

# TG\_GERICHTE RBOG-2008-11 vom 1. Januar 2008

TG Obergericht, 2008-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_RBOG-2008-11](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_RBOG-2008-11)

FR: TG\_GERICHTE RBOG-2008-11 du 1 janvier 2008

IT: TG\_GERICHTE RBOG-2008-11 del 1 gennaio 2008

## Erwägungen

### E. 1

Die Berufungsbeklagte war zuerst als Hotelfachangestellte und hauswirtschaftliche Mitarbeiterin und später als Gouvernante bei der Berufungsklägerin tätig. Die Berufungsklägerin schloss ihren Hotelbetrieb per Ende Oktober 2006 und kündigte der Berufungsbeklagten das Arbeitsverhältnis auf dieses Datum. Im Oktober 2006 schloss die Berufungsbeklagte gemäss eigenen Angaben mit der Gastwirtin X mündlich einen Arbeitsvertrag mit einem Pensum von 80% ab November 2006 ab. Danach stellte sie fest, dass sie schwanger war, und teilte dies X Ende Oktober 2006 mit. Wegen der bei Vertragsabschluss nicht bekannten Schwangerschaft wurde der ursprüngliche Vertrag mit einem Pensum von 80% für "nichtig" erklärt und die Berufungsbeklagte als Aushilfe im Stundenlohn beschäftigt. Der entsprechende schriftliche Vertrag datiert vom 28. November 2006. Mitte November 2006 orientierte die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin über ihre Schwangerschaft und machte gestützt darauf eine Verlängerung der Kündigungsfrist geltend. Zudem bot sie unter Hinweis auf ihre nach wie vor volle Arbeitsfähigkeit in Absprache mit der Arbeitslosenkasse ihre Arbeit an.

### E. 2

a) Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin nicht kündigen. Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, wird deren Ablauf gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, verlängert sich diese gemäss Art. 336c Abs. 3 OR bis zum nächstfolgenden Endtermin[1]. b) Wegen der Schwangerschaft der Berufungsbeklagten verlängerte sich das Arbeitsverhältnis gemäss der zutreffenden und unbestritten gebliebenen Berechnung der Vorinstanz grundsätzlich bis 31. Dezember 2007. c) aa) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und nahezu einhelligen Lehre gilt der zeitliche Kündigungsschutz von Art. 336c OR auch im Fall einer Betriebsschliessung, weil der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt[2]. Das anerkennt grundsätzlich auch die Berufungsklägerin. Sie hält aber dafür, der Arbeitgeber habe nicht für alle Umstände einzustehen, die nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen. Der Fall, in dem die Betriebseinstellung aus Altersgründen erfolge, könne nicht mit einem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko gleichgesetzt werden. Der Arbeitgeber, der sich vom Markt zurückziehe, könne daher nicht jenem gleichgestellt werden, der den Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen schliesse. Bei Konstellationen, die nicht Ausfluss des wirtschaftlichen Risikos seien, habe das Arbeitsverhältnis mit der

Betriebsschliessung zu enden. Der Arbeitgeber sei daher von der Lohnzahlungspflicht entsprechend der Regel von Art. 119 Abs. 1 OR befreit. bb) Soweit sich die Berufungsklägerin dabei auf NÃ¶f[3] und Riemer[4] beruft, ist ihr entgegenzuhalten, dass es sich dabei um zwei Einzelmeinungen handelt. Abgesehen davon trifft die Auffassung von NÃ¶f nicht zu, mit der Betriebsschliessung ende das ArbeitsverhÃ¶ltnis, und es liege der Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 OR vor. Im Gegenteil wird im Fall der Betriebsschliessung die Leistung des Arbeitgebers gerade durch UmstÃ¤nde unmÃ¶glich, die er selbst zu verantworten hat. Ferner sind Arbeitsk Kampfmassnahmen nicht mit Betriebsschliessungen zu vergleichen[5]. Wenn ausserdem Art. 336c OR selbst dann gilt, wenn der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen GrÃ¼nden gezwungen ist, den Betrieb zu schliessen, gelangt die Bestimmung erst recht zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber den Betrieb verkauft und die TÃ¤tigkeit deshalb einstellt. Das gilt umso mehr im vorliegenden Fall, in welchem die Arbeitgeberin eine juristische Person ist. Unter diesen UmstÃ¤nden kann es auf das Alter des Allein- oder MehrheitsaktionÃ¤rs nicht ankommen. Die Vorbringen der Berufungsklägerin im Zusammenhang mit der Betriebseinstellung aus AltersgrÃ¼nden Ã¼berzeugen daher nicht. Der von der Berufungsklägerin zitierte Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen[6] Ã¤usserte sich zur Anwendbarkeit von Art. 336c OR bei einer Betriebsschliessung seitens der Arbeitgeberin Ã¼berhaupt nicht. Er befasste sich mit der analogen Anwendung von Art. 324a OR, wenn einer Arbeitnehmerin zu Beginn einer Schwangerschaft gekÃ¼ndigt wird, ohne dass sie von der Schwangerschaft Kenntnis hat und nicht weiss, dass die KÃ¼ndigung deshalb nichtig wÃ¤re. Hier geht es aber nicht um die Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung der Arbeitnehmerin, sondern um den Annahmeverzug der Arbeitgeberin.

### E. 3

a) Die Arbeitnehmerin hat wÃ¤hrend eines durch die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 2 OR erstreckten ArbeitsverhÃ¶ltnisses nur Anspruch auf Lohn, wenn sie arbeitet, wenn sie unverschuldet im Sinn von Art. 324a OR ihre Arbeitsleistung nicht erbringen kann, oder wenn sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet. b) Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen GrÃ¼nden mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemÃ¤ss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Der Arbeitgeber gerÃ¤t mithin in Annahmeverzug und bleibt zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, wenn er ohne gesetzlich anerkannten Grund die vom Arbeitnehmer ordnungsgemÃ¤ss angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt, sei es, dass er ihm nicht ermÃ¶glicht, seine Arbeitsstelle anzutreten, sei es, dass er ihn wÃ¤hrend des ArbeitsverhÃ¶ltnisses nicht (mehr) beschÃ¶ftigt. Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers liegt ferner vor, wenn dieser die ihm obliegenden Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt, insbesondere wenn er es unterlÃ¤sst, ArbeitsgerÃ¤te und Material bereit zu stellen oder die erforderlichen Massnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu treffen. Auf ein Verschulden kommt es jeweils nicht an[7]. Der Arbeitnehmer muss sich gestÃ¼tzt auf Art. 324 Abs. 2 OR auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Sobald der Arbeitgeber zu erkennen gibt, dass er die Arbeitsleistung annehmen oder entsprechende Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen vornehmen wird, lebt die einstweilen dahingefallene Arbeitspflicht wieder auf, und der Arbeitnehmer hat seine Arbeit wieder anzubieten[8]. Die Lohnzahlungspflicht ohne Arbeit endet, wenn der

Annahmeverzug aufhört, wenn das Arbeitsverhältnis endet, oder wenn die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer unmöglich wird[9]. aa) Dass die Berufungsklägerin sich in Annahmeverzug befand, ergibt sich daraus, dass sie den Hotelbetrieb schloss. Ohne Führung eines Betriebs fehlt die Möglichkeit, Arbeitnehmer zu beschäftigen. Ferner ist erstellt, dass die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin ihre Arbeit Mitte November 2006 anbot. Dieses Arbeitsangebot war entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin rechtzeitig. Einerseits kann einem Arbeitnehmer nicht vorgeworfen werden, seine Arbeitsleistung nicht angeboten zu haben, wenn feststeht, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung von vornherein nicht angenommen hätte[10]. Gleich ist zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen kann, etwa weil er seinen Betrieb geschlossen hat. Andererseits ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Berufungsbeklagte Ende Oktober 2006 von ihrer Schwangerschaft erfuhr, sich in der Folge beraten liess und nach einigen Tagen Bedenkzeit ihre Arbeit anbot. Dass sie zu jenem Zeitpunkt im Restaurant von X arbeitete, ist im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug der Arbeitgeberin ohne Bedeutung. Wesentlich ist diese Anstellung hingegen unter dem Aspekt von Art. 324 Abs. 2 OR, das heisst mit Blick auf die Schadensminderungspflicht der Arbeitnehmerin. Sie hat sich auf den Lohn anrechnen zu lassen, was sie durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Die Besonderheit im vorliegenden Fall liegt darin, dass Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Auffassung waren, das Arbeitsverhältnis dauere nur bis Ende Oktober 2006. Erst zu einem späteren Zeitpunkt, als die Berufungsbeklagte sich bereits um neue Arbeit gekümmert hatte, wurde klar, dass sich das Arbeitsverhältnis infolge der Sperrfrist bis Ende Dezember 2007 erstrecken werde.

bb) Suche und Annahme von Arbeit ändern aber am Annahmeverzug der Berufungsklägerin grundsätzlich nichts. Weil sich der Arbeitnehmer zumutbare Arbeit, die er vorsätzlich nicht annahm, anrechnen lassen muss, liegen Arbeiten für Dritte an und somit entsprechende Arbeitsverhältnisse an in der Natur der Sache. In solchen Fällen bestehen für den Arbeitnehmer gegenüber zwei Arbeitgebern arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten. Gegenüber dem ersten Arbeitgeber ist seine Arbeitspflicht aber infolge des Annahmeverzugs sistiert. Die Arbeitspflicht gegenüber dem zweiten Arbeitgeber und damit die Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers kollidiert latent mit der Arbeitspflicht gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber. Diese Arbeitspflicht gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber lebt mit Beendigung des Verzugs sofort wieder auf. Es stellt sich daher die Frage, ob dem Arbeitnehmer überhaupt zugemutet werden kann, entweder gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber, der den Verzug beendet hat, seinerseits in Verzug zu geraten oder gegenüber dem neuen Arbeitgeber vertragsbrüchig zu werden. Die Lösung liegt wohl darin, dass sich der Arbeitnehmer mit dem ursprünglichen (ersten) Arbeitgeber abspricht und diesem bei einem voraussichtlich länger dauernden Annahmeverzug auch länger dauernde Stellenangebote, die mit seiner Arbeitspflicht kollidieren kündigt, vorlegt[11]. Nach Beendigung des Annahmeverzugs des ursprünglichen ersten Arbeitgebers dauert dessen Lohnzahlungspflicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gegenüber dem zweiten Arbeitgeber fort, wenn sich der Arbeitnehmer im zweiten Arbeitsverhältnis nicht ohne Einwilligung des ersten Arbeitgebers auf eine unangemessen lange Kündigungsfrist einliess. Erst dann wäre der Arbeitnehmer für den dadurch entstandenen Schaden durch Nichterfüllung der einen oder anderen Arbeitspflicht verantwortlich. Vorher gilt demgegenüber, dass die bis zur Auflösung des zweiten Arbeitsverhältnisses

vorübergehende Leistungsunmöglichkeit im ursprünglichen Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber zu vertreten ist[12]. cc) Entscheidend ist hier, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte nicht zur Arbeit aufforderte. Die Arbeitspflicht der Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin war und blieb somit sistiert. Kollidierende Arbeitspflichten der Berufungsbeklagten gab es nicht. Das (ursprüngliche) Arbeitsverhältnis zur Berufungsklägerin, deren Annahmeverzug und deren Lohnfortzahlungspflicht blieben trotz der Annahme der neuen Stelle bestehen. Die Berufungsklägerin beendete den Annahmeverzug nie, weil sie die Berufungsbeklagte nicht zur Wiederaufnahme der Arbeit aufforderte beziehungsweise infolge der Betriebsschliessung nie auffordern konnte. Sie bot ihr auch keine andere zumutbare Arbeit an. Ebenso wenig forderte die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte auf, ihr die Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, damit sie sie weitervermitteln könne. Vielmehr lehnte die Berufungsklägerin das Arbeitsangebot der Berufungsbeklagten von Mitte November 2006 unmissverständlich ab und erklärte aus, sie sei nicht in der Lage, ihr eine Arbeitsstelle anzubieten. Das neue Arbeitsverhältnis der Berufungsbeklagten wirkte sich somit nicht auf den Annahmeverzug aus. Das gilt sowohl bezüglich der ursprünglichen Festanstellung als auch mit Bezug auf die Anstellung als Aushilfe. Dieser mündliche Vertragsabschluss und die "Vertragsänderung" vom 28. November 2006[13] sowie die entsprechenden Folgen oder Möglichkeiten, welche sich für die Berufungsbeklagte daraus ergaben, sind nur mit Bezug auf die Frage relevant, ob sich die Berufungsbeklagte gestützt auf ihre Schadensminderungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR mehr als den tatsächlich als Aushilfe im Restaurant von X erzielten Lohn anrechnen lassen muss. c) aa) Die Berufungsbeklagte gab vor Vorinstanz an, sie habe die Stelle bei X nach einer rechtlichen Beratung angenommen. Vereinbart gewesen sei ein Pensum von 80% und ab Sommer 2007 ein volles Pensum. Die entsprechende mündliche Vereinbarung soll Ende Oktober 2006 abgeschlossen worden sein. Dabei habe X gesagt, sie wolle keine Frau anstellen, die schwanger sei oder werde. Die Berufungsbeklagte habe geantwortet, sie wolle nicht schwanger werden. Sie habe ja nicht gewusst, dass sie zu diesem Zeitpunkt bereits schwanger gewesen sei. Am 31. Oktober 2006 habe die Berufungsbeklagte X dann mitgeteilt, sie sei schwanger. X habe darauf gemeint, dann ginge der ursprünglich abgemachte Arbeitsvertrag nicht, und die Berufungsbeklagte könne nur als Aushilfe arbeiten. Im November und Dezember 2006 habe sie ein wenig dort gearbeitet. In den Akten befindet sich der schriftliche Arbeitsvertrag mit X vom 28. November 2006 für Mitarbeiter mit einem unregelmässigen Arbeitspensum. bb) Es stellt sich somit die Frage, ob die "Vertragsänderung" entsprechend dem Vertrag vom 28. November 2006 Auswirkungen auf die Anrechnungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR hat. Die Vorinstanz rechnete der Berufungsbeklagten Fr. 3'170.20 brutto an. Das entspricht dem Einkommen, das die Berufungsbeklagte gemäss Lohnabrechnung bei X tatsächlich verdiente. Ein höheres oder während längerer Zeit erzieltes Einkommen, das die Berufungsbeklagte gemäss ihrem ersten Arbeitsvertrag mit X hätte verdienen können, müsste sich die Berufungsbeklagte nur anrechnen lassen, wenn sie diesen Erwerb absichtlich zu erzielen unterliess. Das Verhalten der Berufungsbeklagten ist unter Würdigung von Sinn und Zweck der Anrechnungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR sowie der gesamten konkreten Umstände zu beurteilen. Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs oder absichtlich unterlassenen Erwerbs ist vorgeschrieben, weil der Lohnanspruch von Art. 324 Abs. 1 OR ähnliche Aufgaben erfüllt wie ein Schadenersatzanspruch. Weil der Annahmeverzug vom Verschulden des Arbeitgebers unabhängig ist, soll der

Arbeitnehmer aus der Leistungsstärkung wie im Haftpflichtrecht keine Vorteile ziehen dürfen. Er muss sich daher wie ein Geschädigter darum bemühen, die Nachteile zu mindern, soweit ihm dies zumutbar ist[14]. Der Arbeitnehmer soll sich nicht auf Kosten des Arbeitgebers bereichern, indem er ohne Arbeitsleistung vom Arbeitgeber Lohn erhält und gleichzeitig aus anderweitiger Erwerbstätigkeit ein zusätzliches Einkommen erzielt. Um zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer absichtlich auf ein anderes Einkommen verzichtet hat, sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Unterlassener Erwerb ist nur anrechnungsfähig, wenn die betreffende Arbeit zumutbar und Vorsatz gegeben war. Die Beweislast liegt beim Arbeitgeber, wobei dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben die Mitwirkung bei der Beweiserhebung obliegt[15]. Der Arbeitgeber genügt in der Regel angesichts der schwierigen Beweislage seiner Beweislast, wenn er dartut, dass im entsprechenden Beruf allgemein Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, so dass der Arbeitnehmer bei gutem Willen mit grosser Wahrscheinlichkeit eine andere, ungefähr gleichwertige Stelle hätte finden können[16]. Das Verhalten der Berufungsbeklagten ist aufgrund der konkreten Umstände, insbesondere aufgrund ihrer Rechtsunkenntnis und des unmittelbar vorangegangenen Einstellungsgesprächs mit X nachvollziehbar. Die Berufungsbeklagte war nicht rechtskundig, wie die Berufungsklägerin suggerierte, weil sie mit dem RAV in "enger Tuchfühlung" stand. Bei der Kontaktnahme im Oktober 2006 ging es darum, dass die Berufungsbeklagte bei X lediglich ein Pensum von 80% hatte[17] und entsprechend für die restlichen 20% Arbeitslosengelder beanspruchte. Sie war sich somit zum Zeitpunkt, als X ihr mitteilte, wegen der Schwangerschaft könne dieser Vertrag nicht aufrecht erhalten werden, mit Sicherheit nicht bewusst, dass sie diese Vertragsaufhebung beziehungsweise diese seitens der Arbeitgeberin behauptete "Nichtigkeit" hätte anfechten können. Nachdem sie von ihrer Schwangerschaft Kenntnis erlangt hatte, teilte sie dies offenbar auch dem RAV mit. Dieses riet ihr darauf, bei der Berufungsklägerin ihre Arbeitsleistung anzubieten. Ferner klärte das RAV sie auf, dass die Kündigungsfrist wegen der Schwangerschaft unterbrochen worden sei. Es erscheint daher glaubhaft, dass die Berufungsbeklagte von möglichen Ansprüchen gegenüber X gestützt auf das GlG, das OR und den L-GAV keine Kenntnis hatte, weil ihr das RAV dies gar nicht erwähnte. Das Schreiben der Arbeitslosenkasse datiert von Anfang November 2006. Danach machte auch dies ist glaubwürdig die Berufungsbeklagte nochmals einen Termin beim RAV ab, bevor sie der Berufungsklägerin Mitte November 2006 ihre Arbeitsleistung anbot. So oder so war der Berufungsbeklagten unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zuzumuten, mögliche Ansprüche gegen X wegen der unzulässigen Vertragsaufhebung geltend zu machen. Dabei ist zu beachten, dass die neue Arbeitgeberin keine Frau einstellen wollte, die schwanger war oder wird. Kurz darauf erhielt die Berufungsbeklagte Kenntnis von ihrer Schwangerschaft und informierte die neue Arbeitgeberin noch vor dem Antritt der Stelle. Sie ging offensichtlich davon aus, sie habe "gegen Abmachungen" mit der neuen Arbeitgeberin verstossen. Aus diesem Grund akzeptierte sie die Vertragsauflösung beziehungsweise den neuen Vertrag mit einer Anstellung als Aushilfe. Es ist nachvollziehbar, dass sie keinen Streit und die Stelle nicht ganz verlieren wollte. Zu beachten ist ferner, dass die Berufungsbeklagte weder vorsätzlich keine Arbeit gesucht noch absichtlich eine Stelle nicht angetreten hat. Sie passte lediglich den abgeschlossenen Vertrag mit X entsprechend den aktuellen Gegebenheiten an ihre eigenen Zusicherungen gegenüber der neuen Arbeitgeberin an, die sich im Nachhinein als falsch herausstellten. Von absichtlicher Unterlassung einer Arbeit im Sinn von Art. 324 Abs. 2 OR kann unter

diesen Umständen nicht gesprochen werden. Eine solche Betrachtungsweise entspricht auch Sinn und Zweck von Art. 324 f. OR: Die Berufungsbeklagte wurde Mitte September 2006 schwanger, also rund eineinhalb Monate vor dem Termin, auf den die Berufungsklägerin das Arbeitsverhältnis aufgelöst hatte. Die Schwangerschaft hat somit einen viel engeren Bezug zum Arbeitsverhältnis der Berufungsbeklagten zur Berufungsklägerin als zu jenem der Berufungsbeklagten zu X. Daher ist der Berufungsklägerin eher zuzumuten, im Rahmen der gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben den Lohn während der Schwangerschaft zu tragen. Es widerspräche demgegenüber Sinn und Zweck des Gesetzes, die Berufungsbeklagte, die sich rasch und erfolgreich um eine neue Stelle bemüht hatte, den grundsätzlich bestehenden Lohnanspruch gegenüber der Berufungsklägerin abzusprechen oder sie in einen Prozess gegen die neue Arbeitgeberin zu zwingen, nur weil sie ihrer nachträglich entdeckten Schwangerschaft und ihren dazu gehörenden gegenteiligen Äusserungen Rechnung trug und eine Aushilfstätigkeit akzeptierte. Anders entscheiden hiesse schliesslich, sich von einer Zufälligkeit leiten zu lassen und auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem die Berufungsbeklagte von ihrer Schwangerschaft erfuhr. Hätte sie nur ein paar Tage vor dem mündlichen Vertragsabschluss mit X Kenntnis von ihrer Schwangerschaft erlangt, wäre der erste Vertrag mit X angesichts der klaren Haltung der Arbeitgeberin gar nie zustande gekommen, und ein Problem wäre gar nicht entstanden. Zu beachten ist schliesslich, dass X die schwangere Berufungsbeklagte auf keinen Fall als Festangestellte beschärfen wollte. Sie hätte den ersten Vertrag, hätte die Berufungsbeklagte nicht Hand zu einer Beschäftigung als Aushilfe geboten, gekündigt ("für nichtig erklärt"). Diese Kündigung wäre in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 OR nicht zur Unzeit erfolgt, weil sie noch vor Beginn der 14-tägigen Probezeit gemäss Art. 5 L-GAV ausgesprochen worden wäre. Die Berufungsbeklagte hätte somit in diesem Fall nur einen minimalen Lohn erwerben können, der ihr überhaupt als absichtlich unterlassen abgezogen werden könnte. Daran hätte weder die Qualifikation dieser Kündigung (des ersten, mündlichen Arbeitsvertrags) als diskriminierend im Sinn von Art. 3 GlG noch eine entsprechende Klage etwas geändert. In diesem konkreten Fall gäbe es keinen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und Zahlung des Lohns, sondern lediglich auf eine Entschädigung bis höchstens sechs Monatslöhne. In diesem konkreten Fall wäre angesichts der Umstände wohl nur eine bescheidene Entschädigung zugesprochen worden. Unter Umständen bestünde auch gar kein Anspruch, weil umstritten ist, ob für die in Aussicht stehende Arbeit im Restaurant von X die Frage nach einer allfälligen Schwangerschaft überhaupt zulässig ist. Es stellt sich ferner grundsätzlich die Frage, ob mögliche Ansprüche, die gerichtlich erstritten werden müssen, überhaupt unterlassenen Arbeiterwerb im Sinn von Art. 324 Abs. 2 OR darstellen können. Zudem ist eine solche Entschädigung von Gesetzes wegen gerade nicht Lohn. Ihr kann zwar ein gewisser Lohnersatz-Charakter nicht abgesprochen werden. Im Vordergrund stehen aber der Genugtuungs- und Strafzweck an die Adresse des Arbeitgebers. d) Die Berufungsklägerin machte geltend, die Berufungsbeklagte habe die behauptete "intensive Stellensuche" nicht belegt. Die Berufungsklägerin übersieht, dass ihr der Beweis obliegt, dass die Berufungsbeklagte auf anderes Einkommen verzichtete. Dieser Beweislast und entsprechenden Behauptungslast genügt die Berufungsklägerin im konkreten Fall nicht, wenn sie lediglich dartut, im entsprechenden Beruf habe eine Nachfrage nach Arbeitskräften bestanden. Vielmehr ist zu bedenken, dass die Berufungsbeklagte, als sie sich um Arbeit bemühte, schwanger war. Zudem ist der

Vorinstanz beizupflichten, dass ausreichende Arbeitsbemühungen seitens der Berufungsbeklagten hinlänglich belegt seien, weil die Arbeitslosenversicherung Taggelder ohne Einstelltag ausbezahlt habe. Das trifft zu. Es ist gerichtsnotorisch, dass die Arbeitslosenkassen bei ungenügenden Arbeitsbemühungen relativ rasch Einstelltage verhängen. Unter diesen Umständen müsste die Berufungsklägerin schon substantiiert darlegen, dass und unter welchen Umständen die Berufungsbeklagte zumutbare Arbeit nicht annahm, wobei die fortschreitende Schwangerschaft dabei nicht aus den Augen verloren werden darf.

#### E. 4

Bei dieser Betrachtungsweise stellt sich die Frage nach einem angeblich rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Berufungsbeklagten nicht. Abgesehen davon lässt sich ohne weiteres der Standpunkt vertreten, die Berufungsbeklagte habe, nachdem sie von ihrer Schwangerschaft erfahren und die neue Arbeitgeberin darüber informiert und letztere postwendend den Arbeitsvertrag für nichtig erklärt hatte, vor der Wahl gestanden, gegen die neue Arbeitgeberin gestützt auf das GIG eine (relativ bescheidene) Entschädigung einzuklagen oder gegen den ersten Arbeitgeber die Berufungsklägerin ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung gestützt auf die Schwangerschaft, ihr Arbeitsangebot und den Annahmeverzug der Arbeitgeberin geltend zu machen. Es ist keine arbeitsvertragliche Bestimmung ersichtlich, die dieser freien Wahlmöglichkeit entgegenstehen würde. Insbesondere kann als Grundlage nicht Art. 324 OR herangezogen werden. Umso weniger kann in einem solchen Fall die Arbeitgeberin Art. 2 Abs. 2 ZGB anrufen. Obergericht, 2. Oktober 2008, ZBR.2008.37 [1] Vgl. Portmann, Basler Kommentar, Art. 336c OR N 12; BGE 134 III 358 f. [2] BGE 124 III 346 ff.; Portmann, Art. 336c OR N 3; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 336c N 2; Brunner/Bähler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A., S. 249; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 336c N 1.1 [3] Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, in: SJZ 88, 1992, S. 97 ff., 105 [4] Der neurechtliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft und Niederkunft, in: SJZ 85, 1989, S. 57 ff., 58 [5] Vgl. Riemei, S. 58 [6] SGGVP 1993 Nr. 36 [7] Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.A., N 113 [8] Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324 OR N 22 [9] Rehbinder, Arbeitsrecht, N 190 [10] Portmann, Art. 336d OR N 14 mit Hinweisen [11] Streiff/von Kaenel, Art. 324 OR N 13; vgl. Portmann, Art. 324 OR N 14 f. [12] Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324 OR N 22; Portmann, Art. 324 OR N 14 [13] Dabei handelte es sich um die Aufhebung des alten mündlichen Vertrags und um den Abschluss eines neuen Vertrags. [14] Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324 OR N 18 [15] BGE vom 12. Oktober 2005, 4C.246/2005, Erw. 6.1 mit Hinweisen [16] Portmann, Art. 324 OR N 13 [17] Entsprechend dem ersten, mündlich abgeschlossenen Vertrag mit X ×

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.