

# ARBEITSRECHT



AUSGESUCHTE GERICHTSENTSCHEIDE

## 1 Haftung des Arbeitnehmers für Schaden

Nach Art. 321e OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

In der bisherigen Rechtsprechung ist das Bundesgericht stets davon ausgegangen, dass nicht nur für den Grundsatz, sondern auch für den Umfang der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers sämtliche Umstände, insbesondere Betriebsrisiko, Entlohnung und Verschulden des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind (BGE: 123 III 257, E.5a; 110 II 344, E.6b).

An Kenntnissen darf der Arbeitgeber voraussetzen, was nach allgemeiner Anschauung für die betreffende Tätigkeit notwendig ist. Aussergewöhnliches Know-How oder die Erfüllung spezifischer, nicht unmittelbar mit der Hauptaufgabe zusammenhängender Pflichten darf der Arbeitgeber nur erwarten, wenn es aus Bedingungen oder nach Massgabe der konkreten Umstände als beidseitig gewollt anzusehen ist. An Arbeitnehmer in leitender Funktion oder mit überdurchschnittlichem Lohn sind hinsichtlich der zu beachtenden Sorgfaltspflicht höhere Anforderungen zu stellen. Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist dabei nicht schon zu bejahen, wenn der Arbeitserfolg ausbleibt, da der Arbeitnehmer lediglich ein sorgfältiges erfolgsgerichtetes Tätigwerden schuldet.

Neben diesen speziell im Arbeitsverhältnis zu beachtenden Umständen gelten die allgemeinen Voraussetzungen für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch. Ein solcher ist nur gegeben, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten verletzt und dadurch dem Arbeitgeber adäquat kausal einen Schaden zugefügt hat. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, kommt ein Schadenersatz von vornherein nicht in Betracht. Zusätzlich muss den Arbeitnehmer ein Verschulden treffen, das vermutet wird, wenn sich der Arbeitnehmer nicht entlasten kann. Ein Mitverschulden des Arbeitgebers kann zur Reduktion der Haftung des Arbeitnehmers führen. Ein solches Mitverschulden des Arbeitgebers kann in schlechter Organisation des Arbeitsablaufs, mangelhafter Instruktion oder ungenügender Kontrolle begründet sein.

(BGer vom 1. Juni 2005, in JAR 2006, 253)

## 2 Zweifel am Arztzeugnis – Vertrauensärztliche Untersuchung

Die Beweislast für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit trägt nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer, da er aus seiner Arbeitsunfähigkeit Rechte (Lohnfortzahlung, Kündigungsschutz) ableitet. Der Beweis wird in der Regel durch ein ärztliches Zeugnis erbracht.

Hat der Arbeitgeber begründeten Anlass, die Richtigkeit des ihm vom Arbeitnehmer vorgelegten Arztzeugnisses in Frage zu stellen, ist er nach herrschender Auffassung als Ausfluss der Treuepflicht, auch ohne entsprechende vertragliche Grundlage berechtigt, den Arbeitnehmer anzuhalten, sich vom Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, und der Arbeitnehmer im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, dieser Anordnung Folge zu leisten. Verweigert der Arbeitnehmer den Besuch beim Vertrauensarzt, obschon die Aufforderung sachlich gerechtfertigt war, darf es als gesund und arbeitsfähig gelten. Es besteht folglich kein Anspruch auf Lohnfortzahlung, wobei einzelne Autoren verlangen, dass eine Abmahnung vorausgegangen ist.

Die vertrauensärztliche Untersuchung ist unverzüglich zu fordern und anzuordnen. Je später sie vorgenommen wird, desto mehr sinkt der Beweiswert der vertrauensärztlichen Untersuchung.

(Urteil Obergericht Bern vom 9. März 2012 (ZK 10666) in Schweizer Arbeitgeber 1/2013, S. 10)

Hat ein Arbeitgeber Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers, kann er die Lohnfortzahlung von einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig machen. Die Pflicht, sich einer solchen Untersuchung zu stellen, ist Ausfluss der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a OR.

Mit dem Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung gilt die Pflicht, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu stellen, auch im Verhältnis Arbeitnehmer – Versicherer. Denn es ist nicht einzusehen, wieso der Arbeitgeber seine Lohnfortzahlungspflicht von einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig machen kann, die Versicherung aber nicht. Weigert sich der Arbeitnehmer, die vertrauensärztliche Untersuchung durch von der Versicherung bestimmte Ärzte vornehmen zu lassen, so verzichtet er auf die vertraglich vereinbarten Versicherungsleistungen.

(Urteil Kc1ntonsggericht Freiburg, 15. April 2010, Entscheid 101/2009-49, in Schweizer Arbeitgeber 01/2012, S. 12)

Der den Arbeitnehmer behandelnde Arzt ist im Zweifelsfall geneigt, für seinen Patienten, mit dem ihn ein Vertrauensverhältnis verbindet, Partei zu ergreifen, sodass einer neutralen medizinischen Untersuchung und Begutachtung durch einen Vertrauensarzt unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen stärkeres Gewicht und entscheidende Bedeutung zukommt.

(Sozialversicherungsgericht Kt. Genf, 12. Mai 2010, AI 269/2009, ATAS 501/2010)

Der Arbeitgeber kann eine vertrauensärztliche Untersuchung auch dann verlangen, wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sofern er aufgrund objektiver Anhaltspunkte an der Richtigkeit des Arztzeugnisses zweifelt.

Wenn ein Arbeitnehmer behauptet, krank zu sein, und dies mit einem Zeugnis des Arztes seines Vertrauens beweisen will, so muss der Arbeitgeber seinerseits verlangen können, dass sich der Arbeitnehmer auch von einem Arzt seines Vertrauens untersuchen lässt. Der Arbeitnehmer begeht eine Beweisvereitelung und trägt die Folgen der daraus resultierenden Beweislosigkeit gemäss Art. 8 ZGB für den Fall, dass er den Vertrauensarzt nicht insoweit vom Arztgeheimnis entbindet, als dies zur Beantwortung der berechtigten Fragen des Arbeitgebers notwendig ist. Die Verweigerung einer berechtigterweise verlangten vertrauensärztlichen Untersuchung ist als Entkräftung eines bestehenden Arbeitsunfähigkeitszeugnisses durch den Arbeitnehmer einzustufen. Verweigert der Arbeitnehmer trotz entsprechender Abmahnung die grundsätzlich berechtigterweise geforderte Untersuchung ohne triftigen Grund, fällt der Lohnfortzahlungsanspruch dahin.

(Obergericht Luzern vom 30. Januar 2012, Entscheid 1B 11 56)

### **3 Ordentliche Kündigung**

#### **3.1 Kündigung während Probezeit**

Auch eine Kündigung während der Probezeit kann missbräuchlich sein, doch ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Kündigung, die in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis als missbräuchlich angesehen würde, sich mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck als zulässig erweist.

Ob der sachliche Kündigungsschutz auch während der Probezeit greift, wird in der Lehre uneinheitlich beurteilt. Das Bundesgericht hat festgehalten, für den Fall, dass der Kündigungsschutz zur Anwendung kommen sollte, sei, nur mit Zurückhaltung auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu schliessen. Die Probezeit soll den Parteien die Möglichkeit bieten, einander kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. In der Probezeit können die Parteien aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse die Entscheidung über eine langfristige Bindung frei treffen. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Die zulässige «Willkür» entspricht der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen.

Erfolgt die Kündigung während der Probezeit jedoch um Ansprüche des Arbeitnehmers zu vereiteln oder weil Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nach Treu und Glauben geltend gemacht werden, so ist Missbräuchlichkeit gegeben.

Es ist davon auszugehen, dass eine Kündigung während der Probezeit missbräuchlich sein kann, sofern sich der Grund nicht am Zweck der Probezeit orientiert.

(BGE 134 III 108)

#### **3.2 Kündigung – Empfang ist massgebend**

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird erst mit dem Empfang wirksam, dann also, wenn sie dem Adressaten zugegangen ist (nicht massgebend ist das Datum im Kündigungsschreiben oder des Poststempels). Ein Kündigungsschreiben geht im Zeitpunkt zu, in dem es in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt (in seinem Postfach, Briefkasten oder in seiner Wohnung angekommen ist oder wenn ihm die Kündigung mündlich eröffnet und schriftlich übergeben wird – sofern die Schriftform vertraglich vorbehalten ist). Erhalt ein Arbeitnehmer am Vormittag im Betrieb die Kündigung ausgesprochen und sucht am Nachmittag einen Arzt auf und lässt sich arbeitsunfähig schreiben, so ist die Kündigung rechtsgültig erfolgt, wenn der Arbeitnehmer an diesem Tag bis zum Kündigungs-

empfang normal ohne Krankheitssymptome gearbeitet hat. In einem solchen Fall bestand im Zeitpunkt des Empfangs der Kündigung noch keine Arbeitsunfähigkeit und damit noch keine Sperrfrist.

(Bundesgericht vom 27. April 2011, Entscheid 4A\_89/2011)

### **3.3 Kündigung während der Probezeit**

Es ist der Sinn der Probezeit, den Parteien den Entscheid, ob sie sich langfristig binden wollen, in Kenntnis der Arbeitserfahrungen am konkreten Arbeitsplatz zu ermöglichen. Erkennt der Arbeitgeber während der Probezeit, dass es bei der Zusammenarbeit mit den übrigen Angestellten zu Problemen kommt und er sich daher nicht langfristig mit der Mitarbeiterin binden will, so ist eine Kündigung legitim und entspricht dem Zweck der Probezeit. Eine solche Kündigung ist auch dann zulässig, wenn die Mitarbeiterin kein Verschulden an der unbefriedigenden Situation trifft. Besteht keine Aussicht auf eine fruchtbare Zusammenarbeit aufgrund der gemachten konkreten Erfahrungen am Arbeitsplatz, so orientiert sich die Kündigung am Zweck der Probezeit und ist nicht missbräuchlich.

(BGer vom 10. November 2009, 4A-432/2009, in ARV 1/2010, S. 26)

### **3.4 Kündigung wegen schlechten Leistungen**

Eine Kündigung, die aufgrund schlechter Leistungen eines Arbeitnehmers ausgesprochen wird, welche insbesondere auf Alkoholmissbrauch während der Mittagspause und auf Nichteinhaltung der für die zugewiesenen Aufgaben nötigen Arbeitszeit zurückzuführen sind, tangiert nicht die Persönlichkeit des Arbeitnehmers.

Das Gesetz verbietet die Entlassung eines älteren Arbeitnehmers nicht, der lange Zeit im Dienst des gleichen Arbeitgebers stand, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage ist, die ihm zugewiesenen Aufgaben zufriedenstellend auszuführen. Eine solche Kündigung ist weder missbräuchlich noch diskriminierend.

## **4 Fristlose Entlassung**

### **4.1 Fristlose Kündigung: rechtzeitige Ausübung**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Arbeitgeber ein Entschluss zuzumuten ist, ob er vom Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrages Gebrauch machen will. Ein Hinauszögern über die Zeitspanne von einigen wenigen (2-3) Arbeitstagen, die zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften ausreichen sollten, ist aber nur dort zulässig, wo es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens verständlich und berechtigt erscheint (BGE 93 II 18 ff, JAR 1997, 208).

Bei einem klaren Sachverhalt muss anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder die Verfehlungen erst langsam an den Tag treten. Geht es bei der Abklärung darum, erst das Ausmass der Verfehlung abschätzen zu können, so wird die Überlegungsfrist notwendigerweise erst an die Abklärungsfrist anschliessen. Ist der Vorwurf jedoch von Anfang an klar und ist nur zu ermitteln, ob er zutrifft oder nicht, so kann der Arbeitgeber schon während der Abklärung des Sachverhaltes überlegen, wie er reagieren will, wenn sich der Vorwurf als zutreffend erweist. In einem solchen Fall kann verlangt werden, dass er die fristlose Entlassung nach Feststellung des Sachverhalts sofort ausspricht, ohne dass ihm noch einmal eine Überlegungsfrist gewährt werden muss (BGer 16.5.2002, 4C.345/2001).

Zeichnen sich wesentliche Entscheidungen ab, so auch hinsichtlich einer fristlosen Entlassung, so muss sich ein Betrieb entsprechend organisieren, wenn ein Entscheidungsträger in den Ferien weilt, damit wesentliche Entscheidungen auch in Abwesenheit des primär zuständigen Verantwortlichen gefällt werden können. Entweder muss dieser eine Stellvertretungsregelung treffen, die ein Handeln für den Arbeitgeber erlaubt, oder er muss sich so einrichten, dass er auch in den Ferien für wesentliche Entscheidungen erreichbar ist.

(Obergericht Kt. Luzern 27. Juni 2005, in SAE 2007, S. 42)

### **4.2 Fristloses Verlassen der Arbeitsstelle**

Ein fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR (fristlose Vertragsauflösung durch Arbeitnehmer) setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die weitere Erbringung seiner Arbeitsleistung bewusst, absichtlich und endgültig verweigert. Wird das Verlassen der Arbeitsstelle mit einer Krankheit begründet und bestehen Zweifel daran, ob der Arbeitnehmer krank ist, kann der Arbeitgeber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, selbst wenn der Arbeitnehmer seine Behauptung nicht mit einem – Arzzeugnis belegt, nicht einfach die Kündigung aussprechen, sondern hat den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit oder zur Einreichung eines Arzzeugnisses anzuhalten, es sei denn, auf Grund der gesamten Umstände erscheine dies von vornherein als sinnlos. Reicht der Arbeitnehmer ein Arzzeugnis ein, ist nach Treu und Glauben grundsätzlich nicht davon auszugehen, et wolle die Arbeitsstelle fristlos verlassen. Hegt der Arbeitgeber Zweifel an der Richtigkeit des Arzzeugnis-

ses, kann er aber verlangen, dass dessen Richtigkeit von einem Vertrauensarzt überprüft wird.

(BGer vom 12. Mai 2009, Entscheid 4A\_140/2009 in Schweizer Arbeitgeber 5.1.2009, s. 24)

#### **4.3 Fristlose Kündigung: rechtzeitige Ausübung**

Aus dem Wesen des wichtigen Grundes hat die zu Art. 337 OR ergangene privatrechtliche bundesgerichtliche Rechtsprechung abgeleitet, dass der Kündigungsberechtigte sich mit der Aussprechung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungebührlich lange Zeit lassen darf. Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei zumutbar und das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt (BGE 130 III 28 E. 4.4 und weitere Verweise). Daher ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss zuzumuten ist, ob er vom Recht zur fristlosen Vertragsaufhebung Gebrauch machen will. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von 2-3 Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne ist nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung auf etwa 1 Woche ist dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung deshalb aufwendiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind.

Bei einem klaren Sachverhalt muss anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder Verfehlungen erst langsam an den Tag treten. Geht es bei der Abklärung darum, zuerst das Ausmass der Verfehlungen abschätzen zu können, so wird die Überlegungsfrist notwendigerweise erst an die Abklärungsfrist anschliessen. Die Art der Vorwürfe (z.B. sexuelle Belästigungen) kann eine längere Abklärungsfrist rechtfertigen. Ist der Vorwurf an den Arbeitnehmer klar und kann sich der Arbeitgeber schon bei der Abklärung des Sachverhalts überlegen, wie er reagieren will, wenn sich der Vorwurf als zutreffend erweist, rechtfertigt es sich nicht, ihm nach der Abklärungsfrist noch eine Überlegungsfrist für die fristlose Entlassung einzuräumen.

(BGE 138 I 113)

#### **4.4 Finanzielle Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung**

Art. 337c OR regelt vertragsrechtlich abschliessend die finanziellen Folgen einer ungerechtfertigten Entlassung in Form von Schadenersatz (Ersatz dessen, was der AN verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre, Abs. 1) sowie einer Entschädigung gemäss Abs. 3 (bis zu maximal sechs Monatslöhnen).

Verlangt der Arbeitnehmer zusätzlichen Schadenersatz wie etwa einen entgangenen

Gewinn nach ordentlicher Beendigung des Vertrages, so hat er entweder eine Persönlichkeitsverletzung zu beweisen, die über jene wegen ungerechtfertigter Entlassung hinausgeht, oder die Verletzung einer anderen, nicht aus Art. 328 OR folgenden Vertragspflicht.

(BGE 135 III 405)

#### **4.5 Wahrheitswidrige Angaben im Vorstellungsgespräch – fristlose Entlassung**

Bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen trifft den Arbeitnehmer eine vorvertragliche Treuepflicht. Wer bewusst wahrheitswidrige Angaben bei der Stellensuche macht – z.B. falsche Angaben über Fähigkeiten, Kenntnisse, Examen und Ausbildungsgänge, wenn sie einen Bezug zur Stelle haben und der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Wahrheit hat – kann einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung setzen.

Macht ein Bewerber anlässlich des Vorstellungsgesprächs bezüglich seiner bisherigen Anstellung und Berufserfahrung wahrheitswidrige Angaben, so ist dies unabhängig von der Qualität der danach erbrachten Arbeitsleistung objektiv geeignet, die für eine weitere Anstellung wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Arbeitsvertrages für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist. Mit den unwahren Angaben zu vertragsrelevanten Tatsachen hat der Arbeitnehmer seine vorvertragliche Treuepflicht in schwerer Weise verletzt und das gegenseitige Vertrauensverhältnis endgültig zerstört.

Bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ist bei Kaderpersonen aufgrund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens und der Verantwortung, welche ihnen ihre Funktion im Betrieb überträgt, ein strenger Massstab anzulegen. So hat das Bundesgericht bei einem Arbeitnehmer, der als Personalleiter eine Vertrauensposition im Betrieb innehatte, eine Täuschung des Arbeitgebers durch das Herstellen wahrheitswidriger Dokumente für die Buchhaltung als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung qualifiziert (BGE 124 III 25, E. 3a).

Von einem Mitglied der Direktion darf eine besondere Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit erwartet werden, habe er doch gegenüber Kunden und Arbeitgeber eine ausgesprochen hohe Verantwortung. Erschleicht er sich eine Anstellung durch unwahre Angaben, so kann ihm ein solches Vertrauen nicht mehr entgegengebracht werden und eine fristlose Entlassung ist gerechtfertigt.

(BGer vom 14. Februar 2011, 4A\_569/2010)

#### **4.6 Fristlose Entlassung wegen Drogenkonsum**

In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden können, ohne dass es einer vorgängigen Verwarnung bedürfte. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an. Während zum Beispiel ein Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers in der Regel einen wichtigen Grund darstellt, kann es sich bei blossen Übertretungen wie Beschimpfungen oder Tätlichkeiten anders verhalten.

Das unbefugte Konsumieren von Betäubungsmitteln ist strafrechtlich ein Übertretungstatbestand. Wie bei anderen solchen Tatbeständen muss bei der Beurteilung, ob er eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung zu rechtfertigen vermag, auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Es ist danach zu fragen, ob sich der Vorfall nach objektiver Wertung derart negativ auf die Arbeitsqualität, auf das Arbeitsklima oder auf das Ansehen des Arbeitgebers bei Dritten ausgewirkt hat, dass diesem die Fortsetzung des Vertrages nicht zumutbar ist.

Im vorliegenden Fall wurden die Leistungen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber selbst als gut eingestuft, also offenbar vom Drogenkonsum nicht beeinflusst waren. Zum anderen waren auch keine negativen Auswirkungen auf das Arbeitsklima festzustellen. Sodann ist von Bedeutung, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Stellung im Betrieb diesen nicht nach aussen gegenüber Dritten repräsentierte. Sein Drogenkonsum konnte deshalb – wäre er öffentlich bekannt geworden – dem Ansehen der Beklagten nicht schaden. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung lag somit nicht vor.

(BGer vom 8. Oktober 2002, in SJZ 1.4.2003, S. 183)

## **5 Erstreckung der Kündigungsfrist - Sperrfristen**

### **5.1 Missbräuchliche Kündigung wegen Krankheit?**

Eine Krankheit ist eine persönliche Eigenschaft, die gemäss Art. 336 Abs. 1 lit a OR für den Kündigungsschutz relevant sein kann. Zu beachten ist indessen, dass der sachliche Kündigungsschutz entfällt, wenn die persönliche Eigenschaft die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Insofern schränkt Art. 336 Abs. 1 lit a OR den Persönlichkeitsschutz ein. Die Kündigung wegen Krankheit hat zur Folge, dass für die Zukunft die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, wenn die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt. Insofern könnte es sich bei einer Kündigung wegen einer Krankheit um eine Vereitelungskündigung im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit c OR handeln. Aufgrund der Systematik des gesamten Kündigungsschutzes ist indessen anzunehmen, dass der Gesetzgeber nicht soweit gehen wollte. Daher scheint es zulässig, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen.

(BGE 123 III 246 E. 5 mit Hinweisen, BGer 5. August 2004 in ARV 4/2004, S. 244 ff)

### **5.2 Dauer der Sperrfrist bei Wechsel des Dienstjahres**

Die Sperrfrist beträgt gem. Art. 336c OR bei Krankheit oder Unfall im 1. Dienstjahr 30 Tage, ab dem zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr 90 Tage und ab dem sechsten Dienstjahr 180 Tage. Dauert eine Arbeitsverhinderung bis in ein Dienstjahr an, das eine längere Sperrfrist vorsieht als das vorhergehende, so kommt diese längere Sperrfrist zum Zuge. Dieser Fall ist gegeben bei einer Arbeitsverhinderung, die sich vom ersten ins zweite, oder vom fünften ins sechste Dienstjahr erstreckt.

In diesen Fällen von krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit ist insgesamt die höhere Sperrfrist zu beachten.

(BGE 133 III 517)

### **5.3 Erstreckung der Kündigungsfrist – Verzug des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers**

Wird ein Arbeitsverhältnis aufgrund des Kündigungsschutzes gem. Art. 336c OR erstreckt, so bestehen die bisherigen Rechte und Pflichten der Parteien unverändert fort. Der Arbeitnehmer ist nach wiedererlangter Arbeitsfähigkeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet.

Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern.

Kann die Arbeit infolge des Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitneh-

mer zur Nachleistung verpflichtet ist. Arbeitgeberverzug liegt grundsätzlich erst vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit eindeutig angeboten hat.

Ein Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug, wenn er es unterlässt, den Arbeitnehmer aufzufordern, seine Arbeit während des nach Art. 336c Abs. 2 OR verlängerten Arbeitsverhältnisses weiterzuführen. Vielmehr ist es Sache des Arbeitnehmers, seine Dienste anzubieten, und erst wenn diese abgelehnt werden, kommt der Arbeitgeber in Verzug.

Ein rechtsgenügendes Arbeitsangebot liegt dabei nicht schon dann vor, wenn ein Arbeitgeber aufgrund der Umstände zu vermuten hat, dass der Arbeitnehmer während der verlängerten Kündigungsfrist für eine weitere Beschäftigung an sich zur Verfügung stünde. Von einem tatsächlichen Angebot kann nur gesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber unmissverständlich die Absicht bekannt gibt, für ihn während der verlängerten Kündigungsfrist tätig zu sein. Die Bekundung genereller Arbeitsbereitschaft – z.B. durch Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung – stellt weder eine an den früheren Arbeitgeber gerichtete Mitteilung dar noch bringt sie zum Ausdruck, dass der Arbeitnehmer tatsächlich bereit und willens ist, weiterhin für den bisherigen Arbeitgeber tätig zu sein. Es ist Sache des Arbeitnehmers, hier im Interesse seines Lohnanspruches die notwendige Klarheit zu schaffen, was nur durch ein konkretes Arbeitsangebot an die Adresse des bisherigen Arbeitgebers geschehen kann.

Der Kündigungsschutz geht nicht so weit, dass der Arbeitnehmer, der während der verlängerten Kündigungsfrist auf Stellensuche ist oder für Arbeit an sich verfügbar wäre, unter Wahrung seines Lohnanspruches untätig zuwarten kann, bis er vom bisherigen Arbeitgeber zur Arbeitsaufnahme aufgefordert wird.

(BGE 115 V 337 Erw. 5)

#### **5.4 Kündigungsschutz bei freiwillig vorverlegtem Militärdienst**

Wenn ein Arbeitnehmer seine Rekrutenschule freiwillig und ohne den Arbeitgeber zu informieren vorverlegt, so kommt er trotzdem in den Genuss der Kündigungsschutzbestimmungen von Art. 336c OR.

(Urteil Appellationsgericht Kt. Genf vom 9. Juli 2001, in JAR 2003, 251)

#### **5.5 Kündigungsschutz bei Krankheit/Unfall**

Der Sinn und Zweck von Art. 336c OR (Sperrfristen) liegt darin, dem gekündigten Arbeitnehmer trotz zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit er in der Lage ist, sich nach einer neuen Stelle umzusehen, sowie die Kontinuität des Erwerbseinkommens zu erhalten und so für beide Parteien den Stellenwechsel zu erleichtern (BGE 124 III 474). Der Sperrmechanismus hat zur Konsequenz, dass auch eine sehr kurze Krankheit (von 1-3 Tagen) die Kündigungsfrist um einen ganzen Monat verlängert. Das Bundesgericht hat in BGE 115 V 442 festge-

stellt, dass grundsätzlich auch eine nur ganz kurze Krankheit den Sperrmechanismus auslöst, denn nichts lasse darauf schliessen, dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz nur für Arbeitsunfähigkeiten von einer gewissen Mindestdauer habe gewähren wollen. Gemäss bundesrätlicher Botschaft (BBL 1967 II 379) lasse sich im lichte des Interessenausgleichs zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer allerdings fragen, ob der Arbeitnehmer auch in den Genuss des Schutzes von Art. 336c OR kommen soll, wenn die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ganz unbedeutend ist und die Arbeitnehmerinteressen dadurch praktisch nicht berührt werden. Dieser Sachverhalt sei unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchs zu prüfen.

Die Lehre vertritt ebenfalls weitgehend die Meinung, die Berufung auf Art. 336c Abs. 2 und 3 OR könne bei sehr kurzer Arbeitsunfähigkeit und wenn die Stellensuche nicht beeinträchtigt wird, rechtsmissbräuchlich sei.

Im Entscheid JAR 1994, 213 hat das Arbeitsgericht Zürich die Verlängerung der Kündigungsfrist um einen Monat gutgeheissen, obwohl der Arbeitnehmer nur die letzten zwei Tage der Kündigungsfrist erkrankte und diese beiden Tage erst noch auf einen Samstag und Sonntag fielen. Dieser Entscheid wurde in der Lehre kritisiert, da der Arbeitnehmer durch die Krankheit am Wochenende am Ende der Kündigungsfrist in seiner Stellensuche nicht mehr beeinträchtigt gewesen sein konnte.

In einem zwei Jahre später gefüllten Urteil erkannte das gleiche Gericht dagegen auf Rechtsmissbrauch in einem Fall, wo der Arbeitnehmer im letzten Kündigungsfristmonat während drei Tagen arbeitsunfähig war. Hier verweigerte das Gericht die Verlängerung der Kündigungsfrist (Urteil Arbeitsgericht Zürich 16.10.1995 in Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht). Dieser Entscheid wurde umgekehrt auch kritisiert.

Das Kantonsgericht St.Gallen hat in einem Entscheid vom 26. März 2004 den Kündigungsschutz nun wieder wegen Rechtsmissbrauch verweigert, obschon der Arbeitnehmer in der Kündigungsfrist während 7 Tagen infolge Krankheit nachweislich arbeitsunfähig war. Die Kündigungsfrist betrug dabei 6 Monate und der Arbeitnehmer war mehr als zwei Kündigungsfristmonate freigestellt. Nach Bezug von 15% Tage Ferien- und Überzeitsaldo verblieben dem Arbeitnehmer 31% Tage in der Freistellungsphase, in denen er sich ausschliesslich der Stellensuche widmen konnte. Der Arbeitnehmer hatte trotz der 7 Tage andauernden einmaligen und zeitlich begrenzten Arbeitsunfähigkeit ausreichend Zeit, sich um eine neue Stelle zu bemühen. Diese im Verhältnis zur sechsmonatigen vertraglichen Kündigungsfrist und der etwas mehr als zweimonatigen Freistellungszeit unbedeutend kurze Dauer der Arbeitsunfähigkeit hatte die durch Art. 336c OR gewährleisteten Interessen des Arbeitnehmers in keiner Art und Weise beeinträchtigt. Die Berufung auf den Kündigungsschutz ist daher rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB.

(Urteil Kantonsgericht St.Gallen vom 26. März 2004 in Schweizer Arbeitgeber 27.1.2005)

## 6 Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte

### 6.1 Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte

Ist ein Arbeitnehmer der Auffassung, der Inhalt eines Vollzeugnisses sei unrichtig und unvollständig, so kann er beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben (BGE 129 III 179). Im vorliegenden Fall verlangt der Arbeitnehmer, dem Zeugnis sei der Hinweis beizufügen, es sei nicht codiert.

Unter Codierung werden sprachliche Formulierungen verstanden, deren versteckte Bedeutung nur einem bestimmten Arbeitgeberkreis bekannt ist und die dem Zeugnis einen Inhalt geben, den der uneingeweihte Leser nicht erkennt. Eine solche Geheimsprache verstösst gegen den Grundsatz der Zeugnisklarheit und ist demzufolge unzulässig.

Der Zusatz, es handle sich um ein uncodiertes Zeugnis, ist allerdings zumindest nutzlos oder sogar kontraproduktiv. Wurde tatsächlich eine Geheimsprache verwendet, so wird diese von den eingeweihten Personen trotz Zusatz entdeckt und verstanden. Gegenteil lässt ein ausdrücklicher Hinweis auf fehlende Codierung den Verdacht entstehen, faktisch enthalte das Zeugnis eben doch eine Geheimsprache, nach dem Prinzip «qui s'excuse, s'accuse». Es besteht somit kein genügendes Rechtsschutzinteresse am ausdrücklichen Hinweis, es liege kein codiertes Zeugnis vor.

Arbeitszeugnisse und Referenzauskünfte weisen etliche Parallelen auf. Beide haben Informationen zur beruflichen Qualifikation des Arbeitnehmers aus der Sicht des ehemaligen Arbeitgebers zum Inhalt. Wie das Zeugnis ist auch die Referenzauskunft primär im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens von Interesse, indem der potentielle neue Arbeitgeber Informationen darüber erhält, ob sich der bewerbende Arbeitnehmer für die zu besetzende Stelle eignet. Daher liegt es nahe, für allfällige Lücken, die wegen des Fehlens einer gesetzlichen Regelung der Referenzauskünfte bestehen, die Grundsätze zum Zeugnisrecht heranzuziehen. Wurde daher dem Arbeitnehmer ein qualifiziertes Arbeitszeugnis übergeben, bestimmt sich der Umfang der Referenzauskünfte ohne weitergehende Ermächtigungen anhand dieser Zeugnisart. Allerdings kann der Arbeitgeber nicht auf die Erteilung von Informationen beschränkt werden, welche bereits im ausgehändigten Arbeitszeugnis enthalten sind. Andernfalls würde sich nämlich das Einholen von Referenzauskünften erübrigen, denn die Informationen, die im Arbeitszeugnis enthalten sind, braucht der potentielle Arbeitgeber nicht mehr zu erfragen. Vielmehr können alle Informationen, die der Arbeitgeber in einem Zeugnis der entsprechenden Zeugnisart weitergeben darf, auch Gegenstand einer Referenzauskunft sein. Wie beim Arbeitszeugnis trifft der Arbeitgeber innerhalb des zulässigen Rahmens die Auswahl der Informationen, die er weitergeben will, wobei er sich an die Grundsätze der Wahrheit wie auch des Wohlwollens zu halten hat.

(Obergericht Thurgau vom 21. Dezember 2006, in SJZ 105 (2009) Nr. 6, S. 147)

## **6.2 Vollzeugnis und Arbeitsbestätigung**

Ein Arbeitnehmer hat Anspruch auf ein komplettes Arbeitszeugnis und auf eine einfache Arbeitsbestätigung, wobei er zwischen beiden Möglichkeiten wählen oder auf der Ausstellung beider Bescheinigungen bestehen kann.

Der Arbeitnehmer muss sich folglich nicht für eine der beiden Zeugnisformen entscheiden. Vielmehr kann er zunächst ein Vollzeugnis und danach noch eine blosse Arbeitsbestätigung verlangen – oder umgekehrt.

Wird ein Vollzeugnis gewünscht, müssen darin allerdings die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers beurteilt werden. Dieser kann sich folglich nicht wahlweise entweder nur die Leistungen oder nur das Verhalten benoten lassen, weil eine solche Beschränkung zu Irreführungen Anlass bieten könnte. Dazu kommt, dass die Ausstellung eines unvollständigen Zeugnisses rechtliche Konsequenzen haben kann. Wird dieses bei einer Stellenbewerbung als Leistungsausweis verwendet, wird der Aussteller einem neuen Arbeitgeber gegenüber unter Umständen schadenersatzpflichtig (vgl. BGE 101 II 69 E. 2).

(BGer vom 25.2.2003, in NZZ 28.3.2003, 17)