

beruflichen Vorsorge des Klägers wegen seiner Arbeitsunfähigkeit BVG-Beiträge wegen der vorübergehenden Prämienbefreiung weggefallen. Trotzdem hatte der Kläger, wie eben dargelegt, ausschliesslich Anspruch auf den vereinbarten Nettolohnbetrag.

Die vom Kläger zum Vergleich herangezogenen Beispiele (Wegfall von Kost und Logis, Firmenwagen) sind für den vorliegenden Fall einer Nettolohnvereinbarung nicht einschlägig. Sie betreffen den Anspruch auf Lohnfortzahlung während der unverschuldeten Verhinderung des Arbeitnehmers an der vereinbarten Arbeitsleistung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). In solchen Fällen hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der beschränkten Zeit, in der der Naturallohn nicht in Natura gewährt werden kann, eine entsprechende Vergütung in Geld zu leisten (*Ullin Streiff /Adrian von Känel*, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 324a/b N. 9).

4. Der Beklagte hat gegenüber dem Begehren des Klägers auf Auszahlung der aufgrund der Prämienbefreiung eingesparten BVG-Beiträge zusätzlich eingewendet, dass der Kläger diesfalls ab dem vierten Monat seiner Arbeitsunfähigkeit mehr verdienen würde, als im Falle der Arbeitsleistung vereinbart gewesen sei. Mit diesem Einwand hat er sinngemäss ein Thema angeschnitten, das mit der Regelung des Überentschädigungsverbots in der Sozialversicherung verwandt ist (vgl. z.B. Art. 69 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; SR 830.1). Bei der Überentschädigung im Sozialversicherungsrecht geht es darum, dass das Zusammentreffen von Leistungen verschiedener Sozialversicherungen nicht zu einer Überentschädigung der berechtigten Person führen darf. Die Überentschädigungsgrenze liegt bei dem wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich die durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfällige Einkommenseinbussen von Angehörigen. Mutmasslich entgangen ist derjenige Verdienst, welchen die versicherte Person ohne das schädigende Ereignis erzielt hätte (*Thomas Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, § 59, N. 2-4). Obwohl vorliegend kein Versicherungsstreit sondern ein Lohnstreit zu entscheiden ist, erweist sich das Urteil der Vorinstanz auch im Lichte der sinngemässen Berücksichtigung des Überentschädigungsverbots als zutreffend. Die Parteien haben nämlich für die vom Kläger zu erbringende Arbeitsleistung als Lohn einen fixen Nettobetrag von Fr. 5'100.-- pro Monat vereinbart. Diese Vereinbarung würde tatsächlich gestört, wenn der Kläger drei Monate nach Eintritt einer 100-prozentigen Arbeitsunfähigkeit einen höheren Verdienst als den vereinbarten Arbeitslohn erzielen würde. Die vom Arbeitgeber wegen der Prämienbefreiung eingesparten BVG-Beiträge sind also nicht an A. weiterzuleiten.

OGP 26.04.2006

3487

Arbeitsvertrag. Entschädigung nach missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR). Entschädigung von 4 1/2 Monatslöhnen für einen Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt der missbräuchlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses 59 1/2 Jahre alt war und mehr als 30 Jahre in den Diensten der Arbeitgeberin gestanden hatte. Berücksichtigung eines gewissen Mitverschuldens des Arbeitnehmers.

Sachverhalt:

Der Kläger trat im Jahre 1971 bei der Ch. AG eine Arbeitsstelle als Elektriker an. Im März 1972 bezog er an der N.-Strasse in H. seine jetzige Wohnung, welche der Personalfürsorgestiftung der Ch. AG gehört. Zwischen den Parteien bestanden schon seit längerer Zeit Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Miet- und (teilweise) auch des Arbeitsverhältnisses. Im Frühjahr 2003 spitzte sich der Konflikt insbesondere bezüglich eines vom Kläger zusätzlich benutzten Parkplatzes und der Renovation seiner Wohnung zu. Nur

wenige Stunden nach einer mündlichen Auseinandersetzung zwischen M.W., dem einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, und dem Kläger, in welcher es unter anderem auch um den erwähnten Parkplatz ging, sprach die Beklagte am 6. Mai 2003 sowohl die Kündigung des Miet- als auch diejenige des Arbeitsvertrages, je auf den 31. August 2003, aus. Die Kündigung des Mietverhältnisses auf dem amtlichen Formular erfolgte am 16. Mai 2003.

Der Kläger wehrte sich gegen beide Kündigungen. Die Schlichtungsstelle für Miet- und Pachtverhältnisse von Appenzell A.Rh. hob daraufhin am 9. Juli 2003 die Kündigung des Mietverhältnisses wegen Missbräuchlichkeit auf. Dieser Entscheid wurde vom Obergerichtspräsidenten von Appenzell A.Rh. am 23. Februar 2004 geschützt. Der Entscheid des Obergerichtspräsidenten ist in Rechtskraft erwachsen.

Der Kläger verlangt nun wegen missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen à Fr. 6'000.--. Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass sie dem Kläger aus wirtschaftlicher Notwendigkeit, wegen dessen ungenügender Arbeitsleistung, fehlender Teamfähigkeit und unkooperativen Verhaltens gekündigt habe. Die Kündigung sei schon vor der Meinungsverschiedenheit über den Parkplatz beschlossene Sache gewesen.

Aus den Erwägungen:

1. Wie die Vorinstanz erachtet auch das Obergericht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Die Anschlussappellation ist demzufolge abzuweisen.

2. Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a Abs. 1 OR). Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände (Art. 4 ZGB) festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten (Art. 336a Abs. 2 OR). Die Entschädigung gemäss Art. 336a OR hat einen doppelten Zweck. Sie dient einerseits der Bestrafung des Kündigenden und andererseits der Wiedergutmachung für den Entlassenen. Die Wiedergutmachung besteht insoweit nicht aus einem Schadenersatz im klassischen Sinne, als sie auch dem Opfer zukommen kann, das keinen Schaden erleidet. So nähert sie sich der Funktion einer Konventionalstrafe. Der Richter setzt die Entschädigung nach seinem Ermessen unter Würdigung aller Umstände fest. Er berücksichtigt namentlich die Schwere des Verschuldens des Arbeitgebers, das Selbstverschulden des Geschädigten, die Art, wie die Kündigung ausgesprochen wurde, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Entlassenen, wobei dieser Umstand wieder abhängt von Enge und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung, den wirtschaftlichen Folgen für den Entlassenen, seinem Alter, der allfälligen Schwierigkeiten der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess und der wirtschaftlichen Lage der Parteien (Urteil des Bundesgerichtes 4C.135/2004 vom 2. Juni 2004 mit Verweisen auf BGE 123 III 246, E. 6a und BGE 123 III 391 ff.).

Bezüglich der Berechnung der Entschädigung übernahm die Vorinstanz die Praxis der Basler Gerichte, die grundsätzlich von drei Monatslöhnen ausgehen und diesen Betrag dann in Berücksichtigung der verschiedenen spezifischen Faktoren erhöhen oder ermässigen. Für eine Erhöhung sprachen nach Auffassung des Kantonsgerichtes die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Alter des Klägers (zur Zeit der Kündigung 59 ½ Jahre) und die dadurch schwierigere Wiedereingliederung, die Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die ungleichen finanziellen Verhältnisse der Parteien. Zu Gunsten der Beklagten wurde die Bereitschaft gewertet, das Arbeitsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen fortzusetzen. Das Kantonsgericht ging weiter von der grundsätzlichen Richtigkeit der Aussagen der Zeugen Ch.S. und F.O. aus, die übereinstimmend die Eigensinnigkeit und Sturheit des Klägers, die zeitweise Arbeitsverweigerung, das Verunmöglichen der internen Zusammenarbeit, das offenbar übersteigerte Hetzen und Schimpfen gegenüber Mitarbeitern, das Missachten von Weisungen des Arbeitgebers und gesetzlichen oder verbandsinternen Regelungen beschrieben hatten. Entsprechend beurteilte es das Mitverschulden des Klägers an der Kündigung als gross. Auch wenn der Streit über den Parkplatz damals unmittelbarer Anlass zur Kündigung gewesen und

diese deshalb als missbräuchlich anzusehen sei, lasse die Vorgeschichte, die Umstände der Situation und die Vorgehensweise der Beklagten diese Missbräuchlichkeit nicht als schwer erscheinen. In Berücksichtigung sämtlicher Faktoren wurde die Entschädigung deshalb auf 1 ½ Monatslöhne festgesetzt.

3. Die von der Vorinstanz übernommene Praxis der Basler Gerichte (BJM 2003, S. 308 ff.), welche bei der Berechnung der Entschädigung von drei Monatslöhnen ausgehen und diesen Betrag dann in Berücksichtigung der verschiedenen spezifischen Faktoren erhöhen oder ermässigen, erscheint dem Obergericht ebenfalls als sinnvoll und es wird diesen Ansatz bei der nachfolgenden Bemessung der Entschädigung anwenden (a.M. *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, a.a.O., N. 3 zu Art. 336a OR).

Faktoren, welche vorliegend für eine Erhöhung der „Einsatz-Entschädigung“ von drei Monatslöhnen sprechen, sind sicher die ausserordentlich lange Dauer des Arbeitsverhältnisses (mehr als 30 Jahre), das Alter des Klägers (zur Zeit der Kündigung 59 ½ Jahre), die dadurch erschwerte Wiedereingliederung und die ungleichen finanziellen Verhältnisse der Parteien. Als notorisch darf auch die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers gewertet werden, da er ungeachtet dessen, welche Sozialversicherung letztlich einspringt (ALV, IV, Taggeldversicherung) immer eine gewisse finanzielle Einbusse hinzunehmen hat. Als überdurchschnittlich kann sodann die Enge der arbeitsvertraglichen Beziehungen bezeichnet werden, nachdem der Kläger mit seiner Familie während Jahrzehnten auch eine Wohnung der Personalfürsorgestiftung der Beklagten bewohnte.

Diese Faktoren allein würden nach Auffassung des Obergerichtes eine Entschädigung in der maximalen Höhe von sechs Monatslöhnen rechtfertigen. Zu berücksichtigten sind indessen auch die folgenden Umstände:

Entgegen den Vorbringen des Klägers vermag das Obergericht in der Art und Weise der Kündigung selbst keine Missbräuchlichkeit zu erkennen. Erstellt ist nämlich, dass der Kläger das Gespräch mit dem Verwaltungsratspräsidenten M. W. verweigerte. Diesem blieb somit nur die Möglichkeit einer schriftlichen Kündigung. Ob er das Entlassungsschreiben am Arbeitsplatz des Klägers deponierte oder es an die Wohnadresse schickte, macht nach Auffassung des Obergerichtes keinen Unterschied. Auch die Formulierung der Kündigung ist nicht zu beanstanden. Das Kriterium der Art und Weise, wie die Entlassung ausgesprochen wurde, hat auf die Höhe der Entschädigung somit keinen Einfluss.

Es bleibt das geltend gemachte Mitverschulden des Klägers an der Kündigung zu prüfen.

Die Nähe eines Zeugen zu einer Partei hat nicht von vorneherein die Unverwertbarkeit seiner Aussage zur Folge. Diese ist indessen mit der gebotenen Zurückhaltung zu würdigen. Auch wenn die Zeugen Ch.S. und F.O. die beruflichen Kenntnisse des Klägers (teilweise) wertschätzten und ihn nicht durchwegs schlecht machten, darf doch der Umstand nicht vernachlässigt werden, dass sie der Beklagten, mit der zumindest im Fall von F.O. immer noch ein Arbeitsverhältnis besteht, wesentlich näher stehen. Weiter ergibt sich sowohl aus der schriftlichen Bestätigung wie auch der Aussage von Ch. S., dass sein persönliches Verhältnis gegenüber dem Kläger belastet ist. Das zeigt sich zum Beispiel dort, wo der Zeuge ausführt, er habe Herrn W. sen. bereits im Jahre 2000 vorgeschlagen, den Kläger zu entlassen oder ihn in einen anderen Bereich zu versetzen, da er seine Arbeit katastrophal gefunden habe. Hr. W. sen. habe ihm aber unbedingt nochmals eine Chance geben wollen.

Auf der anderen Seite kann nicht in Abrede gestellt werden, dass sich das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zumindest in den letzten Jahren nicht problemlos gestaltete. So hat dieser zum Beispiel nicht konkret in Abrede gestellt, dass er jegliche Zusammenarbeit mit Ch.S. kategorisch ablehnte, am Freitag grundsätzlich nicht in F. arbeiten und während der Woche nicht dort übernachten wollte. Dazu kamen offensichtliche Probleme, mit anderen Mitarbeitern der Beklagten im Team zu arbeiten bzw. sich in ein Team zu integrieren.

Ohne das Verhalten des Klägers bagatellisieren zu wollen, misst das Obergericht diesem nicht dieselbe Schwere zu wie die Vorinstanz. Dabei verkennt es nicht, dass die einzelnen Ereignisse für sich zwar relativ gravierend sind und unter anderen Umständen eine namhafte Herabsetzung der Entschädigung zu begründen vermöchten. Im vorliegenden Fall hat das Verhalten der Beklagten, welche die oben genannten „Verfehlungen“ des Klägers jahrelang ohne spürbare Konsequenzen hinnahm und es versäumte, diesen unmissverständlich, z.B. durch eine

schriftliche Abmahnung, auf seine Pflichten aufmerksam zu machen, nach Auffassung des Obergerichts letztlich aber nicht unwesentlich zur Eskalation des Arbeitsverhältnisses beigetragen. Zusammenfassend könnte man sagen, dass die fehlende Wahrnehmung der Führungsverantwortung durch die Organe der Beklagten die negative Entwicklung beim Kläger überhaupt erst ermöglichte. Mithin hat sich die Beklagte letztlich selbst in eine Position manövriert, in der sie nur noch mit einer ultimativen Massnahme, d.h. einer Kündigung, reagieren konnte.

Dem Mitverschulden des Klägers scheint daher insgesamt mit einer Reduktion der Entschädigung um einen Monatslohn ausreichend Rechnung getragen.

Zugunsten der Beklagten ist schliesslich zu berücksichtigen, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter bestimmten Voraussetzungen fortgesetzt hätte. Als erstellt zu gelten hat weiter, dass der Kläger am Arbeitsplatz in H. für ein volles Pensum nicht mehr genügend ausgelastet war und - angesichts der Probleme, den Kläger in F. einzusetzen - auch wirtschaftliche Gründe eine Kündigung nahe legten.

Dieses Moment rechtfertigt eine weitere Reduktion der Entschädigung um einen halben Monatslohn.

In Würdigung sämtlicher Umstände erachtet das Obergericht demzufolge eine Entschädigung in der Höhe von 4 ½ Monatslöhnen als angemessen.

OGer 21.02.2006

3488

Werkvertrag. Vergütung der Kosten für die Erstellung einer Offerte. Nachweis einer Vergütungsvereinbarung vom Unternehmer nicht erbracht (Art. 363 OR).

Sachverhalt:

Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts liess der Beklagte eine Liegenschaft umbauen. Vom Kläger erhielt er dazu zwei vom 6. Mai und 19. September 1996 stammende Offerten. Für seine Aufwendungen stellte der Kläger dem Beklagten am 20. April 2001 Rechnung über Fr. 2'600.--. Der Beklagte lehnte die Forderung ab.

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger macht geltend, er habe vom Beklagten mündlich einen Auftrag zur Ausarbeitung von Vorschlägen für Renovationsarbeiten an einer Liegenschaft erteilt erhalten. Der Beklagte bestreitet dies und bringt vor, der Kläger habe ihm auf eigenes Ersuchen hin eine Offerte eingereicht. Die Offerte des Klägers sei nur eine von Mehreren gewesen.

2. Nach Lehre und Rechtsprechung sind die mit der Erstellung einer Offerte verursachten Kosten grundsätzlich vom Unternehmer zu tragen (*Peter Gauch*, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 454, mit vielen Nachweisen). Eine Vergütung kann jedoch bei entsprechender ausdrücklicher oder konkludenter Abmachung, oder, wenn der Empfänger dieser Leistung daraus einen tatsächlichen Gewinn zieht, verlangt werden (Pr 84 [1995] Nr. 12). Eine Vergütungspflicht kann zwar auch stillschweigend vereinbart werden (Art. 1 Abs. 2 OR); dies ist aber grundsätzlich nicht zu vermuten (*Gauch*, a.a.O., Rz. 448). Nur wenn der Unternehmer auf Verlangen seines Verhandlungspartners Entwürfe, Pläne, statische oder andere Berechnungen, Montagezeichnungen oder ähnliche Unterlagen erstellt, die über das hinausgehen, was im Rahmen der betreffenden Vertragsverhandlungen üblich ist, spricht eine tatsächliche Vermutung für eine zumindest stillschweigend vereinbarte Vergütungspflicht (*Gauch*, a.a.O., Rz. 448; *Zindel/Pulver*, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 363 OR; Pr 84 [1995] Nr. 12). Die Beweislast für eine vereinbarte Vergütung liegt nach Art. 8 ZGB bei demjenigen, der sich auf eine Vereinbarung beruft.