



| | |
|---------------------------|------------------------------------|
| Fall-Nr.: | RZ.2009.28 |
| Stelle: | Kantonsgericht |
| Rubrik: | Zivilkammern (inkl. Einzelrichter) |
| Publikationsdatum: | 18.09.2009 |
| Entscheiddatum: | 18.09.2009 |

Entscheid Kantonsgericht, 18.09.2009

Art. 10 GIG (SR 151.1); Art. 83 lit. c ZPO (sGS 961.2). Mit dem Rückzug der Klage betreffend Kündigungsanfechtung wird das Massnahmeverfahren, in welchem die provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Hauptverfahrens beantragt worden war, gegenstandslos. Das Verfahren ist als erledigt abzuschreiben. Dazu kommt, dass ohnehin kein Anspruch auf provisorische Wiedereinstellung bestehen würde, da dem Beschwerdegrund vorerst keine geschlechtsspezifische Diskriminierung beigemessen wurde (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 18. September 2009, RZ.2009.28).

Erwägungen

I.

1. Am 19. Dezember 2008 kündigte die B-AG das mit A bestehende Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2009.

2. Mit Klage 15. April 2009 leitete A beim Arbeitsgericht ein Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung nach Art. 10 GIG und Forderung ein mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Einem gleichzeitig gestellten Massnahmegesuch, dem sich die B-AG widersetzte, entsprach der Kreisgerichtspräsident vorerst mit superprovisorischer Verfügung vom 23. April 2009, indem er die Beklagte verpflichtete, die Klägerin für die Dauer des Verfahrens wieder einzustellen und ihr, soweit keine Freistellung erfolgt, eine zu ihrer Tätigkeit ab dem 2. Juli 2008 gleichwertige Arbeit zuzuweisen.



Nach Durchführung einer Verhandlung und Vornahme einer Beweiserhebung wies der Kreisgerichtspräsident das Massnahmegesuch mit Entscheid vom 15. Juli 2009 dann aber ab, unter Aufhebung der dringlichen Verfügung vom 23. April 2009.

3. Mit Eingabe vom 27. Juli 2009 erhob die Klägerin gegen den Massnahmeentscheid vom 15. Juli 2009 (versandt am 16.06.2009; zugestellt am 17.07.2009) Rekurs beim Einzelrichter des Kantonsgerichts und erneuerte ihr Massnahmebegehren; am 31. Juli 2009 reichte sie eine nachträgliche Eingabe ein. In ihrer Antwort vom 10. August 2009 trug die Beklagte auf kostenfällige Abweisung des Rekurses an und stellte das Gesuch, die provisorische Wiedereinstellung der Klägerin mit sofortiger Wirkung aufzuheben; am 13. August 2009 reichte sie sodann eine nachträgliche Eingabe ein, worin sie darauf hinwies, dass die Klägerin Mitte August eine neue Stelle angetreten habe. Mit Eingabe vom 19. August 2009 bestätigte die Klägerin diesen Sachverhalt, hielt jedoch dafür, das Verfahren dürfe gleichwohl nicht einfach abgeschrieben werden; sie ersuchte um Vormerknahme von der (eingangs wiedergegebenen) Klageänderung in der vor Kreisgericht hängigen Hauptsache und änderte das Rekursbegehren dahingehend ab, dass der Entscheid des Vorderrichters vom 15. Juli 2009 aufzuheben und die Wiedereinstellung gemäss der dringlichen Verfügung vom 23. April 2009 für die Dauer vom 1. Mai 2009 bis und mit 31. Juli 2009 zu bestätigen sei. Die Beklagte schloss mit Stellungnahme vom 7. September 2009 (Poststempel) auf Abschreibung des Verfahrens.

Auf die Erwägungen des Vorderrichters und die zur Begründung ihrer Standpunkte gemachten Ausführungen der Parteien wird, soweit notwendig, im Folgenden eingegangen.

II.

1. Der Entscheid des Kreisgerichtspräsidenten vom 15. Juli 2009 ist rekursfähig und wurde frist- und formgerecht angefochten (Art. 7 lit. b, 217 lit. a und 219 Abs. 1 ZPO; Art. 82 Abs. 1 GerG). Für den Rekurs zuständig ist der Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht (Art. 16 lit. a ZPO und Art. 16 Abs. 1 lit. d GO).



2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Anordnung der provisorischen Wiedereinstellung der Klägerin für die Dauer des Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung (Art. 10 Abs. 3 GIG).

Mit dem impliziten Rückzug der Anfechtungsklage gemäss Klageänderung vom 18. August 2009 ist das Massnahmeverfahren gegenstandslos geworden.

III.

Wird ein Verfahren gegenstandslos, ist es als erledigt abzuschreiben (Art. 83 lit. c ZPO); was die Klägerin in casu dagegen einwenden lässt, ist nicht zu hören.

1. Es stelle sich, so die Klägerin, die Frage, "wie die dringliche Verfügung vom 23. April 2009 zu qualifizieren" sei, gestützt auf welche die Beklagte während 3 Monaten den ordentlichen Lohn zu bezahlen hatte, obwohl sie freiwillig auf die Arbeitsleistung der Klägerin verzichtete (Eingabe vom 19.08.2009, 3 Ziff. 3a).

Was für eine Antwort auf diese Frage die Klägerin vom Rekursrichter erwartet, ist nicht klar. Hingewiesen werden mag in diesem Zusammenhang daher lediglich darauf, dass dem Rekurs von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 220 Abs. 1 ZPO), weshalb die Klägerin zutreffend davon ausgegangen ist, dass die dringliche Anordnung vom 23. April 2009 trotz des diese aufhebenden Entscheides vom 15. Juli 2009 nach wie vor galt (Rekurs, 4 III/A/1). Deren Erneuerung und/oder Bestätigung für die Dauer des Rekursverfahrens war entbehrlich.

2. Die Klägerin führt weiter aus, sie habe im Rekurs den Prozessantrag gestellt, die beklagte Beilagen 3, 4 und 12 - 16 aus dem Recht zu weisen. Dieses Begehren sei gutzuheissen; bei Abschreibung des Massnahmeverfahrens blieben diese Prozessbestätigungen sonst auch im Hauptverfahren im Recht und würden durch das Gericht verwertet werden (Eingabe vom 19.08.2009, 3 Ziff. 3b). Dem kann nicht beigepflichtet werden.



Für das vorliegende Massnahmeverfahren ist über die Verwertbarkeit der Bestätigungen nicht mehr zu befinden, nachdem das Begehren gegenstandslos geworden ist. Beizufügen bleibt an dieser Stelle immerhin, dass die fraglichen Aktenstücke vom Vorderrichter im angefochtenen Entscheid vom 15. Juli 2009 auch gar nicht berücksichtigt worden sind, woran der Umstand nichts ändert, dass er sich dazu nicht explizit geäussert hat.

Eine förmliche Verfügung des Inhalts sodann, dass diese Akten (auch) im Hauptverfahren nicht berücksichtigt werden dürfen, wäre ohnehin nicht in Frage gekommen und kommt jetzt erst recht nicht in Frage, denn es steht dem Rekursrichter im Massnahmeverfahren selbstverständlich nicht zu, dem Kreisgerichtspräsidenten als Verfahrensleiter im Hauptprozess, geschweige denn dem für den Sachentscheid zuständigen Kreisgericht und allfälligen Rechtsmittelinstanzen auf diese Weise vorzuschreiben, welche Akten sie bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen dürfen und welche gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO nicht.

3. Die Klägerin macht schliesslich geltend, die Zulässigkeit der gemäss Klageänderung vom 18. August 2009 neu geltend gemachten Entschädigung nach Art. 336a OR i.V.m. Art. 10 Abs. 4 GIG hänge "bis zu einem gewissen Grad von einem materiellrechtlichen Urteil des Rekursverfahrens ab". Würde dieses abgeschrieben, sähe sie sich gezwungen, die Entschädigung gestützt auf Art. 336 Abs. 1 OR geltend zu machen, wodurch sie wegen des Fr. 30'000.00 übersteigenden Streitwertes der Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Art. 12 Abs. 2 GIG verlustig ginge (Eingabe vom 19.08.2009, 3 f. Ziff. 3c). Auch diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Ob eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer der Kostenlosigkeit des Verfahrens verlustig geht, wenn sie oder er nach Art. 10 Abs. 4 GIG vorgeht, hat nämlich nicht der Massnahmerichter zu entscheiden, weshalb vorliegend auch ein Entscheid über das abgeänderte Rekursbegehren (Bestätigung der Wiedereinstellung der Klägerin für die Zeit vom 01.05.2009 bis 31.07.2009 gemäss dringlicher Verfügung des Vorderrichters vom 23.04.2009) als obsolet erscheint. Sodann hat die Meinung des Massnahmerichters, der nur über die provisorische Wiedereinstellung als solche zu befinden hat, für die Frage der Rechtmässigkeit der in der Zeit der Wiedereinstellung getätigten Lohnbezüge wie auch für die Frage, ob eine gemäss Art. 10 Abs. 1 GIG



diskriminierende, nach Art. 336a OR zu entschädigende missbräuchliche Kündigung vorlag, keinerlei präjudizielle Wirkung. Darüber zu befinden fällt vielmehr ebenfalls in die Zuständigkeit des für den Sachentscheid zuständigen Gerichts und allfälliger Rechtsmittelinstanzen.

4. Nach dem Gesagten ist das Verfahren als erledigt abzuschreiben.

III.

Für den Fall, dass das Verfahren, der klägerischen Auffassung gemäss, trotz Gegenstandslosigkeit des Massnahmebegehrens nicht einfach abgeschrieben werden dürfte, ist im Folgenden noch über den streitigen Anspruch (provisorische Wiedereinstellung) als solchen zu befinden. Dazu fällt was folgt in Betracht:

1. Wird die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, wie im vorliegenden Fall, als diskriminierend angefochten, so kann das Gericht für die Dauer des Verfahrens die provisorische Wiedereinstellung anordnen, wenn es als wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind; und diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn die Kündigung ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt (Art. 10 Abs. 1 und 3 Satz 2 GlG).

In casu erfolgte die Kündigung weder auf eine Anrufung der Schlichtungsstelle noch auf eine Anrufung des Gerichts. Zu prüfen bleibt, ob sie auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung erfolgte und - gegebenenfalls - ob diese Beschwerde begründeten Anlass zur Kündigung gab.

2. Unter den Tatbestand der innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung subsumiert die Klägerin ihre behaupteten Ersuchen um Lohnerhöhung vom 2. Juli, 18. Juli und 5. November 2007 (Klage/Massnahmegesuch, 24 Ziff. 85 lit. a i.V.m. Ziff. 7, 10 und 11 [vi-act. 1]; Plädoyernotizen, 4 lit. b [vi-act. 17]; Rekurs, 5 Ziff. V/4 A/1). Die Beklagte hält dagegen, die Klägerin habe sich zu keiner Zeit über eine Diskriminierung



durch die Arbeitgeberin beschwert oder eine Erhöhung ihres Lohnes im Allgemeinen gefordert (Stellungnahme vom 12.05.2009, 21 Rz. 62 und 25 Rz. 78 [vi-act. 12]; Plädoyernotizen, 3 [vi-act. 18]; Rekursantwort, 8 ff. Rz. 25 ff.). Der Vorderrichter folgte der Argumentation der Beklagten; er verneinte den Tatbestand der innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung schon deshalb, weil die Klägerin ihre Begehren nicht mit einer Geschlechterdiskriminierung begründet habe.

Dem Vorderrichter ist beizupflichten. Bei der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs "Beschwerde über eine Diskriminierung" ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei der geschlechtsbezogenen diskriminierenden Kündigung gemäss Art. 10 Abs. 1 GlG um eine besondere Art, um einen Anwendungsfall der missbräuchlichen Kündigung handelt (Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 336 OR). Ähnlich wie bei Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geht es auch im Gleichstellungsgesetz darum, dass die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer vertragliche oder gesetzliche Ansprüche geltend gemacht hat. Im Unterschied zur obligationenrechtlichen Rache Kündigung wird durch Art. 10 GlG jedoch nicht jede missbräuchlich gekündigte Partei, sondern nur diejenige geschützt, die sich über eine geschlechtsbezogene Diskriminierung - namentlich über die Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit - beklagt (Philipp Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 190 mit Beispielen ausnahmslos geschlechtsbezogen begründeter Beschwerden). Die Regelung bezweckt, der - in der Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes begründeten - Zurückhaltung der Frau entgegenzuwirken, ihren Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen. Der Kündigungsschutz beginnt, wenn die Arbeitnehmerin sich innerbetrieblich beim Arbeitgeber, einem Vorgesetzten oder einem anderen zuständigen Organ über eine mögliche Diskriminierung beklagt (Botschaft zum Gleichstellungsgesetz vom 24. Februar 1993; BBl 1993 I 1248 ff., 1307, 1309).

Es ist also, entgegen der Auffassung der Klägerin, sehr wohl erforderlich, dass der Beschwerdegrund (hier implizit, der Lohn sei zu tief) erstens von ihr selber subjektiv als geschlechtsspezifische Diskriminierung empfunden und dann zweitens dem Arbeitgeber auch entsprechend mitgeteilt worden ist; in einem solchen Fall würde es -



selbst wenn keine Diskriminierung vorlag - sogar genügen, wenn sie nur in guten Treuen angenommen hätte, sie würde diskriminiert (Kathrin Klett, Schutz vor Rachekündigungen, in Ivo Schwander/René Schaffhauser [Hrsg.], Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, 161 ff., 173). Was aber nicht angeht, ist, die Beschwerde über einen Missstand, dem im Zeitpunkt des innenbetrieblichen Vorbringens keinerlei geschlechtsspezifische Dimension beigemessen wird, im Zusammenhang mit einer später eingebrachten Kündigungsanfechtung und Lohnnachforderungsklage gleichsam mit Wirkung ex tunc in eine Beschwerde über eine Diskriminierung gemäss Art 10 Abs. 1 GIG umzufunktionieren.

3. Vorliegend macht die Klägerin nicht nur nicht geltend, ihre Beschwerden bzw. die behaupteten Begehren um Lohnerhöhung damals geschlechtsbezogen begründet zu haben, sie behauptet nicht einmal, sie habe sich wenigstens subjektiv gegenüber Mitarbeitern des anderen Geschlechts im Betrieb der Beklagten lohnmässig benachteiligt gefühlt.

Dass eine Befragung der Klägerin diesbezüglich zu anderen Ergebnissen führen würde, ist nicht anzunehmen, deren Einvernahme als Partei daher entbehrlich.

4. Der Rekurs wäre damit für den Fall, dass das Verfahren trotz Gegenstandslosigkeit des Massnahmebegehrens nicht abzuschreiben, sondern noch über Ziff. 1 des Rekursbegehrens in der Fassung gemäss Eingabe vom 19. August 2009 zu entscheiden wäre, als unbegründet abzuweisen.
