Urteilskopf

96 II 52

11. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. April 1970 i.S. Meco Mechanical Corporation gegen Leitenmaier.
Regeste (de):
1. Art. 347 Abs. 3 OR. Voraussetzungen, unter denen ein bedingtes Kündigungsrecht und eine bedingte automatische Beendigung des Dienstverhältnisses vereinbart werden dürfen (Erw. 2 a).

2. Art. 101 Abs. 3 OR. Haftung des Dienstherrn für die sofortige Entlassung eines Dienstpflichtigen durch eine Hilfsperson (Erw.2b).

3. Art. 8 ZGB und Art. 332 OR. Der Beweis dafür, dass die Voraussetzungen für die Herabsetzung des Lohnanspruches vorliegen, obliegt grundsätzlich dem Dienstherrn (Erw. 3).

Regeste (fr):
1. Art. 347 al. 3 CO. Sous quelles réserves peut-on convenir d'un droit de résiliation conditionnel ou d'une résiliation conditionnelle et de plein droit? (consid. 1 a).

2. Art. 101 al. 3 CO. Responsabilité de l'employeur pour le renvoi abrupt d'un employé par un auxiliaire (consid. 2 b).

3. Art. 8 CC et 332 CO. C'est en principe à l'employeur qu'incombe la preuve des conditions qui justifient une réduction de salaire (consid. 3).

Regesto (it):
1. Art. 347 cpv. 3 CO. Presupposti perchè si possa convenire un diritto di disdetta condizionale e uno scioglimento condizionale automatico del rapporto di servizio (consid. 1a).

2. Art. 101 cpv. 3 CO. Responsabilità del datore di lavoro per il licenziamento in tronco di un dipendente da parte di una persona ausiliaria (consid. 2 b).

3. Art. 8 CC e 332 CO. Incombe in linea di massima al datore di lavoro provare che sono dati i requisiti per una riduzione del salario (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 53

BGE 96 II 52 S. 53

A.- Durch Vertrag M 2300 verpflichtete sich die in Zürich niedergelassene Meco Mechanical Corporation (MMC) gegenüber dem Kriegsministerium der Vereinigten Arabischen Republik (VAR), in Aegypten ein Flugzeug herzustellen. Das europäische Fachpersonal wurde von der MMC angestellt und in Aegypten eingesetzt. Die MMC schloss mit dem Kriegsministerium über jeden "Experten" einen "individual contract", der vom Angestellten mitzuunterzeichnen war und in Art. VIII (aus dem Englischen übersetzt) unter anderem bestimmt:
"Dieser Vertrag wird am Tage ablaufen, an dem die Arbeitszeit des Experten gemäss den im gleichen Vertrag

festgesetzten Bedingungen abgelaufen ist. Es ist jedoch vereinbart, dass die Gültigkeit dieses Vertrages - irgendwann während seiner Ausführung - automatisch am Tage aufhören wird, an dem die durch die MMC dem Ministerium gewährte technische Hilfe gemäss den in Art. 1 Abs. 1V des Vertrages M 2300 beendet sein wird." Die MMC schloss zudem mit jedem Angestellten einen Dienstvertrag, der unter Ziff. V über die Beendigung des Vertragsverhältnisses insbesondere folgende Bestimmung enthält: "Für den Fall, dass die Tätigkeit des Angestellten in Ägypten aus einem nicht von ihm selbst zu vertretenden Grund vor dem ... beendet werden sollte, erklärt sich der Angestellte einverstanden, aus dem Vertragsverhältnis zur Firma vorzeitig - und zwar zu dem Zeitpunkt, zu welchem seitens der VAR-Regierung sein "individual contract" gelöst oder nicht mehr erfüllt wurde - auszuscheiden, und dies unter Verzicht auf weitere Ansprüche aus welchem Rechtsgrunde auch immer gegenüber der Firma und/oder Dritten aus dem vorliegenden Dienstvertrag einschliesslich Anhang über Einsatz in VAR (individual contract)."

B.- Durch Dienstvertrag vom 16. September 1960 stellte die MMC Karl Leitenmaier an, um ihn gegen ein monatliches Grundgehalt von Fr. 1080.– als Vorarbeiter in Aegypten einzusetzen. Leitenmaier hatte zudem monatlich einen Bonus für Auslandeinsatz von Fr. 162.– sowie in ägyptischer Währung einen Unterhaltsbeitrag von LE 90.- und eine Familienzulage von LE 20.- zugute. Der dazu gehörende individuelle Vertrag sollte für die Zeit vom 1. April 1961 bis 30. Juni 1963 gelten, sofern er nicht vorzeitig, insbesondere gemäss den Bestimmungen von Art. VIII des Vertrages, gekündigt würde. Am 28. November 1961 erklärte die MMC das Dienstverhältnis

mit Leitenmaier auf den 31. Dezember 1961 als beendet. Sie bezahlte ihm das gesamte Gehalt für Dezember sowie das Grundgehalt für Januar und Februar 1962. Leitenmaier musste daraufhin Aegypten verlassen und sich in Europa eine neue Arbeitsstelle suchen.

C.- Mit Klage vom 28. Februar 1968 verlangte Leitenmaier unter Berücksichtigung seines Ersatzeinkommens von der MMC Bezahlung des vertraglichen Gehalts für die Zeit vom 1. März 1962 bis 30. Juni 1963 im Betrage von Fr. 15 613.40 nebst Zins und Betreibungskosten. Das Bezirksgericht Zürich und auf Appellation hin am 11. Juli 1969 auch das Obergericht des Kantons Zürich verurteilten die MMC zur Bezahlung des eingeklagten Betrages nebst 5% Zins seit 28. Oktober 1966 und Fr. 19.20 Betreibungsspesen.

D.- Die Beklagte hat gegen das Urteil des Obergerichts die Berufung erklärt mit dem Antrag, es aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kläger beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 1X des Dienstvertrages untersteht das Rechtsverhältnis der Parteien schweizerischem Recht, soweit durch den Vertrag nichts anderes bestimmt worden ist.

2. Das Obergericht führt aus, der Dienstvertrag sei auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden, da der individuelle Vertrag, der einen Bestandteil des Anstellungsvertrages bilde, die Dauer des Dienstverhältnisses genau

angebe. Mit der Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung des individuellen Vertrages durch die Regierung der VAR habe die Beklagte gerechnet und sich für diesen Fall das Einverständnis des Klägers mit der vorzeitigen Entlassung ausbedungen. Die Vereinbarung einer solchen Beendigung des Dienstverhältnisses erscheine nach Art. 347 Abs. 3 OR aber jedenfalls dann als unzulässig, wenn die Herbeiführung der Bedingung ins Belieben eines Dritten gestellt werde. Die Beklagte hält dem entgegen, der in Ziff. V des Anstellungsvertrages vorgesehene Fall der sofortigen und entschädigungslosen Entlassung des Angestellten auf Verlangen der ägyptischen Regierung sei im November 1961 eingetreten, was dem Kläger

mitgeteilt worden sei. Eine solche Beendigung des Dienstverhältnisses stütze sich nicht auf eine ordentliche Kündigung, sondern sei einer Auflösung aus wichtigem Grunde gleichzustellen. Es stehe den Parteien frei, einzelne Tatsachen, die nicht wichtige Gründe im Sinne von Art. 352 OR seien, in einem Vertrag als solche zu bezeichnen und für den Fall, dass sie vorlägen, eine vorzeitige und entschädigungslose Auflösung des Vertrages vorzusehen. Darin sei entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht eine Vereinbarung zu erblicken, die den Beschränkungen des Art. 347 Abs. 3 OR unterliege. a) Wie das Bundesgericht am 8. März 1967 in einem ähnlichen Fall i.S. Eglauf ausgeführt hat, dürfen das Kündigungsrecht und der automatische Hinfall des Dienstvertrages nur innerhalb der zwingenden Schranken des Gesetzes geregelt werden. Eine solche Schranke bildet insbesondere Art. 347 Abs. 3 OR, der die Vereinbarung verschiedener Kündigungsfristen für den Dienstherrn und den Dienstpflichtigen verbietet. Dieses Verbot kann nicht dadurch umgangen werden, dass das Kündigungsrecht oder die automatische Beendigung des Dienstverhältnisses von einer Bedingung abhängig gemacht wird, deren Eintritt einseitig vom Willen des Dienstherrn abhinge. Eine solche Bedingung würde es dem Dienstherrn erlauben, den Vertrag schon auf einen Zeitpunkt zu beenden, auf den der Dienstpflichtige das nicht tun könnte. Ein bedingtes Kündigungsrecht und eine bedingte automatische Beendigung des Dienstverhältnisses dürfen nur vereinbart werden, wenn und soweit der Eintritt der Bedingung vom Willen der Parteien nicht abhängt oder beide Parteien ihn in gleicher Weise herbeiführen können. Keine dieser Voraussetzungen ist hier erfüllt. Der Kläger konnte eine vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses nicht verlangen, und was die Beklagte anbetrifft, so steht nach unwiderlegt gebliebenen Zeugenaussagen fest, dass sie andere Facharbeiter aus Europa zur Ablösung bereithielt, als der Kläger zusammen mit weiteren vierzehn Angestellten entlassen wurde. Das war aber nur durch eine Absprache mit den ägyptischen Stellen möglich und setzte das Einverständnis der MMC voraus. Diese wendet freilich ein, die ägyptische Regierung habe die sofortige Entlassung des Klägers und seiner Mitarbeiter verlangt und dagegen habe sie, die Beklagte, nichts unternehmen können. Die Vorinstanz hielt diese Behauptung jedoch nicht

für erwiesen, weil die Beklagte es unterliess, hiefür Beweise anzugeben und insbesondere nicht sagte, welches ägyptische Organ die Entlassung verlangt habe, wann und wie das Begehren gestellt worden sei. Der Einwand geht übrigens fehl. Nach Art. 1V des individuellen Vertrages konnte die ägyptische Fabrikleitung die sofortige Entlassung eines Dienstpflichtigen nur verlangen, wenn erwiesen war, dass sich dieser schlecht aufgeführt, unerlaubt politisch betätigt oder seine Pflichten ernsthaft vernachlässigt hatte. Die Beklagte behauptet nicht, der Kläger sei wegen solchen Verhaltens entlassen worden. Sie beruft sich vielmehr auf die in Ziff. V des Anstellungsvertrages enthaltene Auflösungsklausel, in der aber nur von einem sofortigen Ausscheiden des Angestellten "aus einem nicht von ihm selbst zu vertretenden Grund" die Rede ist. Aus dem ebenfalls angerufenen Art. VIII des individuellen Vertrages kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diese Bestimmung

sah einen automatischen Hinfall des Vertrages nur für den Fall vor, dass die MMC die der VAR versprochene technische Hilfe vor Ablauf der im Vertrag angegebenen Dauer des Dienstverhältnisses beendete. Das traf 1961 jedenfalls noch nicht zu. b) Die Vereinbarung der Parteien, das Dienstverhältnis auf Veranlassung der ägyptischen Regierung vorzeitig und ohne Entschädigung zu beenden, verstösst nicht nur gegen Art. 347 Abs. 3, sondern hält auch vor Art. 101 Abs. 3 OR nicht stand. Dienstherr war nicht die VAR, das sie vertretende Kriegsministerium oder eine andere ägyptische Stelle, sondern die MMC, die den Kläger durch die ägyptische Fabrikleitung vorzeitig entlassen hat. Die Fabrikleitung war somit ihre Hilfsperson, für deren absichtliche Weigerung, die Dienste des Klägers weiterhin anzunehmen, die Beklagte nach Art. 101 OR einstehen muss. Dass es sich um die Organe eines staatlich kontrollierten Unternehmens handelte, ändert nichts; es genügt, dass die Beklagte sich ihrer zur Entlassung des Klägers bediente, die Fabrikleitung und die sie beherrschenden staatlichen Organe zumindest mit Wissen gewähren liess (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 5 zu Art. 101 OR). Art. 101 Abs. 3 OR lässt die Wegbedingung der Haftung für solches Verhalten der Hilfsperson nicht zu, wenn der Verzichtende im Dienste der andern Vertragspartei steht.
Der Beklagten wäre daher selbst dann nicht geholfen, wenn

die ägyptischen Behörden den individuellen Vertrag nicht nur jederzeit, sondern entgegen dessen Wortlaut auch aus irgendeinem Grunde lösen durften oder, wie in der Berufung ausgeführt wird, nicht mehr weiter erfüllten. Der Einwand sodann, der Kläger habe jeweils einen Sechstel seines monatlichen Grundgehalts als Ausgleich für das Risiko einer vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses zurücklegen müssen, hilft über die Unzulässigkeit der Vereinbarung nicht hinweg, ganz abgesehen davon, dass nicht zu ersehen ist, wieso eine solche Rücklage ein (echter) Ausgleich für eine sofortige und entschädigungslose Entlassung sein soll.

3. Die Beklagte macht ferner geltend, das Obergericht habe jedenfalls Art. 8 ZGB verletzt, weil es über die Verdienstmöglichkeiten, die der Kläger nach seiner Rückkehr von Aegypten gehabt habe, kein Beweisverfahren durchführen liess; der Kläger hätte in Europa bedeutend mehr verdienen können, als er im Verfahren angegeben habe. Entgegen der Annahme der Vorinstanz sei zudem nicht die Beklagte, sondern der Kläger dafür beweispflichtig, dass er angeblich keine besser bezahlte Stelle habe finden können.
Nach Art. 332 OR hat der zu Unrecht entlassene Dienstpflichtige einen Lohnanspruch; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er an Auslagen erspart, durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Wie das Bundesgericht in BGE 78 II 444 ausgeführt hat, ist es grundsätzlich Sache des Dienstherrn, die Voraussetzungen für eine solche Herabsetzung des Lohnanspruches nachzuweisen. Er genügt in der Regel aber dieser Pflicht, wenn er dartut, dass im betreffenden Beruf allgemein Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, der Entlassene folglich bei gutem Willen sehr wahrscheinlich eine andere, ungefähr gleichwertige Stelle hätte finden können. Einen solchen Nachweis hat die Beklagte nicht erbracht. Nach dem angefochtenen Urteil hat sie sich vielmehr - unter Hinweis auf die von der Gegenpartei vorgelegten Lohnausweise - mit der Behauptung begnügt, dass der Kläger eine besser bezahlte Stelle hätte finden können. Sie will freilich für ihre Behauptung vorsorglich auch Beweisanträge, insbesondere auf Einholung einer Expertise, gestellt haben. Die Vorinstanz hielt ein Gutachten aber offensichtlich für überflüssig, da der Kläger sich nicht darauf habe verlassen können, den Minderverdienst

von der Beklagten ersetzt zu erhalten, folglich auch nicht das geringste Interesse daran gehabt habe, sich mit einer schlechter entlöhnten Stelle zufrieden zu geben. Eine so begründete Ablehnung von Beweisanträgen beruht auf vorweggenommener Beweiswürdigung, die durch Art. 8 ZGB nicht ausgeschlossen wird (BGE 84 II 537, BGE 90 II 309 lit. c).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 11. Juli 1969 bestätigt.