

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA130014-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. M. Kriech,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
G. Ramer Jenny

Urteil vom 25. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

Stiftung B. _____ **der C.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
24. April 2013 (AH120149-L)**

Rechtsbegehren:

"Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Fr. 25'074.- (9 Monatslöhne, brutto) zuzüglich Zins zu 5 % ab 15. Februar 2012 (6 Monatslöhne) bzw. ab 31. Mai 2012 (3 Monatslöhne) zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

Der Anspruch des Klägers auf Abgangsentschädigung aus langjährigem Arbeitsverhältnis (Art. 339b und c OR) wird ausdrücklich vorbehalten; dieser Anspruch wird, falls erforderlich, zum gegebenen Zeitpunkt separat geltend gemacht werden."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung (Urk. 20 S. 16):

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'458.- zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Berufung]

Berufungsanträge des Klägers (Urk. 22):

1. Das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, Nr. AH120149-L/U, vom 24. April 2013, zugestellt am 3. Mai 2013, sei aufzuheben.
2. Die Beklagte/Berufungsbeklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Fr. 25'074.- (9 Monatslöhne, brutto) zuzüglich Zins zu 5 % ab 15. Februar 2012 (6 Monatslöhne) bzw. ab 31. Mai 2012 (3 Monatslöhne) zu bezahlen.
3. Hilfsweise sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten/Berufungsbeklagten -

Der Anspruch des Klägers auf Abgangsentschädigung aus langjährigem Arbeitsverhältnis (Art. 339b und c OR) wird ausdrücklich vorbehalten; dieser Anspruch wird, falls erforderlich, zum gegebenen Zeitpunkt separat geltend gemacht werden.

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1. Am 3. bzw. 8. Oktober 1988 unterzeichneten der Kläger und Berufungskläger (fortan: der Kläger) und das "Institut D._____, ... [Typ der Schule]" einen Arbeitsvertrag. Gemäss diesem Vertrag übernahm der Kläger die Funktion eines nebenamtlichen Fachlehrers für Rechtslehre/.... Gemäss dem Arbeitsvertrag richtete sich das Pensum und die Unterrichtszeit nach dem persönlichen Semesterstundenplan (Urk. 3/1.1).
2. Der Schulbetrieb wurde in der Folge wiederholt auf neue Rechtsträger übertragen (vgl. im Einzelnen Urk. 23 S. 2 f. und Urk. 8 S. 3 f. Rz. 6 ff.). Zuletzt war die "Stiftung E._____" (fortan: E._____) bis am 31. Dezember 2011 Rechtsträgerin der damaligen ...-Schule. Per 1. Januar 2012 sollte der privatrechtliche Schulbetrieb der E._____ der ... C._____ (fortan: C._____) angegliedert werden. Ab dem 1. Januar 2012 wurde die Stiftung "B._____ der C._____" (nachfolgend: die Beklagte) neue Rechtsträgerin und Führerin des Schulbereichs "... " der E._____.
3. Im Rahmen des geplanten Übergangs des Schulbetriebes von der E._____ auf die C._____ per 1. Januar 2012 wurde dem Kläger in einem gemeinsam verfassten Schreiben der E._____ und der C._____ vom 9. Mai 2011 mitgeteilt, dass er mit seinem Lehrpensum von weniger als 20% der Personenkategorie "Einzelentschädiger" zugeteilt worden sei und dass die Angehörigen dieser Kategorie im Juni/August 2011 schriftlich über ihren künftigen Einsatz informiert würden (Urk. 3/4). Mit Einschreiben vom 11. Mai 2011 kündigte die E._____ dem Kläger das Arbeitsverhältnis per 15. August 2011. Begründet wurde die Kündigung unter anderem mit der Tatsache, dass bei der C._____ grundsätzlich keine Dozierenden mehr eingesetzt werden könnten, die das Pensionsalter schon erreicht hätten (act. 3/5). Der Kläger mit dem Jahrgang 1941 war im Zeitpunkt der Kündigung etwa 70-jährig.

4. Am 27. Mai 2011 drückte der Kläger in einer E-Mail an die E._____ sein Unverständnis über die ausgesprochene Kündigung aus (Urk. 3/6.1). Am 30. Juni 2011 fand eine Aussprache zwischen dem Kläger und dem Prorektor der E._____ statt (Urk. 1 S. 3 mit Hinweis auf Urk. 3/7, Urk. 8 S. 9). Nach Durchsicht der neu erstellten Stundenpläne für das Herbstsemester 2011 erkannte der Kläger, dass er für keine Lektionen eingeteilt war und dass die von ihm bisher gelehrt Fächer einer anderen Dozentin zugeteilt wurden (Urk. 3/8.1 und 3/8.2). Dagegen erklärte der - damals gut 70-jährige - Kläger mit Schreiben vom 22. Juli 2011 Einsprache und unterstrich seine Bereitschaft, während zwei weiteren Jahren im langjährig gewohnten Umfang an der E._____ Unterricht zu erteilen (Urk. 3/9).
5. In der Folge kam der Kläger als Dozent nicht mehr zum Einsatz.

2. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Eingabe vom 20. Juni 2012 (Datum des Poststempels) reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich die Klage mit den obgenannten Rechtsbegehren ein (Urk. 1). Am 17. September 2012 erstattete die Beklagte ihre Stellungnahme (Urk. 8). Am 3. Dezember 2012 fand die Verhandlung mit Replik und Duplik statt (Prot. S. 5 ff.). Die im Anschluss an die Verhandlung durchgeführten Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. S. 15). Am 24. April 2013 fällte das Arbeitsgericht Zürich das obgenannte Urteil.
2. Am 30. Mai 2013 erhob der Kläger gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. April 2013 rechtzeitig Berufung mit den obgenannten Anträgen. Da sich die Berufung - wie zu zeigen sein wird - als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO), und es ist sogleich das Urteil zu fällen.

3. Materielles

1. Im Hauptstandpunkt macht der Kläger geltend, dass das Arbeitsverhältnis durch die Übernahme der privatrechtlichen E._____ nach Art. 333 OR auf die öffentlichrechtliche C._____ als Erwerberin übergegangen sei (Urk. 22

S. 5 f. Rz. 5). Die Kündigung, die im Hinblick auf die Betriebsübernahme ausgesprochen worden sei, sei nichtig (Urk. 22 S. 6 Rz. 6).

- a) Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Im vorliegenden Fall hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass in der Übernahme der E._____ durch die C._____ ein Betriebsübergang im Sinn von Art. 333 OR zu erblicken sei und dass der Schutz von Art. 333 OR auch dann Anwendung finde, wenn ein Betrieb von einer privatrechtlichen (E._____) auf eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft (C._____) übergehe (Urk. 23 S. 9 f. E. 2; gleich auch der Kläger in Urk. 22 S. 8 Rz. 10).
- b) Wenn feststeht, dass von einer Betriebsübernahme auszugehen ist und dass dies gemäss Art. 333 OR an sich zum Übergang der Arbeitsverhältnisse führen würde, stellt sich die Frage, ob der Veräusserer einem Angestellten im Hinblick auf einen Betriebsübergang kündigen kann. Nach der Rechtsprechung ist eine Kündigung im Rahmen eines Betriebsüberganges möglich, ausser wenn mit der Kündigung die Umgehung von Art. 333 OR bezweckt wird. Von einer solchen Umgehung wäre etwa auszugehen, wenn die Kündigung einzig den Zweck verfolgt, den Übergang des Arbeitsverhältnisses bzw. die Folgen der Übergangs zu verhindern. *Unzulässig* wäre eine Kündigung durch den Veräusserer, die bezweckt, dem Erwerber die Möglichkeit zu verschaffen, mit den Angestellten neue Verträge abzuschliessen und dadurch die Angestellten der Vorteile aus der Dauer der ursprünglichen Verträge zu berauben. Ebenso *unzulässig* wäre eine Kündigung durch den Veräusserer, einzig weil der Erwerber eine oder bestimmte Angestellte nicht weiterbeschäftigen will. *Zulässig* wäre hingegen eine auf wirtschaftliche Gründe (z.B. Umstrukturierung) zurückzuführende Kündigung (BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 558 f. mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur; bestätigt in BGE 137 III 487 E. 4.5.2

S. 495). Oder kurz ausgedrückt: Art. 333 OR bezweckt nicht, die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer besser zu stellen als die übrigen Arbeitnehmer, sondern nur ihre Benachteiligung zu verhindern (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 333 N 10, S. 849).

- c) Im vorliegenden Fall begründete die E._____ in ihrem Schreiben vom 11. Mai 2011 die Kündigung gegenüber dem damals etwa 70-jährigen Kläger im Wesentlichen wie folgt (Urk. 3/5):

"Wie Sie den regelmässigen Informationsschreiben ... entnehmen konnten, steht eine Integration der E._____ in die C._____ per 01.01.2012 bevor. Ab dann gelten die Anstellungsbedingungen der C._____. ... Zudem gilt an der C._____ die 'Alters Guillotine', nach der Dozierende, die das Pensionierungsalter erreicht haben, grundsätzlich nicht mehr eingesetzt werden können."

Die Vorinstanz hielt die von der E._____ im Hinblick auf die Betriebsübernahme ausgesprochene Kündigung für zulässig, weil die C._____ den Kläger im Rahmen eines *öffentlich-rechtlichen* Arbeitsverhältnisses nicht hätte weiterbeschäftigen können, da nach kantonalem Personalrecht eine Pensionierung mit 65 Jahren vorgesehen sei; auch eine *privatrechtliche* Beschäftigung über das 65. Altersjahr hinaus sei nicht in Frage gekommen, weil dies zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichheit gegenüber öffentlichen Angestellten führen würde, die mit dem Erreichen des Pensionierungsalters in Rente geschickt würden. Aus diesen Gründen sei die E._____ berechtigt gewesen, dem Kläger vor der Betriebsübernahme durch die C._____ zu kündigen; eine Kündigung bei Erreichen des allgemeinen Pensionsalters sei nicht missbräuchlich (Urk. 23 S. 10-13 E. 3).

- d) Soweit der Kläger in der Kündigung eine Umgehung von Art. 333 OR erblickt, erweist sich die Berufung als unbegründet.

- Nicht überzeugend ist zunächst der Hinweis des Klägers, Art. 333 OR sei umgangen worden, weil der Arbeitsplatz des entlassenen Klägers ohne zeitliche Unterbrechung mit einer anderen Arbeitnehmerin neu

besetzt worden sei (Urk. 22 S. 6 Rz. 7). Wie dem Kündigungsschreiben zu entnehmen ist, wurde dem damals 70-jährigen Kläger gekündigt, weil er das Pensionierungsalter längst erreicht hatte und weil eine öffentlich-rechtliche Anstellung ab 1. Januar 2012 ausgeschlossen war und eine privatrechtliche Weiterbeschäftigung aus Gründen der Gleichbehandlung mit öffentlich-rechtlich Angestellten ausser Betracht fiel. Im Übrigen hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass eine Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters nicht missbräuchlich sei (Urk. 23 S 12 E. 3.4); dies muss erst recht bei einem 70-jährigen Angestellten gelten. Dass die von einem pensionierten Mitarbeiter versehene Stelle von einem/r jüngeren Angestellten übernommen wird, liegt in der Natur der Sache; eine Umgehung von Art. 333 OR ist darin nicht zu erblicken.

- Sodann unterstellt der Kläger der Vorinstanz, sie gehe zu Unrecht davon aus, dass das öffentliche Personalrecht den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR auf die C._____ als Erwerberin ausschliesse (Urk. 22 S. 6 ff. Rz. 9 f.). Entgegen der Auffassung des Klägers stellt die Vorinstanz den *Übergang* des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses mit der E._____ auf ein öffentlich-rechtliches Angestelltenverhältnis mit der C._____ explizit nicht Frage (Urk. 23 S. 9 f. Rz. 2). Vielmehr erwog die Vorinstanz, dass eine *Kündigung*, die gegenüber einem Angestellten ausgesprochen werde, der 70-jährig sei und damit das öffentlich-rechtlich festgelegte Pensionsalter längst überschritten habe, keine Umgehung von Art. 333 OR darstelle. Diese Begründung ist nicht zu beanstanden. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass eine Kündigung aufgrund des Alters bei Erreichen des allgemeinen Pensionsalters nicht missbräuchlich ist (Urk. 23 S. 12 E. 3.4); dies muss erst recht bei der vorliegenden Kündigung gelten, die einen 70-jährigen Arbeitnehmer betrifft (s. auch nachfolgend Ziff. 3). Die zutreffende Auffassung der Vorinstanz blieb unangefochten, dass das kantonale Personalrecht für Staatsangestellte grundsätzlich keine Anstellung über das Pensionierungsalter von 65 Jahren vorsehe (Urk. 23 S. 10 f.

E. 3.2). Da Art. 333 OR nicht bezweckt, die von einem Betriebsübergang betroffenen Angestellten besser zu stellen als andere Arbeitnehmer, sondern nur ihre Benachteiligung zu verhindern (vgl. oben lit. b a.E.), kann keine Rede davon sein, dass eine Kündigung gegenüber einem 70-jährigen Angestellten eine verpönte Umgehung von Art. 333 OR darstellt.

- Verfehlt ist auch die Meinung des Klägers, die Kündigung stelle eine Umgehung von Art. 333 OR dar, weil die C._____ ihn hätte auf privatrechtlicher Basis weiterbeschäftigen können, falls eine öffentlichrechtliche Anstellung ausgeschlossen gewesen sein sollte (Urk. 22 S. 8 f. Rz. 12). Wie es sich damit genau verhält, kann offen bleiben, weil die C._____ jedenfalls nicht verpflichtet war, den Kläger, wie von ihm gewünscht, bis im Herbst 2013 - d.h. über das vollendete 72. Altersjahr hinaus - zu beschäftigen.
- Ferner kann auch dahingestellt bleiben, ob die C._____ *berechtigt* gewesen wäre, das (öffentlich-rechtliche) Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis im Herbst 2013 - d.h. über das vollendete 72. Altersjahr des Klägers hinaus - fortzusetzen (so Urk. 22 S. 10 Rz. 13 f.). Auch der Kläger macht nicht geltend, dass die C._____ *verpflichtet* gewesen wäre, ihn so lange weiterzubeschäftigen.
- Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Kläger beanstandete Kündigung nicht zu einer Umgehung von Art. 333 OR führte. Wie schon mehrfach erwähnt, ist eine Kündigung aufgrund des Alters bei Erreichen des allgemeinen Pensionsalters nicht missbräuchlich. Weshalb es sich bei einem mehr als 70-jährigen Angestellten, der von einer Betriebsübernahme betroffen ist, anders verhalten soll, ist nicht einzusehen. Art. 333 OR bezweckt nicht eine Besserstellung des von einer Betriebsübernahme betroffenen Arbeitnehmers gegenüber anderen Angestellten, sondern will nur deren Benachteiligung verhindern.

2. Soweit der Kläger geltend macht, durch die Ablehnung der Fortsetzung der Lehrtätigkeit habe sich die C._____ wie zuvor schon die E._____ gestützt auf Art. 324 OR in Annahmeverzug befunden (Urk. 22 S. 11 f. Rz. 15 ff.), erweist sich die Berufung ohne Weiteres als unbegründet. Wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses keine Umgehung von Art. 333 OR darstellt und daher nicht zu beanstanden ist (vgl. oben Erw. 1), bestand weder für die E._____ noch die C._____ Grund für die Annahme der vom Kläger angebotenen Arbeitsleistung. Von Annahmeverzug kann keine Rede sein.
3. Unbegründet ist die Berufung schliesslich auch insofern, als der Kläger die Kündigung als missbräuchlich im Sinn von Art. 336 lit. a und b OR taxiert (Urk. 22 S. 12 f. Rz. 18 ff.).
 - a) Die vom Kläger angesprochene "Altersdiskriminierung" (Urk. 22 S. 12 Rz. 19) wird in Rechtsprechung und Lehre zwar abgehandelt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 12 S. 537), doch bezieht sich diese Thematik soweit ersichtlich auf (oft langjährige) Angestellte kurz vor der Pensionierung, nicht aber auf Arbeitnehmer, die wie der 70-jährige Kläger das ordentliche Pensionierungsalter *längst überschritten* haben. Auch aus dem Hinweis auf die politischen Diskussion betreffend Erhöhung des Rentenalters (Urk. 23 S. 14 Rz. 21) kann der Kläger nichts ableiten: erstens liegt das ordentliche Pensionierungsalter aktuell bei 65 - und nicht bei 70 oder gar 72 - Jahren, zweitens wird eine Erhöhung des Rentenalters sehr kontrovers diskutiert und drittens wird soweit ersichtlich selten ein ordentliches Pensionierungsalter von 72 Jahren postuliert; eine "Vorwirkung", wie sie dem Kläger vorzuschweben scheint, kommt daher nicht in Frage.
 - b) Unbegründet ist die Berufung auch insoweit, als die Kündigung als missbräuchlich gerügt wird, weil diese das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletze (Urk. 22 S. 13 Rz. 19). Wenn der Kläger ausführt, noch am 9. Mai 2011 - d.h. zwei Tage vor der Kündigung vom 11. Mai 2011 - sei ihm eine "Einteilung in die künftige Personalkategorie" bei der C._____ in Aussicht gestellt worden, scheint er zu überse-

hen, dass er gemäss Schreiben vom 9. Mai 2011 der Personenkategorie "Einzelentschädiger" zugeteilt wurde, die erst im Juli/August 2011 über ihren künftigen Einsatz orientiert würden (Urk. 3/4). Es ist also nicht so, dass mit diesem Dokument eine Weiterbeschäftigung in Aussicht gestellt worden wäre; im Gegenteil wird im erwähnten Schreiben auch festgehalten, dass die sog. "Einzelentschädiger ... keine Anstellungsverfügung an der C._____" erhielten.

- c) Auch von einer Missbräuchlichkeit der Kündigung wegen "krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen" (Urk. 22 S. 13 Rz. 20) kann keine Rede sein. Es liegt auf der Hand und wurde schon ausgeführt, dass die C.____ nicht verpflichtet ist, den Kläger über sein 72. Altersjahr hinaus zu beschäftigen, weshalb die Kündigung nicht zu beanstanden ist.
4. Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Berufung als unbegründet, und die Klage ist abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Da der Streitwert des vorliegenden Verfahrens unter Fr. 30'000.00 liegt, werden für das Berufungsverfahren keine Kosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO).
2. Mangels relevanter Umtriebe ist der Beklagten im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 2 und 3) wird bestätigt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 22, sowie an das Arbeitsgericht Zürich (1. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 25'074.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 25. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc