

## Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 Veröffentlicht in Band 135

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER<sup>1,2</sup>

### Übersicht

- I. Kündigungsschutz bei Schwangerschaft; Frage nach Kündigungsschutz bei unterlassener Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB) BGE 135 III 349
- II. Ungerechtfertigte fristlose Entlassung; keine weitergehende Entschädigung wegen Persönlichkeits- und Vertragsverletzung (Art. 49, Art. 97, Art. 328, Art. 336a Abs. 2, Art. 337c Abs. 1 und 3 OR) BGE 135 III 405
- III. Zivilrechtlicher Anspruch aus einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung: Lohnforderungen einer ausländischen Teilzeitbeschäftigten mit Anspruch auf Vollbeschäftigung (Art. 342 Abs. 2 OR) BGE 135 III 162
- IV. Personalverleih; keine Pflicht des Arbeitgebers zur Ermöglichung des Übertritts seiner Arbeitnehmer aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung in die Einzelversicherung, wenn der GAV des Einsatzbetriebes dies vorschreibt (Art. 20 Abs. 1 AVG; Art. 324a OR) BGE 135 III 640
- V. Weitere amtlich publizierte Entscheide mit Bezug zum Arbeitsvertragsrecht

1 Das Manuskript wurde am 1. 2. 2011 abgeschlossen. Ich danke meinem Assistenten Daniel Elia Spycher, MLaw, für die Vorbereitungsarbeiten sowie für die kritische Durchsicht des Textes.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen zitiert (BK = Berner Kommentar; ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire Romand). Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zürich/Basel/Genf 2009; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

### I. Kündigungsschutz bei Schwangerschaft; Frage nach Kündigungsschutz bei unterlassener Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber

(Art. 336c Abs. 1 lit. c OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB)  
BGE 135 III 349 (4A\_552/2008) = Pra 2009 Nr. 134 S. 915 ff.

Die Serviceangestellte X. schloss am 10. September 2005 mit der Y. SA einen Arbeitsvertrag mit einmonatiger Kündigungsfrist. Der Restaurantbetrieb V., in welchem X. tätig war, wurde am 1. Januar 2006 von A. übernommen. Die Übernahme des Arbeitsverhältnisses wurde von X. nicht abgelehnt. Der *neue Arbeitgeber* stellte am 15. Januar 2006 per 1. März 2006 B. mit der Absicht ein, X. zu ersetzen. Am 24. Januar kündigte die *bisherige Arbeitgeberin* das Arbeitsverhältnis mit X. per 28. Februar 2006. Zur Begründung wurde zunächst der Betriebsübergang («la remise de l'exploitation du café»), später die «Geschäftsaufgabe aus wirtschaftlichen Gründen» («l'activité commerciale prenant fin pour des raisons économiques») geltend gemacht.

Mithilfe der Gewerkschaft UNiA bestritt X. am 28. März 2006 die Gültigkeit der Kündigung, da sie zum Kündigungszeitpunkt bereits schwanger war. Vonseiten der ehemaligen Arbeitgeberin wurde eingewendet, dass sie nie über die Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt worden sei, und darüber hinaus betrachtete diese die Unterlassung der Mitteilung als schweres Verschulden, welches eine fristlose Entlassung rechtfertige. Am 28. Juni 2006 erhob die Arbeitnehmerin beim zuständigen Gericht Klage gegen die Y. SA und verlangte unter anderem den Lohn für die Periode März bis Juni 2006. X. erklärte dabei, seit dem 10. Mai 2006 arbeitsunfähig zu sein. Das Gericht wies die Begehren von X. mit Urteil vom 16. Mai 2008 ab, weil es die verspätete Mitteilung der Schwangerschaft vom 28. März 2006 als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erachtete. Durch das Verschweigen habe die Arbeitnehmerin die Kündigung stillschweigend akzeptiert, weshalb die Kündigung rechtsgültig sei. Dieser Entscheid wurde in zweiter Instanz vom Kantonsgericht Waadt bestätigt. Vor Bundesgericht forderte X. die vor erster Instanz geltend gemachte Lohnsumme von Fr. 19 313.15. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut (vgl. hierzu einlässlich PHILIPP GREMPER, *AJP* 2009, 1186 ff., sowie die Kurzbesprechungen bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, *plädoyer* 3/10, 39 ff., 40, THOMAS GEISER/BENEDIKT

HÄFLIGER, SJZ 2010, 344 ff., 346 f., und RÉMY WYLER, JdT 2010 I 96 ff., 99).

Zur Begründung führte es im Wesentlichen Folgendes aus: Die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR entfalte ihre Wirkung während der Schwangerschaft und 16 Wochen darüber hinaus. Gemäss Gesetzestext sei der Kündigungsschutz nicht davon abhängig, ob die Arbeitgeberin über die Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt worden sei. Ebenso wenig verlange das Gesetz, dass die Beanspruchung dieses Schutzes (im Gegensatz etwa zur Rechtslage in Frankreich und Deutschland) innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen habe. Diese Frage sei zwar im Parlament diskutiert, die Aufnahme einer Frist ins Gesetz jedoch abgelehnt worden. Das Bundesgericht wies in diesem Zusammenhang ferner auf die herrschende (aber nicht einhellige) Lehre hin, die eine solche Frist zur Mitteilung ebenfalls ablehnt (vgl. BGE 135 III 349 E. 2.3 S. 353 ff. mit den dortigen Verweisen).

Zur Frage, ob das Verhalten von X. das *Rechtsmissbrauchsverbot* von Art. 2 Abs. 2 ZGB verletzt habe, bemerkte das Bundesgericht, dass der Arbeitnehmerschutz die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens einer Arbeitnehmerin *nur in seltenen Ausnahmesituationen* erlaube. Diese Frage sei stets im Einzelfall zu beurteilen, weshalb ein längeres Zuwarten mit der Mitteilung der Schwangerschaft nicht schon automatisch als rechtsmissbräuchlich erscheine. Vorliegend sei ein Rechtsmissbrauch der Arbeitnehmerin zu verneinen, da diese bereits vor der Kündigung durch eine andere Person ersetzt worden sei und ihr somit nicht der Vorwurf gemacht werden könne, den (neuen) Arbeitgeber durch Zuwarten mit der Mitteilung daran gehindert zu haben, ihre Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen. Der (neue) Arbeitgeber habe selber verhindert, dass die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis weiterführen konnte. Zudem sei anzunehmen, dass die Arbeitnehmerin, die sich erst später von der Gewerkschaft UNiA beraten liess, ursprünglich von der Nichtigkeit der Kündigung keine Kenntnis gehabt habe (BGE 135 III 349 E. 3 S. 355 f.). Grundsätzlich hafte daher die alte Arbeitgeberin gestützt auf Art. 333 Abs. 3 OR für die geltend gemachten Lohnansprüche (BGE 135 III E. 4.1 S. 356 f.).

Die Nichtigkeit der Kündigung habe vorliegend zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit all seinen gegenseitigen Rechten und Pflichten weiter bestanden habe. Ein Lohn sei daher gemäss Art. 82 i. V. m.

Art. 102 OR nur dann nicht geschuldet, wenn die Arbeitnehmerin mit ihrer Arbeitsleistung in Verzug geraten sei. Ob dies vorliegend der Fall gewesen sei, sei von der Vorinstanz zu klären, indem sie zu prüfen habe, ob die (neue) Arbeitgeberin die Arbeitsleistung – hypothetisch – angenommen hätte, wenn sie von der Schwangerschaft von X. (und somit auch von der Nichtigkeit der Kündigung) Kenntnis gehabt hätte (BGE 135 III 349 E. 4.2 S. 357 f.).

Dieses Bundesgerichtsurteil ist in einem zentralen Punkt völlig unverständlich. In casu lag – wie das Bundesgericht zu Recht ausführte – offenkundig ein Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR vor. Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten *mit dem Tage der Betriebsnachfolge* auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Es handelt sich hier um einen *Vertragsübergang ex lege* (vgl. statt aller etwa VISCHER, 217). Dabei verliert der bisherige Arbeitgeber seine Stellung als Vertragspartner. *Daher ist er nach Betriebsübergang nicht mehr zur Kündigung legitimiert*. Unter dem Gesichtspunkt der Aktivlegitimation könnte er nur noch als Vertreter des neuen Arbeitgebers eine Kündigung aussprechen. Dazu müsste er vom Betriebsnachfolger zur Kündigung ermächtigt worden sein (zur Problematik der nachträglichen Genehmigung einer ohne hinreichende Vollmacht ausgesprochenen Kündigung vgl. etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 335 N 8, sowie BSK OR I-PORTMANN, Art. 335 N 12). *Zudem müsste er ausdrücklich in dessen Namen (und nicht in eigenem Namen) handeln* (vgl. zum Erfordernis des Handelns in fremdem Namen bei der Stellvertretung allgemein BGE 120 II 197 sowie statt aller BSK OR I-WATTER/SCHNELLER, Art. 32 N 16); *Art. 32 Abs. 2 OR (Gleichgültigkeit des Dritten) kann bei der Ausübung von Gestaltungsrechten, weil diese bedingungsfeindlich sind, keine Anwendung finden* (in diesem Sinne BK-ZÄCH, Art. 32 N 126). Im vorliegenden Fall hatte die frühere Arbeitgeberin in eigenem Namen das Arbeitsverhältnis aufgelöst, und zwar mit der Begründung «Betriebsübergang» bzw. «Geschäftsaufgabe». Damit handelte sie offenkundig nicht als Stellvertreterin des Übernehmers. *Da dies nach Betriebsübergang geschah, hätte die Kündigung schlicht aus diesem Grund als unwirksam qualifiziert werden müssen*. Warum das Bundesgericht nicht in diesem Sinne entschied, ist unerfindlich. Der Umstand, dass der Betriebsübernehmer A. einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der alten Arbeitgeberin ist und diese bei der

Kündigung sowie im Prozess vertrat (BGE 135 III 349 E. 4.2 S. 358), mag die UNiA als Vertreterin der Arbeitnehmerin und die Vorinstanzen diesbezüglich verwirrt haben (gl. M. wohl auch, jedenfalls ansatzweise, GREMPER, a. a. O., 1190). Vom Bundesgericht aber hätte man diese einfache Klarstellung erwarten dürfen.

Immerhin fand das Bundesgericht auf diese Weise die Möglichkeit, *einen grundlegenden Entscheid über die Tragweite des Kündigungsschutzes bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin* zu fällen (ähnlich WYLER, JdT 2010 I 99). Und den entsprechenden Ausführungen kann nur beigespflichtet werden: Art. 336c Abs. 1 lit. c OR sieht *nicht* vor, dass der Kündigungsschutz nur besteht, wenn die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber binnen kurzer Frist über die Schwangerschaft orientiert. Die Annahme einer Mitteilungsobliegenheit binnen einer solchen Frist (wie lange auch immer diese zu bemessen wäre) würde im Gegenteil dem gesetzgeberischen Willen klar widersprechen (vgl. BGE 135 III 349 E. 2.1 S. 352). Zudem deckt sich die Meinung des Bundesgerichts mit der herrschenden Lehre, welche der schwangeren Arbeitnehmerin das Recht einräumt, ihre Schwangerschaft gegenüber dem Arbeitgeber zu verschweigen (vgl. zur herrschenden Lehre BGE 135 III 349 E. 2.3 S. 353 ff. mit den dortigen Verweisen). Es wäre ferner auch aus dogmatischer Sicht problematisch, die Nichtigkeit einer Kündigung davon abhängig zu machen, dass sie innert einer bestimmten Frist geltend gemacht wird. Die Kündigung wäre dann nicht nichtig, sondern bloss *anfechtbar* (GREMPER, a. a. O., 1188). Das sieht aber das Gesetz im Arbeitsrecht, anders als im Mietrecht (Art. 271 f. OR), gerade nicht vor. Wie GREMPER sodann zutreffend festhält, handelt es sich bei Art. 336c OR um eine (relativ) zwingende Bestimmung (vgl. Art. 362 OR). *Ein einseitiger Verzicht der Arbeitnehmerin auf den Kündigungsschutz ist nicht statthaft* (Art. 341 OR). Auf einen solchen unzulässigen Verzicht liefe es aber hinaus, wenn die Arbeitnehmerin bei nicht rechtzeitiger Mitteilung der Schwangerschaft ihren Schutzanspruch verlieren würde (a. M. WYLER, Droit du travail, 572).

Dem Bundesgericht ist ferner darin zuzustimmen, dass im Verhalten der Arbeitnehmerin nicht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu erblicken ist. Rechtsmissbrauch dürfte in casu schon deshalb nicht vorgelegen haben, weil die Arbeitnehmerin ihre Rechte bis zur Beratung durch die UNiA nicht gekannt zu haben scheint. Ausserdem kann nicht nachdrücklich genug betont werden, *dass generell ein*

*Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden darf* (grundlegend dazu BGE 129 III 493 E. 5 S. 497 ff.). Die zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechts würden weitgehend leer laufen, wenn dem Arbeitnehmer, der sich auf eine solche Norm beruft, leichthin Rechtsmissbrauch vorgehalten werden könnte (THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 519 f.). Nur in einem Extremfall, etwa wenn sich eine Arbeitnehmerin erst mehrere Monate nach dem vermeintlichen Vertragsende auf den Kündigungsschutz beruft, mag allenfalls ein Rechtsmissbrauch vorliegen (WYLER, JdT 2010 I 99).

Im Übrigen zeigt gerade der vorliegende Fall eindrücklich, dass der Arbeitgeber den Schutz des Rechtsmissbrauchsverbots kaum benötigt, jedenfalls soweit er für Lohnnachzahlungen für die Vergangenheit belangt wird. Akzeptiert die Arbeitnehmerin (allenfalls in Unkenntnis der Rechtslage) faktisch die Kündigung und bietet sie daher dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft nicht an, so verliert sie in der Regel wegen Schuldnerverzugs ihren Lohnanspruch. Für den Arbeitgeber relevant wird die Frage des Rechtsmissbrauchs praktisch erst, wenn die Arbeitnehmerin sich auf den Kündigungsschutz beruft und ihre Arbeitskraft wieder anbietet. Dann kann für ihn die Situation ungemütlich werden, wenn er die Stelle im Vertrauen auf die Gültigkeit der Kündigung bereits wieder besetzt hat. In casu verhielt es sich indessen anders, hatte doch der neue Betriebsinhaber die neue Serviceangestellte eingestellt, bevor die frühere Betriebsinhaberin die Kündigung aussprach.

Aufgrund dieser Sachlage musste das Bundesgericht – bedauerlicherweise – zu einer weiteren interessanten Frage nicht Stellung nehmen. *Der alte Arbeitgeber hatte die Kündigung ausdrücklich mit dem Betriebsübergang bzw. (fälschlicherweise!) mit der Betriebsaufgabe begründet*. Ob eine solche Kündigung grundsätzlich zulässig und allenfalls bloss im Einzelfall missbräuchlich (Art. 336 ff. OR) oder ob sie stattdessen nichtig ist, ist in der Lehre umstritten (für Nichtigkeit etwa CR CO I-AUBERT, Art. 333 N 5 f.; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 333 N 5; CARRUZZO, Art. 333 N 20; für Nichtigkeit nur im Falle der Gesetzesumgehung STREIFF/VON KAENEL, Art. 333 N 10; für grundsätzliche Gültigkeit WYLER, Droit du travail, 417; ZK-STAEHELIN Art. 333 N 12). Diese Frage hatte es bis zu jenem Zeitpunkt nicht entschieden. *Wenn der zwingende Charakter von Art. 333 OR ernst genommen wird, müsste an sich*

eine entsprechende Kündigung auf jeden Fall als nichtig qualifiziert werden (THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 318 ff., 338). In einem späteren Urteil hat nun allerdings das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass eine Kündigung nur gegen Art. 333 Abs. 1 OR verstosse, wenn sie ausschliesslich bezwecke, den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, nicht aber wenn sie durch wirtschaftliche Gründe (z.B. wegen einer Reorganisation des zu übertragenden Betriebes) gerechtfertigt sei (BGE 136 III 552, in der ZBJV später zu besprechen).

Im vorliegenden Fall wäre die Kündigung wohl auch unwirksam gewesen, weil der Übergang des Arbeitsverhältnisses verhindert werden sollte. Aber selbst dann hätte die Arbeitnehmerin nur einen Lohnanspruch, wenn sie entweder ihre Arbeitskraft dem neuen Arbeitgeber angeboten hätte oder wenn sie nachweisen würde, dass dieser so oder anders auf die Arbeitskraft verzichtet hätte (CARRUZZO, Art. 333 N 20). Dogmatisch mag dies folgerichtig sein. Aus der Distanz betrachtet wirkt damit der Fall aber bizarr: Die fragliche Kündigung ist aus drei verschiedenen Gründen (sic!) mangelhaft, und dennoch riskiert die Arbeitnehmerin, die wohl aus Unkenntnis über die Rechtslage ihre Arbeitskraft dem Betriebsübernehmer nicht angeboten hat, ihren Lohnanspruch zu verlieren. Ein solches Ergebnis käme einer Prämierung des solidarisch haftenden alten Arbeitgebers gleich, der immerhin zwei der drei Nichtigkeitsgründe selber verschuldet hat.

**II. Ungerechtfertigte fristlose Entlassung; keine weitergehende Entschädigung wegen Persönlichkeits- und Vertragsverletzung (Art. 49, Art. 97, Art. 328, Art. 336a Abs. 2, Art. 337c Abs. 1 und 3 OR)**  
*BGE 135 III 405 (4A\_590/2008) = Pra 2010 Nr. 8 S. 48 ff.*

Der Bankangestellte X. (im Rang eines stellvertretenden Direktors) wurde am 11. Februar 2002 von der Bank Y. fristlos entlassen, und zwar mit dem Vorwurf, er habe Banktransaktionen auf zwei Kundenkonti nicht hinreichend geprüft. Im darauf folgenden Gerichtsverfahren betrachteten die beiden kantonalen Instanzen sowie das Bundesgericht die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt und verpflichteten Y. zu Schadenersatz für entgangenen Lohn nach

Art. 337c Abs. 1 OR sowie zu einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR (vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.208/2004 vom 24. August 2004).

Am 3. Dezember 2004 reichte X. erneut Klage gegen seine ehemalige Arbeitgeberin ein und verlangte von ihr *zusätzlich Schadenersatz* in der Höhe von Fr. 843 815.–. Als Begründung machte er eine Persönlichkeitsverletzung geltend, welche durch ein unwahres Arbeitszeugnis und durch die Tatsache, dass Y. mehrere Dritte über die Gründe der fristlosen Entlassung informiert habe, entstanden sei. *Das Vorgehen der Arbeitgeberin habe es ihm verunmöglicht, zwischen dem 30. Juni 2003 und dem 30. April 2006 eine neue Stelle zu finden.* In erster Instanz wurde die Klage teilweise gutgeheissen und Y. zu einer Zahlung von Fr. 489 005.85 verpflichtet. Die zweite kantonale Instanz hob dieses Urteil auf und wies sämtliche Forderungen von X. ab. Die von X. erhobene Beschwerde in Zivilsachen blieb erfolglos (vgl. die Kurzbesprechungen von THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 42, und THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2010, 344 ff., 345 f.).

Zur Begründung führte das Bundesgericht im Wesentlichen (unter Berufung auf BGE 123 III 391) Folgendes aus: Bei der Entschädigung nach Art. 336a OR im Falle einer missbräuchlichen Kündigung handle es sich um einen *Anspruch sui generis*. Sie habe einen doppelten Zweck, nämlich *Strafffunktion* und *Ersatzfunktion*. Die missbräuchliche Kündigung begründe für sich genommen («en lui-même») keinen weiteren Anspruch auf Schadenersatz. Der Vorbehalt von Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR betreffe nicht Schadenersatzansprüche gestützt auf eine andere Norm (z.B. Art. 97 OR), sondern solche, die *einen andern Grund als die missbräuchliche Kündigung* hätten, wie z.B. falsche Auskünfte gegenüber Dritten (BGE 135 III 405 E. 3.1 S. 407 f.). Zwischen den finanziellen Folgen einer missbräuchlichen Kündigung und denjenigen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung könne eine Parallele gezogen werden. Ebenso wie eine missbräuchliche Kündigung beinhalte auch eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung eine Persönlichkeitsverletzung. *Die daraus resultierenden Ansprüche seien in Art. 337c Abs. 1 und 3 OR geregelt, und zwar abschliessend.* Wenn ein Arbeitnehmer einen zusätzlichen Schaden geltend mache, wie z.B. entgangenes Erwerbseinkommen nach dem ordentlichen Vertragsablauf, so habe er daher entweder eine Persönlichkeitsverletzung darzulegen, welche über das

hinausgehe, was schon einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung inhärent sei, oder die Verletzung einer andern, nicht aus Art. 328 OR folgenden Vertragspflicht durch den Arbeitgeber. So habe etwa der Arbeitgeber (zusätzlichen) Schadenersatz zu leisten, wenn er über den entlassenen Arbeitnehmer falsche oder ehrenrührige Auskünfte erteilt und auf diese Weise einen andern Arbeitgeber davon abgehalten habe, die betreffende Person anzustellen. Dasselbe gelte, wenn sich der Arbeitgeber willkürlich weigere, interessierten Personen Referenzen über den Arbeitnehmer zu erteilen (BGE 135 III 405 E. 3.2 S. 409).

In casu verneinte das Bundesgericht weitergehende Schadenersatzansprüche wegen Lohneinbussen nach dem ordentlichen Vertragsablauf. Das Bundesgericht erblickte in der im Anschluss an das erste Verfahren ausgestellten Arbeitsbestätigung keine Verletzung von vertraglichen Pflichten, welche weitergehende Ersatzansprüche rechtfertigen würden. Ebenso sei es nicht erwiesen, dass die Bank Y. Dritten auf rechtswidrige Weise die Gründe der fristlosen Entlassung mitgeteilt habe. Zwar hätten in Genfer Bankenkreisen Gerüchte über die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers zirkuliert; es sei aber nicht erwiesen, dass die Bank Y. die Urheberin dieser Gerüchte sei (siehe dazu einlässlich die vollständige E. 3.3 des Urteils, die in der amtlichen Publikation nur zusammengefasst wiedergegeben wird; kritisch zu einem dieser Punkte THOMAS GEISER, AJP 2010, 120 ff., 124).

Mit dem hier besprochenen Urteil stellt das Bundesgericht klar, dass für die missbräuchliche Kündigung und die ungerechtfertigte fristlose Entlassung hinsichtlich der finanziellen Folgen dieselben Grundsätze gelten (so auch WOLFGANG PORTMANN, ARVonline 2010 n. 377). Ob diese Grundsätze für die missbräuchliche Kündigung sachgerecht sind, ist allerdings fraglich. Bis zur Änderung seiner Rechtsprechung im Jahre 1997 (BGE 123 III 391) betrachtete es das Bundesgericht als zulässig, einem Arbeitnehmer (zusätzlich zur Entschädigung nach Art. 336a OR) Ersatz für einen Schaden zuzusprechen, der diesem durch die missbräuchliche Kündigung erwachsen ist (BGE 119 II 157 E. 2b S. 160 f.). Die seinerzeitige Änderung der Rechtsprechung dürfte in Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen stehen: Aus den Materialien ist klar ersichtlich, dass der Gesetzgeber keine (zusätzlichen) Ersatzansprüche zulassen wollte, die auf einer missbräuchlichen Kündigung beruhen (vgl. WOLFGANG PORT-

MANN, ArbR 2008, 15 ff., 17 f., m. Nw.; siehe ferner die Nachweise in BGE 123 III 391 E. 3b bb S. 392 f.). In der Lehre stiess die neue Rechtsprechung indessen teilweise auf berechtigte Kritik. So wurde eingewendet, dass eine «Pauschalisierung» des Schadens auf höchstens sechs Monatslöhne nach Art. 336a Abs. 3 OR zu unbefriedigenden Situationen in der Praxis führen kann. Ferner könne dadurch der in Lehre und Rechtsprechung anerkannte pönale Charakter dieser Norm verloren gehen (VISCHER, 246; PORTMANN, ArbR 2008, 18; ähnlich BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 336a N 4). *Letztlich kann auf diese Weise der treuwidrig kündigende Arbeitgeber in problematischer Weise begünstigt werden.* In der Praxis könnte diesem Mangel zwar dadurch Rechnung getragen werden, dass die Vertragsparteien eine Konventionalstrafe vereinbaren, welche über den gesetzlichen Anspruch hinausgeht. Eine solche Regelung, die den Arbeitnehmer besser stellen würde, wäre im Hinblick auf Art. 362 OR durchaus zulässig. Besonders realistisch ist dieser Ausweg allerdings nicht, befinden sich doch die wenigsten Arbeitnehmer bei Vertragsschluss in der Verhandlungsposition, eine solche Vereinbarung mit ihrem Arbeitgeber zu erwirken (vgl. PORTMANN, ARVonline 2010 n. 377).

*Auch bei der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ist es höchst fraglich, ob es sachgerecht ist, die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen als abschliessend zu betrachten* (a. M. offenbar GEISER, a. a. O., 123, der die Ausführungen des Bundesgerichts als überzeugend erachtet). Diese Auffassung hat zwar den Gesetzeswortlaut für sich. Gemäss Art. 337c Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. E contrario sind über diesen Endtermin hinausgehende Lohnausfälle nach dieser Bestimmung nicht zu ersetzen; *der zu leistende Lohnersatz ist auf die Zeit bis zur hypothetischen ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses begrenzt* (PORTMANN, ARVonline 2010 n. 377; BSK OR I-PORTMANN, Art. 337c N 4; ähnlich STREIFF/VON KAENEL, Art. 337c N 4). Ersatzfähig sind zudem unbestrittenermassen auch Verluste, die bei einer ordentlichen Kündigung nicht entstanden wären, wie z. B. entgangene Abgangsentschädigungen, Gratifikationen etc. (PORTMANN, a. a. O.; WYLER, Droit du travail, 513 f.; BRÜHWILER, Art. 337c N 3b; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 337c N 2; ZK-

STAEHELIN, Art. 337c N 8). Weitere Einbussen, *insbesondere solche, die der Arbeitnehmer auch bei einer ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erleiden würde*, sind gestützt auf diese Bestimmung gemäss Lehre nicht zu ersetzen (PORTMANN, a. a. O.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337c N 4). Gerade der hier besprochene Fall zeigt nun aber mit aller Deutlichkeit, wie problematisch diese Auffassung ist. Der Betroffene findet oft während längerer Zeit keine neue Stelle, weil ihm durch die fristlose Entlassung gleichsam ein Makel anhängt. Dieser Makel wird, wenn überhaupt, frühestens mit der rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung, dass die fristlose Aufhebung des Arbeitsvertrages ungerechtfertigt war, beseitigt (und das kann bekanntlich Jahre dauern). *Faktisch wird somit die ungerechtfertigte fristlose Entlassung vielfach zu einem Schaden führen, der wesentlich höher ist als die entgangenen Ansprüche bis zur hypothetischen ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses*. Dass ein solcher Schaden grundsätzlich nicht ersatzfähig sein soll, ist fragwürdig. Zugegeben: Die gegenteilige Auffassung könnte zu vielen heiklen Prozessen führen. Denn oft dürfte die Beweisführung über die Frage, ob der Arbeitnehmer als Folge der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung oder aus andern Gründen während längerer Zeit keine neue Stelle gefunden hat, ausserordentlich schwierig sein. Diesem Problem könnte jedoch mit Beweiserleichterungen, natürlichen Vermutungen usw. zumindest teilweise begegnet werden.

Losgelöst von allen dogmatischen Erwägungen erweckt der vorliegende Fall auch sonst einen zwiespältigen Eindruck. Der Beschwerdeführer war seinerzeit von der Bank Y. zusammen mit vier weiteren Personen von einer anderen Bank abgeworben worden, um neue Privatkundschaft zu akquirieren. Die neue Arbeitgeberin hatte sich mit der Anwerbung dieser Arbeitnehmer offenbar den Gewinn eines eigentlichen «dream team» erhofft (vgl. dazu E. 2.2. in fine des Bundesgerichtsurteils 4C.208/2004 vom 24. August 2004). Die spätere ungerechtfertigte fristlose Entlassung des Beschwerdeführers schien dann einen einfachen Grund gehabt zu haben: Der neue stellvertretende Direktor kostete viel, erfüllte aber offenbar die in ihn gesetzten Erwartungen (hinsichtlich der Akquisition von Privatkunden) nicht, weshalb ihn die Bank rund eineinhalb Jahre vor dem ordentlichen Ablauf des Arbeitsvertrages loswerden wollte (E. 3.2 in fine des Urteils 4C.208/2004 vom 24. August 2004). Die ihm vorgeworfenen Unregelmässigkeiten waren somit nur ein Vorwand. Das

ihm nach Art. 337c OR Zustehende hat er seinerzeit erhalten (so unter anderem eine Entschädigung von vier Monatslöhnen gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR, d. h. Fr. 80 000.–), aber anschliessend blieb er – mit grösster Wahrscheinlichkeit wegen der Gerüchte, die über ihn im Umlauf waren – für Jahre arbeitslos. Und dieser Verlust bleibt nun – *weil er den diabolischen Beweis nicht erbringen konnte, dass Y. die Urheberin der Gerüchte war* – an ihm hängen. Das Ganze erinnert an Faust (wer sich mit dem Teufel einlässt...) und weckt Assoziationen an den «Sündenbock-Fall», der ebenfalls einen Genfer Bankdirektor betraf (BGE 131 III 535; dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 442 ff.). Ein Ruhmesblatt für den Finanzplatz Schweiz (oder zumindest für den Finanzplatz Genf) sind solche Fälle mit Sicherheit nicht.

### III. Zivilrechtlicher Anspruch aus einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung: Lohnforderungen einer ausländischen Teilzeitbeschäftigten mit Anspruch auf Vollbeschäftigung (Art. 342 Abs. 2 OR)

BGE 135 III 162 (4A\_319/2008) = Pra 2009 Nr. 101 S. 677 ff.

Die philippinische Staatsangehörige Y. reiste im Jahr 2000 auf Veranlassung eines Diplomaten einer ständigen Vertretung in Genf in die Schweiz ein, um für ihn als private Hausangestellte tätig zu sein. Als der Diplomat die Schweiz 2001 verliess, wurde Y. auf dessen Empfehlung von einem andern Diplomaten angestellt, und als dieser seinerseits aus der Schweiz wegzog, ab 1. Juni 2003 von Diplomatin X. Für alle diese Anstellungsverhältnisse waren *die Richtlinien des EDA betreffend die Anstellungsbedingungen für private Hausangestellte von internationalen Beamten vom 1. Mai 1998* (in Kraft bis am 30. April 2006) anwendbar. Diese sahen unter anderem vor, dass Hausangestellte ihren Dienst *lediglich für einen Arbeitgeber leisten dürfen und dabei Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung haben*. Vor Stellenantritt hatten der Arbeitgeber gegenüber der schweizerischen Vertretung eine entsprechende schriftliche Garantieerklärung und die Arbeitnehmerin eine entsprechende unterschriebene Erklärung abzugeben. Diesen formellen Erfordernissen kamen X. und Y. nach.

In Wirklichkeit hatte indessen Arbeitgeberin X. der Hausangestellten Y. erklärt, dass sie ihr *keine Vollzeitbeschäftigung* anbieten könne. Zudem ermunterte X. die Y., einen weiteren Arbeitgeber zu suchen. Die Parteien schlossen einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der unter anderem *eine wöchentliche Arbeitszeit von neun Stunden* vorsah. Effektiv wurde X. jedoch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 26. Juli 2004 *bloss während drei Stunden pro Woche* beschäftigt. Daneben war Y. (notgedrungen!) noch für einen weiteren Arbeitgeber tätig.

Mit Klage vom 4. Dezember 2006 verlangte Y. von X. zur Hauptsache die Differenz zwischen dem erhaltenen Lohn und dem Lohn, der einer vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmerin gemäss Genfer Normalarbeitsvertrag («*contrat-type de travail*») für Hausangestellte zugestanden hätte. Vor der zweiten kantonalen Instanz drang sie mit diesem Anliegen gemäss Urteil vom 27. Mai 2008 im Wesentlichen durch (vgl. zu den Einzelheiten der Lohnberechnung, die vorliegend nicht von Interesse sind, lit. B der Sachverhaltsdarlegung im hier diskutierten Bundesgerichtsentscheid). Gegen dieses Urteil erhob Arbeitgeberin X. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht, blieb damit aber erfolglos (siehe dazu auch die Kurzbesprechung bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2010, 344 ff., 347 f., sowie einlässlich PHILIPPE EHRENSTRÖM, *Diplomates et personnel domestique en droit du travail suisse*, Jusletter vom 13. Juli 2009, und WERNER GLOOR, *Conditions de travail du personnel privé des diplomates en Suisse*, ARV 2009, 209 ff.).

Das Bundesgericht beschäftigte sich primär mit der Frage, ob die Arbeitnehmerin lediglich Lohnansprüche für die effektiv geleisteten drei Arbeitsstunden pro Woche geltend machen könne oder ob sie *gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR* (zivilrechtlich) berechtigt sei, von ihrer Arbeitgeberin den Lohn für eine Vollzeitbeschäftigung zu fordern, weil das öffentliche Recht eine Verpflichtung zur Vollbeschäftigung vorsieht (BGE 135 III 162 E. 3.2 S. 165 ff.). Zunächst rief es die sozialpolitischen Ziele der EDA-Richtlinien in Erinnerung: *Das Erfordernis der Vollzeitbeschäftigung wolle den Hausangestellten ein hinreichendes Einkommen für eine angemessene Existenz sichern. Damit sollen nicht bloss die ausländischen Hausangestellten geschützt, sondern es soll auch Schwarzarbeit verhindert werden, die zu einem für schweizerische Arbeitnehmer nachteiligen Lohndumping führen könne.* Dieser doppelte Zweck,

mit dem die Wahrung des sozialen Friedens angestrebt werde, entspreche dem von Art. 9 Abs. 1 der bis Ende 2007 geltenden Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO) angestrebten Ziel. Diese Bestimmung hatte das Bundesgericht früher als öffentlichrechtliche Verpflichtung im Sinne von Art. 342 Abs. 2 OR qualifiziert (wegleitend BGE 122 III 110 und dazu einlässlich THOMAS KOLLER, AJP 1997, 94 ff.; bestätigt in BGE 129 III 618 E. 5.1 S. 621 f.). Mit der gegenüber den schweizerischen Behörden gestützt auf die EDA-Richtlinien abgegebenen Garantieerklärung habe die Diplomatin eine vergleichbare öffentlichrechtliche Verpflichtung übernommen. Dementsprechend stehe auch im vorliegenden Fall der Hausangestellten ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung dieser öffentlichrechtlichen Verpflichtung zu.

Im Weiteren befasste sich das Bundesgericht mit dem von Arbeitgeberin X. erhobenen *Rechtsmissbrauchseinwand* (BGE 135 III 162 E. 3.3 S. 169 f.). Ein Rechtsmissbrauch könne unter anderem in einem *widersprüchlichen Verhalten* liegen. Ein solches sei indessen *nur unter besonderen Umständen anzunehmen, wenn jemand zuerst einen Vertrag eingehe und anschliessend dessen Ungültigkeit unter Berufung auf zwingende Rechtsnormen geltend mache.* Dies gelte insbesondere im Arbeitsrecht, weil ansonsten der mit dem zwingenden Recht bezweckte Schutz des Arbeitnehmers illusorisch würde (so bereits BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 519 f.). Obwohl Y. mit einer Beschäftigung von drei Wochenstunden einverstanden gewesen war, erblickte das Gericht keinen Rechtsmissbrauch im Verhalten der Arbeitnehmerin, zumal sich die Arbeitgeberin ihrerseits inkonsequent verhalten und die Behörden getäuscht habe.

Damit hatte die Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall grundsätzlich einen Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung. Da ihr die Arbeitgeberin diese Möglichkeit nicht geboten hatte, war sie in *Annahmeverzug* geraten und daher gemäss Art. 324 OR zur Lohnzahlung verpflichtet (BGE 135 III 162 E. 3.4 S. 170).

Arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen Diplomaten und privaten Hausangestellten dürften insbesondere im Kanton Genf nicht selten sein und können allenfalls komplizierte Rechtsfragen aufwerfen (dazu einlässlich EHRENSTRÖM, a. a. O., und GLOOR, a. a. O.). Darauf kann hier nicht eingegangen werden. Von Interesse sind vorlie-

gend jedoch die vom Bundesgericht ins Zentrum des Urteils gerückten, vorstehend skizzierten Gesichtspunkte:

Den Kern des Entscheides bildet die Frage, inwiefern ein Arbeitnehmer Ansprüche, welche sich aus öffentlichem Recht ergeben, auf zivilrechtlichem Wege geltend machen kann. In Art. 342 Abs. 2 OR ist die sogenannte *Rezeptionsklausel* verankert, welche dem Arbeitnehmer einen privatrechtlichen Erfüllungsanspruch gewährt, sofern die öffentlichrechtliche Pflicht Bestandteil eines Einzelarbeitsvertrages sein könnte (vgl. dazu einlässlich etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 342 N 6 ff., und ZK-STAEHELIN, Art. 342 N 11 ff.; knapper PORTMANN/STÖCKLI, N 652). Die Rezeptionsklausel dient der Stärkung der Position des Arbeitnehmers. Die öffentlichrechtlichen Pflichten, welche es im Arbeitsrecht zu beachten gilt, können verschiedensten Rechtsquellen entstammen: Im Vordergrund steht dabei insbesondere das Arbeitsgesetz (vgl. hierzu STREIFF/VON KAENEL, Art. 342 OR N 6). Daneben können aber auch, wie im vorliegenden Fall, ausländerrechtliche Bestimmungen in Frage stehen. Der mit BGE 122 III 110 zum seinerzeit geltenden Art. 9 Abs. 1 BVO eingeleiteten und hier nun weiter entwickelten Rechtsprechung kommt dabei eine grosse Bedeutung zu: *Arbeitgeber dürfen nicht belohnt werden, wenn sie ausländerrechtliche Bestimmungen missachten und ausländische Arbeitnehmer in rechtswidriger Weise benachteiligen*. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn den entsprechenden Normen des öffentlichen Rechts gleichzeitig auch zivilrechtliche Tragweite zugemessen wird, den Arbeitnehmern also klagbare Ansprüche zugestanden werden. Art. 342 Abs. 2 OR hat daher *eine wichtige Funktion an einer Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht* (dazu einlässlich THOMAS KOLLER, AJP 1997, 96 ff.). Der hier besprochene Entscheid ist schon aus diesem Grund zu begrüssen.

Dem Entscheid ist aber auch im Ergebnis zuzustimmen: Die Anstellungsbedingungen der (oftmals in Drittweltländern rekrutierten) Hausangestellten von Diplomaten gaben in der Vergangenheit vielfach Anlass zu besorgten Diskussionen. Zahlreiche Diplomaten fühlten (und fühlen) sich nicht verpflichtet, sich an die geltenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen ihrer Aufenthaltsländer zu halten. So häuften sich schockierende Missbrauchsfälle, was zahlreiche Mitgliedsstaaten der OECD veranlasste, die Arbeitsbedingungen in diesem Bereich stärker zu reglementieren und verbindliche Rege-

lungen – namentlich in den Bereichen Mindestlohn, Höchstarbeitszeiten, Beschäftigungsgrad, Verpflegung und Unterkunft – zu schaffen. In der Schweiz wurden am 1. April 1987 vom EDA erstmals Richtlinien betreffend die Anstellungsbedingungen für private Hausangestellte von internationalen Beamten erlassen, später dann die hier massgebenden Richtlinien von 1998, anschliessend diejenigen von 2006 (siehe <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intorg/ununge/gepri/mandir0.htm>; zur Thematik insgesamt GLOOR, a. a. O., 213 f., und EHRENSTRÖM, a. a. O.). Das hier besprochene Bundesgerichtsurteil bildet einen wichtigen Meilenstein bei der Bekämpfung von solchen Missbrauchsfällen.

Im Lichte dieser Überlegungen wirkt der von der Diplomatin gegenüber ihrer früheren Hausangestellten erhobene Rechtsmissbrauchseinwand beinahe schon zynisch. Immerhin hatte das Bundesgericht so einmal mehr Gelegenheit zu betonen, dass im Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer nur unter ganz speziellen Umständen ein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden kann (vgl. dazu auch BGE 135 III 349 E. 3 S. 355 f. und dazu vorn Ziff. I) und dass insbesondere in aller Regel kein Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn sich ein Arbeitnehmer auf den Schutz zwingender Normen beruft.

#### IV. Personalverleih; keine Pflicht des Arbeitgebers zur Ermöglichung des Übertritts seiner Arbeitnehmer aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung in die Einzelversicherung, wenn der GAV des Einsatzbetriebes dies vorschreibt (Art. 20 Abs. 1 AVG; Art. 324a OR)

*BGE 135 III 640 (4A\_354/2009) = Pra 2010 Nr. 73 S. 534 ff.*

Das Personalverleihunternehmen X. SA stellte im Juli 2003 Y. als temporären Mitarbeiter ein, um ihn mit einzelnen Einsätzen zu betrauen. Im Arbeitsvertrag war unter anderem folgende Ziff. 4.4 enthalten: «Lorsqu'une entreprise est soumise à une convention collective de travail (CCT) avec déclaration d'extension, X. SA applique au collaborateur temporaire les dispositions conventionnelles qui concernent le salaire ... et la durée du travail» (Hervorhebung hinzugefügt). Gemäss Ziff. 4.7 des Arbeitsvertrages war Y. gegen Erwerbsausfall infolge Krankheit beim Versicherer A. versichert. Zu diesem

Zweck hatte die X. SA mit A. eine *Kollektivkrankentaggeldversicherung* nach VVG abgeschlossen. Abweichend von den allgemeinen Versicherungsbedingungen *hob der zwischen A. und der X. SA abgeschlossene Versicherungsvertrag das Übertrittsrecht der Versicherten von der Kollektivversicherung in die Einzelversicherung* (ausser für Arbeitslose) auf.

Vom 11. Juli 2003 an war Y. während zwei Wochen als Maler im Einsatz, ebenso anschliessend vom 20. August bis 17. September 2003. Am 4. September 2003 erlitt er einen Arbeitsunfall, bei dem er sich eine Verletzung am linken Arm zuzog. Ein weiterer Einsatz folgte vom 29. September bis 10. Oktober 2003. Am 12. Oktober 2003 fiel er beim Spielen mit seiner Tochter auf die linke Seite. Im Rahmen eines erneuten Einsatzes nahm er am 20. Oktober 2003 seine Arbeit wieder auf, musste aber ab 23. Oktober 2003 arbeitsunfähig geschrieben werden.

Mit Schreiben vom 18. Dezember kündigte die X. SA den Vertrag mit Y. per 26. Dezember 2003 und teilte ihm mit, dass sie das Dossier der SUVA übergeben habe. Die SUVA richtete Y. bis 20. Juni 2004 Unfallversicherungsleistungen aus, stellte diese dann aber mit der Begründung ein, die fortdauernden Beschwerden seien nicht mehr auf den Unfall zurückzuführen, sondern ausschliesslich krankheitsbedingt. Y. wandte sich daraufhin an die X. SA und an A., die ihm indessen die Ausrichtung jeglicher Zahlungen verweigerten. Vom 21. Juni 2004 bis 31. Januar 2006 war er vollkommen arbeitsunfähig, vom 1. Februar bis 31. Mai 2006 noch zu 50%.

Sämtliche Einsätze von Y. erfolgten im Kanton Waadt. Massgebend für die Einsatzbetriebe war der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) des Ausbaugewerbes der Westschweiz vom 11. November 2000, der vom Bundesrat allgemein verbindlich erklärt worden war. Dieser GAV enthält unter anderem Ausführungsbestimmungen betreffend die Taggeldversicherung bei Krankheit und Mutterschaft.

Am 21. Oktober 2005 reichte Y. Klage gegen die X. SA. ein, da ihm wegen eines Verschuldens des Personalverleihunternehmens die Erwerbsausfallentschädigung des Krankentaggeldversicherers entgangen sei. Mit Urteil vom 4. Juli 2008 verpflichtete das erstinstanzliche Gericht die X. SA zur Zahlung von Fr. 99'403.20. Mit Entscheid vom 1. April 2009 reduzierte das Kantonsgericht Waadt den von der X. SA an Y. zu bezahlenden Betrag auf Fr. 61'223.25. *Im Wesentlichen machten die kantonalen Instanzen der X. SA zum Vor-*

*wurf, dass sie die auf dem GAV beruhenden Verpflichtungen verletzt habe, indem sie dem Arbeitnehmer den freien Übertritt von der Kollektiv- in die Einzelversicherung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ermöglicht habe.* Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die X. SA mit Erfolg die vollumfängliche Abweisung der Klage.

In seinen Erwägungen stellte das Bundesgericht zunächst fest, dass Y. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäss dem zwischen der X. SA und A. geschlossenen Versicherungsvertrag keinen Anspruch auf Übertritt in die Einzelversicherung gehabt habe. Sodann prüfte es, ob *gestützt auf den GAV des Ausbaugewerbes die ihm unterstellten Betriebe für ihre Beschäftigten eine Krankentaggeldversicherung abschliessen müssen, deren Bedingungen namentlich das Recht zum Übertritt von der Kollektivversicherung in die Einzelversicherung vorsehen, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr zum Kreis der Versicherten zählt.* Diese Frage bejahte das Bundesgericht (135 III 640 E. 2.2 S. 643 f.).

*Im Weiteren war zu prüfen, ob das Personalverleihunternehmen X. SA dieselbe Verpflichtung gegenüber ihrem Arbeitnehmer Y. gehabt habe.* Die diesbezüglich relevante, zwischen den Parteien im Arbeitsvertrag in Ziff. 4.4 getroffene Vereinbarung entspricht dem ersten Satz von Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz; AVG; SR 823.11): *Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten.* Da der hier massgebende GAV vom Bundesrat allgemein verbindlich erklärt worden war, war somit entscheidend, *ob sich eine Verpflichtung des Personalverleihunternehmens, dem Arbeitnehmer den freien Übertritt von der Kollektiv- in die Einzelkrankentaggeldversicherung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu garantieren, aus den Lohnbestimmungen des GAV ableiten lässt.*

Zur Beantwortung dieser Frage (BGE 135 III 640 E. 2.3.2 S. 645 ff.) griff das Bundesgericht zunächst auf den Zweck von Art. 20 AVG zurück. Diese Norm wolle zwischen gewöhnlichen Arbeitgebern und Personalverleihunternehmen *loyale Konkurrenzbedingungen*, namentlich im Bereich der Löhne, schaffen. Zu den «Lohnbestimmungen» würden daher auch die Regeln betreffend

Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gehören (so bereits BGE 124 III 126 E. 1 b bb S. 129 ff.). Denn auch die Kosten des Schutzes der Arbeitnehmer gegen krankheitsbedingten Lohnausfall seien Lohnkosten. Dürften Personalverleihunternehmen ihren Arbeitnehmern einen schwächeren Schutz bieten als gewöhnliche Arbeitgeber ihren Angestellten gestützt auf einen allgemein verbindlich erklärten GAV, so könnte dies zu einem *schädlichen Lohndumping* («une sous-enchère salariale nuisible») führen. Im vorliegenden Fall stehe indessen nicht der Schutz gegen krankheitsbedingten Lohnausfall zur Diskussion, sondern der Übertritt von der Kollektiv- in die Einzeltaggeldversicherung *nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses*. Ein entsprechendes Recht ermögliche dem Arbeitnehmer, ohne Gesundheitsprüfung und ohne (neue) Versicherungsvorbehalte einen neuen Versicherungsvertrag für gleiche Leistungen abzuschliessen. Zudem werde dabei die Prämie nach dem Eintrittsalter in die Kollektivversicherung ermittelt. Indessen berechne sich die Prämie nach dem höheren Tarif für Einzelversicherungen *und werde nicht mehr vom Arbeitgeber bezahlt*.

In seinen weiteren Überlegungen kam das Bundesgericht im Wesentlichen zum Schluss, dass nicht sämtliche Regeln eines GAV über Erwerbsausfallversicherungen zu den «Lohnbestimmungen» gehören würden, sondern bloss solche, die im Zusammenhang mit Art. 324a Abs. 4 OR stehen, dem Arbeitnehmer also im Vergleich zu den Lohnansprüchen nach Art. 324a Abs. 1 bis 3 OR mindestens gleichwertige Versicherungsleistungen gewähren sollen. Ein allfälliges Übertrittsrecht des Arbeitnehmers von der Kollektiv- in die Einzelkrankentaggeldversicherung bilde aber kein wesentliches Element der von der Grundregelung abweichenden Parteivereinbarung und stelle keinen Faktor zur Beurteilung der Gleichwertigkeit der Leistungen dar. Nach der Logik des Systems könnten nur solche Regeln über Ansprüche des Arbeitnehmers im Krankheitsfall in einem GAV «Lohnbestimmungen» gemäss Art. 20 Abs. 1 AVG sein, die einen direkten oder indirekten Bezug zum zu ersetzenden Lohn hätten. Das Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch habe mit der Entschädigung gemäss Art. 324a OR nichts zu tun und sei daher keine «Lohnbestimmung».

Das hier diskutierte Urteil ist nicht unproblematisch. Arbeitnehmer Y. war *während der Dauer des Arbeitsverhältnisses* gegen

Krankheit durch eine kollektive Krankentaggeldversicherung seines Arbeitgebers versichert. Art. 324a Abs. 4 OR ermöglicht es einem Arbeitgeber, sich von seiner Pflicht zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu entbinden, wenn er hierfür eine für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertige Ersatzlösung anbietet (vgl. zur Gleichwertigkeit einlässlich etwa BK-REHBINDER/STÖCKLI Art. 324a N 37; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 24; WYLER, Droit du travail, 235 ff.; CARRUZZO, Art. 324a N 15 ff.). In der Praxis greifen Arbeitgeber zu diesem Zweck oftmals auf kollektive Versicherungslösungen, insbesondere auf Kollektivkrankentaggeldversicherungen nach VVG, zurück (STREIFF/VON KAENEL, Art. 324 a/b OR N 23; BRÜHWILER, Art. 324a N 23 lit. c; ähnlich VISCHER, 132 f.). Weit verbreitet ist es, dass eine Taggeldversicherung – wie auch vorliegend – durch einen GAV vorgeschrieben wird (vgl. GEISER/MÜLLER, N 446; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 358 N 19). Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt sich für die versicherte Person die Frage, ob sie weiterhin Versicherungsschutz geniessen möchte und zu diesem Zwecke in die Einzelversicherung übertritt. Ein vertraglich eingeräumtes Übertrittsrecht garantiert dem Arbeitnehmer, dass er in der neuen Einzelversicherung die gleichen Leistungen wie in der bisherigen Kollektivversicherung beanspruchen kann und sich hierzu nicht einer Gesundheitsprüfung unterziehen muss. *In der Praxis wird ein solches Übertrittsrecht in aller Regel gewährt* (STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 13; ähnlich BRÜHWILER, Art. 324a N 10 in fine; vgl. als Beispiel etwa den BGE 127 III 106 zugrunde liegenden Fall). Die Prämie in der Einzelversicherung dürfte zwar höher sein als in der Kollektivversicherung, und sie muss vom Arbeitnehmer selber bezahlt werden. Dies heisst indessen noch nicht, dass ein im Kollektivversicherungsvertrag eingeräumtes Übertrittsrecht den Arbeitgeber nichts kostet. *Man wird im Gegenteil davon ausgehen dürfen, dass sich der Versicherer die Einräumung eines Übertrittsrechts (das für ihn ja mit Nachteilen verbunden ist) durch eine höhere Prämie in der Kollektivversicherung abgelten lassen wird*. Die vom Arbeitgeber dem Versicherer für die Einräumung eines Übertrittsrechts zu entrichtende Entschädigung ist – wirtschaftlich gesehen – Bestandteil der Lohnkosten. Wenn Art. 20 Abs. 1 AVG ein schädliches Lohndumping verhindern will (wie das Bundesgericht zutreffend ausführt), muss daher auch die Einräumung eines Übertrittsrechts, wie es in casu im GAV für das Ausbaugewerbe vorgesehen war, als Lohnbe-

standteil betrachtet werden. Mit dem gegenteiligen Entscheid hat das Bundesgericht das Personalverleihunternehmen im Vergleich zu den Einsatzbetrieben, welche sich (gegebenenfalls auch unfreiwillig) an den allgemein verbindlich erklärten GAV zu halten haben, in nicht sachgerechter Weise privilegiert.

Nicht zu prüfen hatte das Bundesgericht, ob dem Arbeitnehmer gegenüber der Versicherung A. ein Anspruch auf Ausrichtung von Taggeldern gestützt auf die Kollektivversicherung zusteht. Der Anspruch auf Taggelder gestützt auf die Kollektivversicherung muss nicht unbedingt mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufhören, sondern kann dieses überdauern, sofern das versicherte Ereignis vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist (BGE 127 III 106 E. 3b S. 109 f.; WYLER, Droit du travail, 244; BSK OR I-PORTMANN, Art. 324a N 53); die Frage des Übertritts in die Einzelversicherung stellt sich diesfalls nicht (BGE 127 III 106 E. 3c S. 110). Y. hätte somit möglicherweise gegenüber A. aus der Kollektivversicherung Taggeldansprüche geltend machen können.

Im Kollektivversicherungsvertrag kann allerdings geregelt werden, dass die Taggeldansprüche der Arbeitnehmer nur bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses laufen (BGE 127 III 106 E. 3b S. 109; zu Recht kritisch dazu THOMAS GEISER, AJP 2003, 323 ff., 332 f.; ähnlich BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 324a N 22 in fine, die geltend machen, bei einer solchen Versicherung könne nicht von Gleichwertigkeit der Leistungen gesprochen werden). Eine derartige Regelung könnte jedoch wiederum eine Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers auslösen. *Der versicherte Arbeitnehmer darf unter gewissen Voraussetzungen auf weiter dauernde Versicherungsleistungen vertrauen* (BGE 124 III 126 E. 2b S. 132 f.; Bundesgerichtsurteil 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007, E. 3.1; WYLER, Droit du travail, 245; CARRUZZO, Art. 324a N 14 S. 209). Denn Kollektivtaggeldversicherungen garantieren regelmässig Leistungen für eine längere Dauer, die nicht vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig sind (Bundesgerichtsurteil 4C.216/2005 vom 12. Juli 2006, E. 2.4; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 13 S. 286; ansatzweise auch VISCHER, 133; vgl. als Beispiel etwa BGE 127 III 318 E. 4b S. 325 f.). Wertungsmässig stünde ein so geschütztes Vertrauen in Übereinstimmung mit BGE 135 III 225: In diesem Urteil hielt das Bundesgericht zutreffend fest, dass eine Regel in Allgemeinen Versicherungsbestimmungen, wonach der Versicherer den maximalen

zeitlichen Umfang seiner Leistungspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles durch Kündigung des Vertrags beeinflussen könne, ungewöhnlich sei.

Ansprüche des Y. gegen die X. SA hätten schliesslich noch unter einem weiteren Gesichtspunkt geprüft werden können. Regeln die Parteien eines Arbeitsvertrages die Frage der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gestützt auf Art. 324a Abs. 4 OR über eine Versicherung, indem nicht der Lohn weiterbezahlt wird, sondern Taggeldleistungen als Verdienstersatz erbracht werden, *darf* – wie das Bundesgericht früher entschieden hat – *davon ausgegangen werden, dass die Versicherungsleistungen auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus erbracht werden sollen*, sei es, dass die Kollektivtaggeldversicherung unverändert weiter besteht, oder *dass ein Übertritt in eine gleichwertige Einzeltaggeldversicherung erfolgen kann* (Bundesgerichtsurteil 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007, E. 3.1). Gegebenenfalls hätte daher die X. SA dem Y. schadenersatzpflichtig werden können, weil sie in Verletzung ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht für die Einräumung eines Übertrittsrechts besorgt gewesen war.

## V. Weitere amtlich publizierte Entscheide mit Bezug zum Arbeitsvertragsrecht

In der Berichtsperiode wurden noch folgende weitere Entscheide des Bundesgerichts publiziert, die einen Bezug zum Arbeitsvertragsrecht haben:

In BGE 135 III 483 (4A\_401/2008; nicht in Pra) war zu beurteilen, ob das Bundespersonalgesetz oder das Obligationenrecht auf Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft der SBB, konkret der SBB Cargo AG, anwendbar sei. Dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, dass diese Arbeitsverhältnisse nach dem Willen des Gesetzgebers *nicht dem öffentlichen, sondern dem privaten Arbeitsrecht unterstehen* (vgl. dazu THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 42; dem Entscheid zustimmend HARRY NÖTZLI, ARVonline 2010 n. 324).

In BGE 135 III 470 (5A\_629/2008) entschied das Bundesgericht, *dass es sich bei der Kollokation von Ansprüchen aus dem Arbeitsrecht um eine betriebsrechtliche und nicht um eine arbeits-*

*rechtliche Streitigkeit handle.* Eine Beschwerde in Zivilsachen ist daher erst ab einem Streitwert von Fr. 30 000.– möglich (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), und hinsichtlich der Gerichtskosten finden demgemäss Art. 343 Abs. 3 OR (bzw. seit 1. Januar 2011 Art. 113 Abs. 2 lit. d und Art. 114 lit. c ZPO) sowie Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG keine Anwendung. Unter sozialpolitischen Gesichtspunkten ist dieses Urteil höchst problematisch (gl. M. FRANCO LORANDI, ARVonline 2010 n. 301).

