



Frühjahrssemester 2022: Übungen im Arbeitsrecht, Fall 1 «Schein und Sein»

Lösungsskizze

- Der Fall ist an das Urteil LA150027 vom 15.5.2016 des Obergerichts des Kantons Zürich angelehnt (Entscheidungssammlung des Obergerichts: <https://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-anzeigen.html>; ferner in JAR 2017 S. 550 ff.).
- Das Obergericht hat die verschiedenen Argumente für und wider das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sorgfältig abgewogen. Es kam im Kern zum Schluss, dass die Indizien überwiegend gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen, womit es auf die Klage aus Arbeitsrecht nicht eintrat. Dies vor allem deswegen, weil den Kläger (in casu: B) keine Einsatzpflicht getroffen habe, sondern es in seinem Belieben stand, ob er für die Beklagte (in casu: A. GmbH) arbeiten wollte. Damit fehle es am für einen Arbeitsvertrag charakteristischen Subordinationsverhältnis. An dieser Einschätzung änderte auch die sozialversicherungs- bzw. steuerrechtliche Abwicklung als unselbständige Erwerbstätigkeit nichts (Abrechnen von Beiträgen, Ausstellen eines Lohnausweises), da diese für die privatrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend sei.
- Für die einzelnen Aspekte wird auf das Urteil und die mündliche Besprechung verwiesen. Vgl. ferner Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 1—25.



Variante 1

- Fristlose Entlassung: Die Konkurrenzierung der eigenen Arbeitgeberin während laufender Anstellung gilt als schwerer Treuebruch, der in der Regel zur fristlosen Kündigung im Sinn von Art. 337 OR berechtigt. Vgl. weiterführend Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 765. Aber Achtung: Es ist eine umgehende Reaktion notwendig, in der Regel innert zwei bis drei Arbeitstagen ab Kenntnis. Vgl. dazu Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 770.
- Konventionalstrafe: Mit BGE 144 III 327 hat das Bundesgericht geklärt, dass eine Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter, anders als eine solche mit Disziplinar- bzw. Strafcharakter, mit Art. 321e OR unvereinbar sei und zur Nichtigkeit führe. In casu muss aufgrund der beträchtlichen Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe (Fr. 20'000.—) davon ausgegangen werden, dass sie unzulässigen Ersatzcharakter hat. Ausserdem wären die strengen bundesgerichtlichen Anforderungen an noch zulässige Konventionalstrafen mit Disziplinar- bzw. Strafcharakter (u.a. Verhältnismässigkeit und genügende Bestimmtheit) in casu nicht erfüllt. Die Chancen der C. AG, die Konventionalstrafe einzufordern, sind also gering. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadenersatz, was allerdings ein schwieriges Unterfangen ist. Vgl. zum Ganzen auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 207.

Variante 2

- Der Fall ist BGE 132 III 242 nachgebildet. Darin hat das Bundesgericht ein Recht der Arbeitgeberin (in casu: der C. AG) bejaht, den Arbeitsvertrag wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) anzufechten. Die C. AG kann also diesen Weg beschreiten und muss keine (ordentliche oder fristlose) Kündigung aussprechen. Denkbar wäre auch, D zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu bewegen, wozu er allerdings zustimmen müsste.
- Grundsätzlich führt die Willensmängelanfechtung auch im Arbeitsrecht zu einer Unverbindlichkeit ex tunc, also von Anfang an, was zu einer



Rückabwicklung nach den Grundsätzen der Vindikation bzw. der ungerechtfertigten Bereicherung führt. Dies kann bei Dauerschuldverhältnissen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Für das Arbeitsrecht sieht daher Art. 320 Abs. 3 OR eine Sondernorm vor: Es wird in diesem Fall ein sogenanntes faktisches Vertragsverhältnis angenommen mit der Wirkung, dass die Pflichten bis zur Aufhebung so zu erfüllen sind, wie wenn ein gültiger Vertrag vorgelegen hätte. So wird insbesondere der Lohnanspruch des Arbeitnehmers für bereits geleistete Arbeit geschützt. Voraussetzung dafür ist nach dem Gesetz insbesondere, dass die Arbeit in gutem Glauben geleistet wurde. Hier ist das Bundesgericht allerdings sehr grosszügig, indem dem Arbeitnehmer die positive Kenntnis von der Ungültigkeit des Vertrags nachgewiesen werden muss, also von der Rechtsfolge. Das blosse Wissen um die Gesetzeswidrigkeit der Abrede genügt nicht (Näheres in BGE 132 III 242 E. 4). So hat das Bundesgericht im zitierten Entscheid trotz der vorsätzlichen Manipulation des Arbeitszeugnisses die Berufung auf die Schutznorm von Art. 320 Abs. 3 OR zugelassen. Fazit: In casu hat die C. AG zwar gute Chancen, den Vertrag mit sofortiger Wirkung wegen absichtlicher Täuschung anzufechten, doch wird sie für die bereits geleistete Arbeit noch Lohn zahlen müssen und kann sie bereits erfolgte Lohnzahlungen nicht mehr zurückfordern. Vgl. zum Ganzen auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 117—129.

Variante 3

- Sogenannte Screenings im Internet müssen wie jede Datenbearbeitung im Arbeitsrecht einen Arbeitsplatzbezug aufweisen, d.h. entweder die Eignung der Arbeitnehmenden betreffend oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sein (Art. 328b OR). Ein solcher Arbeitsplatzbezug kann in der Regel bei beruflichen Netzwerken wie Xing oder LinkedIn bejaht werden. Bei Datenerhebungen aus geschäftsfremden Internetquellen wie Google, Instagram oder Twitter ist ein ausreichender Arbeitsplatzbezug hingegen mindestens fraglich. Im vorliegenden Fall könnte sich E folglich auf den Standpunkt stellen, dass der Google-Search, der seine frühere



Aktivistentätigkeit enttarnte, eine Verletzung von Art. 328b OR bzw. seiner Persönlichkeit darstellte, was ihm die Rechtsansprüche der Art. 28 ff. ZGB und allenfalls des Datenschutzgesetzes (DSG) eröffnen würde. Abgesehen von Beweisproblemen (die C. AG verschleiert ja den Absagegrund) verschaffen diese Ansprüche aber nur einen beschränkten Rechtsschutz (es könnte sich z.B. die Frage einer gerichtlichen Feststellung der Verletzung oder eines Genugtuungsanpruchs stellen). Insbesondere könnte E nicht auf Erhalt der Stelle bzw. Abschluss des Arbeitsvertrags klagen. Vgl. zum Ganzen auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber, Rz 74a sowie 431—473.