

ÜBERSICHT ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS (*)

Overview of the Case Law of the Federal Supreme Court

 Thomas GEISER (**)

ZUSAMMENFASSUNG

Als höchste gerichtliche Instanz ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts für die arbeitsrechtliche Praxis in der Schweiz von zentraler Bedeutung. Da alle arbeitsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens CHF 15'000.- ans Bundesgericht weiter gezogen werden können, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung sehr vielfältig und betrifft praktisch alle Bereiche des Arbeitsrechts. Der folgende Aufsatz gibt einen Überblick über diese Rechtsprechung des letzten Jahres.

Behandelt werden insbesondere die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnissen und selbständigen Tätigkeiten, die Behandlung variabler Lohnbestandteile (Bonus), Fragen der Geschlechterdiskriminierung, Regelungen der Arbeitszeiten und Fragen aus dem Kündigungsschutz. Von grosser Bedeutung sind für den schweizerischen Arbeitsmarkt auch nach wie vor die Arbeitszeugnisse. Entsprechend muss sich auch das Bundesgericht regelmässig mit deren Abfassung befassen. Zudem werfen nach-vertragliche Konkurrenzverbot immer wieder eine Vielzahl von Fragen auf, die vom Bundesgericht zu beurteilen sind. Schliesslich hatte sich das Bundesgericht im letzten

* Araştırma makalesi.

(Research Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 06.03.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 20.06.2025.

** Prof. em. Dr. Dr. h.c., St. Gallen Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Jahr auch mit der Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen bei Betrieben, die in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen tätig sind, zu befassen.

Schlüsselwörter: Bundesgericht (Schweiz), Arbeitsverhältnis, Geschlechtsdiskriminierung, Arbeitszeiten, Anwendung von Gesamtarbeitverträgen.

ÖZET

En yüksek yargı merci olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları, İsviçre iş hukuku uygulaması açısından merkezi bir öneme sahiptir. Dava değeri en az 15.000 İsviçre Frangı olan tüm iş hukuku uyuşmazlıkları Federal Mahkeme'ye taşınabildiğinden, Federal Mahkeme'nin içtihatları oldukça çeşitlidir ve iş hukukunun neredeyse tüm alanlarını etkilemektedir. Aşağıdaki makale, Federal Mahkeme'nin geçtiğimiz yıla ait içtihatlarına genel bir bakış sunmaktadır.

Özellikle iş ilişkisi ile serbest meslek arasındaki ayrim, prim gibi değişken ücret bileşenlerinin değerlendirilmesi, cinsiyet temelli ayrımcılık sorunları, çalışma saatlerine ilişkin düzenlemeler ve feshe karşı koruma konuları ele alınmaktadır. İsviçre iş piyasasında iş referansları büyük önem taşımaya devam etmektedir. Bu doğrultuda, Federal Mahkeme iş referanslarının düzenlenmesine ilişkin meselelerle düzenli olarak ilgilenmektedir. Ayrıca, sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin hükümler sıkılıkla Federal Mahkeme nezdinde çeşitli hukuki tartışmalara yol açmaktadır. Geçtiğimiz yıl, Federal Mahkeme farklı ekonomik sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerde toplu iş sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin meseleleri de ele almıştır.

Anahtar Kelimeler: İsviçre Federal Mahkemesi, İş İlişkileri, Cinsiyet Temelli Ayrımcılık, Çalışma Saatleri, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanması.

ABSTRACT

As the highest judicial authority, the case law of the Federal Supreme Court is of central importance for labour law practice in Switzerland. As all labour law disputes with an amount in dispute of at least CHF 15,000 can be referred to the Federal Supreme Court, the case law of the Federal Supreme Court is very diverse and affects practically all areas of labour law. The following article provides an overview of this case law from the last year.

In particular, it covers the distinction between labour relations and self-employment, the treatment of variable salary components such as bonuses, gender discrimination issues, working hours regulations and protection against dismissal issues. Employment references remain of great importance in the Swiss labour market. Accordingly, the Federal Supreme Court regularly deals with issues relating to their drafting. Additionally, post-contractual non-competition clauses frequently give rise to numerous questions that must be adjudicated by the Federal Supreme Court. Last year, the Federal Supreme Court also addressed the application of collective labour agreements in companies operating in different sectors of the economy.

Key Words: Federal Supreme Court of Switzerland, Labour Relations, Gender Discrimination, Working Hours, Application of Collective Labour Agreement.

I. INDIVIDUALARBEITSRECHT

A. Qualifikation Arbeitsvertrag

Das Bundesgericht hatte sich auch in diesem Berichtsjahr mit den *Arbeitsverhältnissen der Uber-Fahrer* zu beschäftigen. Diesmal ging es um die Frage, ob UberX-, UberBlack-, UberVan- und UberGreen-Fahrer eine unselbstständige Erwerbstätigkeit für die Uber B.V. ausüben, was das Bundesgericht nun auch für das Sozialversicherungsrecht bestätigt¹. Das Bundesgericht bejahte ein für ein Arbeitsverhältnis typisches Weisungsrecht von Uber und ein Subordinationsverhältnis². Dabei verwies es insbesondere auch darauf, dass der Fahrer beim Eingang einer Kundenanfrage nicht abschätzen kann, ob es sich um eine für ihn lohnende Fahrt handelt und wie viel Zeit diese beansprucht, weil er den Zielort erst nach Annahme des Auftrages erfährt³. Das Bundesgericht verneinte auch das von Uber vorgebrachte Argument, die Fahrer trügen ein eigenes Betriebsrisiko, weil sie das Fahrzeug selber kaufen und dessen Unterhalt auch selber bezahlen müssen. Es betrachtete dies als eine unwesentliche Investition, weil das Fahrzeug von den Fahrern in erster Linie privat benutzt werde. Dass es sich um eine unselbstständige Tätigkeit handle, sah das Bundesgericht auch durch den Geldfluss und den Umstand bestätigt, dass die Fahrer nicht im eigenen Namen, sondern jenem von Uber auftreten⁴. Die bündesgerichtlichen Erwägungen dürften in Zukunft auch

¹ BGE 149 V 57 ff. E. 7 und 9.2.

² BGE 149 V 68 ff. E. 7.2 f.

³ BGE 149 V 72 E. 7.3.5.

⁴ BGE 149 V 72 ff. E. 7.4.

für die Abgrenzung von Arbeitsverträgen von Franchising Verträgen Bedeutung haben.

Die Schwierigkeit der Qualifikation von Vermittlungsverträgen ist keineswegs auf Über beschränkt und auch nicht plattformspezifisch. Im Kanton Neuenburg besteht ein gemeinnütziger Verein, der die *Herstellung einer Koordination zwischen Eltern, die ihre Kinder tagsüber betreuen lassen wollen und Personen herstellt, die eine solche Betreuung anbieten*. Der Verein berät und unterstützt dann die Parteien in Erziehungsfragen und organisiert die Aus- und Weiterbildung in pädagogischen Fragen für die Betreuenden. Für jede Platzierung wird eine "Aufnahmevereinbarung" auf dem Briefpapier des Vereins erstellt, die von den platzierenden Eltern, der betreuenden Person und einem Mitarbeiter des Vereins unterzeichnet wird. Nachdem das Gesetz über den Mindestlohn im Kanton Neuenburg in Kraft getreten war, forderte eine betreuende Person vom Verein eine Lohnnachzahlung für die Differenz zwischen dem tatsächlich bezahlten und dem gesetzlichen Mindestlohn. Der Verein bestritt das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und machte geltend, die Mindestlohnvorschriften seien nicht anwendbar. Der Verein sei nur Vermittler für eine selbständige Erwerbstätigkeit. Das Bundesgericht konnte dieser Betrachtungsweise nicht folgen. Für die Qualifikation als Arbeitsverhältnis stützte es sich auf die Subordination⁵, die den Arbeitnehmer in zeitlicher, räumlicher und hierarchischer Hinsicht in die Abhängigkeit des Arbeitgebers bringt⁶. Allerdings müssen nicht alle diese Aspekte immer in gleichem Masse gegeben sein⁷. Vielmehr ist auf das Gesamtbild abzustellen, welches die Integration des Betroffenen in das Unternehmen bietet⁸. Das Subordinationsverhältnis bringt den Arbeitnehmer regelmässig auch in eine wirtschaftliche Abhängigkeit⁹. Was darunter zu verstehen ist, erweist sich aber immer wieder als wenig klar. Das Bundesgericht präzisierte diese Kriterium dahin, dass es darum geht, dass auf Grund der arbeitsvertraglichen Verpflichtung andere Einkommensquellen ausgeschlossen werden und der

⁵ Mit Hinweis auf BGE 130 III 213 E. 2.1; BGE 125 III 78 E. 4; BGE 121 I 259 E. 3a.

⁶ Vgl. BGer 4P.36/2005, vom 24. Mai 2005, E. 2.3; BGer 4P.83/2003, vom 9. März 2004, E. 3.2.

⁷ Vgl. dazu Oliver Rommé, *Abhängige Arbeit und gemeinsame Zweckverfolgung* (Springer 2000) pass.

⁸ BGer 4A_93/2022, vom 3. Januar 2024, E. 3.3; BGer 4P.83/2003, vom 9. März 2004, E. 3.2; Gabriel Aubert, „Art. 329 OR“ in Luc Thévenoz und Frédéric Werro (Hrsg.), *Commentaire romand*, Band CO I (1. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2003) N. 8 ff.; Rémy Wyler und Boris Heinzer, *Droit du travail* (3. Auflage, Stämpfli 2019) 26 ff.; Adrian Staehelin, *Zürcher Kommentar: Der Arbeitsvertrag*, Art. 319-330a OR (4. Auflage, Schulthess 2006) Art. 319 N. 38 f.; Manfred Rehbinder und Jean-Fritz Stöckli, *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Der Arbeitsvertrag*, Art. 319-362 OR (5. Auflage, Stämpfli 2014) Art. 319 N. 6 ff.

⁹ BGE 121 I 259 E. 3a; BGer 4A_365/2021, vom 28. Januar 2022, E. 4.1.2.1; BGer 4A_53/2021, vom 21. September 2021, E. 5.1.3.1.

Betroffene durch seine unternehmerischen Entscheidungen keinen Einfluss auf sein Einkommen nehmen kann¹⁰. Hat der Arbeitnehmer mit der vertraglichen Bindung die Verfügungsgewalt über seine Arbeitskraft abgetreten, weil er über das Entgelt, das er als Gegenleistung erhält, hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Ergebnis seiner so investierten Arbeitskraft teilhaben kann? Das trifft insbesondere zu, wenn eine Person nur für einen Arbeitgeber tätig ist oder vertraglich verpflichtet ist, keine weiteren ähnlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten auszuüben¹¹. Aufgrund der Analyse des konkreten Vertrages kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass ein Arbeitsvertrag vorlag und wies die Sache an die Vorinstanz zur Berechnung der konkreten Ansprüche zurück¹².

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob bei einem *Praktikumsvertrag* ist die Parteien neben der Ausbildung auch Lohn als Gegenleistung vereinbart haben, oder ob es sich um einen unentgeltlichen Praktikumsvertrag handelt¹³. Grundsätzlich kann ein solcher Praktikumsvertrag auch mehrere Monate dauern. Welche Vertragsart vorliegt hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falls ab. Nicht Arbeitsvertrag, sondern unentgeltlicher Praktikumsvertrag liegt vor, wenn die Arbeit im überwiegenden Interesse des Praktikanten durchgeführt wird, um praktische Erfahrungen zu sammeln. Hat demgegenüber der Praktikumsgeber objektiv betrachtet ein eigenes Interesse an der geleisteten Arbeit, liegt ein Arbeitsvertrag mit Lohnanspruch vor¹⁴. Auf Grund der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz, waren solche Interessen der Praktikumsgeberin nicht gegeben, so dass das Bundesgericht die Lohnklage abwies¹⁵.

Richtigerweise unterscheidet das Bundesgericht danach, ob die Arbeitsleistung im Interesse der Praktikumsgeberin verrichtet wird oder ausschliesslich im Interesse des Praktikanten. Das Arbeitsvertragsrecht setzt begriffsnotwendig voraus, dass der

¹⁰ BGer 2C_575/2020 und 2C_34/2021, vom 30. Mai 2022; BGer 4A_365/2021, vom 28. Januar 2022; BGer 4A_53/2021, vom 21. September 2021, E. 5.1.3.2.

¹¹ BGer 4A_93/2022, vom 3. Januar 2024, E. 3.4; BGer 4A_64/2020, vom 6. August 2020, E. 6.3.6, BGer 4A_553/2008, vom 9. Februar 2009, E. 4.2; BGer 4C_276/2006, vom 25. Januar 2007, E. 4.6.1

¹² BGer 4A_93/2022, vom 3. Januar 2024.

¹³ BGer 4A_150/2023, vom 30. November 2023.

¹⁴ BGer 4A_150/2023, vom 30. November 2023, E. 5.1.; Jean-Philippe Dunand, 'Commentaire du contrat de travail', in: Jean-Philippe Dunand und Michel Mahon (Hrsg.), *Commentaire romand -Code des obligations I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2022) Art. 319 OR N. 33; Rémy Wyler, 'Commentaire du contrat de travail', in: Jean-Philippe Dunand und Michel Mahon (Hrsg.), *Commentaire romand -Code des obligations I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2022) Art. 320 OR N. 33.

¹⁵ BGer 4A_150/2023, vom 30. November 2023, E. 5.2.

Arbeitnehmer *der Arbeitgeberin* Arbeit leistet. Für die Unterscheidung der beiden Vertragsarten kann damit die Entgeltlichkeit nicht massgebend sein. Die Praktikumsgeberin erbringt dem Praktikanten eine geldwerte Leistung, nämlich die Ausbildung. Für die Unterscheidung ist die *charakteristische Leistung massgeblich*: Ist es die Arbeitsleistung des Praktikanten oder die Ausbildung durch die Gegenpartei?

Es ist hin und wieder erstaunlich, dass das Vorliegen eines Arbeitsvertrages überhaupt in Frage gestellt wird. Eine *Zahnarztpraxis hatte eine Dentalhygienikerin beschäftigt*. Sie arbeitete ausschliesslich auf Provisionsbasis, die Praxis rechnete aber keine Sozialversicherungen ab, bezahlte keinerlei Lohn im Krankheitsfall und auch keine Ferien. Nachdem sich die Parteien getrennt hatten, machte die Dentalhygienikerin die entsprechenden Forderungen geltend. Die Zahnarztpraxis bestritt vor Bundesgericht erfolglos das Bestehen eines Arbeitsvertrags¹⁶. Das Bundesgericht hielt fest, dass in erster Linie massgeblich ist, *wie die Arbeit tatsächlich erbracht wird*, nicht was im Vertrag steht. Es geht um die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Entsprechend ist der Grad der Freiheit bei der Arbeitsorganisation wesentlich, wie auch die Rechenschaftspflicht. Für einen Arbeitsvertrag typische Elemente sind die Erstattung der dem Arbeitnehmer entstandenen Kosten, die Tatsache, dass der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko trägt. Allerdings handelt es sich dabei um Elemente die im Einzelfall nicht alle zwingend erfüllt sein müssen. Die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses darf nicht von den Rechtswirkungen her vorgenommen werden. Diese sind vielmehr die Folge der Qualifikation und im konkreten Fall kann es genau um die Frage gehen, ob sich aus dem Vertrag der entsprechende Rechtsanspruch ergibt oder nicht. Der Umstand, dass die Klägerin ausschliesslich auf Provisionsbasis arbeitete, stand dem Grundsatz, dass die Arbeitgeberin das unternehmerische Risiko trägt, nicht entgegen¹⁷. Eine Entlohnung ausschliesslich mit einer Provision ist bei einem Arbeitsverhältnis durchaus möglich und auch zulässig, sofern diese Vergütung angemessen ist. Art. 349a Abs. 2 OR ist analog auch auf andere Arbeitsverträge als der Handelsreisenden Verträge anwendbar¹⁸.

¹⁶ BGer 4A_117/2024, vom 21. August 2024.

¹⁷ Vgl. Urteil 4A_458/2018, vom 29. Januar 2020, E. 4.4.2.

¹⁸ BGer 4A_117/2024, vom 21. August 2024, E. 4.7; BGE 139 III 214 E. 5.1; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 6.1.

B. Lohn

Grundsätzlich sind die Parteien frei, wie sie den Lohn festsetzen wollen. Allerdings sind gewisse Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Dabei geht es nicht nur um in Gesamtarbeitsverträgen, Normalarbeitsverträgen oder kantonalen Gesetzen festgesetzten Mindestlöhne. Vielmehr besteht eine wichtige Einschränkung im *Diskriminierungsverbot*¹⁹. Das Bundesgericht hatte Gelegenheit in einem Fall aus dem Kanton Genf, in dem es allerdings wie bereits das kantonale Gericht, eine Geschlechterdiskriminierung verneinte, einige Grundsätze zur Lohngleichstellung festzuhalten²⁰. Der Grundsatz der Lohngleichheit beruht auf dem Begriff der *gleichwertigen Arbeit*²¹. Es kommt folglich nicht auf die Art der Arbeit an, sondern dass unter gleichen Bedingungen ähnliche *Arbeit* verrichtet wird, die durchaus von unterschiedlicher Art sein kann, aber *von gleichem Wert ist*²². Welche Unterschiede bezüglich der Arbeit und der Person eine Lohndifferenz rechtfertigen können, ist Rechtsfrage²³. In Frage kommt insbesondere die mit der *Arbeit direkt zusammenhängenden Umstände*, wie Ausbildung²⁴, Dauer der Tätigkeit, Qualifikation, Berufserfahrung, konkreter Tätigkeitsbereich, erbrachte Leistungen, Risiken und das Pflichtenheft. Die Lohndifferenz kann aber auch aus Gründen gerechtfertigt sein, die nicht unmittelbar mit der fraglichen Tätigkeit zusammenhängen, sondern sich aus *sozialen Belangen* ergeben, wie z.B. Familienpflichten oder Alter²⁵. Bei gleicher Arbeit lässt sich eine Lohndifferenz auch durch eine *quantitative oder qualitativ bessere Arbeitsleistung* rechtfertigen, sofern der entsprechende Unterschied auch nachgewiesen ist²⁶. Zudem lässt das Bundesgericht auch eine starke Position des einen Arbeitnehmers auf Grund der *Lage auf dem Arbeitsmarkt oder besonderes Verhandlungsgeschick* für Lohndifferenzen zu. Allerdings muss das Ausmass der Differenz immer die Verhältnismässigkeit wahren und darf nicht als unbillig erscheinen²⁷. Zudem muss

¹⁹ Art. 8 BV.

²⁰ BGer 4A_427/2023, vom 8. November 2023.

²¹ BGE 130 III 145 E. 3.1.2.

²² BGer 4A_427/2023, vom 8. November 2023, E. 4.1.1; BGE 133 III 545 E. 4.3.

²³ BGE 124 II 436 E. 8 f.; BGer 4A_344/2022, vom 15. Mai 2023, E. 3.3.

²⁴ BGE 123 I 1 E. 6e.

²⁵ BGE 142 II 49 E. 6.3; BGE 130 III 145 E. 5.2; BGE 127 III 207 E. 3c; BGer 4A_344/2022, vom 15. Mai 2023, E. 3.3.

²⁶ BGer 4A_427/2023, vom 8. November 2023, E. 4.1.4.; BGE 125 III 368 E. 5b; BGer 4A_344/2022, vom 15. Mai 2023, E. 3.3.

²⁷ BGer 4A_344/2022, vom 15. Mai 2023, E. 3.3; BGer 4A_461/2011, vom 24. August 2011, E. 3.2.

die Lohndifferenz ausgeglichen werden, sobald dies der Arbeitgeberin möglich und zuzumuten ist, wenn möglich innert Jahresfrist²⁸.

Besonders anfällig für Geschlechterdiskriminierungen sind *Bonusregelungen*. Eine Arbeitgeberin hatte mit einer Arbeitnehmerin Bonusansprüche von 25% des Jahreslohns, eine 100%ige Lohnzahlung während des Mutterschaftsurlaubs von 16 Wochen und eine Lohnerhöhung vereinbart. Der Bonusanspruch war folgender Massen formuliert: "Yearly bonus level is up to 25% of annual gross salary of employee, basis year performance of employee and appraisal by employer." Die Arbeitnehmerin bezog sodann Ferien und einen Mutterschaftsurlaub, so dass sie fast ein halbes Jahr nicht arbeitete. Sie erhielt sodann einen Bonus von 51% des maximalen Jahresanspruchs, was in etwa der von der Arbeitnehmerin effektiv geleisteten Arbeitszeit entsprach. Mit dieser Bonuskürzung war die Arbeitnehmerin nicht einverstanden und klagte die Differenz ein. Sie hatte damit allerdings nur einen sehr beschränkten Erfolg. In der Vereinbarung sahen die Gerichte eine unechte Gratifikation, so dass der Arbeitgeberin ein gewisses Ermessen bei der Festsetzung blieb²⁹. Das Bundesgericht sah eine *Bonuskürzung nur für bezogene Ferien und die ersten acht Wochen nach der Geburt als unzulässig an*, Für diese acht Wochen bestand ein Arbeitsverbot. Demgegenüber sei eine Kürzung für die Zeit von der 9. bis zur 16. Woche zulässig, weil es sich dabei um eine «freiwillige Abwesenheit» handle. «Es versteht sich von selbst, dass die Leistung bzw. der Output eines Arbeitnehmers bei einer länger dauernden Abwesenheit, wie vorliegend, unabhängig vom Grund insgesamt geringer ausfällt, als wenn die Beschwerdeführerin während des ganzen Jahres 2018 voll gearbeitet hätte. Eine Kürzung erscheint daher sachlich gerechtfertigt»³⁰. Bildet die Jahresleistung Bemessungsgrundlage für den Bonus, darf dieser während des Mutterschaftsurlaubs ausser während der ersten acht Wochen nach Niederkunft gekürzt werden, ohne damit das Diskriminierungsverbot zu verletzen, da von der neunten Woche an der Urlaub freiwillig ist. Der Entscheid ist wenig überzeugend.

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit zur Beweislast Stellung zu nehmen. Wie der Randtitel ausdrücklich festhält, bedeutet Art. 6 GlG *keine vollständige Umkehr, sondern nur eine Erleichterung der Beweislast*³¹. Die Arbeitnehmerin hat ihrer Beweisführungspflicht nachzukommen. Die Glaubhaftmachung genügt jedoch

²⁸ BGer 4A_427/2023, vom 8. November 2023, E. 4.1.4.; BGE 130 III 145 E. 5.2; BGer 4A_344/2022, vom 15. Mai 2023, E. 3.3.

²⁹ BGer 4A_597/2023, vom 15. Mai 2024.

³⁰ BGer 4A_597/2023, vom 15. Mai 2024, E. 3.3.1.

³¹ BGer 4A_427/2023, vom 8. November 2023, E. 4.1.3.

dafür, dass die Gegenpartei das Fehlen der Diskriminierung beweisen muss³². Für sie gelten dann die üblichen strengen Beweisregeln³³. Gelingt der Arbeitgeberin dieser strikte Beweis nicht, gilt die Diskriminierung als bewiesen³⁴.

C. Ordentliche Arbeitszeit

Bei der Frage, was alles zur Arbeitszeit zählt, ist zu unterscheiden, ob es um die vertragliche Vereinbarung geht oder um den öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz. Im Arbeitsvertragsrecht hat der Begriff Bedeutung, weil die Arbeitszeit den Umfang der Hauptleistung und damit umschreibt, welche Zeiten zu entlohen sind und welche nicht. Beim öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz geht es demgegenüber um die maximalen wöchentlichen und täglichen Arbeitszeiten. Während für diesen Bereich sich eine Definition der Arbeitszeit in Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 findet und als Arbeitszeit jene Zeit gilt, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat³⁵, besteht für das Arbeitsvertragsrecht Vertragsfreiheit. Die Parteien können folglich grundsätzlich frei vereinbaren, welche Zeiten für die Bemessung des Lohnes zu berücksichtigen sind und welche nicht. Das gilt mutatis mutandis auch für öffentlich-rechtliche Anstellungen. Die kantonalen Personalrechte können grundsätzlich frei regeln, was als bezahlte Arbeitszeit gilt und was nicht.

Entsprechend kann das kantonale Recht auch vorsehen, dass die *Umkleidezeiten* nicht als bezahlte Arbeitszeit gelten. Das hatte das Bundesgericht bereits im Zusammenhang mit dem Pflegepersonal im Kanton Zürich 2022 entschieden³⁶. Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht nun im Zusammenhang mit einer Klage der Polizisten und Gefängnisaufseher im Kanton Genf. Wie schon der Kanton Zürich regelt auch das Genfer Personalrecht die Frage nicht ausdrücklich. Es enthält aber eine Vielzahl von Normen bezüglich Zulagen für bestimmte Leistungen, so dass die kantonalen Gerichte ohne weiteres bezüglich der Umkleidezeiten von einem qualifizierten Schweigen ausgehen durften³⁷. Das Bundesgericht konnte

³² Hans Peter Walter, *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Art. 1-183 ZGB (Stämpfli 2012) Art. 8 ZGB N. 378 f.

³³ BGE 144 II 65 E. 4.2.1; 142 II 49 E. 6.2; 130 III 145 E. 5.2.

³⁴ BGer 4A_427/2023, vom 8. November 2023, E. 4.1.3; BGE 131 II 393 E. 7.1.

³⁵ Die Arbeitszeit ist folglich nicht mit der Präsenzzeit am Arbeitsort gleichzusetzen (ausser dies sei so vereinbart). Vgl. Ullin Streiff, Adrian von Kaenel und Roger Rudolph, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR* (7. Auflage, Schulthess 2012) N. 9 zu Art. 321 OR.

³⁶ BGer 8C_28/2022, vom 4. 10.2022.

³⁷ Vgl. dazu auch Adrian von Kaenel, 'Entwicklungen im Arbeitsrecht/Le point sur le droit du travail' (2024) (13) Schweizerische Juristen-Zeitung 516, 517 ff.

entgegen den Beschwerdeführern auch darin keinen Verstoss gegen die Rechtgleichheit sehen, dass den Mitarbeitenden der Institution genevoise de maintien à domicile (IMAD) Umkleidezeit bezahlt wird. Im Gegensatz zu den klagen Polizisten, welche die Uniform durchaus schon zu Hause anziehen dürfen, so dass ein Umkleiden zu Beginn des Dienstes gar nicht notwendig ist, dürfen die Mitarbeitenden der IMAD aus hygienischen Gründen erst vor Ort die Berufskleidung anziehen, was eine unterschiedliche Entlohnung durchaus rechtfertigt³⁸.

Diese Rechtsprechung ist kohärent und überzeugend. Allerdings erstaunt die mangelnde Selbstreflexion des Bundesgerichts. Bei öffentlichen Sitzungen hat der gesamte Spruchkörper einschliesslich Gerichtsschreiber schwarze Kleidung zu tragen. Obgleich diese problemlos auch auf dem Arbeitsweg getragen werden kann, zieht das gesamte Personal diese Kleidung immer erst kurz vor der Sitzung an und nachher sofort wieder aus. Diese Umkleidezeit wird aber vom Bundesgericht diskussionslos als Arbeitszeit angesehen!

D. Überstunden/Überzeiten

Leistet der Arbeitnehmer mehr Stunden Arbeit, als vertraglich vereinbart ist, sind diese Zeiten als Überstunden mit 125% des vereinbarten Stundenlohnes zu vergüten. Das gilt auch für Arbeitsleistungen, welche die maximale wöchentliche Arbeitszeit gemäss Art. 9 ArG übersteigen³⁹. Im Gegensatz zur Überzeitenschädigung kann die Überstundenentschädigung durch schriftliche Vereinbarung wegbedungen werden.

In einem Unternehmen, dass 45 Stunden als Sollarbeitszeit pro Woche vorgesehen hatte, verlangte ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Bezahlung von 1'586,5 Überstunden/Überzeiten. Der Fall gab dem Bundesgericht Gelegenheit, die für die *Wegbedingung* von Überstundenentschädigungen *geltenden Regeln* zu wiederholen. Die Parteien können schriftlich zu Beginn oder während des Arbeitsverhältnisses vereinbaren, dass Überstunden ohne Zuschlag vergütet werden. Es ist auch zulässig, die Überstunden nicht zusätzlich zu vergüten, sofern eine entsprechende Pauschale im Lohn enthalten ist. Allerdings können sich solche Vereinbarungen *nur auf künftig geleistete Überstunden beziehen*. Art. Art. 341

³⁸ BGer 8C_686/2022, vom 5. September 2023, E. 6.2.

³⁹ Art. 13 ArG. Allerdings ist der Zuschlag von 25% dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt, geschuldet (Art. 13 Abs. 1 ArG). Diese Einschränkung gilt nicht für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben, obgleich bei diesen auch die maximale Arbeitszeit 45 Stunden pro Woche beträgt.

Abs. 1 OR verhindert, dass der Arbeitnehmer rechtsgültig auf den Lohn für bereits geleistete Überstunden verzichtet⁴⁰. Allerdings hindert eine solche pauschale Abgeltung nicht, dass der Arbeitnehmer eine weitergehende Forderung geltend macht, wenn er mehr Überstunden leisten muss, als zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung absehbar war⁴¹.

Im zu beurteilenden Fall entschied das Bundesgericht, dass mit Blick auf das bewusste Zuwarten und das regelmässige Annehmen des Lohnes mit gewissen Erhöhungen und Zulagen ohne jemals geltend zu machen, dass eine schriftliche Vereinbarung fehle, eine *nachträgliche Geltendmachung des Formmangels als rechtsmissbräuchlich* angesehen werden müsse⁴². Es ist somit nicht die späte Geltendmachung der Forderung als solche rechtsmissbräuchlich, sondern die verspätete Berufung auf den Formmangel der stillschweigenden Wegbedingung der Überstundenentschädigung. Für die Überzeitentschädigung konnte dies dann aber nicht gelten, weil diese gar nicht wegbedungen werden kann.

Es gibt relativ viele Urteile bezüglich der Entschädigung von Überstunden. Es ist aber kaum je streitig, ob das Leisten von Überstunden rechtmässig angeordnet worden ist. Das Bundesgericht hatte in einem Fall zu entscheiden, ob die *Überstunden notwendig* waren. Allerdings ging es auch hier nicht um die rechtmässige Anordnung, sondern darum, ob Überstunden, die trotz einer ausdrücklichen Weisung erbracht wurden, notwendig waren⁴³. Die Fragestellung ist insofern erstaunlich, als vom Weisungsrecht der Arbeitgeberin und dem Subordinationsverhältnis her eigentlich klar sein sollte, dass auch notwendige Überstunden nicht geleistet werden dürfen, wenn die Arbeitgeberin das Leisten von Überstunden ausdrücklich verbietet. Der Fall war allerdings speziell. Eine ältere Person brauchte Betreuung und hatte zu diesem Zweck jemanden zu 50% angestellt. Die Arbeitnehmerin leistete zum Teil erheblich mehr Stunden und wollte deshalb den Beschäftigungsgrad erhöhen. Die KESB hatte die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person eingeschränkt und ihr eine Beistandin ernannt⁴⁴. Diese gab der Arbeitnehmerin ausdrücklich die Weisung keine Überstunden mehr zu leisten, soweit sie nicht von ihr ausdrücklich im Voraus angeordnet worden seien. Die Arbeitnehmerin leistet dann aber doch solche mit dem Argument, diese seien für

⁴⁰ BGE 124 III 469 E. 3a; BGE 126 III 337 E. 7b.

⁴¹ BGer 4A_304/2021 und BGer 4A_312/2021 vom 10. März 2023, E. 5.1; BGer 4A_485/2019, vom 4. Februar 2020, E. 6.2.2.2.

⁴² BGer 4A_304/2021 und BGer 4A_312/2021, vom 10. März 2023.

⁴³ BGer 4A_234/2024, vom 31. Oktober 2024.

⁴⁴ BGer 4A_234/2024, vom 31. Oktober 2024, Sachverhalt A.f.

die Betreuung der betroffenen Person notwendig. Das Bundesgericht wies die Forderung auf Vergütung dieser Überstunden mit dem Argument ab, die Notwendigkeit, diese zu leisten, sei nicht nachgewiesen⁴⁵.

Es ist immer wieder streitig, ob Überstunden tatsächlich geleistet worden sind. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall⁴⁶ hatten die Parteien eine Arbeitsleistung von 43 Std. pro Woche vereinbart, obgleich der unbestrittener Massen anwendbare GAV durchschnittlich maximal nur 40 Std. pro Woche zuliess. Die Arbeitgeberin hatte während dem mehrere Jahre dauernden Arbeitsverhältnis nie bestritten, dass der Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit gearbeitet habe. Daraus schloss das Kantonsgericht, der Arbeitnehmer habe seine Überstunden hinreichend nachgewiesen und es sei nun an der Arbeitgeberin den Gegenbeweis zu erbringen. Diese machte geltend, in den 43 Stunden pro Woche seien auch die Reisezeiten eingeschlossen, die aber gemäss GAV nur als Arbeitszeit zu vergüten seien, wenn sie 30 Minuten pro Tag übersteigen. Entsprechend seien wesentlich weniger Überstunden zu entschädigen. Das Bundesgericht folgte diesem Einwand und wies die Klage ab. Der Arbeitnehmer hätte genau ausführen müssen, dass bzw. wann die Reisezeiten die 30 Minuten überstiegen haben. Da er das unterlassen habe, liege keine hinreichende Substantierung vor, die eine Schätzung der Überstunden nach Art. 42 Abs. 2 OR zulasse. Auch die offenbar ungenügende Aufzeichnung der tatsächlichen Arbeitszeiten, trotz entsprechender Verpflichtung im GAV, welche die Arbeitgeberin zu verantworten habe, entbinde den Arbeitnehmer nicht von der Obliegenheit, alle Umstände, die die Abschätzung der geleisteten Arbeitsstunden erlauben, soweit möglich und zumutbar zu substanzieren⁴⁷.

Es stellt sich auch häufig die Frage, wie weit die entsprechenden Entschädigungen auch erst noch *nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht* werden können. Eine solche nachträgliche Geltendmachung ist für die Arbeitgeberin höchst unangenehm, weil sie die entsprechenden Kosten nicht in ihre Preiskalkulationen bezüglich ihrer früheren Leistungen einbeziehen kann. Der Anspruch auf Überstundenentschädigung unterliegt indessen klarerweise der *fünfjährigen Verjährungsfrist*⁴⁸. Selbstverständlich kann der Anspruch nach den allgemeinen für das Privatrecht geltenden Regeln auch verwirkt oder seine Geltungsmachung

⁴⁵ BGer 4A_234/2024, vom 31. Oktober 2024, E. 4.

⁴⁶ BGer 4A_194/2024, vom 11. Oktober 2024.

⁴⁷ BGer 4A_194/2024, vom 11. Oktober 2024, E. 4.3.5; BGer 4A_138/2023, E. 4.2; 4A_28/2018 E. 3; BGer 4A_285/2019, vom 18. November, 2019 E. 6.2.3; vgl. auch BGer 4A_28/2018, vom 12. September 2018, E. 3; BGer 4A_392/2018, vom 27. März 2019, E. 3; 4A_611/2012, vom 19. Februar 2013, E. 2.2.

⁴⁸ Art. 341 Abs. 2 OR in Verb. mit Art. 128 Abs. 3 OR.

rechtsmissbräuchlich sein. Das darf allerdings nur mit Zurückhaltung angenommen werden⁴⁹.

E. Kündigung

1. Änderungskündigung

Pacta sunt servanda! Das gilt auch im Arbeitsvertragsrecht. Keine Partei kann ohne Zustimmung der anderen die vertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen ändern. Ist die andere Partei mit den von der einen gewünschten Änderungen nicht einverstanden, gilt der Arbeitsvertrag unverändert weiter. Allerdings kann die änderungswillige Partei dann auch das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung beenden. Will die Arbeitgeberin eine Änderung, kann sie somit dem Arbeitnehmer künden und ihm gleichzeitig eine neue Vertragsofferte mit den geänderten Bedingungen unterbreiten⁵⁰. Nimmt der Arbeitnehmer diese an, wird das bisherige Arbeitsverhältnis mit den geänderten Vertragsbedingungen weitergeführt. Nimmt er sie nicht an, endet das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist. Dieses Vorgehen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich zulässig⁵¹. Allerdings kann eine *missbräuchliche Kündigung vorliegen, wenn Verschlechterungen noch vor Ablauf der ordentlichen Kündigungszeit in Kraft treten sollen*. Die Weigerung des Arbeitnehmers, eine solche Änderung anzunehmen, ist die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis⁵². Kündigt die Arbeitgeberin in der Folge deshalb, ist dies als missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR zu qualifizieren⁵³.

Eine Änderungskündigung kann zudem nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung missbräuchlich sein⁵⁴, wenn damit eine *unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden soll, ohne dass dafür betriebliche oder marktbedingte Gründe vorliegen*⁵⁵. Zu beachten ist allerdings, dass sich die Frage der

⁴⁹ BGer 4A_304/2021 und BGer 4A_312/2021, vom 10. März 2023, E. 5.1; BGE 129 III 493 E. 5.1, BGE 126 III 337 E. 7b; BGE 110 II 168 E. 3c.

⁵⁰ Sogenannte «eigentliche Änderungskündigung».

⁵¹ Vgl. Thomas Geiser, Roland Müller und Kurt Pärli, *Arbeitsrecht in der Schweiz* (5. Auflage, Stämpfli 2024) Rz. 666 ff.

⁵² BGE 123 III 246 E. 4a.

⁵³ Geiser, Müller und Pärli (n 51) Rz. 671.

⁵⁴ Art. 336 OR.

⁵⁵ Geiser, Müller und Pärli (n 51) Rz. 671; Roger Rudolph, 'Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sachlichen Kündigungsschutz' (*Jusletter*, 20. Juni 2011) https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2011/621/_9316.html abgerufen am 7. Juni 2025; BGE 123 III 246 E. 4; BGE 118 II 166.

Missbräuchlichkeit immer nur stellt, wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich durch die Kündigung der Arbeitgeberin beendet wird. Nimmt der Arbeitnehmer die Offerte für die geänderten Arbeitsbedingungen an und wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, stellt sich die Frage der Missbräuchlichkeit nicht. Dann ist es aber immer noch möglich, dass die Vertragsänderung teilweise ungültig ist, weil sie einen Verzicht auf zwingende Ansprüche darstellt⁵⁶.

Eine Arbeitgeberin schlug in mit einer Änderungskündigung untr Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist eine *Reduktion der Anstellung von 100% auf 80%* vor. Da die Arbeit offenbar nicht mehr mit einem 100%-Pensum zu bewältigen war, wollte die Arbeitgeberin zwei Mitarbeitende zu 80% mit der Arbeit betreuen. Weil die Arbeitnehmerin mit dieser Reduktion nicht einverstanden war, kam es auf Grund der Änderungskündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Arbeitnehmerin machte Missbräuchlichkeit geltend. Die Arbeitgeberin habe eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durchsetzen wollen, ohne dass dafür betriebliche oder marktbedingte Gründe vorlägen. Das Bedürfnis nach mehr Arbeitskraft war ausgewiesen. Fraglich war damit nur, ob die Arbeitgeberin nicht eher eine zweite Person zu 60 % hätte einstellen müssen, so dass der Beschäftigungsgrad der Klägerin nicht hätte reduziert werden müssen. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass es nicht Sache des Gerichts sei, der Arbeitgeberin vorzuschreiben, welche der wirtschaftlich möglichen Massnahmen ergriffen werden müsse. Es verneinte folglich die Missbräuchlichkeit⁵⁷.

2. Sachlicher Kündigungsschutz

Für einen Arbeitnehmer ist es besonders heikel, wenn er in Folge einer gesundheitlichen Beeinträchtigung seine Stelle verliert. Deshalb schützt ihn der zeitliche Kündigungsschutz. Dieser ist aber immer zeitlich befristet. Nach Ablauf der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR kann die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer frei kündigen, auch wenn die Krankheit und die entsprechende Arbeitsunfähigkeit andauert⁵⁸. Grundsätzlich ist eine solche Kündigung auch dann rechtmässig und nicht missbräuchlich, wenn die *Krankheit Kündigungsgrund* ist⁵⁹. Allerdings ist Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR zu beachten. Nach dieser Bestimmung ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie «wegen einer Eigenschaft» ausgesprochen wird, «die der

⁵⁶ Art. 341 Abs. 1 OR.

⁵⁷ BGer 4A_327/2023, vom 18. Januar 2024, E. 4.3.

⁵⁸ BGE 136 III 510 E. 4. 4; BGE 123 III 246 E. 5.

⁵⁹ BGE 124 II 53 E. 2b/aa; Staehelin (n 8) Art. 336c OR N. 23; Thomas Geiser, 'Kündigungsschutz bei Krankheit' (1996) (5) Aktuelle Juristische Praxis 550, 556.

anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb». Eine Krankheit ist zweifellos eine persönliche Eigenschaft im Sinne dieser Bestimmung. Die Kündigung wegen der Krankheit ist folglich nur rechtmässig, wenn sich die Krankheit konkret auf das Arbeitsverhältnis auswirkt⁶⁰. Auch dann kann allerdings noch Missbräuchlichkeit gegeben sein, wenn die Arbeitgeberin die weiter andauernde Krankheit verursacht bzw. erschwert hat, z.B. weil sie notwendige Vorkehrungen zum Schutze der Arbeitnehmenden unterlassen und damit ihre Fürsorgepflicht verletzt hat⁶¹. Diese wird aber nicht schon dadurch verletzt, dass mit einem neuen Vorgesetzten ein *Arbeitskonflikt entstanden* ist, der die Erkrankung zur Folge hatte⁶². Entsprechend erwies sich im zu beurteilenden Fall die Kündigung nicht als missbräuchlich.

Demgegenüber schützte das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid, in dem der Arbeitnehmerin eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen zugesprochen worden war, weil ihr mit dem Vorwurf gekündigt worden war, sie habe bewusst *falsche Angaben zu ihren Reisekosten* in beachtlichem Umfang geltend gemacht. Das Bundesgericht entschied indessen auf Grund der recht komplexen Umstände des konkreten Falls, dass die Arbeitnehmerin in gutem Glauben gehandelt habe, so dass der Vorwurf nicht haltbar und die Kündigung missbräuchlich sei⁶³.

Ebenfalls geschützt wurde ein Entscheid aus Genf, bei dem das Gericht eine Kündigung eines Bankangestellten als missbräuchlich bezeichnete. Die Bank hatte auf Grund von mehreren Vorfällen zuerst eine *interne Untersuchung durchgeführt*, die dann auch die FINMA beschäftigte, und es wurde auch eine Strafuntersuchung eröffnet, die allerdings zu keinerlei Verurteilungen führte. In der Folge kündigte die Bank einem Mitarbeiter, den sie als für die Vorfälle verantwortlich ansah. Die Cour de justice du canton de Genève hielt der Bank entgegen, dass sie die Verantwortung des Mitarbeiters für die Vorfälle massiv überbetont und ihre eigene Verantwortung nicht anerkannt habe. Obwohl der Arbeitnehmer seit 26 Jahren bei der Bank zu deren vollen Zufriedenheit gearbeitet hatte, gewährte sie ihm keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorwürfen. Das kantonale Gericht sah in den

⁶⁰ BGE 150 III 78 E. 3.1.2.

⁶¹ BGE 150 III 78 E. 3.1.3; BGE 136 III 513 E. 2.3; BGE 132 III 115 E. 2.1; BGE 131 III 535 E. 4.2; BGer 4A_293/2019, vom 22. Oktober 2019, E. 3.5.1; BGer 4A_485/2016-4A_491/2016, vom 28. April 2017, E. 2.2.

⁶² BGE 150 III 78 E. 3.1.3.

⁶³ BGer 4A_3/2023, vom 30. August 2023.

Begleitumständen der Kündigung einen offensichtlichen Mangel an Rücksichtnahme auf den Gekündigten. Worin diese Begleitumstände bestanden, ist allerdings dem Bundesgerichtsentscheid nicht zu entnehmen. Dass die sofortige Freistellung und die Verweigerung, den Arbeitsplatz noch einmal aufzusuchen, keine Missbräuchlichkeit begründen können, hält das Gericht selber fest. Der Umstand, dass der die Kündigung Mitteilende selber keine weiteren Auskünfte zur Kündigung geben konnte, weil er den Entscheid nur überbringe, kann wohl auch keine Missbräuchlichkeit begründen⁶⁴. Der Entscheid des Bundesgerichts mangelt m.E. an einer ausreichenden und nachvollziehbaren Begründung.

Einem *Lehrer an einer Kantonsschule* wurde gekündigt, weil er sich auch nach einer Weisung seiner Arbeitgeberin aus religiösen Gründen weigerte, einen Schüler auf dessen Wunsch mit einem männlichen Rufnamen und nicht mehr mit dem weiblichen Geburtsnamen anzusprechen. Gemäss dem massgeblichen kantonalen öffentlichen Recht ist eine Kündigung auch bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung missbräuchlich, wenn sie aus Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR als unzulässig umschrieben werden⁶⁵. Das Bundesgericht schützte den kantonalen Entscheid, der die Missbräuchlichkeit verneinte, da der Schutz des Schülers in seiner individuellen Selbstbestimmung höher zu gewichten ist als die religiöse Überzeugung des Lehrers⁶⁶.

Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann nicht nur in ihrem Motiv liegen, vielmehr kann sie auch *Folge des Vorgehens bei der Kündigung* sein⁶⁷. Eine vom Motiv her zulässige Kündigung wird missbräuchlich, wenn im Vorgehen eine schwere Persönlichkeitsverletzung zu erblicken ist. Ein lediglich unanständiges Verhalten genügt indessen nicht⁶⁸. Besondere Rücksicht ist zu nehmen, wenn einem älteren Mitarbeiter in einem langjährigen Arbeitsverhältnis gekündet wird. Auch die Kündigung eines älteren Mitarbeiters ist nicht per se missbräuchlich⁶⁹. Namentlich besteht kein Anspruch darauf, vor der Kündigung angehört zu werden⁷⁰. Da es sich nicht um öffentliches Recht handelt, gilt auch nicht der Grundsatz der

⁶⁴ BGer 4A_309/2022, vom 4. September 2023.

⁶⁵ Art. 15 Abs. 1 Bst. c PG Schaffhausen.

⁶⁶ BGer 8C_385/2022, vom 14. Juni 2023.

⁶⁷ BGer 4A_617/2023, vom 8. Oktober 2024, E. 3.3; BGE 132 III 115 E. 2.2; BGer 4A_485/2016, vom 28. April 2017, E. 2.2.2.

⁶⁸ BGE 132 III 115 E. 2.2 und 2.3; BGE 131 III 539 E. 4.2.

⁶⁹ BGer 4A_117/2023, vom 15. Mai 2023, E. 3.4.2, BGer 4A_44/2021, vom 2. Juni 2021, E. 4.3.2.

⁷⁰ BGer 4A_117/2023, E. 3.4.2; Aliénor de Dardel, 'Vers un droit d'être entendu avant le licenciement en droit privé?' (2023) (4) Aktuelle Juristische Praxis 423, 425.

Verhältnismässigkeit. Die Entlassung ist nicht nur als letzte Massnahme zulässig⁷¹. Es bedarf aber einer Interessenabwägung im Einzelfall. Entsprechend erschien eine Kündigung eines 62-jährigen Arbeitnehmers nach 19 Dienstjahren als missbräuchlich, die mit einer betrieblichen Umstrukturierung begründet wurde. Eine Bäckerei hatte nachfolgend zur Kurzarbeit während der COVID-Pandemie eine Filiale geschlossen und damit die Kündigung begründet. Allerdings hatte sie selber die Schliessung als vorübergehend bezeichnet und für eine andere Filiale einen neuen Becker eingestellt. Sie hätte folglich den älteren Arbeitnehmer ohne weiteres in dieser anderen Filiale, in der er auch schon gearbeitet hatte, weiterbeschäftigen können.

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit festzuhalten, dass zwar der zeitliche Kündigungsschutz gemäss dem klaren Gesetzeswortlaut für Kündigungen während des Probeverhältnisses nicht gelten⁷². Demgegenüber zeigt der Text ebenso klar, dass der sachliche Kündigungsschutz durchaus gilt. Entsprechend kann eine während der Probezeit erfolgte Kündigung sehr wohl missbräuchlich sein. Allerdings ist mit Blick auf den Zweck der Probezeit Missbräuchlichkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Insbesondere ist dem Zweck der Probezeit Rechnung zu tragen, den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen zu können. Eine sich an diesem Zweck orientierte Kündigung kann folglich nicht missbräuchlich sein⁷³. Die Klage des Arbeitnehmers war deshalb von den kantonalen Instanzen zu Recht abgewiesen worden.

Wer wegen Missbräuchlichkeit einer Kündigung eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben. Die *Behauptungs- und Beweislast* dafür, dass die Einsprache form- und fristgerecht erfolgt ist, trägt der Arbeitnehmer⁷⁴.

3. Zeitlicher Kündigungsschutz

Gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR ist eine Kündigung nichtig, die ausgesprochen wurde, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder

⁷¹ BGer 4A_617/2023, vom 8. Oktober 2024, E. 3.4.1; BGer 4A_117/2023, vom 15. Mai 2023, E. 3.4.2; BGer 4A_44/2021, vom 2. Juni 2021, E. 4.3.2.

⁷² Art. 336c Abs. 1 Einleitungssatz OR.

⁷³ BGer 4A_521/2023 Urteil, vom 16. Februar 2024, E. 4.2; BGE 136 III 96 E. 2; BGE 134 III 108 E. 7.1; BGE 134 III 108 E. 7.1.1.

⁷⁴ BGE 149 III 304.

durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung während einer bestimmten Zeit verhindert ist. Wird der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist auf Grund von Krankheit oder Unfall Arbeitsunfähig, verlängert sich die Kündigungsfrist entsprechend. Ärgerlich bei diesen sogenannten Sperrfristen ist, dass eine kurze Arbeitsunfähigkeit regelmässig zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen ganzen Monat führt, weil die Kündigung gemäss Art. 335c Abs. 1 OR auf das Ende eines Monats erfolgt. Allerdings ist diese Bestimmung nicht zwingend. Das Problem der Verlängerung immer um einen ganzen Monat kann folglich ohne weiteres dadurch vermieden werden, dass im Arbeitsvertrag die Kündigungsmöglichkeit auf jeden beliebigen Zeitpunkt vereinbart wird. Die Gesetzesbestimmung ist insoweit dispositiver Natur⁷⁵. Gegen eine solche Vereinbarung wird immer wieder vorgebracht, eine andere Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auf Ende Monat erwecke den Eindruck einer fristlosen Kündigung. Mit dem im Zusammenhang mit dem Urlaub des andern Elternteils nach Art. 329g OR eingefügten Art. 335c Abs. 3 OR werden ordentliche Beendigungen während eines laufenden Monats allerdings häufiger und damit dieses Argument an Bedeutung verlieren. Bezüglich der Nichtigkeit einer während einer Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung ist nicht zu sehen, inwiefern ein praktisch relevantes Problem bei Kurzabsenzen bestehen soll. Die Kündigung kann problemlos nach Ende der kurzen Arbeitsunfähigkeit wiederholt werden.

Seit Jahren ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten, ob die Sperrfristen auch während einer *bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit* greifen⁷⁶. Vom

⁷⁵ Streiff, von Kaenel und Rudolph (n 35) Art. 337c OR N. 6, die darauf hinweisen, dass eine solche Vereinbarung keiner besonderen Form bedarf.

⁷⁶ Vgl. insb. Verwaltungsgericht ZH PB.2005.00034, vom 21. Dezember 2005; Obergericht Luzern, Urteil vom 24. November 2008, (2009) JAR 562; Roger Rudolph und Adrian von Kaenel, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen' (2010) 106 (15) Schweizerische Juristen-Zeitung 361 ff.; Roger Rudolph und Adrian von Kaenel, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Entgegnung zum Beitrag von Luginbühl/Brühlmann in Jusletter vom 19. August 2013' (*Jusletter*, 9. September 2013) https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2013/723/_11593.html abgerufen am 4. Juni 2025; Jürg Oskar Luginbühl und Toni Brühlmann, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht' (*Jusletter*, 19. August 2013) https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2013/720/_11516.html abgerufen am 7. Juni 2025; Michael Merker und Simone Wittwer, 'Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit - Durchsetzung, Hindernisse und Lösungsansätze' (2020) (9) AJP 1249 f.; Thomas Geiser, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht' in: Roland A. Müller, Roger Rudolph, Anton K. Schnyder, Adrian von Kaenel und Bernd Waas (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Portmann* (Schulthess 2020) 191 ff.; Kurt Pärli und Alain Borer, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht und Auswirkungen auf die Sozialversicherung' in:

tatsächlichen her geht es regelmäßig um Fälle einer meist auf einen Konflikt am Arbeitsplatz zurückzuführenden psychischen Erkrankung. Zur Eingrenzung der Fragestellung ist entscheidend zwischen «arbeitsplatzbezogener» und «arbeitsplatzbedingter» Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden. Eine Erkrankung ist häufig eine Folge der Verhältnisse am Arbeitsplatz, sie ist Arbeitsplatz bedingt. Die Genesung erfolgt aber nicht durch einen blossen Arbeitsplatzwechsel. Ein solcher kann zwar die Genesung sehr wohl begünstigen. Er genügt aber nicht. Die gesundheitliche Beeinträchtigung bleibt auch nach einem Arbeitsplatzwechsel jedenfalls während einer bestimmten Zeit. Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt nur vor, wenn der Arbeitnehmer mit Bezug auf seinen Gesundheitszustand sofort und augenblicklich an einem anderen Arbeitsplatz ohne Einschränkung arbeiten könnte⁷⁷.

In einem Entscheid, der allerdings ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis betraf, für das aber der privatrechtliche zeitliche Kündigungsschutz ausdrücklich galt, hielt das Bundesgericht nun fest, dass die Sperrfrist nicht gelte, wenn sich die Gesundheitsbeeinträchtigung als so geringfügig erweise, dass sie die Besetzung eines neuen Arbeitsplatzes nicht verhindere, insbesondere wenn die Arbeitsunfähigkeit auf den Arbeitsplatz beschränkt sei⁷⁸. Erstaunlicher Weise setzt sich das Bundesgericht in diesem Entscheid in keiner Weise mit der umfangreichen Diskussion in der Lehre auseinander; das Urteil erging auch nur in Dreierbesetzung.

Die *Begründung ist zudem auch widersprüchlich*. Das Bundesgericht hält richtiger Weise fest, dass gemäss der Botschaft des Bundesrates Art. 336c OR nicht eingeführt wurde, weil der Zustand des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung ihn am Suchen einer neuen Stelle hindere, «sondern weil eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich» erscheine⁷⁹. Das hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob der Arbeitnehmer sofort an einem anderen Arbeitsplatz Arbeitsfähig ist, worauf das Bundesgericht dann abstimmen will⁸⁰. Gemäss der Argumentation des Bundesrates geht es nicht um den Gesundheitszustand im

Miriam Lendfers, Thomas Gächter und Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), *Allegro con moto -Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser* (Schulthess 2020) 421 ff.

⁷⁷ BGer 1C_595/2023, vom 26. März 2024, E. 5.1.

⁷⁸ BGer 1C_595/2023, vom 26. März 2024, E. 5.1. mit Hinweis auf BGE 128 III 212 E. 2c; BGer 4A_587/2020, vom 28. Mai 2021, E. 3.1. 1; BGer 4A_391/2016, vom 8. November 2016 E. 5.

⁷⁹ Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984, BBI 1984 II 605, Rz. 620.9.

⁸⁰ BGer 1C_595/2023, vom 26. März 2024, E. 5.1.

Zeitpunkt der Kündigung, sondern am Ende der voraussehbaren Kündigungsfrist. Wäre die vom Bundesrat für die Bestimmung gegebene Begründung bei der Anwendung ernst zu nehmen, müsste die Praxis erheblich anders sein. Bei sehr vielen Krankheiten ist klar, dass sie bei einer zwei oder drei monatigen Kündigungsfrist am Ende dieser Kündigungsfrist ausgeheilt sind. Demgegenüber kann die Medizin heute sehr wohl eine sehr schwere und mit Sicherheit in Zukunft zu Arbeitsunfähigkeiten führende Krankheit erkennen, ohne dass im Moment der Diagnose eine Arbeitsunfähigkeit besteht⁸¹. konsequenterweise müsste dann eine Sperrfrist bestehen. Von daher sollte sich die Rechtsprechung an den klaren Gesetzestext halten: Eine Sperrfrist besteht, «während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist»⁸². Und dabei geht es um die *vertraglich geschuldete Arbeitsleistung*, d.h. diejenige am konkreten Arbeitsplatz⁸³!

Die Diskussion ist allerdings wenig verständlich und es handelt sich offenbar um ein nur in der Schweiz bestehendes Problem. Nimmt man den Begriff der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ernst, d.h. dass der Arbeitnehmer sobald er nicht mehr an diesem Arbeitsplatz arbeiten muss, wieder gesund ist, kann man ihn *freistellen* und damit ist er wieder gesund. Das Problem liegt folglich darin, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer keinen seinem Gesundheitszustand entsprechenden Arbeitsplatz anbietet. Dann liegt aber gar keine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vor, sondern ein *Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR*. Dieser führt aber gar nicht zu einem Kündigungsschutz!

Schwierigkeiten mit dem zeitlichen Kündigungsschutz zeigt ein weiteres Urteil des Bundesgerichts⁸⁴. Im Rahmen einer Umstrukturierung sah ein Sozialplan nur Leistungen für Entlassene vor, die nicht eine neu von der Arbeitgeberin vermittelte Stellung annehmen konnten. Ein Arbeitnehmer erhielt zwar eine neue Stelle. Er stellte aber fest, dass er dort mit dem *Liebhaber seiner Ehefrau hätte zusammenarbeiten müssen*. Er erlitt eine depressive Verstimmung, der ein Arzt Krankheitswert zuerkannte und den Arbeitnehmer Arbeitsunfähig schrieb. Die neue Arbeitgeberin kündigte ihm. Die kantonalen Gerichte erachteten die Kündigung für

⁸¹ Z.B. Krebserkrankungen.

⁸² Art. 335c Abs. 1 Bst. b OR.

⁸³ Vgl. ausführlich: Kurt Pärli und Laura Kunz, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Oder: Klarheit schaffen geht anders- BGer 1C_595/2023 vom 26. März 2024' (*Jusletter*, 19. August Juli 2024) https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2024/1206/arbeitsplatzbezogene_8bce81fad9.html_ONCE&login=false abgerufen am 8. Juni 2025; Geiser, 'Ein Gespenst' (n 76) 191 ff.

⁸⁴ BGer 4A_103/2023, vom 3. Oktober 2023.

zulässig und auch die anschliessende Verweigerung von Leistungen aus dem Sozialplan, was das Bundesgericht schützte. *Die Kündigung sei erfolgt, weil der Arbeitnehmer unabhängig von seiner Erkrankung die Arbeit verweigerte.* Er erklärte, wegen des privaten Problems mit dem anderen Mitarbeiter an dieser Stelle niemals zu arbeiten⁸⁵. Es wäre wohl korrekter gewesen, die Kündigung erst nach Ablauf der Sperrfrist (oder der Genesung) zuzulassen.

4. Fristlose Kündigung

Das Bundesgericht hatte mehrfach Gelegenheit seine Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung zu bestätigen. Sie ist nur bei besonders schweren Verfehlungen gerechtfertigt, welche die Vertrauensgrundlage zerstören oder zumindest so tief erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung geführt haben. Weniger schwere Verfehlungen müssen trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein⁸⁶. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab⁸⁷. Ist der fristlosen Kündigung bereits eine *ordentliche vorangegangen*, sind die Anforderungen an den wichtigen Grund grundsätzlich erhöht, weil das Ende des Arbeitsverhältnisses absehbar ist⁸⁸.

Die Arbeitgeberin hatte den Arbeitnehmer mit der Begründung fristlos entlassen, er habe eine *Nebentätigkeit* ausgeübt, ohne dass die Arbeitgeberin davon Kenntnis gehabt habe und er hätte seine Arbeitskraft zu 100% der Arbeitgeberin zur Verfügung stellen müssen. Wie bereits die Vorinstanzen schützte das Bundesgericht diese fristlose Entlassung nicht⁸⁹. Der Arbeitnehmer hatte zwar eine Nebentätigkeit ausgeübt. Diese war aber in geringem Umfang. Die kantonalen Gerichte hatten willkürfrei festgestellt, dass sich die Arbeitszeit des Arbeitnehmers ergebnisorientiert, aus dem für die Erfüllung der übernommenen Funktion erforderlichen Zeitaufwand bestimmt habe und durch die nicht konkurrenzierende

⁸⁵ BGer 4A_103/2023, vom 3. Oktober 2023, E. 4.

⁸⁶ BGE 130 III 28 E. 4.1; BGE 130 III 213 E. 3.1; BGE 129 III 380 E. 2.1.

⁸⁷ BGer 4A_546/2023, vom 13. Mai 2024, E. 5.1.3; BGE 127 III 153 E. 1a; BGE 116 II 145 E. 6a.

⁸⁸ BGer 4A_546/2023, vom 13. Mai 2024, E. 5.6.2; vgl. Wolfgang Portmann und Roger Rudolph, in: Corinne Widmer Lüchinger und David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) Art. 337 OR N. 4.

⁸⁹ BGer 4A_546/2023, vom 13. Mai 2024, E. 5.1.3.

Nebentätigkeit nicht eingeschränkt war. Der Arbeitsvertrag sah weder ein Verbot noch eine Meldepflicht einer solchen Tätigkeit vor⁹⁰.

Auf Grund einer Umstrukturierung des Unternehmens wollte sich die Arbeitnehmerin eine neue Stelle suchen und verlangte deshalb ein Zwischenzeugnis. Die Parteien kamen überein, dass die Arbeitnehmerin einen Entwurf verfasse. Sie unterbreitete diesen der zuständigen Person. Nachdem diese nicht reagierte, unterbreitete sie den Entwurf ihrem Vorgesetzten, weil sie das Zeugnis dringend brauche. Dieser Unterschrieb und händigte der Arbeitnehmerin das Zeugnis aus. Nachdem die zuständige Person davon erfahren hatte, kündigte sie der Arbeitnehmerin fristlos. Das kantonale Gericht sah im Vorgehen der Arbeitnehmerin zwar ein Fehlerhalten, das aber für eine fristlose Entlassung nicht ausreiche, was das Bundesgericht schützte⁹¹.

Während ein Arbeitnehmer, der bei einer ordentlichen Kündigung Missbräuchlichkeit geltend machen will, seine Arbeitskraft der Arbeitgeberin weiterhin anbieten muss⁹², trifft einen Arbeitnehmer, der eine ausserordentliche Kündigung anficht, diese Pflicht nicht. Eine fristlose Entlassung beendet das Arbeitsverhältnis, auch wenn sie nicht gerechtfertigt ist sofort. Damit entfällt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers⁹³.

F. Arbeitszeugnis

Arbeitszeugnisse werden selten am letzten Arbeitstag bzw. am Tag, an dem das Arbeitsverhältnis endet, ausgestellt. Es fragt sich folglich, wie das Zeugnis zu datieren ist. Es handelt sich um eine Urkunde. Entsprechend hat das Zeugnis das Ausstellungsdatum zu tragen, auch wenn es früher oder erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellt wird. Das gilt auch, wenn nach Diskussionen über den Wortlaut des Zeugnisses später ein neues ausgestellt werden muss⁹⁴. Aus einem späteren Datum darf nicht auf einen Konflikt bezüglich der Ausstellung geschlossen werden⁹⁵. Erfolgt die Ausstellung allerdings erst lange nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, weil der Wortlaut in einem Gerichtsverfahren festgestellt

⁹⁰ 4A_546/2023, vom 13. Mai 2024, E. 5.2.1.

⁹¹ BGer 4A_50/2023, vom 5. Februar 2024, E. 5.2.

⁹² Art. 336b OR; vgl. Geiser, Müller und Pärli (n 51) Rz. 646.

⁹³ BGer 4A_462/2023, vom 17. Januar 2024, E. 3.2.

⁹⁴ BVerG A-2402/2023, vom 2. Dezember 2024, E. 3.3; Susanne Janssen, *Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers* (2. Auflage, Stämpfli 1996) 97 ff.; Geneviève Ordolli, in: Luc Thévenoz und Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2021) Art. 330a OR N. 26.

⁹⁵ AGer ZH, JAR 2009, 694; Portmann und Rudolph (n 88) Art. 330a OR N. 6.

werden musste und ist diese Verzögerung der Arbeitgeberin anzulasten, rechtfertigt sich eine Rückdatierung auf den Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses⁹⁶.

Bis anhin vom Bundesgericht nicht entschieden ist die Frage, ob das Arbeitszeugnis unterschrieben sein muss und gegebenenfalls von wem. Das Gesetz ist eigentlich klar. Art. 330a OR schreibt für das Zeugnis keinerlei bestimmte Form vor und gemäss Art. 11 OR sind Rechtsgeschäfte an keine besondere Form gebunden, soweit das Gesetz nicht eine solche Vorschreibt. Es besteht folglich keine Formvorschrift. Allerdings ergibt sich aus dem Zweck des Zeugnisses, dies bei Bewerbungen einreichen zu können, dass das Zeugnis reproduzierbar sein muss. Ein mündliches Zeugnis kommt folglich nicht in Frage. Es bedarf einer Verschriftlichung. Das bedeutet aber nicht Schriftform im Sinne von Art. 13 OR. Von daher ist eine Unterschrift nicht zwingend. Die Authentizität kann die Unterschrift in diesem Zusammenhang sowieso nicht leisten, namentlich wenn die Unterlagen für die Bewerbung in elektronischer Form eingereicht werden müssen. Traditionell tragen Zeugnisse indessen die Unterschrift einer für das Unternehmen handlungsberechtigten Person. Soweit es sich um ein Arbeitszeugnis in traditioneller Form handelt, kann folglich mit Blick auf das Interesse des Arbeitnehmers auf ein Zeugnis, dass den üblichen Formen entspricht, eine Unterschrift verlangt werden. Das steht aber nicht der Entwicklung neuer Arten von Arbeitszeugnissen entgegen, die sich an den Bedürfnissen der modernen Kommunikationstechnologien ausrichten. Solche Zeugnisse sind rechtlich auch ohne Unterschrift möglich.

Vereinbaren die Parteien, dass der Arbeitnehmer einen Entwurf für das Arbeitszeugnis verfasst und ist die Arbeitgeberin mit dessen Inhalt nicht einverstanden, liegt die Beweislast für die abweichenden Sachverhalte und Beurteilungen bei der Arbeitgeberin⁹⁷.

G. Konkurrenzverbot

Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot entfällt, wenn der Arbeitnehmer aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass kündet⁹⁸. Als solchen gilt jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis, das bei vernünftiger Betrachtung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es braucht sich

⁹⁶ BVerG A-2402/2023, vom 2. Dezember 2024, E. 3.4.

⁹⁷ BGer4A_50/2023, vom 5. Februar 2024, E. 6.

⁹⁸ Art. 340c Abs. 2 OR.

nicht um eine Vertragsverletzung zu handeln⁹⁹. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung muss ein Kausalzusammenhang bestehen¹⁰⁰, den der Arbeitnehmer zu beweisen hat. Jedoch muss er nicht – wie bei einer ausserordentlichen Kündigung – sofort reagieren¹⁰¹. Ein solcher Zusammenhang war im zu entscheidenden Fall nicht festgestellt. Zudem hatte der Arbeitnehmer die Karrenzentschädigung ohne Einwand entgegengenommen. Das kantonale Gericht hatte somit zu Recht den Bestand des Konkurrenzverbotes angenommen¹⁰².

II. KOLLEKTIVES ARBEITSRECHT

Die Anwendung eines GAV auf einen Betrieb, der nicht dem am GAV beteiligten Arbeitgeberverband angehört, ist immer wieder streitig. Massgebend ist in diesen Fällen nicht die Umschreibung des Anwendungsbereichs im GAV, sondern jene im Beschluss, mit dem Bestimmungen des GAV allgemeinverbindlich erklärt wurden. Mit der *Allgemeinverbindlicherklärung* kann allerdings nur der *persönliche, nicht aber der sachliche Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden*¹⁰³. Die Allgemeinverbindlicherklärung bewirkt nur, dass es für die Anwendbarkeit des GAV nicht mehr darauf ankommen kann, ob die Parteien des Einzelarbeitsvertrags den am GAV beteiligten Parteien angehören oder nicht. Die Auslegung der entsprechenden Bestimmung erfolgt nach den allgemeinen Regeln für eine *Gesetzesauslegung* und hat weder besonders restriktiv noch besonders weit zu sein¹⁰⁴.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung von *Mischbetrieben*. Der Grundsatz der Tarifeinheit gebietet, dass ein GAV für den ganzen Betrieb und somit

⁹⁹ BGer 4A_426/2023, vom 3. Januar 2024, E. 3.1; BGE 130 III 353 E. 2.2.1; BGer 4A_109/2021, vom 20. Juli 2021, E. 3.1; BGer 4A_468/2017, vom 12. März 2018, E. 2.1; BGer 4A_22/2014, vom 23. April 2014, E. 4.3.1.

¹⁰⁰ Vgl. David Heeb, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR* (Stämpfli 2016) 151 f.; Staehelin (n 8) Art. 340c OR N. 9; Streiff, von Kaenel und Rudolph (n 35) Art. 340c OR N. 3.

¹⁰¹ BGer 4A_426/2023, vom 3. Januar 2024, E. 3.4.1.

¹⁰² BGer 4A_426/2023, vom 3. Januar 2024.

¹⁰³ Giacomo Roncoroni, in: Arthur Andermatt, Doris Bianchi, Christian Bruchez, Thomas Gabathuler, Christoph Häberli, Susanne Kuster Zürcher, Romolo Molo, Andreas Rieger, Giacomo Roncoroni und Peter Schmid (Hrsg.), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht* (1. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2009) Art. 1-21 AVEG N. 21; Vischer Frank und Albrecht Andreas C, *Der Arbeitsvertrag: Art. 356-360f OR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V (4. Auflage Schulthess 2006) Art. 356b OR N. 135; BGer 4C_391/2001, vom 30. April 2002, E. 3.1.

¹⁰⁴ Christian Bruchez, in: Jean-Philippe Dunand und Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail* (Helbing Lichtenhahn 2022) Art. 356 OR N. 73; BGE 141 V 664 E. 4.4; 139 III 168 E. 3.2.

auch für berufsfremde Arbeitnehmer innerhalb dieses Betriebes gilt. Ein Unternehmen kann allerdings mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören. Ein Betrieb kann auch aus mehreren Teilen bestehen, die eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen. Das setzt aber eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbstständigkeit voraus. Es handelt sich um einen sog. echten Mischbetrieb. Es können dann auf die einzelnen Teile unterschiedliche GAV anwendbar sein. Dann müssen aber die einzelnen Arbeitnehmer klar zugeordnet werden können. Die entsprechenden Arbeiten dürfen überdies nicht nur im Rahmen der Haupttätigkeit des Unternehmens hilfsweise erbracht werden. Der entsprechende Betriebsteil muss zudem, mit seinen besonderen Produktionen oder Dienstleistungen insofern auch nach aussen als entsprechender Anbieter gegenüber den Kunden in Erscheinung treten. Demgegenüber ist keine eigene Verwaltung erforderlich¹⁰⁵. Für die Durchbrechung der Tarifeinheit bedarf es in jedem Fall, dass der entsprechende Betriebsteil mit Leistungen am Markt auftritt, die anderen Branchen zuzuordnen sind bzw. nicht konkurrierend auf demselben Markt angeboten werden wie die Hauptleistung des Unternehmens¹⁰⁶.

Massgebliches für die Zuordnung ist die Art der Tätigkeit, die dem *Betrieb* oder dem selbstständigen Betriebsteil und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger mehrerer Betriebe das *Gepräge gibt*¹⁰⁷. In einem Unternehmen, welches unbestrittenmassen mit seiner Haupttätigkeit in den Anwendungsbereich des LGAV für das Baugewerbe fällt, weil es Aushubarbeiten und ähnliches ausführt, fallen auch die für den *Transport tätigen* Arbeitsverhältnisse unter den GAV, selbst wenn die konkreten Fahrten nicht den Abtransport der entsprechenden Materialien betreffen, wenn die unterschiedlichen Transporttätigkeiten organisatorisch und nach aussen nicht unterschieden werden¹⁰⁸.

Es kommt immer wieder vor, dass zwei GAV für das gleiche Arbeitsverhältnis in betrieblicher, zeitlicher, räumlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht Geltung beanspruchen. Allerdings ist dann durch Auslegung der Anwendungsbereiche genau zu prüfen ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich die Voraussetzung der

¹⁰⁵ BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2.

¹⁰⁶ BGer 4A_402/2023, Urteil vom 26. Februar 2024, E. 4.3.1.; BGer 4A_377/2009, vom 25. November 2009, E. 6.1.

¹⁰⁷ BGer 4A_402/2023, Urteil vom 26. Februar 2024, E. 4.3.1.; BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1; BGE 134 III 11 E. 2.1.

¹⁰⁸ 4A_402/2023, Urteil vom 26. Februar 2024, E. 4.3.4.

Anwendung beider GAV erfüllen¹⁰⁹. Trifft dies zu, liegt *GAV-Konkurrenz* vor¹¹⁰. Dann ist zu prüfen, ob ein GAV dem anderen den Vorrang lässt¹¹¹. Demgegenüber ist der umgekehrte Fall, dass ein GAV den Vorrang vor anderen beansprucht, nicht verbindlich, weil dies ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie der am anderen GAV beteiligten Parteien wäre¹¹². Handelt es sich um die Konkurrenz zwischen einem Berufs- und einem Branchenvertrag, geht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit letzterer vor¹¹³. Bezuglich der Konkurrenz zwischen zwei Branchenverträgen gibt es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine starre Kollisionsregel¹¹⁴. Nach herrschender Lehre¹¹⁵ ist in diesem Fall aber im Interesse der Rechtssicherheit primär auf das *Spezialitätsprinzip* zurückzugreifen. Demnach kommt jener GAV zur Anwendung, welcher der Eigenart des Betriebs und den besonderen Bedürfnissen der Arbeitnehmer am besten Rechnung trägt¹¹⁶. Ist ein GAV *allgemeinverbindlich* erklärt, geht er dem nicht allgemeinverbindlich erklärt vor. Das hilft indessen dann nicht weiter, wenn beide GAV allgemein verbindlich erklärt worden sind. Der Vorrang des Bundesrechts hat zur Folge, dass der durch Bundesratsbeschluss allgemeinverbindlich erklärt GAV einem bloss kantonalen GAV vorgeht. Das hilft alles jedoch nicht weiter, wenn beide GAV auf Bundesebene allgemeinverbindlich erklärt sind. Dann ist wiederum auf das Spezialitätenprinzip zurückzugreifen.

In einem Fall, indem es um die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des GAV FAR und des GAV VRM Maler – Gipser ging, hat das Bundesgericht entschieden, dass auch bei einer solchen Kollision zweier GAV in erster Linie auf eine zwischen den GAV-Parteien beider Parteien abgeschlossene Vereinbarungen abzustellen ist¹¹⁷. Gemäss dieser fiel der Betrieb unter den Anwendungsbereich des GAV FAR, so dass die entsprechenden Beträge abzuliefern waren.

¹⁰⁹ Häufig handelt es sich um eine bloss scheinbare Konkurrenz, vgl. Streiff, von Kaenel und Rudolph (n 35) Art. 356 OR N. 4.

¹¹⁰ Vischer und Albrecht (n 103) Art. 356 OR N 130; Wolfgang Portmann und Jean-Fritz Stöckli, *Schweizerisches Arbeitsrecht* (3. Auflage, Schulthess 2013) Rz. 1210.

¹¹¹ Geiser, Müller und Pärli (n 51) Rz. 853a.

¹¹² Vischer und Albrecht (n 103) Art. 356 OR N. 138; Portmann und Stöckli (n 110) Rz. 1210.

¹¹³ Geiser, Müller und Pärli (n 51) Rz. 855.

¹¹⁴ Urteil des BGer 4C.350/2000, vom 12. März 2001, E. 3.

¹¹⁵ Jean-François Stöckli, Roland A. Müller und Christian Maduz, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht* (2. Auflage, Stämpfli 2024) Art. 356 OR N 69; Streiff, von Kaenel und Rudolph (n 35) Art. 356 OR N. 4; Portmann und Stöckli (n 110) Rz. 1215; Vischer und Albrecht (n 103) Art. 356 OR N. 140.

¹¹⁶ Geiser, Müller und Pärli (n 51) Rz. 856.

¹¹⁷ BGer 9C_39/2024, vom 23. Oktober 2024, E. 4.4.

Der *Entscheid erstaunt*. Die Anwendungsbereiche von allgemeinverbindlich Erklärten GAVs werden nicht durch diese, sondern durch den Allgemeinverbindlichkeitsbeschluss bestimmt. Die Kollisionsvereinbarung wurde aber offenbar erst nach der Allgemeinverbindlicherklärung abgeschlossen und von dieser folglich nicht erfasst. Wohl kann die Behörde den sachlichen Anwendungsbereich mit der Allgemeinverbindlicherklärung nicht ausdehnen. Aber auch die GAV-Parteien können diese nach der Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr verändern. Sie können sie weder Ausdehnen noch einschränken. Letzteres erfolgt aber, wenn sie in einer Kollisionsvereinbarung bestimmte Betriebe vom Geltungsbereich des einen GAV ausnehmen, indem sie sie dem anderen unterstellen. Dieser Frage ist das Bundesgericht nicht nachgegangen. Zudem hat das Bundesgericht die weitere Frage, ob die Vereinbarung zwischen den am GAV FAR beteiligten Parteien mit jenen des GAV VRM Maler -Gipser von der Form her verbindlich sein kann, zwar erwähnt, aber erstaunlicherweise nicht behandelt¹¹⁸. Dabei ist die Gültigkeit durchaus fraglich. Die Verbände sehen in der Regel demokratische Prozesse bezüglich der Annahme eines GAV vor. Dass die entsprechenden Verfahren bezüglich der Kollisionsvereinbarung eingehalten worden sind, lässt sich jedenfalls dem Entscheid nicht entnehmen.

Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

Yazarların Makaleye Olan Katkıları

Yazar 1'in makaleye katkısı %100'dür.

Destek Beyanı

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

Çıkar Beyanı

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Statement Regarding Research and Publication Ethics

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

Authors' Contributions

Author 1 has contributed %100 to the study.

Statement Regarding Financial Support

Author states no funding involved.

Statement Regarding Conflict of Interest

Author states no conflict of interest.

¹¹⁸ BGer 9C_39/2024, vom 23. Oktober 2024, E. 4.4 am Ende.

LITERATUR

Aubert G, 'Art. 329 OR' in Thévenoz L und Werro F (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I* (1. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2003)

Bruchez C, in: Dunand Jean-Philippe und Mahon Pascal (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail* (Helbing Lichtenhahn 2022)

de Dardel A, 'Vers un droit d'être entendu avant le licenciement en droit privé?' (2023) (4) Aktuelle Juristische Praxis 423-436.

Dunand J P, 'Commentaire du contrat de travail', in: Jean-Philippe Dunand und Michel Mahon (Hrsg.), *Commentaire romand -Code des obligations I*, (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2022)

Geiser T, 'Kündigungsschutz bei Krankheit' (1996) (5) Aktuelle Juristische Praxis 550 ff.

_____, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht' in: Müller Roland A., Rudolph Roger, Schnyder Anton K., von Kaenel Adrian und Waas Bernd (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Portmann* (Schulthess 2020) 191-202

Geiser T, Müller R und Pärli K, *Arbeitsrecht in der Schweiz* (5. Auflage, Stämpfli 2024)

Heeb D, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR* (Stämpfli 2016)

Janssen S, *Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers* (2. Auflage, Stämpfli 1996)

Luginbühl J O und Brühlmann T, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht' (*Jusletter*, 19. August 2013) https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2013/720/_11516.html abgerufen am 7. Juni 2025

Merker M und Wittwer S, 'Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit' (2019) (9) Aktuelle Juristische Praxis 1249 ff.

Ordolli G, in: Luc Thévenoz und Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations I* (3. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2021)

Pärli K und Borer A, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht und Auswirkungen auf die Sozialversicherung' in: Lendfers Miriam, Gächter

Thomas und Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), *Allegro con moto -Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser* (Schulthess 2020) 421-436

Pärli K und Kunz L, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Oder: Klarheit schaffen geht anders- BGer 1C_595/2023 vom 26. März 2024' (*Jusletter*, 19. August Juli 2024)

https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2024/1206/arbeitsplatzbezogene_8bce81fad9.html_ONCE&login=false abgerufen am 8. Juni 2025

Portmann W und Rudolph R, in: Corinne Widmer Lüchinger und David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020)

Portmann W und Stöckli J F, *Schweizerisches Arbeitsrecht* (3. Auflage, Schulthess 2013)

Rehbinder M and Stöckli J F, *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR* (5. Auflage, Stämpfli 2014)

Rommé O, *Abhängige Arbeit und gemeinsame Zweckverfolgung* (Springer 2000)

Roncoroni G, in: Andermatt Arthur, Bianchi Doris, Bruchez Christian, Gabathuler Thomas, Häberli Christoph, Kuster Zürcher Susanne, Molo Romolo, Rieger Andreas, Roncoroni Giacomo und Schmid Peter (Hrsg.), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht* (1. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2009)

Rudolph R, 'Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sachlichen Kündigungsschutz' (*Jusletter*, 20. Juni 2011)
https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2011/621/_9316.html abgerufen am 7. Juni 2025.

Rudolph R und von Kaenel A, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit -Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen' (2010) 106 (15) Schweizerische Juristen-Zeitung 361 ff.

—, 'Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Entgegnung zum Beitrag von Luginbühl/Brühlmann in Jusletter vom 19. August 2013' (*Jusletter*, 9. September 2013) https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2013/723/_11593.html abgerufen am 8. Juni 2025

Staehelin A, *Zürcher Kommentar: Der Arbeitsvertrag* (4. Auflage, Schulthess 2006)

Stöckli J F, Müller R A und Maduz Ch, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht* (2. Auflage, Stämpfli 2024)

Streiff Ullin, von Kaenel Adrian und Rudolph Roger, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar* (7. Auflage, Schulthess 2012)

Vischer F und Albrecht A C, *Der Arbeitsvertrag: Art. 356-360f OR Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V (4. Auflage, Schulthess 2006)

von Kaenel A, 'Entwicklungen im Arbeitsrecht/Le point sur le droit du travail' (2024) (13) Schweizerische Juristen-Zeitung 516-526

Walter H P, *Berner Kommentar: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Band II (Stämpfli 2012)

Wyler R, 'Commentaire du contrat de travail', in: Jean-Philippe Dunand und Michel Mahon (Hrsg.), *Commentaire romand -Code des obligations I* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2022)

Wyler R und Heinzer B, *Droit du travail* (3. Auflage, Stämpfli 2019)