



Frühjahrssemester 2022: Übungen im Arbeitsrecht, Fall 4, «Scheiden tut weh»

Lösungsskizze

- Der Grundsachverhalt nimmt einen Problemkreis auf, den das Obergericht des Kantons Solothurn (Urteil ZKBER.2016.71 vom 7.6.2017 = CAN 1/2018) und das Bundesgericht (BGE 6B_1356/2016 vom 5.1.2018) kürzlich in zwei Urteilen zu behandeln hatten. Es geht um die Situation, dass von Vorgesetzten bedrängte Arbeitnehmende zur Beweissicherung ein privates Gespräch heimlich auf Video- oder Tonträger aufnehmen, was nach Art. 179^{ter} und Art. 179^{quater} StGB strafbar ist. Das Obergericht des Kantons Solothurn hatte in seinem arbeitsrechtlichen Fall über die Rechtmässigkeit der von der Arbeitgeberin ausgesprochenen, fristlosen Entlassung zu befinden. Aufgrund besonderer Umstände, unter anderem eine von der Arbeitgeberin zu verantwortende Drucksituation und ein nicht gestellter Strafantrag, sah es die Hürde für den von Art. 337 OR vorausgesetzten wichtigen Grund als nicht erreicht an und taxierte die fristlose Entlassung infolgedessen als ungerechtfertigt. Das Bundesgericht seinerseits hatte sich strafrechtlich mit der Problematik zu befassen, nachdem die fragliche Arbeitnehmerin eine sexuelle Bedrängung durch ihren Vorgesetzten befürchtet und deswegen das Gespräch aufgezeichnet hatte. Entgegen der Freiburger Vorinstanz sah es das Bundesgericht als fraglich an, dass darin eine rechtfertigende Notstandssituation begründet liege (vgl. Art. 17 StGB), weshalb es den Einstellungsentscheid der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. c StPO aufhob und die Sache zur weiteren Behandlung

der Strafuntersuchung zurückwies. Zu betonen ist allerdings, dass sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen nicht zur arbeitsrechtlichen Rechtslage und insbesondere nicht zur Frage der Rechtmässigkeit einer fristlosen Entlassung äussern musste.

- Auch im vorliegenden Fall kommt es sehr auf die konkreten Umstände an, z.B. auf die Intensität der Belästigung oder das Vorhandensein alternativer Schutzmechanismen wie z.B. eine unternehmensinterne Anlaufstelle. Generell gilt zwar, wie das Obergericht des Kantons Solothurn zu Recht betont hat, dass die einfache Gleichung «strafbare Handlung am Arbeitsplatz = wichtiger Grund» so absolut formuliert zu kurz greift (E. 6.5.2.1; vgl. ausführlich dazu Roger Rudolph, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, in: AJP 2010 S. 1516 ff., S. 1519 f.). Allerdings wird man sich bei der Annahme rechtfertigender Notwehr- oder Notstandssituationen auch unter zivilrechtlichem Blickwinkel in Zurückhaltung üben müssen. Jedenfalls dann, wenn solche grundsätzlich rechtswidrigen und sogar strafbaren Aufnahmen vorschnell, leichtfertig oder ohne wirklich ernstzunehmende Bedrohungssituation gemacht werden, wird man das Vorliegen eines wichtigen Grunds im Sinne von Art. 337 OR in der Regel bejahen müssen.

Variante 1

- Dass auch die Art und Weise, wie eine ordentliche Kündigung ausgesprochen wird, diese im Sinne von Art. 336 OR missbräuchlich machen können, entspricht der heute als gefestigt zu bezeichnenden Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. statt vieler BGE 4A_309/2010 vom 6.10.2010 E. 2.2; weiterführend und mit einer Rechtsprechungsübersicht Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319—362 OR, 7. Auflage Zürich/Basel/Genf 2012, N 4 zu Art. 336 OR; vgl. auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 698). Dabei ist vorausgesetzt, dass solche durch Richterrecht geschaffenen Tatbestände im Vergleich zu den gesetzlichen Tatbeständen des Art. 336 OR eine vergleichbare Schwere aufweisen (statt vieler: BGE 136 III 513 E. 2.4). Ob es dazu schon reicht, wenn die



Arbeitgeberin eine Freistellung ausspricht und sie diese, wie in casu, recht brachial vollzieht (beaufsichtigtes Räumen des Büros, Aussprechen eines Hausverbots), lässt sich nicht allgemein beurteilen. Dies belegen zwei neuere Bundesgerichtsentscheide, in denen das Bundesgericht zu unterschiedlichen Schlüssen gekommen ist: In BGE 4A_280/2017 vom 7.9.2017 machten weder die Freistellung noch das Aussprechen eines Hausverbots nach erfolgter Kündigung diese zu einer missbräuchlichen. Der Umstand allein, so das Bundesgericht, dass sich der Arbeitnehmer nicht auf dem Betriebsgelände von seinen Arbeitskollegen verabschieden könne, genüge nicht für die Annahme von Missbräuchlichkeit. Im konkreten Fall ging es um einen Betriebsleiter in einer Giesserei, der u.a. nach eigenmächtigem Ferienbezug entlassen worden war. Das Gegenbeispiel dazu, bei dem Missbräuchlichkeit in einer ähnlichen Freistellungssituation bejaht wurde, findet sich in BGE 4A_92/2017 vom 26.6.2017. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine bloss unanständige Kündigung diese noch nicht zu einer missbräuchlichen machen muss (statt vieler: BGE 131 III 513 E. 4.2).

- Im vorliegenden Fall kommt allerdings mit der unnötig herabsetzenden E-Mail-Kommunikation gegenüber allen Mitarbeitenden ein weiteres Element hinzu, das für die Bejahung des Missbrauchstatbestands und damit die Zusprechung eine Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR ins Feld geführt werden kann. Dass die Z. AG aus datenschutzrechtlichen Gründen auf die Schilderung weiterer Hintergründe verzichtet hat, ist ihr zwar zugutezuhalten, ändert aber nichts daran, dass allein schon die Mitteilung einer gravierenden Pflichtverletzung herabsetzend, in aller Regel sachlich unnötig und auch nicht vom Arbeitsplatzbezogenerfordernis von Art. 328b OR gedeckt ist. Dass eine Arbeitgeberin wertungsfrei über das Ausscheiden und ein allfälliges Fernbleiben vom Arbeitsplatz informiert, ist als solches in der Regel noch nicht zu beanstanden, mindestens soweit sie den Adressatenkreis der Information auf jene Mitarbeitenden beschränkt, welche mit der ausgeschiedenen Person tatsächlich beruflich Kontakt pflegten. Hingegen hat sich die Arbeitgeberin, seltene Ausnahmefälle vorbehalten, jeder



Äusserung zu den Hintergründen zu enthalten, insbesondere wenn sie auf eine Diskreditierung des Betroffenen hinausläuft.

- Insgesamt, unter Einbezug der E-Mail-Kommunikation, kann X mit guten Argumenten eine Missbräuchlichkeit der Kündigung und damit eine Entschädigung nach Art. 336a OR (maximal sechs Monatslöhne) geltend machen. Es bleibt allerdings ein Problem: Ist die Kündigung einmal ausgesprochen, ist das Gestaltungsrecht ausgeübt. Nachfolgende Persönlichkeitsverletzungen wie eine zu weit gehende Information gegenüber Mitarbeitenden oder Kunden können die Kündigung damit streng genommen gar nicht mehr missbräuchlich machen. Hingegen kann in diesem Fall ein Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung gegeben sein (vgl. weiterführend dazu mit weiteren Hinweisen zu ähnlichen Meinungen in der Literatur Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 336 OR), unter Umständen gestützt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Art. 28 ff. ZGB sogar ein solcher auf Rehabilitation durch eine klarstellende Kommunikation (vgl. für ein Fallbeispiel den Beschwerdeentscheid des Staatsrats des Kantons Wallis vom 27.11.2013, in: ARV 2013 S. 302). Sofern man trotz dieser Bedenken noch eine Rückwirkung solcher Herabsetzungen zulassen will, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung zu begründen, müssten diese jedenfalls zeitlich in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Aussprechen der Kündigung stehen (wie z.B. in casu mit der Mitteilung am unmittelbaren Folgetag). Mehrere Tage oder gar Wochen nach der Kündigung erfolgte Persönlichkeitsverletzungen könnten dagegen keine Missbräuchlichkeit mehr begründen.
- Zusätzlich könnte X auch argumentieren, es liege eine Rache Kündigung im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR vor, da sie als Reaktion auf ihre Beschwerde bei der Personalabteilung entlassen worden sei.

Variante 2

- Wird eine Kündigung von einem bloss kollektiv Zeichnungsberechtigten ausgesprochen, kann dieser Mangel durch spätere, auch stillschweigende Genehmigung grundsätzlich geheilt werden. Das Bundesgericht (BGE 128 III

129 E.2.b) hält allerdings dafür, dass angesichts der Natur einer Kündigung die mit dem Schwebezustand verbundene Unsicherheit nicht zuzumuten sei und die Kündigung erst mit der Genehmigung wirksam werde. Dies soll allerdings nur dann gelten, wenn tatsächlich eine Unsicherheit bestehe, weil der Arbeitnehmer den Mangel bemerkt. Zu Recht wird gefordert, dass er diesfalls unverzüglich Klarstellung verlangen oder die Kündigung zurückweisen muss. In einer nicht gutzuheissenden Weiterentwicklung dieser Praxis hat das Bundesgericht die Genehmigung einer solchen Kündigung später aber ganz ausgeschlossen, weil jene die entstandene Unsicherheit beim Arbeitnehmer nicht ungeschehen mache (BGE 4C.151/2003 vom 26.8.2003). Richtig wäre nach der hier vertretenen Auffassung nur, die Kündigung erst mit der Genehmigung als tatsächlich ausgesprochen zu werten (wie hier und weiterführend zum Ganzen mit Quellenangaben Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 8 zu Art. 335 OR; vgl. für ein Beispiel, in dem der Mangel der fehlenden kollektiven Zeichnungsberechtigung nicht beseitigt werden konnte: BGE 4A_187/2018 vom 21.2.2019, wo es allerdings nicht um eine Kündigungskonstellation ging).

- Unabhängig von dieser zuletzt aufgezeigten Meinungsdivergenz dürfte es in casu X schwerfallen, das Vorliegen einer Kündigung erst im Prozess, also Monate nachdem sie ausgesprochen wurde, erfolgreich in Frage zu stellen. Das bundesgerichtliche Erfordernis des Vorliegens einer Unsicherheit bzw. des rechtzeitigen Nachfragens erscheint kaum erfüllt, zumal eine Freistellung ausgesprochen wurde. Es kommt dazu, dass die Z. AG mit der E-Mail-Kommunikation (vgl. Variante 1) ihren Auflösungs willen nochmals bestätigt hat, was auch X zur Kenntnis gelangt ist. Diese kritische Einschätzung schliesst nicht aus, dass als Hauptargument aus prozesstaktischen Gründen gleichwohl der Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses und erst als Eventualstandpunkt eine Missbrauchsentschädigung geltend gemacht wird. Allerdings besteht ein gewisses Risiko darin, im Hauptrechtsbegehren auf Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zu klagen, anstatt direkt auf Leistung der fällig gewordenen Lohnzahlungen, denn es droht ein Nichteintreten mangels ausreichendem Feststellungsinteresse (Primat der Leistungsklage).



Variante 3

- Die Verbindlichkeit des Aufhebungsvertrags ist unter mehreren Gesichtspunkten fraglich:
- Zunächst ist eine Willensmängelanfechtung wegen Drohung im Sinn von Art. 29 OR mindestens denkbar, da X ja unter Androhung einer Strafanzeige zur Unterschrift bewegt wurde.
- Sodann dürfen Aufhebungsverträge nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Umgehung zwingender Gesetzesbestimmungen darstellen, insbesondere des Kündigungsschutzes. Verzichtet der Arbeitnehmer mit dem Abschluss des Aufhebungsvertrags auf solche Schutzbestimmungen, müssen diese durch entsprechende Vorteile kompensiert werden (z.B. durch eine Abfindungszahlung; vgl. statt vieler: BGE 4A_103/2010 vom 16.3.2010 E.2.2), was in casu nicht der Fall war.
- Dazu kommt, dass Arbeitnehmende nach Art. 341 Abs. 1 OR während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Bestimmungen des Gesetzes oder Gesamtarbeitsvertrags ergeben, gar nicht verzichten können. Insofern X solche Ansprüche zustehen, wäre die unterzeichnete Saldoklausel schon deshalb unwirksam (anders dann, wenn es sich um einen echten Vergleich mit gegenseitigen Zugeständnissen handeln würde).
- Schliesslich verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass Arbeitnehmenden eine ausreichende Überlegungsfrist zugestanden wird, wenn der Aufhebungsvertrag wie vorliegend von der Arbeitgeberin vorgelegt wird (statt vieler: BGE 4A_376/20210 vom 30.9.2010 E.3). Auch darf der Arbeitnehmer bei der Unterzeichnung nicht überrumpelt werden (BGE 4A_495/2007 vom 12.1.2009 E.4.3.1.1). Auch unter diesem Gesichtspunkt hat X, die den Vertrag noch in der Sitzung unterzeichnen musste und zuvor davon nichts wusste, gute Aussichten, die Gültigkeit des Aufhebungsvertrags nachträglich in Frage zu stellen.



- Vgl. zum Ganzen auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 807 f.).