die Arbeitgeberin ihrer Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 ArG und Art. 19 ArGV 3 hinreichend nachgekommen. Die langen Absenzen des Klägers seien nicht auf die Untätigkeit der Arbeitgeberin beim Nichtraucherenschutz, sondern auf dessen Allergie zurückzuführen gewesen (in BGE 132 III 257 nicht publizierte E. 3.1 und E. 3.2).

Das Bundesgericht heisst die Berufung des Arbeitnehmers gut und weist die Sache zur Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen an die Vorinstanz zurück. In ihren Erwägungen befasst sich die I. Zivilabteilung ausführlich mit der *allgemeinen Pflicht des Arbeitgebers, gestützt auf die erwähnten Normen Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer vor Passivrauchen zu treffen* (BGE 132 III 257 E. 5

S. 259 ff.; vgl. dazu auch ROGER BAUMBERGER, ARV 2006, 181 ff.). Deren Ausführungen gleichen dabei allerdings eher einem Slalom ohne klar erkennbaren Zieldurchlauf. Einerseits soll der Bereich, wo Rauchen erlaubt ist, unter Berücksichtigung der Lüftungs- und Belüftungsmöglichkeiten so angeordnet werden, dass der Rauch ohne Belästigung für Nichtraucher und Nichtraucherinnen abgezogen werden kann. Auf Verlangen betroffener nicht rauchender Arbeitnehmer sei unter Umständen ein geeignetes Rauchverbot zu erlassen (BGE 132 III 257 E. 5.4.2 S. 260). Andererseits sollen die Schutzmassnahmen des Arbeitgebers den Betriebsablauf und das Arbeitsklima im Betrieb nicht beeinträchtigen und keine Diskriminierung der Raucherinnen und Raucher darstellen (BGE 132 III 257 E. 5.4.3 S. 261). Für den konkreten Fall kommt das Bundesgericht dann allerdings zur Auffassung, dass weder der allgemeine Schutz vor dem Passivrauchen noch der generelle Schutz des Arbeitnehmers vor der Belästigung durch Tabakrauch zur Debatte stehe. Es gehe vielmehr (nur?) darum, den voraussehbaren Ausbruch der Rauchallergie und damit den Eintritt einer Gesundheitsschädigung des gegen Rauch allergischen Arbeitnehmers zu verhüten. In diesem Zusammenhang könnten weiter gehende Massnahmen gerechtfertigt sein als in Bezug auf den Schutz «gewöhnlicher» Nichtraucher (BGE 132 III E. 5.5 S. 262). Gestützt auf diese Überlegungen sei massgeblich, ob das zum Schutz des Klägers Notwendige nach dem Stand der Technik realisierbar und der Beklagten unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise zumutbar gewesen sei. Die getroffenen Massnahmen hätten zum Schutz der Gesundheit des Klägers objektiv nicht genügt. Unter diesen Umständen sei eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagte bereits vergleichsweise ausgedehnte Massnahmen zum Schutz des Klägers ergriffen habe. Ausschlaggebend sei vielmehr, ob mit zusätzlichen, der Beklagten zumutbaren Massnahmen eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit der Arbeitsfähigkeit des Klägers hätte vermieden werden können (BGE 132 III 257 E. 6.1 S. 262 f.). Da die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil darüber keinen Aufschluss geben würden, sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Auf den ersten Blick scheint hier das Bundesgericht – ganz im Trend der Zeit liegend – einen nichtraucherfreundlichen Entscheid gefällt zu haben. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass

dies nicht zutrifft. Art. 19 ArGV 3 (der in Art. 6 ArG eine hinreichende gesetzliche Grundlage findet) verpflichtet den Arbeitgeber ausdrücklich, *im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Nichtraucher nicht durch das Rauchen anderer Personen belästigt werden*. Diese öffentlichrechtliche Norm des Arbeitnehmerschutzes ist für dem Arbeitsgesetz unterstellte Betriebe gemäss Art. 342 Abs. 2 OR, für alle andern Arbeitgeber über Art. 328 OR auch privatrechtlich verbindlich (BGE 132 III 257 E. 5.4 S. 260). Dem Schutz sämtlicher Arbeitnehmer gegen Passivrauchen räumt diese Bestimmung offenkundig einen hohen Stellenwert ein. Im vorliegenden Fall will nun das Bundesgericht den Schutzanspruch eines Rauchallergikers gegenüber dem Schutzanspruch eines «gewöhnlichen» Nichtrauchers noch erhöhen (BAUMBERGER, a.a.O., 183; kritisch dazu BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 14). *Gleichzeitig hält es aber offenbar ein generelles Rauchverbot im Betrieb der Arbeitgeberin nicht ohne weiteres für zulässig*. Sonst hätte es die Sache nicht an die Vorinstanz zurückweisen müssen, damit diese abklärt, ob Rauchverboten in den Gängen und im Sitzungszimmer gegebenenfalls technische, betriebliche oder wirtschaftliche Gründe entgegenstehen, die eine Durchsetzung unzumutbar erscheinen lassen (BGE 132 III 257 E. 6.2 S. 263). Wie die Erfahrung (z.B. in Universitätsgebäuden) zeigt, ist ein allgemeines Rauchverbot in einem Unternehmen technisch und betrieblich ohne weiteres durchführbar; Sachverhaltsabklärungen sind dazu nicht erforderlich. *Fragen kann sich nur, ob ein solches Rauchverbot zumutbar ist oder ob es die persönliche Freiheit der rauchenden Arbeitnehmer übermässig einschränkt*. Das aber ist keine Sachverhalts-, sondern eine Rechtsfrage, welche das Bundesgericht hätte beantworten können.

In der neueren Lehre wird zu Recht die Auffassung vertreten, ein allgemeines Rauchverbot während der Arbeitszeit sei generell zulässig (BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 13) *oder zumindest dann, wenn es aus Rücksicht auf andere Arbeitnehmer notwendig sei* (VISCHER, 141 Fn. 16; ZK-STAEHELIN, Art. 321d N 3 und N 13; BK-REHBINDER, Art. 328 N 7; ROGER BAUMBERGER, Rauchen am Arbeitsplatz, Diss. Zürich 2002, 93 und 114; sogar BGE 132 III 257 E. 5.4.3 S. 261 [sic!]; ähnlich auch BRÜHWILER, Art. 328 N 2d; zurückhaltend dagegen STREIFF/VON KAENEL, Art. 328 N 14). *Ein Recht des Arbeitnehmers auf Erlass eines generellen Rauchverbots besteht aber nach (noch) herrschender Auffassung nicht* (BSK OR I-PORT-

MANN, Art. 328 N 14). Für Betriebe mit grossem Publikumsverkehr wie z.B. Gaststätten mag dies – solange der Gesetzgeber nicht ein allgemeines Rauchverbot für gewisse Räumlichkeiten erlässt – einleuchten, da in einer im Einzelfall aus Art. 328 OR abgeleiteten Pflicht zur Einführung eines generellen Rauchverbots eine unzumutbare Benachteiligung gegenüber Konkurrenzbetrieben erblickt werden könnte (ähnlich BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 15; zu verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einem öffentlichrechtlichen Rauchverbot siehe BGE 133 I 110 = Pra 2007 Nr. 123 S. 829 ff. und dazu MARKUS MÜLLER, ZBJV 2007, 691 f.). Anders könnte man dies bei «gewöhnlichen» Betrieben sehen. Stehen wie in casu ein Labor, Büroarbeitsplätze, Gänge, Sitzungszimmer, Toiletten etc. zur Diskussion, so sind bloss die Interessen von Rauchern und Nichtrauchern gegeneinander abzuwägen, und da liesse sich ohne weiteres schon nach geltendem Recht ein aus Art. 328 OR abgeleiteter Anspruch des Arbeitnehmers auf ein generelles Rauchverbot vertreten. Das Bundesgericht geht allerdings in die andere Richtung: Wenn nicht einmal ein Rauchallergiker, der gemäss Bundesgericht grundsätzlich Anspruch auf erhöhten Schutz hat, ohne weiteres ein allgemeines Rauchverbot verlangen kann, dann können wohl «gewöhnliche» Nichtraucher erst recht nicht auf einen vollständig rauchfreien Arbeitsplatz pochen (BAUMBERGER, ARV 2006, 183). BAUMBERGER, a.a.O., 182, bringt es treffend auf den Punkt: «Die Ausführungen des Bundesgerichts lassen den Schluss zu, dass es ein generelles Rauchverbot in einem Betrieb als Ausnahme ansieht und auch nur in Ausnahmefällen als gerechtfertigt erachtet.»

Dogmatisch nicht sehr klar strukturiert sind im hier besprochenen Entscheid die Ausführungen zum Problem der behaupteten Missbräuchlichkeit der Kündigung. Die Voraussetzungen einer *Rachekündigung* i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR waren aufgrund der für das Bundesgericht verbindlichen Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht erfüllt (nicht publizierte E. 2.1 des Urteils). Das Bundesgericht selbst spricht von einer nach Art. 336 OR verpönten Treuwidrigkeit, die vorliegen würde, wenn die zahlreichen krankheitsbedingten Absenzen des Klägers, welche die Beklagte zur Kündigung bewogen hätten, *der Unterlassung einer Fürsorgepflicht zuzuschreiben wären, denn die Ausnützung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bilde einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs* (nicht publizierte E. 2.3 des Urteils, unter Hinweis auf BGE 125 III 70 E. 2a S. 73).

Einen konkreten Sondertatbestand von Art. 336 OR führt das Bundesgericht nicht an. Dieser Umstand, die Verweisung auf BGE 125 III 70 und der Hinweis in der nicht publizierten E. 2.1, die Aufzählung in Art. 336 OR sei nicht abschliessend, lassen darauf schliessen, dass hier einmal mehr – wie bereits im oben besprochenen BGE 132 III 115 (siehe Ziff. V. Lit. a) – die *Missbräuchlichkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt der Generalklausel von Art. 2 ZGB zur Diskussion steht*. Auch dieser Fall zeigt somit sehr schön, dass dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot im Arbeitsrecht eine zunehmende Bedeutung zukommt.

c) *Missbräuchliche Massenentlassung*
 BGE 132 III 406 (4C.402/2005)

Vor Bundesgericht nicht mehr umstritten war in diesem Fall, dass die von der Arbeitgeberin gegenüber den beiden klagenden Arbeitnehmern ausgesprochenen Kündigungen *missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 2 lit. c OR* waren, weil die Arbeitgeberin das *vorgeschriebene Verfahren bei Massenentlassungen* (Konsultation der Arbeitnehmer gemäss Art. 335f OR) *nicht eingehalten hatte*. Fraglich war aber, zu welchem Zeitpunkt die betreffenden Arbeitsverhältnisse beendet waren, da die Arbeitgeberin auch die nach Art. 335g OR erforderliche Anzeige an das kantonale Arbeitsamt unterliess. Die Arbeitgeberin sprach die Kündigungen formell auf Ende Februar 2003 aus. Der eine Arbeitnehmer trat am 24. März und der andere am 14. April 2003 eine neue Stelle an. Sollten die Arbeitsverhältnisse Ende Februar 2003 geendet haben, so hätten die Kläger die Frist von 180 Tagen nach Art. 336b Abs. 2 OR verpasst und ihr Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin auf Zahlung von Strafschadenersatz i.S.v. Art. 336a OR wäre verwirkt. Sollten aber die Arbeitsverhältnisse erst nach dem 22. März 2003 geendet haben, so hätten die Arbeitnehmer die Verwirkungsfrist von Art. 336b Abs. 2 OR eingehalten (BGE 132 III 406 E. 2.1. S. 409) und sie hätten unter Umständen erst noch Anspruch auf Lohn über den Monat Februar 2003 hinaus gehabt (den sie allerdings vor Bundesgericht nicht mehr verlangten). Die klagenden Arbeitnehmer stellten sich auf den Standpunkt, ihre jeweiligen Arbeitsverträge hätten bis zum Antritt ihrer neuen Stelle weitergegolten, weil die Arbeitgeberin die Massenentlassung dem kantonalen Arbeitsamt nicht angezeigt habe (BGE 132 III 406 E. 2.2 S. 409 f.).

Die erste Instanz gab den Klägern Recht, das Obergericht des Kantons Bern dagegen der Beklagten, das Bundesgericht seinerseits wiederum den Klägern.

Gemäss Art. 335g Abs. 4 OR endet das Arbeitsverhältnis bei einer Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung 30 Tage nach Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird. Zögert der Arbeitgeber die Anzeige hinaus, so verschiebt sich somit grundsätzlich (und unbestrittenermassen) der Kündigungstermin. *Kernpunkt der Auseinandersetzung im vorliegenden Fall war nun die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte und in der Literatur umstrittene Frage, wann das Arbeitsverhältnis endet, wenn der Arbeitgeber die Anzeige überhaupt unterlässt.*

Das Obergericht des Kantons Bern als Vorinstanz hatte sich auf den Standpunkt gestellt, bei unterbliebener Anzeige finde Art. 335g Abs. 4 OR keine Anwendung. Die missbräuchlichen Kündigungen seien gültig, und zwar auf den formellen Kündigungstermin von Ende Februar 2003 hin. Damit wäre ein Arbeitgeber, der die gesetzlich vorgeschriebene Anzeige unterlässt, bessergestellt als der Arbeitgeber, der sie bloss verzögert. *Einem solchen absurden Ergebnis erteilt das Bundesgericht zu Recht eine klare Absage*. Es folgt der in der Lehre mehrheitlich vertretenen Auffassung, wonach bei unterlassener Anzeige an das kantonale Arbeitsamt der Arbeitsvertrag über den vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungstermin hinaus weiter gilt.

Zur Begründung beruft sich das Bundesgericht auf die mit dem Erlass der Art. 335d ff. OR über die Massenentlassung verfolgte Absicht des schweizerischen Gesetzgebers, die Zielsetzung der europäischen Richtlinie 75/129 (vom 17. Februar 1975; ABl. L 48/29 [«Massenentlassungsrichtlinie 1975»]) im Landesrecht (wie gewohnt «autonom») zu verwirklichen. *Diese Richtlinie verlange unter anderem, dass die im innerstaatlichen Recht vorzusehenden Sanktionen bei Verletzung der Informations-, Konsultations- und Anzeigepflichten wirksam sein müssten*. Die vom Gesetzgeber bezweckte Angleichung des schweizerischen Rechts an die Richtlinie der Europäischen Union spreche daher dafür, dass nicht nur die Unterlassung der Konsultation der Arbeitnehmer nach Art. 336 Abs. 2 lit. c OR, sondern auch die Unterlassung der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt Rechtsfolgen nach sich ziehe. Dem Zweck von Art. 335g OR entspre-

che insofern, an die Unterlassung der Anzeige die gleiche Rechtsfolge wie bei verspäteter Anzeige zu knüpfen und die Beendigung des Arbeitsvertrages hinauszuschieben (BGE 132 III 406 E. 2.4 S. 411). Werde dem kantonalen Arbeitsamt überhaupt nicht ermöglicht, vermittelnd tätig zu werden, so solle einerseits der Arbeitgeber, der seiner Pflicht nicht nachkomme, nicht bessergestellt sein, als wenn er wegen einer verspäteten Anzeige die Arbeitsverträge erst auf einen späteren Termin beenden könne. Andererseits sollten die Arbeitnehmer, die ihrer Rechte auf eine vermittelnde Tätigkeit der Arbeitsstelle verlustig gingen, nicht zusätzlich schlechtergestellt werden, als wenn die Anzeige verspätet erfolgt wäre und sich entsprechend ihr Kündigungstermin um die 30 Tage verlängert (recte: hinausgeschoben) hätte, die dem Arbeitsamt für seine Bemühungen hätten zur Verfügung stehen müssen (BGE 132 III 406 E. 2.5 S. 411 f.).

Diese grundlegenden Ausführungen sind überzeugend. Anders entscheiden hiesse diejenigen Arbeitgeber privilegieren, welche die von Art. 335g OR vorgeschriebene Anzeige unterlassen. Da eine solche Unterlassung sanktionslos bliebe, würde für die Arbeitgeber jeglicher Anreiz fehlen, die Anzeige überhaupt – schlimmstenfalls auch noch verspätet – einzureichen. *Die hier vom Bundesgericht eingeleitete Rechtsprechung hat zur Folge, dass der säumige Arbeitgeber den Arbeitnehmern noch während einiger Zeit über die von ihm ins Auge gefassten Kündigungstermine hinaus den Lohn zu entrichten hat.* Dies dürfte einen hinreichenden Anreiz dafür schaffen, das in Art. 335g OR vorgeschriebene Verfahren bei einer Massenentlassung einzuhalten.

Zu entscheiden war dann nur noch, wie lange die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausgeschoben wird, wenn die Anzeige vollkommen unterbleibt. Ein Hinausschieben des Termins um Jahre – mit der Folge, dass die Arbeitnehmer noch jahrlange Lohnnachforderungen stellen könnten – will das Bundesgericht nicht zugestehen. Das Ende der Arbeitsverträge sei in diesem Fall vielmehr unter Rücksicht darauf festzulegen, wann allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden könnten. Diese Tätigkeit dürfte sich – so das Bundesgericht – in der Regel allerdings nicht auf die reine Vermittlung unter den Parteien des Arbeitsvertrages etwa im Blick auf den Abschluss eines Sozialplanes beschränken, sondern die rechtzeitige Anzeige an das Arbeitsamt diene auch der Unterstützung der entlas-

senen Arbeitnehmer bei der Suche einer neuen Arbeitsstelle (BGE 132 III 406 E. 2.5 S. 412). In casu hätte das Arbeitsamt (theoretisch) bis zu dem Zeitpunkt, als die Kläger ihre neuen Stellen antraten, noch tätig werden können. Mit dem Antritt der neuen Stellen hätten die Kläger sinngemäss ihr Einverständnis mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben (in diesem Sinne bereits ebenso STREIFF/VON KAENEL, Art. 335g N 9), womit sich die Arbeitsverträge bis zu diesem Zeitpunkt verlängert hätten (BGE 132 III 406 E. 2.6 S. 412).

Die Zukunft wird weisen müssen, was sich aus der hier vom Bundesgericht eingeleiteten Rechtsprechung in weniger eindeutigen Fällen ableiten lässt. Finden Arbeitnehmer nach einer Massenentlassung nicht wie hier relativ rasch neue Stellen, so wird oft nicht leicht feststellbar sein, ab welchem Zeitpunkt die Tätigkeit des Arbeitsamtes nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden kann. Längere Zeit nach Ablauf der individuellen Kündigungsfristen wird das kaum mehr möglich sein (ALFRED BLES, Jusletter vom 30. Oktober 2006, Rz. 6). Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, dass die Arbeitsverhältnisse bei verspäteter oder ganz unterbliebener Anzeige um höchstens 30 Tage verlängert werden (so aber BLES, a.a.O., Rz. 8). Das würde wiederum denjenigen Arbeitgeber privilegieren, der die Anzeige überhaupt unterlässt.

In einem weiteren wichtigen Punkt bringt das Urteil eine Klärung: *Fest steht nun, dass Kündigungen im Rahmen einer Massenentlassung grundsätzlich gültig sind, selbst wenn die Anzeige an das Arbeitsamt unterbleibt.* Dementsprechend müssen Kündigungen auch dann gültig sein, wenn sie ausgesprochen werden, *bevor* die Anzeige erfolgt (wohl eher für Ungültigkeit der Kündigung noch CR CO I-AUBERT, Art. 335g N 5, BRUNNER/BÜHLER/WÄEBER/BRUCHEZ, Art. 335g N 3, sowie ZK-STAEHELIN, Art. 335g N 2; so wie das Bundesgericht schon BRÜHWILER, Art. 335g N 3, sowie sehr klar WYLER, 359 [«Dans l'intervalle, les effets du licenciement sont suspendus, mais le licenciement n'est pas nul»], und nunmehr auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 335g N 7). Das steht in einem gewissen Widerspruch zum Wortlaut von Art. 335g Abs. 1 OR, der von der Anzeige der *beabsichtigten* (also noch nicht ausgesprochenen) Massenentlassung spricht, dürfte aber dem Willen des Gesetzgebers entsprechen (vgl. dazu die Nachweise bei STREIFF/VON KAENEL, Art. 335g N 4).

In methodologischer Hinsicht ist der Entscheid interessant, weil das Bundesgericht *einmal mehr* «autonom nachvollzogenes»

Landesrecht europarechtskonform auszulegen versucht (vgl. dazu grundlegend BGE 129 III 335 und THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., spez. 527 ff.; in der Folge dann auch BGE 130 III 182 E. 5.5.1 S. 190 sowie etwa LAURENT BIERI, AJP 2007, 708 ff., und HANS PETER WALTER, ZBJV 2007, 725 ff., spez. 731 f.). Dies ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil in casu *das Problem der Sanktion einer Normverletzung* zur Diskussion stand und das Bundesgericht offen nach einer eurokompatiblen Lösung der Sanktionenfrage sucht. Die Massenenlassungsrichtlinie 1975 selbst regelt nicht, was bei Normverstössen zu geschehen hat; aber *gemäss Rechtsprechung des EuGH* haben die Mitgliedstaaten der EU bei der Umsetzung der Richtlinie im nationalen Recht Sanktionen vorzusehen, die *wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein müssen* (Urteil des EuGH vom 8. Juni 1994, Rechtssache C-383/92, E. 40), und die I. Zivilabteilung nimmt auf diese Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich Bezug (BGE 132 III 406 E. 2.4 S. 411). *Das Bundesgericht berücksichtigt mithin bei der Auslegung autonom nachvollzogenen Rechts nicht nur den Text einer EU-Richtlinie, sondern auch die vom EuGH zu dieser Richtlinie begründete Rechtsprechung* (ähnlich wie es dies bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens schon getan hat [dazu BGE 131 III 227 E. 3.1 S. 230, m.Nw., und ANDREAS FURRER, SZIER 2006, 311 ff., spez. 331 ff.]). Damit entwickelt es die in BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 ff. eingeleitete Methode der «dynamischen Rechtsvergleichung» (WALTER, a.a.O., 732) in eindrücklicher und sachlich zutreffender Weise fort. Was das für andere Bereiche des schweizerischen Rechts bedeutet, in denen Europarecht autonom nachvollzogen worden ist (so z.B. im Verbraucherrecht und dabei ganz speziell im Pauschalreiserecht [WALTER, a.a.O., 732]), wird sich zeigen. Auf jeden Fall kann dieser höchstrichterliche Begründungsansatz als (wenn auch zurückhaltender) *Wink an den Gesetzgeber* verstanden werden, künftig bei der Umsetzung europäischen Rechts der Regelung von (wirksamen) Sanktionen für den Fall von Normverstössen mehr Beachtung zu schenken (wie er dies z.B. im Konsumkreditgesetz getan hat [siehe Art. 15 und Art. 32 KKG; dazu etwa CR CO I-FAVRE-BULLE, Art. 15 LCC N 1 ff. und Art. 32 LCC N 1 ff., m.Nw.]).

Nur nebenbei sei noch erwähnt, dass die vom Bundesgericht erwähnte Richtlinie, deren Umsetzung die Art. 335d ff. OR bezwecken, schon vor etlichen Jahren aufgehoben und durch die Richtlinie 98/59 EG vom 20. Juli 1998 ersetzt worden ist (ABl. L 225/16).

VI. Weitere amtlich publizierte Urteile

Im Band 132 sind zwei weitere Urteile des Bundesgerichts zum Arbeitsrecht veröffentlicht, die hier nur kurz erwähnt werden sollen.

a) Im BGE 132 III 242 (4C.325/2005) zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitnehmer bei der Stellenbewerbung ein gefälschtes Arbeitszeugnis eingereicht. Als der Arbeitgeber davon einige Monate nach Stellenantritt Kenntnis erhielt, focht er den Arbeitsvertrag wegen *Täuschung* i.S.v. Art. 28 Abs. 1 OR wirksam an. Zu befinden war noch über die *Rechtsfolgen dieser Willensmängelanfechtung*. Die Anfechtung führt in der Regel zur Ungültigkeit eines Vertrages ex tunc, und die Rückabwicklung erfolgt demgemäss nach den Grundsätzen der Vindikation und der Kondiktion. Bei ganz oder teilweise abgewickelten Dauerschuldverhältnissen stösst dies allerdings auf Schwierigkeiten, weshalb das Bundesgericht für solche Fälle – allerdings mit gewissen Ausnahmen – die Anfechtung wie eine (sofortige) Kündigung ex nunc wirken lassen will, wie etwa im «Klärtschlamm-Fall» (BGE 129 III 320) geschehen; im Ergebnis wird damit der bereits abgewickelte Teil des Vertrags nicht zurückabgewickelt. Im Arbeitsrecht findet sich dazu eine ausdrückliche Norm: Gemäss Art. 320 Abs. 3 OR haben bis zur Anfechtung beide Parteien ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen, *sofern der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit leistet*. Weil bei Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung nach den Regeln der Vindikation und Kondiktion schwierig ist, hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall entschieden, dass die Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers nur zu verneinen ist, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur die Kenntnis des Mangels beim Zustandekommen des Vertrages, *sondern auch das positive Wissen um die rechtliche Unverbindlichkeit des Vertrages als Rechtsfolge des Mangels nachgewiesen werden kann* (BGE 132 III 242 E. 4.2.4 S. 247 f.). Im Bereich von Art. 320 Abs. 3 OR kommt somit insoweit Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht zur Anwendung (BGE 132 III 242 E. 4.2.5 S. 248). Ob das sachgerecht ist, sei hier dahingestellt (kritisch dazu STEPHAN HARTMANN, ZBJV 2007, 277 ff., mit einlässlicher Begründung; vgl. auch HANS PETER WALTER, ZBJV 2007, 725 ff., spez. 748 f., der von einem «einigermaßen überraschenden Ergebnis» spricht, grundsätzlich aber eine differenzierte Betrachtung des Rechtsirrtums im Gutgläubenschutz befürwortet). Unbefriedigend an diesem Urteil ist auf jeden Fall die Erwägung 4.1, wo das Bundesgericht im gleichen Atemzug

von der Rückabwicklung nach den Regeln der Vindikation und der Kondiktion einerseits und von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis andererseits spricht: Beides zugleich kann – wie HARTMANN zu Recht ausführt – nicht zutreffen (HARTMANN, a.a.O., 279).

b) In BGE 132 III 753 (4C.226/2006) ging es um die *Abgrenzung zwischen einem Unterrichtsvertrag und einem Lehrvertrag*. Die Klägerin wollte sich an einer Coiffeurschule zur Coiffeuse ausbilden lassen, brach aber die Ausbildung nach rund 2¼ Jahren ab und verlangte für diese Zeit einen Lohn von Fr. 12 000.–. Da die Ausbildung im vorliegenden Fall schwergewichtig in praktischer Arbeit bestand, qualifiziert das Bundesgericht (ebenso wie die beiden Vorinstanzen) den Vertrag als Lehrvertrag. Weil dieser indessen den Formvorschriften von Art. 344a OR nicht entsprach, war er ungültig (Art. 344a Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 OR). In Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR spricht das Bundesgericht der Klägerin dennoch (gestützt auf die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses) den eingeklagten Lohn zu. In der Literatur hat dieses Urteil im Ergebnis Zustimmung gefunden, während einzelne Erwägungen auf Kritik gestossen sind (CHRISTOPH SENTI, AJP 2007, 670 ff.; kritisch z.T. auch WOLFGANG PORTMANN, ARV 2007, 79 ff., und BSK OR I-PORTMANN, Art. 344a N 5).

Die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR auf einen den Erfordernissen von Art. 344a OR nicht genügenden Lehrvertrag ist nicht unproblematisch (dafür aber die h.L.; siehe etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 344a N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 344 N 12; VISCHER, 293), auch wenn Art. 344a Abs. 1 OR die *Schriftform ausdrücklich als Gültigkeitsform* erklärt. Die Formvorschriften von Art. 344a OR bezwecken vor allem den Schutz des Lehrlings bzw. der Lehrtochter. Werden Formvorschriften verletzt, die hauptsächlich auf den Schutz der einen Vertragspartei abzielen, so ist es grundsätzlich fragwürdig, den Vertrag bei einer Verletzung dieser Vorschriften als ungültig zu betrachten (so auch PORTMANN, a.a.O., 82 f.). Denn damit wird im Grunde der Schutzzweck der Formvorschriften in das Gegenteil verkehrt. Zu Recht hat denn auch gerade am Beispiel des Lehrvertrages REHBINDER ausgeführt, es sei ein rechtspolitischer Fehlentscheid gewesen, durch die konstitutive Wirkung der Formvorschriften den Lehrling dem Risiko eines ungültigen Vertrages auszusetzen (BK-REHBINDER, Art. 344a N 1; ähnlich CR CO I-AUBERT, Art. 344a N 1). Art. 320 Abs. 3 OR vermag die Folgen der Ungültigkeit des Vertrages nicht in jeder Hinsicht befriedigend auszugleichen. Immerhin werden

die Auswirkungen der Anwendung dieser Bestimmung dadurch gemildert, *dass gemäss Lehre der Einwand des Lehrmeisters, der Lehrling sei bösgläubig gewesen, in aller Regel am Rechtsmissbrauchsverbot scheitern wird* (BK-REHBINDER, Art. 344 N 24; ZK-STAEHELIN, Art. 344 N 12; ähnlich wohl auch STREIFF/VON KAENEL, Art. 344a N 3) bzw. *dass die Voraussetzung des guten Glaubens im Rahmen eines ungültigen Lehrvertrages als nicht gerechtfertigt erscheint* (VISCHER, 293; a.M. aber BSK OR-I PORTMANN, Art. 346 N 11). Im Weiteren schränkt nunmehr auch Art. 14 Abs. 6 BBG die Auswirkungen von Art. 320 Abs. 3 OR auf formungültige Lehrverträge ein (PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 840; ähnlich VISCHER, 293, und BSK OR I-PORTMANN, Art. 344a N 7).

VII. Nachlese zu BGE 131 III 467

(4C.423/2004)

BGE 131 III 467 – von mir besprochen in ZBJV 2006, 439 ff. – hat in der Praxis, wie nicht anders zu erwarten war, bereits zu Problemen geführt. In diesem Urteil hat das Bundesgericht abweichend von seiner früheren Praxis entschieden, dass die Kündigungsfrist mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauffolgenden Tag zu laufen beginne und am entsprechenden Tag des der Dauer der Frist entsprechenden Monats ende, während sich das Arbeitsverhältnis wegen des Kündigungstermins von Art. 335c Abs. 1 OR über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus bis zum Ende des Monats verlängere. Problematisch daran ist, dass das Bundesgericht nicht ausdrücklich von einer Praxisänderung spricht, ja vermutlich gar nicht gemerkt hat, dass sein (immerhin amtlich publizierter) Entscheid von seiner früheren Rechtsprechung abweicht. In einem Urteil vom 1. September 2005 (4C.230/2005, E. 1) führt das Bundesgericht dann aber seine frühere Rechtsprechung fort, ohne auf den ca. 4½ Monate vorher ergangenen BGE 131 III 467 auch nur im Geringsten Bezug zu nehmen. Das verstärkt die Vermutung, dass es sich bei BGE 131 III 467 nicht um eine gewollte Praxisänderung, sondern um eine höchstrichterliche Panne handelt (so bereits GABRIEL AUBERT, ARV 2005, 173 ff., spez. 175, sowie THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 439 ff.; a.M. THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer Heft 3/2006, 46 ff., spez. 48).

Der Einzelrichter des Arbeitsgerichts Zürich hat in einem Entscheid vom 13. April 2006 den besagten BGE als «einmaligen Aus-

rutscher» bezeichnet und die «neue» Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht angewandt (SJZ 2006, 551; THOMAS GABATHULER/PETER NIDERÖST, plädoyer Heft 3/2007, 38 ff., spez. 40). Das Obergericht des Kantons Zürich sah darin *keine Verletzung klaren materiellen Rechts*, und zwar mit folgender Begründung: «Das Argument der Beklagten, der Entscheid der Vorinstanz gefährde die Rechtssicherheit, mag wohl nachvollziehbar sein. Dennoch ist zweifelhaft, ob es dann der Rechtssicherheit tatsächlich zuträglicher gewesen wäre, wenn der Einzelrichter anders entschieden hätte. *Wohl kaum, denn die Kritik ist bereits beim Bundesgericht anzusetzen, das – wie das vorliegende Verfahren zeigt – durch seine Vorgehensweise bereits zu einer gewissen Irritation beigetragen hat.* Immerhin ist das oberste Gericht dazu berufen, für einheitliche Anwendung der Rechtssätze zu sorgen (...)» (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2006 E. 4, SJZ 2006, 550 ff., spez. 552 [Hervorhebung von mir]). Dieses Beispiel zeigt mit aller Deutlichkeit, welche ungünstigen Auswirkungen ein unklares bzw. unreflektiertes Bundesgerichtsurteil haben kann, vor allem wenn ihm durch die amtliche Publikation auch noch höhere Weihen verliehen werden.