

ZH_OBERGERICHT LA150016 vom 13. August 2015

ZH Obergericht, 2015-08-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA150016

FR: ZH_OBERGERICHT LA150016 du 13 août 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LA150016 del 13 agosto 2015

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Die "B1._____ compagnie" (deutsch: "B1._____ Gesellschaft"; Firmen- nummer ...) war eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____; sie wurde am 16. Oktober 1989 in das Handelsregister des Kantons Waadt eingetragen. Am 21. Juni 2007 wurde sie infolge Fusion mit der Beklagten, der im Jahre 1883 ins Han- delsregister eingetragenen "'E._____' Gesellschaft" (Firmennummer ...), gelöscht. Sämtliche Aktiven und Passiven gingen dabei auf die übernehmende Gesellschaft über. Die Beklagte, welche sich mit dem "Betrieb jeder Art von ..." beschäftigt, firmierte am 14. März 2008 in "B._____ AG" um (vgl. Urk. 60 - 62).

- 6 -

E. 1.2

Am 2./4. Februar 2004 unterzeichneten die Rechtsvorgängerin der Beklag- ten, die "B1._____ compagnie", und die Klägerin einen Arbeitsvertrag (Urk. 4/3). Gemäss diesem Vertrag trat die Klägerin als "Analyste-programmeuse" (Applika- tionsentwicklerin) in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein. Ar- beitsort war C._____ und vereinbart wurde eine Monatslohn von Fr. 7'300.00 so- wie ein 13. Monatslohn pro Jahr in gleicher Höhe. Geregelt wurde ferner das Ge- winnbeteiligungsrecht der Klägerin sowie die Lohnabzüge hinsichtlich AHV, Ar- beitslosenversicherung ("AC") und BVG.

E. 1.3

Nach der Übernahme ihrer bisherigen Arbeitgeberin durch die Beklagte setzte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fort; ihr Arbeitsort wur- de von C._____ nach D._____ verlegt. Im November 2008 nahm die Klägerin in D._____ Wohnsitz (Urk. 1 Rz 10 und 11; Urk. 25 Rz 52 und 53). Auf Veranlas- sung der Beklagten schlossen die Parteien per 1. Januar 2008 einen neuen Ar- beitsvertrag ab (vgl. Urk. 4/7: "contrat de travail hamonisé"), der vom 17. Septem- ber 2007 datiert (Urk. 4/8; Urk. 1 Rz 11 und Urk. 25 Rz 12). Der Klägerin wurde die Funktion eines "développeur spécialisé applications" zugewiesen, und es wurde nun ein Jahressalär von Fr. 106'020.00 zuzüglich Bonus vereinbart. Ziff. 5 des Vertrages lautet wie folgt: "Les cotisations légales aux assurances sociales et les cotisations aux assu- rances professionnelles obligatoires sont prélevées sur le salaire ainsi sur un éventuel bonus."

E. 1.4

Im Januar 2008 entdeckte die Beklagte, dass der Klägerin in den Jahren 2004 bis 2008 seitens der Arbeitgeberin keine Quellensteuern belastet wurden (Urk. 1 Rz 12, Urk. 25 Rz

31). Auf den Lohnabrechnungen dieser Periode kamen jeweils Beiträge an die AHV, Arbeitslosenversicherung, BVG und "perte de gain" in Abzug, nicht aber Abzüge für die Quellensteuer (Urk. 25 Rz 31 mit Hinweis auf Urk. 26/26; Urk. 35 Rz 91). Am 22. Januar 2008 wurde die Klägerin von der HR- Abteilung der Beklagten telefonisch darauf hingewiesen, dass ein Steuerbetrag von Fr. 77'363.00 ausstehend sei (Urk. 1 Rz 12, Urk. 25 Rz 34 mit Hinweis auf Urk.26/29). In der Folge bezahlte die Klägerin der Steuerverwaltung direkt einen Betrag von Fr. 40'881.00 (Urk. 1 Rz 13, Urk. 25 Rz 34). Zur Finanzierung des Restbetrages schlug die Beklagte der Klägerin Anfang März 2008 den Abschluss

- 7 - eines Darlehensvertrages über den Betrag von 42'000.00 vor. Das Darlehen sollte unverzinslich sein und in monatlichen Raten zu Fr. 700.00, die jeweils vom Lohn hätten abgezogen werden sollen, zurückbezahlt werden (Urk. 1 Rz 14, Urk. 4/10). Schliesslich unterzeichneten die Parteien nach längeren Verhandlungen am 16. bzw. am 17. März 2009 eine "Vereinbarung über den Rückgriff der Arbeitge- berin auf die Arbeitnehmerin betreffend Quellensteuern 2004 bis 2007" (Urk. 1 Rz 21 mit Hinweis auf Urk. 4/16; Urk. 25 Rz 40, 43). Dort wurde im einzelnen darge- legt, dass die ursprüngliche "Quellensteuernachforderung" von Fr. 77'363.00 durch Rückzahlungen der Klägerin, Lohnabzüge und Verrechnung mit andern An- sprüchen gegenüber der Beklagten reduziert worden sei, so dass noch ein Betrag von Fr. 23'479.00 offen sei. Diesen Betrag werde die Klägerin in monatlichen Ra- ten von Fr. 700.00 zurückzahlen, und zwar durch Verrechnung mit ihrem Salär.

E. 1.5

In der Folge wurde die Klägerin im Betrieb der Beklagten vom Team von F._____ in jenes von G._____ versetzt (Urk. 1 Rz 46, Urk. 25 Rz20 und 23). Mit Schreiben vom 12. Mai 2009 (Urk. 4/23 und Urk. 26/7) an die Klägerin ordnete die Beklagte einen sog. Bewährungseinsatz an, weil sich die Zusammenarbeit nicht den Erwartungen entsprechend entwickelt habe. Der Klägerin werde die Möglich- keit geboten, "in nächster Zeit Leistungssteigerung und eine Verhaltensänderung zu erbringen", was "spürbares Engagement und eine hohe Kooperationsbereit- schaft" bedinge. In der Folge wurde eine Reihe von Zielen bezüglich des persön- lichen Verhaltens und auch bezüglich der Arbeitsleistung und der Lernbereitschaft festgelegt. Wenn die gesetzten Ziele bis am 20. September 2009 nicht erreicht würden, werde das Arbeitsverhältnis aufgelöst.

E. 1.6

Mit Schreiben vom 22. September 2009 kündigte die Beklagte den Arbeits- vertrag mit der Klägerin auf den 31. Januar 2010 (Urk. 4/25 und Urk. 26/24). Im Dezember 2009 brach sich die Klägerin die Schulter, so dass das Arbeitsverhält- nis erst am 31. August 2010 sein Ende fand (Urk. 1 Rz 28 mit Hinweis auf Urk. 4/27; Urk. 25 Rz 29 mit Hinweis auf Urk. 26/25). Unterm 15. September 2010 stellte die Beklagte das bei den Akten liegende Arbeitszeugnis aus (Urk. 1 Rz 27 und Urk. 4/26).

- 8 -

E. 1.7

Mit ihrem Schreiben vom 20. September 2010 an die Klägerin verwies die Beklagte auf die Vereinbarung der Parteien vom 16./17 März 2009 und hielt fest, dass die bestehende Restschuld der Klägerin im Zusammenhang mit den nicht bezahlten Quellensteuern Fr. 12'979.00 betrage. Diese Schuld der Klägerin werde mit ihrer "noch offenen Forderung aus

dem Arbeitsverhältnis (Ferienlohn im Um- fange von 51 Tagen)" verrechnet. Aus der Lohnabrechnung der Klägerin ergibt sich, dass ihrem Nettolohnanspruch von Fr. 18'433.45 die erwähnte Schuld ent- gegengestellt wurde (Urk. 26/25 inkl. Anhang), so dass der Klägerin noch ein Restbetrag von Fr. 5'474.45 ausbezahlt wurde (Urk. 43 Rz 49).

E. 2

Prozessverlauf

E. 2.1

Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das ange- fochtene Urteil verwiesen.

E. 2.2

Gegen das am 16. März 2015 zugestellte vorinstanzliche Urteil (Urk. 51) erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 27. April 2015 rechtzeitig Berufung, welche von der Beklagten am 26. Juni 2015 beantwortet wurde (Urk. 64).

E. 2.3

Mit Eingabe vom 9. Juli 2015 stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Berufungsantwort der Beklagten verspätet erstattet worden sei (Urk. 67). Da aus diesem Schreiben nichts zu Lasten der Beklagten abgeleitet wird (vgl. un- ten E. 3.1.), wird dieses Schreiben der Beklagten zusammen mit dem heutigen Urteil zugestellt.

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Mit ihrer Eingabe vom 9. Juli 2015 (Urk. 67) stellt die Klägerin die These auf, die Berufungsantwort der Beklagten sei verspätet. Zu Unrecht. Aus dem Um- stand, dass die Verfügung vom 21. Mai 2015 bereits am 23. Mai 2015 dem Ver- treter der Klägerin zugestellt wurde, lässt sich nicht ableiten, dass die Zustellung an die Rechtsvertreterin der Beklagten gleichentags erfolgt sei. Da der Rechtsver- treterin der Beklagten die umfangreichen Berufungsbeilagen der Klägerin übermit- telt werden mussten, erhielt sie – ganz im Gegensatz zum Vertreter der Klägerin – die Verfügung vom 21. Mai 2015 nicht per Briefpost, sondern per Paketpost. Ge-

- 9 - mäss der elektronischen Sendungsverfolgung der Post erfolgte die Zustellung an die Vertreterin der Beklagten am 27. Mai 2015, 09:54 Uhr (vgl. Urk. 59); die Datie- rung des Empfangsscheins durch die Vertreterin der Beklagten mit dem 27. Mai 2015 (vgl. Urk. 59) ist daher richtig. Damit lief der Beklagten die 30tägige Frist für die Erstattung der Berufungsantwort am 26. Juni 2015 ab. Die an diesem Tag zur Post gegebene Berufungsantwort ist daher rechtzeitig.

E. 3.2

Die Berufungsschrift hat klare Anträge zu enthalten, die dahin lauten, wie das Berufungsgericht materiell entscheiden soll. Kann das Berufungsgericht re- formatorisch entscheiden, so genügt ein Antrag auf Rückweisung an die Erstin- stanz nicht. Vielmehr sind für den Fall eines materiellen Entscheids durch die Be- rufungsinstanz auch diesbezügliche Anträge zu stellen (ZK-REETZ/THEILER, Art. 311 ZPO N 34). Nur ausnahmsweise, nämlich wenn die Berufungsinstanz wegen fehlender Spruchreife lediglich

kassatorisch entscheiden kann, ist ein mit einem Rückweisungsantrag verbundener Aufhebungsantrag zulässig (DIKE- HUNGER-BÜHLER, Art. 311 ZPO N 17; OGer ZH, Urteil vom 4.2.2015, LB140068). Vorliegend stellt die Klägerin wenigstens mit ihrem Eventualantrag materielle Ansprüche. Unter diesen Umständen kann auf die Berufung eingetreten werden.

E. 3.3

Die Klägerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 2 und auch mit ihrem Eventualantrag Ziff. 2 zur Berufung die Feststellung, dass die Kündigung vom 22. September 2009 missbräuchlich sei. Es ist dies eine Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO, die wie alle Klagen oder Rechtsmittelanträge ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO voraussetzen. Ein solches schutzwürdiges Interesse entfällt ohne weiteres, wenn dem Kläger für die Durchsetzung seiner Interessen eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht (BK- WEBER, Art. 88 ZPO N 9 und N 15 mit Hinweis auf BGE 135 III 378; ZK- BESEN- ICH/BOPP, Art. 88 ZPO N 7; DIKE-FÜLLEMANN, Art. 88 ZPO N 12 f.). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben; im Zusammenhang mit der behaupteten missbräuchlichen Kündigung verlangt die Klägerin denn auch im Sinne einer Leistungsklage eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR sowie eine Genugtuung (Eventualanträge Ziff. 1 und 2 zur Berufung). Auf die Feststellungsklage ist daher nicht einzutreten.

- 10 -

E. 3.4

Mit dem Berufungsantrag Ziff. 2 verlangt die Klägerin die Erstattung von sechs Monatslöhnen. So wie gemäss Art. 85 ZPO eine Klage hat auch ein Berufungsantrag, der sich auf eine Geldforderung bezieht, beziffert zu sein (vgl. dazu insbesondere zur Publikation bestimmter Entscheid BGer 5A_793/2014 vom 18.5.2015, E. 3). Ausnahmen sind nur dort zu machen, wo sich die Bezifferung wenigstens klar aus der Berufungsbegründung ergibt (BGE 137 III 617); allerdings ist es nicht Aufgabe der Gerichte, aus der Begründung herauszusuchen, welcher Betrag eingeklagt sein könnte, falls sich das nicht aus der Rechtsschrift hinreichend ergibt (BGer 5A_793/2014 vom 18.5.2015, E. 3.2.1.). In der Berufungsbegründung führt die Klägerin aus, dass der massgebliche Monatslohn Fr. 8'935.00 betrage (Urk. 52 Rz 117). Solches hatte die Klägerin auch schon vor Vorinstanz vorgetragen (Urk. 1 Rz 74). Der Berufungsantrag Ziff. 2 ist daher so zu verstehen, dass die Klägerin auf Zahlung von Fr. 53'610.00 klagt. Auf die Berufung ist daher insoweit einzutreten.

E. 3.5

Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf seine vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 3, in: SJ

134/2012 I S. 232). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht auf die Berufung nicht ein (BGer 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 3). Gleiches muss gelten, wenn ein Berufungskläger lediglich auf Vorakten verweist oder wenn die Berufung den umschriebenen Anforderungen in anderweitiger Hinsicht nicht genügt (BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2, in: SZPP 2013 S. 29 f.; BGer 5A_209/2014 vom 2.9.2014).

- 11 - Unter dem Titel II/A "Sachverhalt" stellt die Klägerin auf den Seiten 7 bis 20 ihrer Berufungsschrift den Sachverhalt unter Anrufung von Beweismitteln neu dar (Urk. 52 Rz 12 - 50). Dass solche Vorbringen im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO novenrechtlich zulässig sein sollen, tut die Klägerin mit der Berufung nicht dar. Damit sind diese Vorbringen unbeachtlich. Entscheidend sind einzig die im erstinstanzlichen Verfahren vor Aktenschluss vorgetragenen Tatsachenbehauptungen und die gleichzeitig diesen Tatsachenbehauptungen zugewiesenen Beweisanträge (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO). Sachverhaltsrügen wären mit der Berufung mit konkreten Hinweisen auf die erstinstanzlichen Parteivorträge zu begründen. Das tut die Klägerin aber nicht.

E. 3.6

Die Vorinstanz hat der Klägerin zu Recht auseinandergesetzt, dass nur solche Beweismittel von Belang sein können, die bei ihrer Bezeichnung mit relevanten Tatsachenbehauptungen verknüpft werden (Urk. 53 S. 14). Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Beweisanträge, die erst nach Aktenschluss gestellt werden, sind unbeachtlich, solange nicht dargetan wird, dass zulässige Noven vorgetragen werden (BGE 140 III 312). Keine prozessuale Bedeutung hat daher die allgemeine Beweisofferte der Klägerin, mit der sie "für ihre Sachdarstellung den rechtsgenügenden Beweis" offeriert (vgl. Urk. 52 Rz 11). Ohne besondere Bedeutung ist auch der nun vor Obergericht wiederholt gesondert formulierte prozessuale Antrag, dass für die Bestimmung des Haushaltsschadens ein Gutachten einzuholen sei (vgl. Urk. 52 S. 5).

E. 3.7

Die Klägerin beanstandet in genereller Hinsicht, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt hat und schliesst daraus, dass die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Urk. 52 Rz 51 - 61). Zuzustimmen ist der Klägerin immerhin darin, dass aus dem Umstand, dass die Parteien vor Vorinstanz im Sinne von Art. 233 ZPO auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet haben, kein Verzicht auf eine Beweisabnahme liege. So argumentieren allerdings weder Vorinstanz noch Gegenpartei (vgl. dazu insbesondere Urk. 64 Rz 86). Entscheidend ist vielmehr, ob im Sinne von Art. 150 Abs. 1 ZPO "rechtserhebliche, streitige Tatsachen" vorliegen und ob in dieser Hinsicht noch vor Aktenschluss im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO Beweismittel bezeichnet wurden. Erweist sich

- 12 - im Sinne des Gesagten die Durchführung eines Beweisverfahrens als notwendig, so liegt es im Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie die Beweise gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO selber abnehmen oder die Sache gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Vervollständigung des Sachverhalts an die erste Instanz zurückzuweisen will.

E. 3.8

Mit der vorinstanzlichen Replik hat die Klägerin ein zusätzliches Rechtsbegehren Nr. 5 gestellt, nämlich auf Erstattung von Fr. 12'979.00 unter dem Titel "Rückforderung der Quellensteuer" nebst Zins (Urk. 35 S. 4). Zu Recht hat die Vorinstanz dieses Rechtsbegehren zugelassen (Urk. 53 S. 24), indessen hat sie dieses neue Rechtsbegehren nicht eingangs ihres Urteils ausdrücklich aufgeführt. In dem für die Beurteilung der Berufung massgeblichen Eventualantrag führt allerdings auch die Klägerin dieses Rechtsbegehren nicht mehr auf. Dennoch verlangt sie mit der Berufungsbegründung nach wie vor die Zusprechung dieses Betrages (Urk. 52 Rz 148). Mit dem Eventualantrag Ziff. 3 verlangt die Klägerin die Zusprechung hoher Geldbeträge. Soweit diesen Anträgen nicht entsprochen werden kann, kann immerhin geprüft werden, ob die Klage nicht mit anderer Begründung wenigstens im Umfang von Fr. 12'979.00 gutgeheissen werden kann. Insoweit schadet es der Klägerin daher nicht, dass sie ihren Antrag gemäss Replik vor Obergericht nicht wiederholt.

E. 4

Die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung

E. 4.1

Rechtliche Voraussetzungen. Das schweizerische Arbeitsrecht wird vom Prinzip der Kündigungsfreiheit beherrscht, indem ein unbefristetes Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist jederzeit gekündigt werden kann. Es bedarf daher grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um einen Arbeitsvertrag kündigen zu können. Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Diese Aufzählung konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbe-

- 13 - stände missbräuchlicher Kündigung denkbar. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 136 III 513 E. 2.3, 132 III 115 E. 2.1 mit Hinweisen; BGer 4A_415/2011 E. 3). Um sagen zu können, dass eine Kündigung missbräuchlich sei, ist der wirkliche Grund der Kündigung zu ermitteln, was Tatfrage ist (BGE 136 III E. 2.3). Allerdings steht dem Arbeitnehmer, der auf diese Weise eine missbräuchliche Kündigung nachweisen will, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Beweiserleichterung zu, indem es genügt, wenn der Arbeitnehmer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den wahren Grund für die Kündigung nachzuweisen vermag (BGer 4C.282/2006 vom 1.3.2007 E. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7. A., Art 336 OR N 16). Dabei ist es Sache des Arbeitnehmers nachzuweisen, dass der angegebene Kündigungsgrund (ungenügende Leistungen, wirtschaftliche Überlegungen) gegenüber dem wahren Kündigungsgrund nur vorgeschoben ist. Für den Nachweis des tatsächlichen Motivs (innere Tatsache) und dessen Kausalität für die Kündigung reicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus (BGE 132 III 715; BGE 125 III 277 E. 3c S. 285), wobei oft kein direkter Beweis geführt werden kann, sondern auf Indizien abzustellen ist (BGE 130 III 699 E. 4.1. S. 703). Der Arbeitgeber hat als Ausfluss des Prinzips der

Kündigungsfreiheit die in der Kündigungsbegründung angegebenen Gründe nicht zu beweisen. Diese Gründe müssen weder der Wahrheit entsprechen noch belegt ihre Unwahrheit bereits die Missbräuchlichkeit. Vielmehr muss der Arbeitnehmer einen Missbrauchsstatbestand im Sinne des Gesetzes oder der Rechtsprechung behaupten und belegen (BGE 121 III 63). Eine Ausnahme ist allenfalls dort zu machen, wo aufgrund starker Indizien die Vermutung besteht, der vom Arbeitgeber angegebene Kündigungsgrund sei lediglich zwecks Verschleierung eines Missbrauchstatbestandes im Sinne von Art. 336 OR vorgeschoben. Die nachträgliche Nennung oder Ergänzung der Kündigungsgründe im Prozess ist zulässig, belegt für sich allein aber ebenfalls noch keine Missbräuchlichkeit der Kündigung, kann sich aber auf die Kostenfolgen eines angestrebten Prozessverfahrens auswirken (Urteil der I. Zivilkammer vom 20. November 2014, E. 2.1, Proz.-Nr. LA140010).

- 14 -

E. 4.2

Entschädigung und Verfahren. Auch wenn sich eine Kündigung als missbräuchlich erweist, wird durch sie das Arbeitsverhältnis ohne weiteres beendet (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7. A., Art 336a OR N 2). Eine missbräuchliche Kündigung ist daher unzulässig, aber nicht unwirksam (BSK- PORTMANN, Art. 336a OR N 1). In einem solchen Falle steht der andern Partei lediglich die Entschädigung gemäss Art. 336a OR zu (BGE 118 II 157 E. 4b), die gemäss BGE 123 III 394 einerseits der Bestrafung und andererseits auch der Wiedergutmachung dient. Wer eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR fordert, hat gemäss Art. 336b Abs. 1 OR bei der Gegenpartei innerhalb der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache zu erheben. Dazu hält die Vorinstanz fest (Urk. 53 S. 6), dass eine solche Einsprache seitens der Klägerin am 10. Dezember 2009 erfolgt sei. Das wird vor Obergericht seitens der Beklagten nicht in Frage gestellt.

E. 4.3

Drei Gesichtspunkte. Die Klägerin behauptet das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung unter drei Gesichtspunkten: So wirft sie der Beklagten im Zusammenhang mit der Kündigung das "Treiben eines falschen und versteckten Spiels" (Urk. 52 Rz 65 - 87), eine "Mobbingkündigung" (Urk. 52 Rz 88 - 100) sowie schliesslich die "Verletzung des Gebots schonender Rechtsausübung" (Urk. 52 Rz 101 - 103) vor.

E. 4.4

Die Verletzung des Gebots schonender Rechtsausübung und das "Treiben eines falschen und versteckten Spiels".

E. 4.4.1

Beides macht die Klägerin der Beklagten zum Vorwurf. Unter das Gebot des Handelns gemäss Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB wird auch das Gebot der schonenden Rechtsausübung eingeordnet: Wem mehrere gleichwertige Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um seine Rechte auszuüben, soll nicht ohne sachlichen Grund ausgerechnet jene Möglichkeit auswählen, die dem Vertragsgegner besondere Nachteile bringt. Für den Bereich des Obligationenrechts spielt das Gebot der schonenden Rechtsausübung namentlich bei der Ausübung von Gestaltungsrechten eine Rolle. Treuwidrig in diesem Sinne ist, wie in BGE 118 II 157 E. 4b/cc im Zusammenhang mit Art. 336a OR erstmals festgehalten, ein "falsches und verstecktes Spiel", das "in krasser Weise dem Grundsatz

der schonenden Rechtsausübung" zuwiderläuft (BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. - 15 - 2 ZGB N 219, 222 f.). Das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, ändert freilich nichts am Grundsatz, dass es im Arbeitsvertrag für die Rechtmässigkeit der Kündigung keiner besonderer Gründe bedarf, weil das Arbeitsrecht, wie bereits erörtert, vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht (BGE 132 II 115 E. 2.1; BGer 4A_169/2013 vom 18.6.2013 E. 4.2.2.). Eine missbräuchliche Kündigung ist daher ein Ausnahmetatbestand. Ein solcher kann sich nach der Auffassung des Bundesgerichts namentlich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie gemäss dieser Rechtsprechung das Gebot schonender Rechtsausübung beachten und "darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht". Ein solches krass vertragswidriges Verhalten stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung dar (BGE 132 III 115 E. 2.2., BGE 131 III 535 E. 4.2, BGE 125 III 70 E. 2b; BGer 4A_169/2013 vom 18.6.2013 E. 4.2.2.).

E. 4.4.2

In den folgenden Fällen wurde in der Judikatur ein Handeln gegen Treu und Glauben und damit die Missbräuchlichkeit der Kündigung bejaht: – BGE 118 II 157 E. 4: Das Bundesgericht prüfte die Kündigung eines Franchiseverhältnisses nach arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten. Nachdem die Franchisegeberin zu Unrecht auf einer Erhöhung der Nutzungsgebühr beharrt hatte, schloss sie am 31. Dezember 1986 mit der Rechtsnachfolgerin ihrer Vertragspartnerin per 1. April 1987 einen Vertrag, beruhigte aber die bisherige Franchisenehmerin noch mit Brief vom 9. März 1987 in dem Sinne, dass bezüglich der Nutzungsgebühr noch keine Entscheidung gefallen sei. Trotzdem wurde von ihr am 27. März 1987 verlangt, das Geschäft auf den 31. März 1987 zu räumen; gleichzeitig wurde der Vertrag auf den 30. Juni 1987 gekündigt. Und das wurde vom Bundesgericht als "falsches und verstecktes Spiel" bezeichnet, das in "krasser Weise dem Gebot der schonenden Rechtsausübung" widerspreche.

- 16 - – BGE 131 III 535: Ein Arbeitnehmer einer Bank stieg im Laufe der Jahre vom einfachen Angestellten bis zum Generaldirektor auf. Einzig um ihr eigenes Ansehen zu bewahren, entliess die Bank ihren Generaldirektor im Alter von 52 Jahren nach einer Dienstzeit von 26 Jahren und sieben Monaten. Begründet wurde die Kündigung mit widerrechtlichen Handlungen eines Mitarbeiters, der dem entlassenen Generaldirektor unterstellt gewesen war. Die Kündigung wurde als missbräuchlich angesehen, weil die Arbeitgeberin dabei einzig ihre eigenen Interessen im Auge gehabt und durch ihr Vorgehen auch die berufliche Reputation ihres verdienten Mitarbeiters geschmälert habe.

– BGE 132 III 115: Ein Heizungsmonteur war sein ganzes Berufsleben lang im Wesentlichen klaglos für die gleiche Arbeitgeberin tätig. Kurz vor dem Ende des 44. Dienstjahres und 14 Monate vor der ordentlichen Pensionierung wurde er wegen seines schlechten Verhältnisses zu dem ihm nicht direkt vorgesetzten Serviceleiter sowie wegen seiner kritischen Haltung gegenüber Massnahmen zur Produktivitätssteigerung entlassen. Das Bundesgericht erachtete die Kündigung als missbräuchlich. Dem wenige Monate vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmer hätte ermöglicht werden müssen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden. Das Gebot schonender Rechtsausübung sei krass verletzt worden, indem der Arbeitnehmer ohne jegliches Vorgespräch und auch ohne Versuch einer sozialverträglichen Lösung entlassen worden

sei. Die langjährige Tätigkeit des Arbeitnehmers für denselben Betrieb habe die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin erhöht. Dagegen wurde in den folgenden Fällen ein Handeln gegen Treu und Glauben und damit die Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint: – BGE 125 III 70: Die tatsächlichen Behauptungen der Arbeitnehmerin haben sich nach den Feststellungen des Sachgerichts nicht bestätigt. – BGer 4A_169/2013 vom 16.6.2013: Einem seit 2002 bei der Arbeitgeberin tätigen Taxichauffeur wurde auf dem 31. Oktober 2010 gekündigt. Verwie-

- 17 - sen wurde auf eine Abmahnung aus dem Jahre 2008 und auf Meldungen der Disposition, wonach der Arbeitnehmer Fahraufträge verweigert habe. Die Verletzung von Fürsorgepflichten liegt gemäss Bundesgericht nicht vor. Der Fall sei mit BGE 132 III 115 nicht vergleichbar.

E. 4.4.3

Mit der Klageschrift trug die Klägerin unter dem Titel "Treiben eines falschen und verdeckten Spiels" vor, die Beklagte sei im Rahmen ihrer Reorganisation auf ihre Fachkenntnisse angewiesen gewesen und habe auch von ihr eine überdurchschnittliche Leistungsbereitschaft verlangt. Die Arbeitgeberin habe auf dem Umzug der Klägerin in eine für sie fremde Stadt bestanden, was bei ihr habe den Eindruck wecken müssen, dass sie von der Beklagten auch nach der erfolgreichen Migration der Computerprogramme längerfristig beschäftigt werde. In Tat und Wahrheit sei der Klägerin seitens der Beklagten aber lediglich "vorgegaukelt" worden, dass man sie längerfristig beschäftigen werde. Effektiv sei die Beklagte einzig an der Migration der Computerprogramme interessiert gewesen "und wollte die Klägerin nach der Migration loswerden". Im Zusammenhang mit dem am 12. Mai 2009 angeordneten Bewährungseinsatz (vgl. Urk. 4/23 und Urk. 26/7) habe die Beklagte genau gewusst, dass die Klägerin die ihr gesetzten Ziele nicht werde einhalten können. Unverzüglich nach Ablauf des Bewährungseinsatzes sei der Vertrag denn auch seitens der Beklagten gekündigt worden (Urk. 1 Rz 42 - 47). Die Beklagte bestreitet die ihr von der Klägerin unterstellte Haltung (Urk. 25 Rz 76 - 80). Eine mit einer Fusion verbundene Reorganisation ist stets für beide Teile mit Risiken behaftet. Der Umstand allein, dass die Parteien vereinbarten, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten als neuer Arbeitgeberin fortgeführt und dass der neue Arbeitsort nicht mehr C._____, sondern D._____ sein werde, vermochte die Kündigungsfreiheiten der Parteien in keiner Hinsicht einzuschränken. Wenn die Klägerin die Verlegung ihrer Arbeitsstelle nach D._____ von der Zusicherung einer langfristigen Beschäftigung hätte abhängig machen wollen, dann hätte sie auf entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen bestehen müssen. Das hat sie indessen nicht getan, sondern sich im Gegenteil per 1. Januar 2008 auf einen Vertrag mit der Beklagten eingelassen, der im ersten Dienstjahr eine Kündigungs-

- 18 - frist von einem Monat, vom zweiten bis zum neunten Dienstjahr eine solche von zwei Monaten und schliesslich ab dem zehnten Dienstjahr eine solche von drei Monaten vorsah (Urk. 4/8 Ziff. 6). Allerdings wirft die Klägerin der Beklagten auch vor, sie habe ihr lediglich "vorgegaukelt", dass sie nach der Migration der Computerprogramme in D._____ weiter beschäftigt werde, in Tat und Wahrheit aber schon zu Beginn gewusst zu haben, dass sie sich nach der Migrationsphase von der Beklagten trennen werde. In diesem Sinne habe sie der Klägerin denn auch beim Bewährungseinsatz unerfüllbare Ziele gesetzt. Das sind in der Tat Umstände, die als "Treiben eines falschen und verdeckten Spiels" und damit als treuwidrig eingestuft werden könnten. Indessen hat die Klägerin vor Aktenschluss, d.h. entweder mit der Klageschrift oder der Replikschrift (vgl. dazu Urk. 35

Rz 174 - 190), diesen von der Beklagten bestrittenen Behauptungen keine Beweismittel im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO zugeordnet. Es bleibt daher in diesem Zusammenhang kein Raum für ein Beweisverfahren. Daran vermögen auch die Darlegungen in der Berufungsschrift nichts zu ändern (Urk. 52 Rz 65 - 87). Die Beklagte hätte immerhin auch ohne Anordnung eines Bewährungseinsatzes von ihrer Kündigungsfreiheit Gebrauch machen können. Das hat sie indessen nicht getan und ist damit der Klägerin weiter entgegengekommen als sie es hätte tun müssen.

E. 4.4.4

Unter dem Titel "Verletzung des Gebots schonender Rechtsausübung" wiederholt die Klägerin ihre Behauptung, dass ihre Entlassung von der Beklagten "bereits bei der Reorganisation ins Auge" gefasst worden sei und dass man sie nur vorübergehend habe beschäftigen wollen, weil man für eine erfolgreiche Reorganisation der Computerprogramme auf ihre Fachkenntnisse angewiesen gewesen sei. Auf eine Kündigung sei auch deshalb verzichtet worden, weil die Beklagte "die Unterschrift der Beklagten auf dem Vertrag betreffend Quellensteuer" benötigt habe. Man habe ihr damit gedroht, dass sie die Stelle verlieren werde, wenn sie den Vertrag nicht unterzeichne. Unmittelbar nach der Unterzeichnung des Vertrages sei der Bewährungseinsatz angeordnet worden. Ob dieses Psychoterror sei die Klägerin schliesslich zerbrochen. Die "nicht ansatzweise schonende" Ausübung der Rechte durch die Beklagte habe schliesslich zur dauernden Invalidität der Klägerin geführt (Urk. 1 Rz 48 - 50). Auch diese Vorbringen der Klä-

- 19 - gerin, welche in den Kernpunkten mit jenen zum "Treiben eines falschen und verdeckten Spiels" (vgl. oben E. 4.4.2.) übereinstimmen, werden von der Beklagten bestritten (Urk. 25 Rz 81 f.). Mit der Replik ergänzte die Klägerin ihre Sachvorbringen nicht (Urk. 35 Rz 191 - 193). Und auch mit der Berufung tut die Klägerin das nicht (Urk. 52 Rz 101 - 106), was im Übrigen aus prozessualen Gründen auch gar nicht mehr möglich wäre. Auch in diesem Zusammenhang fehlen jegliche Beweisansprüche zu den massgeblichen Tatsachenbehauptungen, so dass auch in dieser Hinsicht für ein Beweisverfahren kein Raum bleibt.

E. 4.5

"Mobbingkündigung".

E. 4.5.1

Mobbing stellt ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten dar, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll. Es können dabei unter Umständen Einzelhandlungen in Betracht fallen, die isoliert betrachtet durchaus als zulässig zu beurteilen sind, jedoch in ihrer Gesamtheit zu einer Destabilisierung des Opfers führen können. Mobbing liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Arbeitskonflikt oder eine schlechte Arbeitsatmosphäre besteht, oder wenn eine angestellte Person aufgefordert wird – auch auf eindringliche Weise oder mit der Androhung von Disziplinar massnahmen oder einer Entlassung – ihren Arbeitspflichten nachzukommen. Mobbing ist schwierig zu beweisen. Ein Beweis kann in der Regel nur durch Würdigung einer Vielzahl von Indizien gelingen. Dabei muss aber stets auch in Erwägung gezogen werden, dass sich die betroffene Person das Mobbing nur einbildet oder sich sogar missbräuchlich darauf beruft (BGer 8C_446/2010 vom 25.1.2011, E. 4.1; BGer 8C_900/2013 vom 5.5.2014 E. 4.2). Weil

die Beurteilung auf einer Gesamtwürdigung der Umstände beruht, insbesondere der Indizien, welche das Mobbing ausmachen, ist unter Umständen an eine Reduktion des erforderlichen Beweismasses zu denken. Ein sogenanntes Mobbing allein begründet den Missbrauch des Kündigungsrechts noch nicht ohne weiteres. Eine Kündigung kann allerdings dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie wegen einer Leistungseinbusse ausgesprochen wird, die sich ihrerseits als Folge des Mobblings erweist. Da der Arbeitgeber in Erfüllung seiner Fürsorgepflicht gehalten ist, Mobbing zu verhindern, kann er

- 20 - die Kündigung jedenfalls nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen (BGE 125 III 70 E. 2). Denkbar ist auch, dass eine Kündigung deshalb als rechtsmissbräuchlich angesehen werden muss, weil sie den Abschluss eines eigentlichen Mobbingplans darstellt (vgl. dazu BGE 125 III 70 E. 2).

E. 4.5.2

Unter dem Titel "Mobbingkündigung" trug die Klägerin vor, dass sie von Seiten der Beklagten mit falschen Angaben und Behauptungen unter Druck gesetzt worden sei, eine Rückzahlungsvereinbarung zu unterzeichnen (Urk. 1 Rz 53 mit Verweisung auf Rz 12 f.). Aus dem Protokoll der Sitzung vom 19. März 2008 (Urk. 4/11) gehe hervor, dass sich die Beklagte damals in Aussicht stellte, den Steuerbehörden die geschuldete Quellensteuer erst dann zu bezahlen, wenn die Klägerin die von ihr verlangte Rückzahlungsvereinbarung unterzeichnet haben werde. Nachdem die Klägerin schliesslich die Vereinbarung aus Angst unterschrieben habe, andernfalls ihre Stelle zu verlieren, habe die Beklagte gegenüber der Klägerin alsdann den Bewährungseinsatz angeordnet (Urk. 1 Rz 53). In der Folge sei die Klägerin angehalten worden, jeden zweiten Tag ihrem neuen Chef zu rapportieren (Urk. 1 Rz 54). Unter Hinweis auf S. 21 f. des Gutachtens von Dr. med. H. _____ (Urk. 4/29 S. 21 f.) führte die Klägerin aus, auch der Leiter des Health Managements & HR, I. _____, sei der Auffassung gewesen, dass die Klägerin zu Unrecht unter Druck gesetzt worden sei; für die Unterzeichnung des Vertrages betreffend Rückzahlung der Quellensteuer habe man insgesamt eineinhalb Jahre gebraucht (Urk. 1 Rz 55). Die Klägerin sei "offenbar in vollster Absicht einem stetigen Druck ausgesetzt" worden, nämlich zuerst im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Quellensteuer "und dann durch die ständige Kritik an Leistung und Verhalten mit Versetzung in eine andere Abteilung sowie Verordnung eines Bewährungseinsatzes". Dieses Verhalten habe schliesslich gemäss Beurteilung des behandelnden Arztes (Verweis auf Urk. 1 Rz 34 und damit auf Urk. 4/28) "und der Gutachterin" [gemeint wohl Gutachten gemäss Urk. 4/29] sowie der IV-Stelle (vgl. Ausführungen unter N 35 f.) "zu einer Traumatisierung der Klägerin mit voller Invalidität" geführt (Urk. 1 Rz 56).

- 21 - Diese Vorbringen werden von der Beklagten allesamt bestritten (Urk. 25 Rz 83 - 90). Dazu nahm die Klägerin mit ihrer Replik Stellung (Urk. 35 Rz 194 - 213), ohne aber weitere Beweisanträge zu nennen.

E. 4.5.3

Die Vorinstanz nahm in diesem Zusammenhang keine Beweise ab, weil konkrete Behauptungen der Klägerin, wer, wann und mit welchen Mitteln die Klägerin unter Druck gesetzt habe, fehlten. Unter diesen Umständen seien namentlich die von der Klägerin bezeichneten Zeugen (vgl. Urk. 1 Rz 21) nicht anzuhören (Urk. 53 S. 17). Das wird mit der Berufung beanstandet. Die von der Klägerin offerierten Beweise fänden sich in den Rz 14

bis 21 der Klageschrift. Ferner würden im Gutachten von Dr. H. _____ die Aussagen I. _____s festgehalten (vgl. dazu Urk. 4/29), der ausgeführt habe, dass die Klägerin zu Unrecht unter Druck gesetzt worden sei. Schliesslich habe die Klägerin auch in der Replik, nämlich in Urk. 35 Rz 150) Beweise inkl Zeugen genannt (Urk. 52 Rz 91).

E. 4.5.4

Entzündet haben sich die Schwierigkeiten zwischen den Parteien am Um- stand, dass es die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin über Jahre versäumt hatte, ihren gesetzlichen Pflichten nachzukommen und es als Schuldnerin der für die Klägerin geschuldeten Quellensteuer unterliess, entsprechend den gesetzli- chen Vorschriften – die geschuldete Quellensteuer vom Salär der Beklagten in Abzug zu brin- gen (vgl. dazu: Canton de Vaud, Règlement sur imposition à la source; §§ 87 ff. StG/ZH; Art. 83ff. DBG, insbesondere Art. 88 Abs. 1 lit. a DBG); – der Klägerin eine Aufstellung oder Bestätigung über den Steuerabzug aus- zustellen (vgl.; insbesondere Art. 88 Abs. 1 lit. b DBG); – die Steuern periodisch der zuständigen Steuerbehörde abzuliefern und mit ihr abzurechnen (vgl. insbesondere Art. 88 Abs. 1 lit. c DBG). Dieser Fehler hat sich auch nach der Fusion im Konzern der heutigen Be- klagten fortgesetzt. Sowohl in den Arbeitsverträgen (vgl. Urk. 4/3, 4/8) als auch auf den Lohnabrechnungen wurden die üblichen gesetzlichen Lohabzüge (vgl. Urk. 26/26) aufgeführt; einzig derjenige Abzug, der für den Arbeitnehmer am

- 22 - meisten ins Gewicht fällt, wurde vergessen: die Quellensteuer. Das ist bei einer Grossarbeitgeberin, die, wie die Beklagte und ihre Rechtvorgängerin, eine eigene Personalabteilung führt, ein im Grunde genommen unverzeihlicher Fehler, der dazu geeignet ist, den Arbeitnehmer in grösste Schwierigkeiten zu bringen, wie das im Falle der Klägerin denn auch unbestrittenermassen geschehen ist. In der Klageantwort wies die Beklagte allerdings darauf hin, dass die Klägerin das Sys- tem der Quellensteuer hätte kennen müssen, denn sie sei schon vor dem Jahre 2004 in der Schweiz arbeitstätig gewesen. Dazu komme, dass die Gemeinden und Städte die Quellensteuerpflichtigen über die Fragen informierten (Urk. 25 Rz 31 und 32). Das ist haltlos. Der Sachverstand liegt in dieser Hinsicht beim Arbeit- geber bzw. bei seiner Personalabteilung. Den Arbeitgeber – und nicht etwa den Arbeitnehmer – trifft denn auch die gesetzliche Pflicht, eine Aufstellung über die geschuldeten Quellensteuern zu erstellen und auch mit der Steuerbehörde abzu- rechnen (vgl. Art. 88 Abs. 1 lit b und c DBG). Der Steuerpflichtige kann nur dann, wenn er von seinem Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes über den Umfang seiner Pflicht orientiert wird, im Sinne von Art. 137 Abs. 1 DBG, "bis Ende März des auf die Fälligkeit der Leistung folgenden Kalenderjahres von der Veranlagungsbehör- de eine Verfügung über Bestand und Umfang der Steuerpflicht verlangen". Kommt ein Arbeitgeber seiner Pflicht nicht nach, von den Leistungen an den Arbeitnehmer die geschuldete Steuer abzuziehen, so ändert dies nichts daran, dass der Arbeitgeber dennoch die geschuldete Steuer zu bezahlen hat (vgl. Art. 88 Abs. 3 DBG). Im Umfange der unterlassenen Abzüge ist der Arbeitnehmer diesfalls ungerechtfertigt bereichert, so dass sich der Ausgleich nach den Art. 62 ff. OR richtet.

E. 4.5.5

Mit den von der Klägerin erwähnten Beweisanträgen sollte nachgewiesen werden, dass die Beklagte der Klägerin bereits im März 2008 im Zusammenhang mit den Quellensteuern einen Vertrag vorlegte, mit dem die Zahlung der ausste- henden Steuern an die Beklagte geregelt werden sollte (Urk. 4/11). Fest steht auf Grund des Sitzungsprotokolls vom 19. März 2008 auch, dass der Klägerin damals seitens der Beklagten gesagt wurde, vor

Unterzeichnung des Vertrages überweise die Beklagte die von ihr geschuldeten Steuern nicht (Urk. 4/11). Fest steht

- 23 - auch, dass sich die Diskussion zwischen den Parteien über dieses Thema über ein Jahr lang hinzog (vgl. Urk. 4/12, 4/13, 4/17). Der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin ist im Zusammenhang mit den Quellensteuern ein Fehler unterlaufen, der nicht hätte geschehen sollen und der für die Klägerin durchaus unangenehme Folgen hatte. Daran schlossen sich über längere Zeit Diskussionen an, die schliesslich in der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 16./17. April 2009 mündeten (Urk. 4/16). Dass sich die Klägerin in diesem Zusammenhang unter Druck gesetzt fühlte, ist nicht auszuschliessen. Solche Spannungen können aber in jedem Arbeitsverhältnis vorkommen, wenn Meinungsverschiedenheiten entstehen. Auch wenn die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin die Schwierigkeiten in erster Linie zu verantworten hat, sind die damit zusammenhängenden Meinungsverschiedenheiten noch längst nicht Teil eines Mobbing. Nicht jede Spannung oder Meinungsverschiedenheit ist Teil eines Mobbing. Auch die Klägerin hätte sich Gedanken über ihre Steuerpflichten machen müssen, so dass auch sie einen Beitrag zu dieser unerfreulichen Situation geleistet hat. Es war dies zweifelsohne ein die Klägerin belastender Vorfall. Ein im Sinne eines Mobbing systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten der Beklagten bzw. ihrer Organe behauptet die Klägerin aber nicht und benennt dafür auch keine Beweise. Ihre Beweisanträge in Urk. 1 Rz 14 - 21 beschlagen vielmehr äusserere Vorgänge, die an und für sich unbestritten sind.

E. 4.6

Zusammenfassung. Ist nach dem Gesagten von keiner missbräuchlichen Kündigung seitens der Beklagten auszugehen, so steht der Klägerin keine Entschädigung gemäss Art. 336a OR zu. Soweit das angefochtene Urteil das Klagebegehren Ziff. 2 abgewiesen hat, ist es daher ohne weiteres zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Mit ihrem Klagebegehren Ziff. 3 verlangt die Klägerin in diesem Zusammenhang auch die Zusprechung eines Betrages von Fr. 20'000.00 als Genugtuung. Die Beklagte ist nach Art. 328 OR als Arbeitgeberin verpflichtet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit der Klägerin als Arbeitnehmerin zu achten und zu schützen. Sie haftet insbesondere für allfällige Persönlichkeitsverletzungen im Sinne von Art. 49 OR, wenn solche durch Vorgesetzte oder zuständige Personalverant-

- 24 - wortliche begangen worden sind. Genugtuung nach Art. 49 OR ist allerdings nur geschuldet, wenn die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wieder gutgemacht werden kann. Ausserdem muss die objektiv schwere Verletzung vom Ansprecher als seelischer Schmerz empfunden werden. Damit die Schwere der Verletzung bejaht werden kann, bedarf es in objektiver Hinsicht jedenfalls einer ausserordentlichen Kränkung. Es genügt dafür z.B. nicht jede leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person (BGE 125 III 70 E. 3). Nach dem Gesagten kann von Persönlichkeitsverletzungen gegenüber der Klägerin aber keine Rede sein. Damit ist auch die vorinstanzliche Abweisung des Klagebegehrens Ziff. 3 zu bestätigen.

E. 5

Schadenersatz und Genugtuung

E. 5.1

Verletzungen der Persönlichkeit eines Arbeitnehmers, die ein Arbeitgeber sich in Verletzung seiner Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR zuschulden kommen lässt, sind Vertragsverletzungen, die die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers begründen können (BGE 135 III 405 E. 3.2). Unter diesem Titel verlangt die Klägerin gemäss ihrem Rechtsbegehren von der Beklagten die Erstattung von Fr. 435'061.25 für Lohnausfall einschliesslich Ausgleich der Reallohnentwicklung, Fr. 490'489.00 Haushaltsschaden sowie Fr. 58'204.65 für "weitere Schadenspositionen".

E. 5.2

Auch in diesem Zusammenhang ist zu wiederholen: Fehler eines Arbeitgebers, wie sie hier im Zusammenhang mit der Nichtbezahlung und Nichtberücksichtigung der Quellensteuer geschehen sind, stellen noch keine Verletzung einer Schutzpflicht dar. Ebenso wenig kann ein solcher Fehler dazu führen, dass ein Arbeitgeber von seiner Kündigungsfreiheit nicht mehr Gebrauch machen könnte. Nichts ableiten kann die Klägerin sodann aus dem Umstand, dass die Beklagte zunächst einen Bewährungseinsatz anordnete, bevor sie von ihrer Kündigungsfreiheit Gebrauch machte. Da der Beklagten nach dem Gesagten weder ein Mobbing noch sonst ein rechtsmissbräuchliches Verhalten angelastet werden kann, kann ihr in dieser Hinsicht auch keine Verletzung ihrer Pflichten gemäss Art. 328 OR vorgeworfen werden. Mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 53 S. 21 ff.) ist eine Vertragsverletzung daher zu verneinen. Damit ist auch dem Klagebegehren Ziff. 3 der - 25 - Boden entzogen. Die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz ist unter diesen Umständen auch in diesem Punkte zu bestätigen.

E. 6

Rückforderung Quellensteuer

E. 6.1

Unter dem Titel "Rückforderung Quellensteuer" hat die Klägerin mit ihrer vorinstanzlichen Replik den Betrag von Fr. 12'979.00 geltend gemacht. Zu Recht hat die Vorinstanz die erweiterte Klage zugelassen (Urk. 53 S. 24): Einerseits steht der erweiterte Klageanspruch mit dem bisher geltend gemachten in einem sachlichen Zusammenhang (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Und andererseits führt die Klageerweiterung auch nicht zu einer andern Verfahrensart, denn bei einer Klagenhäufung werden die einzelnen Ansprüche hinsichtlich des Streitwertes grundsätzlich zusammengerechnet (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Es bleibt daher auch unter Berücksichtigung der Klageerweiterung die gleiche Verfahrensart anwendbar, nämlich das ordentliche Verfahren.

E. 6.2

Mit der von den Parteien am 16./17. April 2009 unterzeichneten Vereinbarung (Urk. 4/16) wurde festgehalten, dass von der die Klägerin für die Jahre 2004 bis 2007 treffenden Steuerforderung von Fr. 77'363.00 ein Betrag von Fr. 40'881.00 getilgt worden sei, so dass – nach weiteren Abzügen – noch ein Betrag von Fr. 23'479.00 offen sei. Unter dem Titel "Zahlungsmodus" wurde in der Vereinbarung Folgendes festgehalten: "Die Arbeitnehmerin [Klägerin] bezahlt der Arbeitgeberin [Beklagten] die per 1. März 2009 ausstehende Quellensteuer von CHF 23'479.00 in 33 monatlichen Raten von CHF 700.00 plus den Restbetrag von CHF 379.00. Die monatlichen Raten werden jeweils – erstmals im März 2009 – direkt vom Salär abgezogen. Tritt die Arbeitnehmerin aus der Gesellschaft aus, so wird der gesamte Betrag auf das Datum des Austritts zur Rückzahlung fällig. Die

Arbeitnehmerin erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, dass bei einem Austritt die noch bestehende Restschuld mit Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis – soweit gesetzlich zulässig – verrechnet wird. Sofern zwischen der Arbeitnehmerin und der Arbeitgeberin keine Einigung erzielt wird, ist die Arbeitgeberin befugt, diesen Betrag abzuziehen." Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstattete die Beklagte mit Schreiben vom 20. September 2010 eine Abrechnung (Urk. 26/25 mit Beilagen).

- 26 - Sie schrieb der Klägerin dort 51 nicht bezogene Ferientage zu Fr. 412.32 gut, d.h. einen Bruttobetrag von Fr. 21'028.30. Unter Berücksichtigung einer Reihe von Abzügen (für UVG, AHV usw.) gelangte die Beklagte alsdann zu einem Nettoanspruch der Klägerin von Fr. 18'453.45. Mit diesem Nettoanspruch verrechnete die Beklagte die damalige Restschuld der Klägerin im Zusammenhang mit den Quellensteuern von Fr. 12'979.00. Zur Auszahlung gelangte daher im September 2010 nicht ein Betrag von Fr. 18'453.45, sondern ein solcher von Fr. 5'474.45.

E. 6.3

Die Klägerin verlangt von der Beklagten nun die Erstattung dieser von der Beklagten zur Verrechnung gebrachten Restschuld von Fr. 12'979.00 (Urk. 25 Rz 29). Mit ihrer Replik setzte sich die Klägerin hinsichtlich dieser Restschuld, mit der Sachdarstellung der Beklagten in der Klageantwort auseinander (Urk. 35 Rz 114 f. mit Hinweis auf Urk. 25 Rz 42). In der Klageantwort hatte die Beklagte nämlich dargelegt, dass die Klägerin auf Grund von Gesprächen mit dem für die Beklagte handelnden J. _____ gewusst habe, "dass ihr die Restschuld im Falle ihres Ausscheidens aus der Beklagten erlassen würde" (Urk. 25 Rz 42). Als Beweismittel hatte die Beklagte in der Klageantwort eine E-Mail der Klägerin an I. _____ von der Personalabteilung der Beklagten (vgl. Urk. 25 Rz 23) vom 17. April 2009, 18.17 Uhr, angerufen (Urk. 26/40). Es war dies der Tag, als die Klägerin die Vereinbarung Urk. 4/16 unterzeichnet hatte. Dort führte die Klägerin aus, J. _____ habe ihr gesagt, dass sie im Falle, dass sie von der Beklagten entlassen würde, "keine Schuld mehr" habe. Im Vertrag sei dies aber nicht festgehalten, weshalb sie "Angst vor dieser Situation" habe. Vor Obergericht bestätigt die Beklagte im Übrigen erneut, dass der Klägerin seitens J. _____ gesagt worden sei, "dass ihr die Restschuld im Falle ihres Ausscheidens aus der Beklagten erlassen würde" (Urk. 64 Rz 44). Diese Sachdarstellung der Beklagten bestätigte die Klägerin mit der Replik, indem sie darlegte, dass ihr die Beklagte im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 16./17. April 2009 (Urk. 4/16) erklärt habe, "man würde ihr die Restschuld bei einem Ausscheiden erlassen". Zwar habe die Klägerin gewünscht, dass dies in der Vereinbarung ausdrücklich festgehalten werde, worauf seitens der Beklagten erklärt worden sei, "das würde nur einen unnötigen Zusatzaufwand

- 27 - bedeuten". Dennoch sei ihr beim Ausscheiden die Restschuld nicht erlassen worden, sondern "trotz anderweitiger Zusicherungen" im Umfange von Fr. 12'979.00 mit offenen Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis verrechnet worden. Die Klägerin verlangt daher die Zusprechung des Betrages von Fr. 12'979.45 nebst Zins zu 5% seit dem 1. September 2010 (Urk. 35 Rz 114, 115 und 224). Mit der Duplik bestätigte die Beklagte nochmals, dass sie der Klägerin zugesichert habe, "die Restschuld nach Austritt zu erlassen". In der Folge habe die Beklagte aber "einzig die bei Austritt noch offenen Ferientage mit der noch offenen Quellensteuerschuld verrechnet" (Urk. 43 Rz 49).

E. 6.4

Die Vorinstanz verwies in diesem Zusammenhang auf die Vereinbarung der Parteien vom 16./17. März 2009 wo festgehalten werde, dass die Rückzahlung der geschuldeten Quellensteuern bei einem Ausscheiden aus der Beklagten beim Austritt der Klägerin aus der Beklagten fällig werde und "die noch bestehende Restschuld" im Rahmen des gesetzlich Zulässigen verrechnet werde. Die spätere Erklärung der Beklagten sei unter diesen Umständen so zu verstehen, dass die Klägerin "nicht zu befürchten hatte, die Beklagte würde von ihr nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (nebst der Verrechnung mit Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis) noch zusätzliche Zahlungen verlangen" (Urk. 53 S. 25). Diese vorinstanzliche Beurteilung wird mit der Berufung angefochten (Urk. 52 Rz 39 und, 148).

E. 6.5

Ein Vertrag kommt zustande durch die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien (Art. 1 OR). Allerdings gilt im schweizerischen Vertragsrecht der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Sowohl im Konsens- als auch im Auslegungsstreit ist daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (BGE 131 III 469 E. 1.1, 129 III 667 E. 3.1, 126 III 379 E. 2e, 123 III 39 E.2b). Im entscheidenden Punkte stimmen die Parteien in tatsächlicher Hinsicht überein: Der Klägerin wurde im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom März 2009 zugestanden, dass im Falle ihres Ausscheidens die "Restschuld" Quellen-

- 28 - steuer "erlassen" werde. Unbestritten geblieben ist auch die Darstellung der Klägerin in ihrer Replik, wonach sie zuvor darauf gedrängt habe, dass dieses Zugeständnis der Beklagten in der Vereinbarung festgehalten werde, was von der Beklagten als "unnötiger Zusatzaufwand" verworfen worden sei. Diese Darstellung der Klägerin stimmt immerhin mit dem überein, was sie bereits in ihrer E-Mail vom 17. April 2009 an die Beklagte ausgeführt hatte (Urk. 29/40). Diese E-Mail rief die Beklagte in ihrer Klageantwort ausdrücklich zum Beweis für ihre Sachdarstellung an (Urk. 25 Rz 42). Damit steht fest, dass der Klägerin seitens der Beklagten ausdrücklich zugesichert wurde, dass ihr eine allfällige "Restschuld" Quellensteuer bei ihrem Ausscheiden aus der Beklagten erlassen würde. Wenn die Beklagte nun aber statt dessen diese Restschuld teilweise mit Gegenforderungen der Klägerin verrechnete, dann erliess sie diese Restschuld nicht, denn die Verrechnung ist eine Form der Schuldentilgung durch Opferung einer eigenen Forderung (so BSK-PETER, vor Art. 120-126 OR, N 1). Zu diesem einseitigen Rechtsgeschäft war die Beklagte aber nicht befugt, weil sie der Klägerin versprochen hatte, bei deren Ausscheiden auf ihre Forderung Quellensteuer zu verzichten. Der Beklagten stand mithin keine Forderung zu, die sie auf dem Wege der Verrechnung hätte opfern können. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte der Meinung ist, dass sie den Ferienlohn hätte kürzen können, trägt sie doch gleichzeitig vor, dass sie dies nicht getan hat (vgl. Urk. 64 Rz 77 mit Hinweis auf Urk. 43 Rz 49, Urk. 64 Rz 126). Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang mit der Berufungsantwort erhobene Verjährungseinrede (Urk. 64 Rz 126) ist sodann prozessual unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Stand der Beklagten mithin keine Verrechnungsforderung zu, dann blieb ein Betrag von Fr. 12'979.00 aus dem Arbeitsverhältnis, welcher die Beklagte der Klägerin schuldete, unbezahlt. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig und der Schuldner tritt in Verzug (Art. 339 Abs. 1 OR; Art. 102 Abs. 2 OR; STREIFF/VON

KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7. A., Art 323 OR N 3). Unter diesen Umständen schuldet die Beklagte der Klägerin den gesetzlichen Verzugszins seit dem 1. September 2010. In diesem Sinne ist die Klage teilweise gutzuheissen.

- 29 -

E. 7

Arbeitszeugnis

E. 7.1

Im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses übergab die Beklagte der Klägerin ein vom 15. September 2010 datiertes Arbeitszeugnis (Urk. 4/26). Mit ihrem Klagebegehren Ziff. 1 verlangte die Klägerin eine Neufassung dieses Arbeitszeugnisses. Die Vorinstanz strich mit dem angefochtenen Urteil zwei Satzteile sowie einen ganzen Satz dieses Arbeitszeugnisses, wies aber im Übrigen auch in diesem Punkte die Klage ab (Urk. 53 Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Mit dem Eventualantrag Ziff. 4 ihrer Berufung hält die Klägerin am erwähnten Klagebegehren fest.

E. 7.2

Zunächst sei in zustimmendem Sinne auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 53 S. 26 - 29).

E. 7.3

Das von der Beklagten ausgestellte Zeugnis verweist eingangs auf das Zwischenzeugnis vom 31. Dezember 2007 (Urk. 4/5) hin, welches für die Zeit vom 4. Februar 2004 bis Ende 2007 für die Tätigkeit der Klägerin bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten von den zuständigen Personen der Rechtsvorgängerin ausgestellt wurde. Mit der Verweisung auf das Zwischenzeugnis ihrer Rechtsvorgängerin wurde dieses auch von der Beklagten bestätigt. Zeugnis und Zwischenzeugnis sind zusammen zu lesen. Das erwähnte Zwischenzeugnis wird von der Klägerin selber als "sehr gut" bezeichnet (Urk. 52 Rz 153). Wegen der im Laufe des Jahres 2007 erfolgten Fusion der beiden ...gesellschaften ist das von der Beklagten gewählte Vorgehen durchaus sinnvoll. Die Fusion führte auch bezüglich der Tätigkeiten der Klägerin zu einer offensichtlichen Zäsur; ihr Pflichtenheft wurde geändert und ihr Arbeitsplatz wurde von C._____ nach D._____ verlegt.

E. 7.4

Die Vorinstanz hat überdies dargelegt, weshalb die im Arbeitszeugnis von der Beklagten gewählte Umschreibung des Tätigkeitsbereichs der Klägerin nicht zu beanstanden ist. Sie hat dabei namentlich auf die fehlenden Beweisanträge der Klägerin hingewiesen (Urk. 53 E. V/2.1). Entgegen ihrer gesetzlichen Obliegenheit setzt sich die Klägerin vor Obergericht mit der vorinstanzlichen Argumentation nicht auseinander. Mit dem Novenverbot von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist es so-

- 30 - dann namentlich nicht vereinbar, wenn die Klägerin auf erst mit der Berufung vorgetragene Beweismittel verweist (Urk. 52 Rz 152).

E. 7.5

Auch bezüglich Arbeitsqualität und Verhalten der Klägerin moniert die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil fehlende Beweisanträge (Urk. 53 S. 28 E. V/2.2. in Verbindung mit E. V/2.1.). Dem hält die Klägerin vor Obergericht einzig entgegen, dass das

Arbeitszeugnis nicht ihre "wahren Qualitäten" aufzeige (Urk. 52 Rz 155). Sie meint ferner, dass wegen missbräuchlicher Kündigung und des Verhaltens der Beklagten die Klägerin derart verunsichert gewesen sei, dass sie "nicht mehr fähig war, ihre Leistung zu erbringen", weshalb sie invalid geworden sei (Urk. 52 Rz 154). Weder ein missbräuchliches noch ein vertragsverletzendes Verhalten der Beklagten liegt aber nach dem oben Ausgeführten vor, so dass es auch in dieser Hinsicht mit dem angefochtenen Urteil sein Bewenden haben muss.

E. 7.6

Schliesslich beanstandet die Klägerin vor Obergericht den Passus des Arbeitszeugnisses, mit dem darauf hingewiesen wurde, dass die Klägerin "aus gesundheitlichen Gründen ihre Tätigkeit seit Juli 2008 nur teilweise" habe ausüben können (Urk. 52 Rz 157). Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, weshalb der fragliche Passus nicht zu streichen ist (Urk. 53 S. 29 E. V/2.3.). Auch insoweit setzt sich die Klägerin vor Obergericht mit dem angefochtenen Urteil nicht auseinander. Der vorinstanzlichen Argumentation ist ohne weiteres zu folgen; sie liegt auf der Linie von BGE 136 III 510.

E. 8

Zusammenfassung und Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 8.1

Nach dem Gesagten ist das vorinstanzliche Urteil nur in einem einzigen Punkt zu korrigieren, nämlich bezüglich der Rückforderung der Quellensteuer (oben E. 6).

E. 8.2

Anhand des Eventualantrages ist für das Berufungsverfahren von folgendem Streitwert auszugehen: – Eventualantrag Ziff. 1: Fr. 53'610.00 (vgl. oben E. 3.4); – Eventualantrag Ziff. 2: Fr. 20'000.00;

- 31 - – Eventualantrag Ziff. 3: Fr. 983'754.90; – Arbeitszeugnis Ziff. 4: Fr. 8'935.00 (entsprechend einem Monatslohn). Das ergibt einen Gesamtstreitwert von Fr. 1'066'299.90.

E. 8.3

Die Klägerin unterliegt damit zu 98.8%. Das sehr geringe Obsiegen der Klägerin rechtfertigt keine auch nur teilweise Kostenverlegung zu ihren Gunsten. Die Klägerin wird daher für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Damit sind auch Dispositiv-Ziff. 3, 4 und 5 des angefochtenen Urteils zu bestätigen. Für das Berufungsverfahren ist die Mehrwertsteuer von 8% zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen. Es wird beschlossen: Auf die Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 wird nicht eingetreten. Es wird erkannt:

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