

fehlt. Erfahrungsgemäss können sich - dem Einzelnen scheinbar unerklärliche - Unterschiede in der Benotung unter anderem auch aus im Unterricht mündlich vermitteltem Lehrstoff ergeben. Zu bedenken ist sodann, dass ein hoher Anteil von guten bis sehr guten Prüflingen zu einer eher strengeren Bewertung führt, hingegen bei eher durchschnittlichen Leistungen eines Jahrganges die Bewertung milder ist. Unter diesen Gesichtspunkten und unter der Annahme, dass alle Prüflinge an der Abschlussprüfung im Dezember 2000 dieselben Bedingungen hatten, hat das Gericht keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei der Benotung der Abschlussprüfung der Klägerin ihr Ermessen missbraucht hätte. Der Entscheid der Beklagten vom 9. Oktober 2001, mit welchem die Beschwerde der Klägerin abgewiesen wurde, kann demzufolge nicht als unrichtig bzw. als Schlechterfüllung im Sinne von Art. 97 OR bezeichnet werden. Somit ist das Begehren der Klägerin auf Rückerstattung des Kostenvorschusses von Fr. 500.-- abzuweisen.

KGer, 4. Abt., 13.5.2002

3400

Mietvertrag. Fehlerhafte vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs des Mieters (Art. 257d Abs. 1, Art. 266a Abs. 2 OR)

Aus den Erwägungen:

Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter nach Art. 257d Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ansetzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis vorzeitig gekündigt werde. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Abs. 2). Im Verfahren bei der Vorinstanz war noch streitig, ob die Kündigung des Gesuchstellers vom 18. Januar 2002 die vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses bewirken konnte. Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer ausserordentlichen Kündigung verneint, weil in

der Kündigungsandrohung vom 8. November 2001 nicht auf die Ausserordentlichkeit der angedrohten Kündigung hingewiesen worden war. Der Gesuchsteller hat diese zutreffende Auffassung der Vorinstanz in der Zwischenzeit akzeptiert. Er ist aber entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht der Ansicht, dass der festgestellte Mangel die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge habe, sondern dass seine Kündigung gemäss Art. 266a Abs. 2 OR auf den Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist ihre Wirkungen entfalte.

2. Die Parteien können nach Art. 266a Abs. 1 OR das unbefristete Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine kündigen. Halten sie die Frist oder den Termin nicht ein, so gilt die Kündigung für den nächstmöglichen Termin (Art. 266a Abs. 2 OR). Art. 266a OR gilt sowohl für die ordentliche wie die ausserordentliche Kündigung (*Peter Higi*, Zürcher Kommentar, Art. 266a OR, N. 47/48). Die Auslegungsregel von Art. 266a OR kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn die konkrete Kündigung gesetzliche oder vertragliche *Termine* oder *Fristen* falsch zum Ausdruck bringt. In diesen Fällen wird aufgrund der genannten Gesetzesbestimmung klargestellt, wann die Wirkungen der Kündigung eintreten sollen (*Peter Higi*, a.a.O., Art. 266a OR, N. 41). Damit die Auslegungsregel von Art. 266a OR zur Anwendung gelangt, muss jedoch eine gültige Kündigung vorliegen. Die Beendigungsgründe, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Empfänger erfüllt sein müssen, sind entweder vertraglicher oder gesetzlicher Art. Zu den gesetzlichen Beendigungsgründen gehört die vorzeitige Vertragsauflösung bei Zahlungsverzug des Mieters (*Peter Higi*, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR, N. 47 ff.). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die vom Gesuchsteller ausgesprochene Kündigung fehlerhaft gewesen ist, weil in der Ansetzung der Zahlungsfrist nicht auf die vorzeitige Kündigung hingewiesen worden war. Im Appellationsverfahren hat der Gesuchsteller nicht mehr bestritten, dass es an dieser Voraussetzung für die Auflösung des Mietverhältnisses gefehlt hat. Es ist somit nicht mehr umstritten, dass die Kündigung vom 18. Januar 2002 materiell fehlerhaft gewesen war. Die Rechtsfolge bei materiell fehlerhaften Kündigungen besteht in ihrer Wirkungslosigkeit von Anfang an (*ex tunc*). Solchermassen ungültige Kündigungen vermögen weder ein Mietverhältnis aufzulösen noch eine Tatsache zu schaffen, die anderweitige Rechtsfolgen bewirkt (*Peter Higi*, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR, N. 133, 135). Nachdem die Kündigung vom 18. Januar 2002, wie von der

Vorinstanz festgestellt und vom Gesuchsteller anerkannt, ungültig war, kommt Art. 266a OR nicht zur Anwendung. Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz als fehlerhaft erkannte Kündigung ungültig war, daher nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden konnte, weshalb das Mietverhältnis der Parteien noch besteht und die Gesuchsgegner nach wie vor berechtigt sind, im Mietobjekt zu wohnen. Die Vorinstanz hat das Ausweisungsbegehren des Gesuchstellers zu Recht abgewiesen.

OGP 26.7.2002

3401

Arbeitsvertrag. Ungültige Vereinbarung betreffend Überstunden. Ausbezahlung von Überstundenguthaben. Verwirkung der 30-tägigen Frist zur Geltendmachung einer Entschädigungsforderung durch den Arbeitgeber (Art. 15 Abs. 6 und Art. 33 L-GAV 98, Art. 337 d OR).

Sachverhalt:

Der Kläger war beim Beklagten seit dem 1. Oktober 2000 als Koch/Sous-Chef angestellt. Gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag vom 22. Oktober 2000 hatte er pro Woche 42 Arbeitsstunden zu leisten, wofür er mit Fr. 5'308.-- (inkl. Anteil 13. Monatslohn) brutto pro Monat entschädigt werden sollte. Die Parteien erklärten zudem den L-GAV 98 als ergänzendes Recht. In einem Zusatz zum Arbeitsvertrag legten die Parteien ausserdem schriftlich fest, der Arbeitnehmer habe die Arbeitszeit täglich abzustempeln und Überzeit nach Möglichkeit selbstständig zu kompensieren. Mit Schreiben vom 11. Februar 2002 sprach der Kläger die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Februar 2002 aus. Am 22. Februar 2002 arbeitete der Kläger letztmals für den Beklagten.

Aus den Erwägungen:

1. Zu entscheiden ist zunächst über die Überstundenforderung des Klägers.

a) Der Beklagte macht geltend, Ziffer 10 des Arbeitsvertrages sehe vor, dass keine Überstunden auszubezahlen seien.